



Hukuk Fakültesi Dergisi

Inonu University Law Review

ISSN: 2146-1082

e-ISSN: 2667-5714



İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
İnÜHFD

Inonu University Law Review
InULR

Cilt: 11 – Sayı: 2
Temmuz – Aralık 2020

Vol: 11 – No: 2
July – December 2020



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

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

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

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



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



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



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



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

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



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



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



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



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



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

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

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İnÜHFD)

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

Inonu University Law Review (InULR)

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

Basım/Yayın Yeri: İnönü Üniversitesi

İLETİŞİM ADRESİ:

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

Tel: +90 422 377 46 80

Fax : +90 422 377 46 81

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

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Ahmet KIZILAY

Baş Editör – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Tamer BUDAK

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi

Editörler-Editors

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcılar- Co-Editors

Arş. Grv. Bureu ERDİNÇ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Azim ÖNCÜ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Aybike KARAHAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mizanpaj Editör - Layout-Editors

Arş. Grv. Ferhat BÜYÜKAY

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt

School of Law, University of Exeter, United Kingdom

Prof. Dr. Alan C. Neal

School of Law, University of Warwick, United Kingdom

Prof. Dr. Neil Boister

School of Law University of Canterbury, New Zealand

Prof. Dr. Thom Brooks

School of Law, Durham University, United Kingdom

Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney

Faculty of Law, University of Calgary, Canada

Prof. Dr. Hakan Karan

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta

Atlanta's John Marshall Law School, USA

Prof. Dr. Jason Chuah

School of Law, City University London, United Kingdom

Prof. Dr. Jean Allain

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

Prof. Dr. Haluk Emiroğlu

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zheng Sophia Tang

School of Law, Newcastle University, United Kingdom.

Prof. Dr. Maurizio Borghi

School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.

Prof. Dr. Tomoya Obokata

School of Law, Keele University, United Kingdom.

Prof. Dr. Petra Butler

Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand

Doç. Dr. Hayri Keser

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

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

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ - İNÜHFD YAYIM İLKELERİ

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

PUBLICATION RULES OF INONU UNIVERSITY LAW REVIEW - InULR

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

Example: Inonu University, School of Law

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

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

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

- ANONİM ŞİRKETLERDE KÂR PAYI VE KÂR PAYI AVANSI DAĞITIMI HAKKINDA 7244 SAYILI KANUN İLE ÖNGÖRÜLEN TEDBİRLER**
PRECAUTIONS PROVIDED BY CODE NO 7244 ABOUT DIVIDEND DISTRIBUTION AND ADVANCE DIVIDEND IN JOINT STOCK COMPANIES 396-410
Bilge AYTUĞAR
- CARL SCHMITT'İN MODERN ANAYASACILIK ELEŞTİRİSİNİN FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK ÜZERİNDEN DÜŞÜNÜLMESİ**
CONSIDERING CARL SCHMITT'S MODERN CONSTITUTIONAL CRITICISM THROUGH FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK 411-421
Akasya KANSU KARADAĞ
- OSMANLI PARLAMENTOSUNDA ANAYASAYA AYKIRILIK TARTIŞMALARI**
DEBATES ON UNCONSTITUTIONALITY IN OTTOMAN PARLIAMENT 422-435
Seda ÖRSTEN ESİRGEN
- KOVID-19 OLGUSU ÇERÇEVESİNDE, BİR SALGIN HASTALIĞIN MENŞEİ OLAN DEVLETİN ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKU KURALLARI BAKIMINDAN DURUMU**
IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMIC, THE SITUATION OF THE STATE THE ORIGIN OF THE INFECTIOUS DISEASE WITH REGARD TO THE GENERAL RULES GOVERNING THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES 436-454
Esra KATIMAN
- CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE CUMHURBAŞKANININ SORUMLULUĞU**
ACCOUNTABILITY OF THE PRESIDENT IN THE PRESIDENTIAL SYSTEM OF TURKEY 468-483
Bayram DOĞAN, İdris DOĞAN
- AŞKIN ZARARIN İSPATI**
PROOF OF EXCESSIVE DAMAGE 484-495
Yıldırım KESER
- BİR İNSAN HAKLARI İHLALİ VE AYIRIMCILIK BİÇİMİ OLARAK TOPLUMSAL CİNSİYET ROLLERİ VE KALIPYARGILARI: CEDAW ÇERÇEVESİNDE BİR İNCELEME**
GENDER ROLES AND STEREOTYPES AS A HUMAN RIGHTS VIOLATION AND A FORM OF DISCRIMINATION: A REVIEW IN THE FRAMEWORK OF THE CEDAW 496-513
A. Aslı ŞİMŞEK
- MANDATORY MEDIATION IN THE LIGHT OF HIGH COURT DECISIONS IN TURKISH LAW**
TÜRK HUKUKUNDA YÜKSEK YARGI KARARLARI IŞIĞINDA ZORUNLU ARABULUCULUK 514-526
Derya BELGİN GÜNEŞ
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER'İN COVID-19 İLE MÜCADELE SINAVI**
THE CHALLENGE OF UNITED NATIONS IN RESPONDING TO COVID-19 527-541
Ülkü HALATÇI ULUSOY
- GADAMER'İN FELSEFİ HERMENEUTİK DİSİPLİNİNİN İMKANLARI OLARAK YASA YORUMUNUN KURUCU İŞLEVLERİ**
CONSTITUENT FUNCTIONS OF INTERPRETATION OF LAW AS POSSIBILITIES OF GADAMER'S PHILOSOPHICAL HERMENEUTIC 542-549
Melike Belkıs AYDIN
- COVID-19 PANDEMİSİNDE İLAN EDİLEN SOKAĞA ÇIKMA YASAKLARININ İDARE HUKUKU YÖNÜYLE DEĞERLENDİRİLMESİ**
EVALUATION OF CURFEWS DECLARED DURING COVID-19 PANDEMIC IN TERMS OF ADMINISTRATIVE LAW 550-566
Mine KASAPÖĞLU TURHAN
- SOSYAL MEDYA HESAPLARININ MİRAS YOLUYLA İNTİKAL EDİP EDEMEYECEĞİ SORUSUNUN KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA HUKUKU KAPSAMINDA İNCELENMESİ**
AN INVESTIGATION OF THE PROBLEM WHICH SOCIAL MEDIA ACCOUNTS CAN BE TRANSFERRED BY INHERITANCE UNDER THE PERSONAL DATA PROTECTION LAW 567-586
Süleyman YILMAZ, Vehbi Umut ERKAN

ŞİDDET İÇERİKLİ SÖYLEMLER BAKIMINDAN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI: AİHM KARARLARI IŞIĞINDA KISA BİR DEĞERLENDİRME <i>LIMITATIONS ON FREEDOM OF EXPRESSION IN TERMS OF VIOLENCE DISCOURSES: A BRIEF EVALUATION IN THE LIGHT OF ECHR DECISIONS</i> Bahar ÖNGÜÇ	587-599
MÜLKİYET HAKKI KAPSAMINDA KAMU MALLARININ HACZEDİLMEZLİĞİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME <i>AN EXAMINATION ON SEIZURE BAN OVER THE PUBLIC PROPERTY IN THE SCOPE OF RIGHT TO PROPERTY</i> Pınar YAĞCI	600-616
TİCARİ SÖZLEŞMELERİN YABANCI DİLDE HAZIRLANMASINA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR <i>LEGAL CONSEQUENCES OF DRAFTING COMMERCIAL CONTRACTS IN A FOREIGN LANGUAGE</i> Semih Sırrı ÖZDEMİR	617-632
COSTA CONCORDIA DENİZ KAZASININ DENİZ EMNİYETİ BAKIMINDAN SONUÇLARI <i>RESULTS OF COSTA CONCORDIA MARINE ACCIDENT ON THE SCOPE OF MARITIME SAFETY</i> İsmail DEMİR, Özgenur KARA	633-648
TAŞINMAZ SATIŞ VAADİNDEN DOĞAN HAKKA İLİŞKİN TERKİN EDİLMEMİŞ ŞERHİN ETKİSİ VE YARGITAY'IN KONUYA YAKLAŞIMI <i>EFFECT OF NON-ERASURE ANNOTATION ON PRELIMINARY CONTRACT FOR REAL ESTATE SALE AND THE SUPREME COURT APPROACH TO ISSUE</i> Azim ÖNCÜ	649-664
ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONU'NUN "ULUSLARARASI ÖRF VE ÂDET HUKUKUNUN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN TASLAK SONUÇLAR" METNİ ÇERÇEVESİNDE ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN ULUSLARARASI ÖRF VE ÂDET HUKUKUNA ETKİSİ <i>THE EFFECT OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS ON CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW IN THE FRAMEWORK OF THE TEXT "DRAFT CONCLUSIONS ON IDENTIFICATION OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW" OF INTERNATIONAL LAW COMMISSION</i> Nergiz EMİR	665-679
ROMA HUKUKUNDA PROFESYONEL ATLETLER İLE YAPILAN TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMELERİ <i>LOAN CONTRACTS WITH PROFESSIONAL ATHLETES IN ROMAN LAW</i> Ali Selkor ATAK	680-694
COVID-19 SALGINI SÜRECİNDE AVRUPA'DA SAĞLIK OLANAKLARINA ERİŞİME GETİRİLEN KISITLAMALAR İLE YAŞAMA HAKKININ İHLALİ ARASINDAKİ BAĞIN İNCELENMESİ <i>ASSESSING THE LINK BETWEEN LIMITED ACCESS TO HEALTHCARE AND VIOLATION OF THE RIGHT TO LIFE IN EUROPE DURING COVID-19 OUTBREAK</i> Mehmet Halil M BEKTAŞ, Kamuran REÇBER	695-707
YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KURUMUNDA TELAFİSİ GÜÇ YA DA İMKÂNSIZ ZARAR KAVRAMI VE UYGULANMAKLA ETKİSİ TÜKENEN İDARİ İŞLEMLER <i>THE CONCEPT OF DIFFICULT OR IMPOSSIBLE DAMAGE TO COMPENSATE AND ADMINISTRATIVE ACTIONS THAT END OF EFFECT BY IMPLEMENTING IN THE STAY OF EXECUTION</i> Ahmet Talha TETİK	708-723
CIF SATIŞLARDA KURULACAK SİGORTA SÖZLEŞMESİ VE SATIŞ BEDELİNİN ÖDENMEMESİNİN SİGORTA KONUSU MENFAAT BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ <i>INSURANCE CONTRACT IN CIF SALES AND EVALUATION OF NON-PAYMENT OF THE SALES PRICE IN TERMS OF THE INSURED INTEREST</i> Arlıhan SEVİNÇ KUYUCU	724-739

MEVZUAT İNCELEMESİ / LEGISLATION ANALYZING

**AVRUPA BİRLİĞİ FİKRİ MÜLKİYET AĞI'NIN (ABFMA) BAZI ÜÇ BOYUTLU MARKALARA
(ŞEKİL MARKALARI) İLİŞKİN NİSAN 2020 TARİHLİ ORTAK UYGULAMA METNİ (CP 9)
HAKKINDA**

455-467

*ABOUT THE COMMON PRACTICE (CP 9) DATED APRIL 2020 OF THE EUROPEAN UNION
INTELLECTUAL PROPERTY NETWORK (EUIPN) RELATED TO SOME THREE-DIMENSIONAL MARKS
(SHAPE MARKS)*

Ufuk TEKİN

OTOBİYOGRAFİ / AUTOBIOGRAPHY

**Prof. Dr. Rona AYBAY
Rona AYBAY**

740-745

ANONİM ŞİRKETLERDE KÂR PAYI VE KÂR PAYI AVANSI DAĞITIMI HAKKINDA 7244 SAYILI KANUN İLE ÖNGÖRÜLEN TEDBİRLER

PRECAUTIONS PROVIDED BY CODE NO 7244 ABOUT DIVIDEND DISTRIBUTION AND
ADVANCE DIVIDEND IN JOINT STOCK COMPANIES

Bilge AYTUĞAR*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 13/05/2020
Kabul: 01/07/2020

Anahtar Kelimeler

Anonim Şirket,
Genel Kurul,
Yönetim Kurulu,
Pay,
Kâr Payı Alma
Hakki.

Article Info

Received: 13/05/2020
Accepted: 01/07/2020

Keywords

Joint Stock Company,
General Assembly,
Board of Directors,
Share,
Right to Dividend.

Özet

Çin’de ortaya çıkan ve tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 nedeniyle Dünya Sağlık Örgütü’nün salgını pandemi ilan etmesinin ardından, diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de bir takım mali, hukuki ve sosyal tedbirler alınmıştır. Anonim şirketlerle ilgili olarak alınan tedbirler, kurul toplantılarının yapılmasına, kâr dağıtımına ve şirketin kendi payını iktisap etmesine ilişkin olarak üç ana başlıkta toplanabilir. Alınan bu tedbirlerden en çok tartışılanı ise anonim şirket genel kurullarının kâr ve kâr payı avansı dağıtım kararlarına sınırlama getirilmesini tavsiye eden, Ticaret Bakanlığı tarafından Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği’ne (TOBB) iletilen 31.03.2020 tarihli yazı olmuştur. Bu yazıda tavsiye edilen hususların Kanun’da yer alması ile bu konuda ileri sürülen çekinceler, bir nebze olsun giderilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte kâr dağıtım kararı alınan hallerde de 2019 yılı net dönem kârının yüzde yirmi beşini aşan kısmın dağıtımının 30.09.2020 tarihine kadar erteleneceğinin öngörülmesi, kâr dağıtımına ilişkin genel kurul kararının hukuki niteliği ile uyumlu olmadığı gibi, bu düzenlemenin hukuk güvenliğine zarar verebileceği düşünülmektedir. Bu çalışmamızda, sermaye şirketlerinin kâr dağıtımına sınırlama getiren hükmün kanunlaşma süreci ve Kanun’a aykırılığın hukuki sonuçları, pandemi nedeniyle alınan diğer tedbirlere de temas edilmek suretiyle incelenmiştir.

Abstract

After the World Health Organization announced a pandemic due to COVID-19 that emerged in China and took the entire world under its effect, a set of financial, legal and social precautions has been taken in Turkey, as in other countries. These precautions taken with regard to joint stock companies can be collected under three main categories regarding conduction of corporation assembly meetings, dividend distribution and the company’s acquisition of its own shares. The most debated one among these precautions was the document dated 31.03.2020 that was sent to the Turkish Union of Chambers and Commodity Exchanges by the Ministry of Commerce which recommended to bring restrictions on the dividend and advance dividend distribution decisions of corporations’ general assemblies. By including the issues recommended in this document in the law, concerns proposed on this issue were aimed to be alleviated to some extent. However, in cases where a dividend distribution decision is taken, forecasting that the distribution of the portion exceeding twenty-five percent of the net dividend for 2019 will be postponed until 30.09.2020, it does not comply with the legal nature of the general assembly decision regarding the dividend distribution and it is thought that this provision may damage legal security. In this study, the enactment process of the provision that restricts the distribution of dividend of companies with share capital and the legal consequences of illegality were examined by contacting other precautions taken due to the pandemic.

I. GİRİŞ

2019 yılında hayatımıza giren ve hızlı şekilde yayılan Covid-19, şimdiden sosyal ve ekonomik hayatı pek çok yönden etkilemiştir. Devletler, pandeminin olumsuz etkilerini en aza indirebilmek amacıyla çok yönlü tedbirler almaya çalışmaktadır. Virüsün insandan insana hızlı şekilde geçme özelliği sosyal hayata ilişkin tedbirlerin; ekonomide büyümenin yavaşlamasına neden olması ise ekonomik tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir. Covid-19 pandemisi, sadece bireylerin sağlığını ve mali durumunu değil; şirketlerin ekonomik varlıklarını da tehdit etmektedir.

Şirketlerin pandemi sürecini en az hasarla atlatabilmesi amacıyla, şirketlerin uygun göreceği şekilde personelin çalışma zaman ve şekillerinin değiştirilmesi; kurul toplantılarına elektronik ortamda katılımın kolaylaştırılması, şirketlerin nakit dengesini korumak amacıyla belirli bir süre için kâr payı dağıtımına sınırlama getirilmesi ve kâr payı avansı dağıtılmaması, finansal tablolarını açıklamak için şirketlere ek süre verilmesi, şirketlerin kendi paylarını iktisap etmelerinde kolaylıklar öngörülmesi gibi tedbirler alınmıştır. Bu tedbirlerin bir kısmı, anonim şirketlere ilişkin Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Sermaye Piyasası Kanunu (SPK) hükümleri ya da ikincil düzenlemelerle uyum içerisinde iken diğer bir kısmı için aynı şeyi söylemek güçtür. Bu makalede, anonim şirketlerin öz kaynak ve nakit dengelerini korumak amacıyla 7244 sayılı Kanun'un¹ 12. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'na eklenen geçici 13. maddede düzenlenen kâr ve kâr payı avansı dağıtımına ilişkin tedbirler, bu hükmün uygulanmasına ilişkin Ticaret Bakanlığı Tebliği² (Uygulama Tebliği) hükümleri, payları borsada işlem gören anonim şirketlerin kendi paylarını iktisap etmelerini kolaylaştıran düzenlemeler, TTK ve SPK hükümleri ile birlikte incelenmiştir.

II. ANONİM ŞİRKETLERDE KÂR VE PAY SAHİBİNİN KÂR PAYI HAKKI

Anonim şirketlerde kâr, şirketin bir faaliyet dönemi içerisinde ticari faaliyetleri neticesinde öz sermayesinde³ oluşan artı değerdir. Pay sahibinin kâr payı hakkı ise şirketin net dönem kârından ve şirketin serbestçe tasarruf edebileceği fonlardan genel kurulun kanuna veya esas sözleşmeye göre pay sahiplerinin pay oranı ölçüsünde dağıtılmasına karar verdiği kısımdır⁴; payın hukuki semeresidir⁵. Kârın dağıtılmasına karar vermek bakımından şirket genel kurullarının yetkisi devredilemez niteliktedir⁶ (TTK m.408/2-d).

Kâr payı hakkı, bireysel, mali ve şarta bağlı bir pay sahipliği hakkıdır⁷. Bu hak, genel

¹ “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, T. 17.04.2020, S.31102 RG.

² “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Geçici 13 üncü Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ”, T. 17.05.2020, S.31130 RG.

³ “Aktifyekunu ile borçlar arasındaki fark tacirin işletmeye tahsis ettiği ana sermayeyi teşkil eder” (eTTK m.74/3). Öz sermaye ve sermaye kavramlarının farklı olduğu yönünde bkz. BADAĞ, Zehra: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirkette Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı, İstanbul 2018, s.52, dpn. 8.

⁴ Karş. Kar Payı Tebliği, Seri-No: II-19.1, T. 23.01.2014, S.28891 RG., m.3/1-e. Diğer tanımlar için bkz. BADAĞ, s.67; TURANLI, Hüsnü/SEYMAN KORKMAZ, Seda: “Anonim Ortaklıklarda Kar Payı Alma Hakkı”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1), 2015, s.9. Primin de dağıtılacak kâr payı içinde yer alabileceği yönünde bkz. YANLI, Veliye: “Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtım”, BATİDER, C. XXX, S.1, 2014, s.14; MEISTER, Thomas: Orell Füssli Kommentar (OFK), (Hrsg.: Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 671 OR, N. 5.

⁵ PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi (Şerh II), Cilt II, B. 3, Ankara 2018, s.1833, N. 4; AYHAN, Rıza: “Anonim Şirketlerde Haksız ve Kötüniyetle Alınan Kâr ve Kazanç Paylarının İadesi”, in Ulusoy, Erol (ed.), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Ankara 2016, s.99; ÜÇİŞİK, H. Güzin/ÇELİK, Aydın: Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar, Yedek Akçeler ve Kar Dağıtım, İstanbul 2018, s.293; YÜKSEL, Sinan H.: “Kapalı Anonim Ortaklıklarda Yeni Payların Kâr Payına Hak Kazanmasında ve Kâr Payının Hesaplanmasında Zaman Unsuru”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s.390.

⁶ Bununla birlikte kâr dağıtım şartları oluşmasına rağmen genel kurul kâr dağıtmıyorsa kârın dağıtılması için mahkemeye müracaat edilebileceği yönünde bkz. AYDOĞAN, Fatih: “Anonim Şirketlerde Kâr Payının Ödenmesine Mahkemece Karar Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), 20 Ekim 2017, İstanbul 2018, s.125; Y. 11. HD., T. 15.11.2016, E. 2015/14100, K. 2016/8853; T. 03.12.2015, E. 2015/4504, K. 2015/12980 sayılı kararlar, <https://www.corpus.com.tr/#/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020). Bu hususta genel kurulun yetkili olduğundan hareketle mahkemenin kâr payı ödenmesine karar veremeyeceği yönünde bkz. Y. 11. HD., T. 14.03.2016, E. 2015/6939, K. 2016/2769; T. 07.04.2016, E. 2015/7917, K. 2016/3828 sayılı kararlar, <https://www.corpus.com.tr/#/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 26.04.2020).

⁷ AYHAN, s.99; AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2020, s.432; BOZGEYİK, Hayri: Halka Açık Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtım, BATİDER, 20 (3), 2000, s.121; PULAŞLI, Şerh II, s.1833, N. 4; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.294 vd.

kurulun değiştirici yenilik doğuran nitelikteki kararı ile alacak hakkına dönüşür⁸. Kâr payının hesaplanmasında ölçü, her bir pay sahibinin payının esas sermayeye oranı iken (TTK m.507/1); her bir pay sahibi, esas sözleşmede aksi belirtilmemişse sermaye payı için şirkete yaptığı ödeme oranında kâr elde etme hakkına sahip olur (TTK m.508/1).

Pay sahibinin kâr payı alma hakkının hukuki niteliği ayrıca incelenmelidir (TTK m.452/1). Zira TTK’de müktesep pay sahipliği haklarına ilişkin bir tanıma ve örneklendirmeye yer verilmemesine rağmen öğretilerde, kâr payı hakkının hukuki niteliği konusunda görüş ayrılıkları devam etmektedir⁹. Pay sahibinin hakları çeşitli açılardan tasnife tâbi tutulurken, ihlale karşı hakkın korunma şekil ve şartları ya da hakkın korunma gücü ölçütleri esas alınarak haklar, dört ayrı kategoride incelenmektedir¹⁰: Pay sahiplerinin en güçlü hakları olan ve pay sahibinin rızası olsa dahi elinden alınmaz hakları vazgeçilmez haklar; pay sahibinin rızası hilafına müdahale edilemeyen mutlak müktesep haklar; temel olarak şirketin organ kararlarından bağımsız olsa da belirli şartlar altında, bilhassa şirket menfaatleri gerektirdiğinde hak sahibinin rızası hilafına sınırlandırılmaz ya da kaldırılamaz olma özelliği ortadan kalkan nispî müktesep haklar ve çoğunluk kararlarına tâbi olan alelade pay sahipliği hakları.

Kazanç payının düzenlendiği TTK m.511/1 hükmünde ve genel kanuni yedek akçenin düzenlendiği TTK m.519/2-c hükmünde, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşana kadar yıllık kârın yüzde beşinin genel kanuni yedek akçeye ayrılacağı; daha sonra kalan net dönem kârından ödenmiş sermayenin yüzde beşi oranında ilk kâr payı ödendikten sonra ikinci kâr payı ve yedek akçe ayırımına başlanabileceği belirtilmiştir. Anonim şirketlerin ideal amaçlarla kurulamayacağı göz önüne alındığında, ayrılması öngörülen ilk kâr payının pay sahibinin vazgeçilemez hakkı olduğu düşünülebilir¹¹. Ancak vazgeçilmez hak, şirketin, pay sahibi razı olsa dahi sınırlandıramayacağı, ortadan kaldıramayacağı hakkıdır. Aksi halde alınan kararın batıl olduğu kabul edilir¹² (TTK m.391/1-c; m.447/1-a). Kâr payında imtiyaz tanınmasına müsaade eden TTK m.507/2 hükmü ve şirketle ilgili olanlar lehine net kâra katılma hakkı veren intifa senedi çıkarılabileceğini hükme bağlayan TTK m.502, 503 hükümleri birlikte dikkate alındığında, pay sahibinin kâr payı hakkının, genel kurulun çoğunluk kararıyla belirli şartlar dâhilinde sınırlandırılabilir sonucuna ulaşılabilir.

Diğer yandan TTK m.519/2-c hükmünde eTTK m.466/2 hükmünden farklı olarak, ödenmiş sermayenin yüzde beşi oranında kâr payının “*ayrılması*”ndan değil, “*ödenmiş*” olmasından söz

⁸ TEKİL, Fahman: Şirketler Hukuku, C. 2, Anonim Şirketler, İstanbul 1976, s.441; POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, B. 14, İstanbul 2019, s.702, N. 914; BOZGEYİK, s.121; PULAŞLI, Şerh II, s.1848, N. 42; BADAĞ, s.66; TÜYSÜZ, Mustafa: “Halka Açık Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtım”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1-2), 2011, s.39; YÜKSEL, s.390; TURANLI/SEYMAN KORKMAZ, s.23. “...Genel Kurulun bilançonun onanması ile kar paylarının dağıtılmasına ilişkin kararı, gerek uygulamada, gerekse doktrinde yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bu ilkenin doğal sonucu olarak da kar payının ayrılması ve dağıtımına ilişkin genel kurul kararı, alındığı tarihten itibaren gerek ortaklar, gerekse diğer ilgililer bakımından alacak hakkı doğurur...” (YHGK., T. 03.06.1992, E. 1992/11-276, K. 1992/365, <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi: 01.05.2020)). Karş. ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.371.

⁹ Nispî müktesep hak olduğu yönünde bkz. Y. 11. HD., T. 21.12.2006, E. 2005/10060, K. 2006/13738; T. 21.06.2005, E. 2005/6096, K. 2005/6565 sayılı kararları, <https://www.corpus.com.tr/#/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 04.04.2020); TÜYSÜZ, s.33. Şirketin kâr elde etme amacı açısından mutlak müktesep hak; kâra katılma açısından nispî müktesep hak olduğu yönünde bkz. FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, §40, s.488, N. 22, s.490, N. 41. Karş. VON DER CRONE, Hans Caspar: Aktienrecht, Bern 2014, §5, N. 30. Müktesep ve vazgeçilmez hak niteliği taşımadığı; ancak esas sözleşme ile müktesep hak şeklinde düzenlenebileceği yönünde bkz. GÜRBÜZ USLUEL, Aslı E.: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Ankara 2016, s.101-105; BADAĞ, s.93 vd. Anonim şirketin kâr elde etme ve dağıtım amacından doğan kâr payı hakkının vazgeçilmez hak olduğu; pay sahibinin yıllık kâra veya yedek akçelere katılması açısından ise müktesep hak niteliğinde olmadığı yönünde bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.696, N. 898a, N. 899. Anonim şirketin kâr elde etmek ve paylaşım amacından doğan kâr payı hakkının vazgeçilmez hak; dağıtılmaya tahsis edilen kâra katılması açısından ise güçsüz bir nispî hak olduğu yönünde bkz. PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar (Genel Esaslar), Ankara 2020, s.567-568, N. 5-6; AYHAN, s.101; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.432; Y. 11. HD., T. 28.04.2015, E. 2015/994, K. 2015/5904, <https://www.corpus.com.tr/#/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 07.04.2020). Vazgeçilmez hak olduğu yönünde bkz. ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.298; YAVUZ, s.70. Müktesep hak olduğu yönünde bkz. TURANLI/SEYMAN KORKMAZ, s.22.

¹⁰ KUNZ, Peter V.: Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, §1, s.73, N. 208, s.74, N. 209, s.75, N. 212, s.77, N. 216.

¹¹ Bu yönde bkz. BADAĞ, s.84.

¹² Pay sahiplerine emredici şekilde bahsedilen her hakkın ihlal edilmesinin butlan gerekçesi oluşturmuyacağı yönünde bkz. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §25, s.262, N. 96. Bu esastan hareket eden İsviçre kanun koyucusu, en önemli pay sahipliği haklarından olan şirketin kâr elde etme gayreti üzerindeki hakkın, tüm pay sahiplerinin onayı olmadan kaldırılmasının Art. 706, Abs.2, Ziff. 4 OR’de iptal edilebilir olduğunu kabul etmiştir.

edilmesinin de pay sahibine vazgeçilmez bir hak vermediğini düşünmekteyiz¹³. Zira bu hüküm, kanuni yedek akçe ayrılmasına ilişkin olup ikinci fıkrası, ikinci genel kanuni yedek akçe ayrılabilmesinin şartlarını düzenlemektedir. O halde ikinci kanuni yedek akçe ayrılmayacak ise şirketin asgari ödenmiş sermayenin yüzde beşi oranında bir kâr payı dağıtma zorunluluğundan da söz edilememektedir¹⁴. Diğer bir ifadeyle ilk kâr payı, vazgeçilmez hak niteliği taşımamaktadır. Kâr payının dağıtılıp dağıtılmayacağına, dağıtılacaksa bunun oranına ilişkin olarak şirket genel kurulu, aksi esas sözleşmede kararlaştırılmadıkça Kanun'da öngörülen çoğunlukla karar almalıdır. Buradan hareketle mutlak müstesep hak şeklinde esas sözleşmede düzenlenmedikçe kâr payı alma hakkının alelade hak olduğundan da söz edilemez. Zira şirket genel kurulunun her durumda çoğunlukla alacağı bir kararla kâr dağıtmama kararı alması, şirketin kuruluş amacına ve pay sahiplerinin menfaatlerine aykırı sonuçlara yol açabileceğinden kabul edilemez. Kâr dağıtmama kararı alınan hallerde yapılacak inceleme, şirketin ve bütün pay sahiplerinin menfaatlerini dikkate almayı gerektirdiğinden¹⁵, pay sahibinin bu hakkının belirli şartlarla korunduğu ve nispi müstesep hak niteliğinde olduğu ifade edilebilir.

Kanaatimizce, vazgeçilmez hakların karakteristik özelliğinin bu hakların korunmasında sadece pay sahibinin değil, şirketin de menfaat sahibi olduğu; şirketin ideal amaçlarla kurulamayacağı ve kâr elde etme ve paylaşma amacından vazgeçemeyeceği gerekçesiyle pay sahibinin kâr payı üzerindeki hakkı vazgeçilmez hak olarak nitelendirilmemelidir. Zira bu husus, anonim şirketin temel yapısını ilgilendiren bir konu olup kâr paylaşma amacından vazgeçme iradesini içeren bir sözleşme hükmü veya genel kurul kararı, TTK m.447/1-c hükmünün gereği olarak batıl kabul edilmelidir. Şirket genel kurulunu oluşturan pay sahipleri, TTK'ye uygun şekilde kâr dağıtmama kararı alabileceklerinden ya da bu hakkı sınırlandırabileceklerinden, asgari bir oy hakkı ya da pay sahibinin dava hakkı gibi kâr payı hakkının da vazgeçilemez olduğu düşünülmemelidir. Karşılaştırma yaparak daha da somutlaştırmak gerekirse; genel kurul oybirliği ile şirket menfaati gerektirdiği gerekçesiyle asgari bir oy hakkının belirli bir süre kullanılmayacağı yönünde bir karar alamazken; belirli bir süre için kâr dağıtmama kararı alabilecektir. Bu örnek, pay sahibinin kâr payı alma hakkının, diğer vazgeçilmez haklara benzemediğini göstermektedir.

İlk genel kanuni yedek akçe *ayrıldıktan* ve ilk kâr payı *ödedikten* sonra, kârdan pay alması öngörülen diğer kişilere ikinci kâr payı ödemesi ve ikinci genel kanuni yedek akçe ayrılması gündeme gelir (TTK m.519/2-c). Ayrıca pay sahiplerine dağıtılacak kâr payının, ancak kanuni yedek akçeler ile esas sözleşmede düzenlenen isteğe bağlı yedek akçelerin ayrılması şartıyla belirlenebileceği hükme bağlanmıştır (TTK m.523/1). Aynı hükümde, aktiflerin sağlanması için gerekli ise ve bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında¹⁶ istikrarlı kâr payı dağıtım amacına hizmet ediyorsa ihtiyarî yedek akçe ayrılabilirliği öngörülmekle (TTK m.523/2) ve genel kurulun esas sözleşmede hüküm olmasa bile yardım ve hayır amacıyla bilanço kârından yedek akçe ayırabileceği düzenlenmekle (TTK m.523/3) ikinci kâr payının sınırlandırılabilirliği kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle Kanun'da öngörülen hallerde ikinci kâr payı hakkı, ihtiyarî yedek akçe ayrılması suretiyle sınırlandırılabilir ve hatta bu kârın dağıtılmasına engel olunabilecektir. Buradan ikinci kâr payı hakkının da belirli şartlarla korunduğu; şirket ve bütün pay sahiplerinin menfaatleri gerektirdiğinde sınırlandırılabilirliği sonucuna varılmaktadır. Bu açıdan dağıtılabilir ikinci kâr payının da nispi müstesep hak niteliğinde olduğu söylenebilir.

Kâr ve tasfiye payı hakkındaki TTK m.507 hükmünün 3. fıkrasında SPK ve ilgili mevzuat hükümleri saklı tutulduğundan, halka açık şirketler hakkında özel düzenlemelere öncelikle bakılmalıdır. Halka açık şirketlerde kâr payının düzenlendiği SPK m.19 hükmünde, kâr dağıtım politikasının genel kurul tarafından belirleneceği belirtilmiştir. Böylece 2499 sayılı mülga SPK'nin 15. maddesindeki esas sözleşmede birinci temettü oranının gösterilmesi zorunluluğu kaldırılmış ve şirketlere finansal yapılarına ve kendi planlarına uygun hareket edebilme esnekliği sağlanmıştır. Öngörülen bu serbestinin kötüye kullanımını önlemek ve piyasanın ihtiyaçlarına

¹³ Aksi yönde bkz. ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.302-303.

¹⁴ YANLI, s.19-23; GÜRBÜZ USLU, s.94; TURANLI/SEYMAN KORKMAZ, s.20, 22; YÜKSEL, s.390, dpn. 29; ayrıca bkz. Gereke TTK m.519; Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik m.12/1-d. Aksi yönde bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.695, N. 898. Pay sahiplerine en az %5 oranında kâr payı ödenmedikçe olağanüstü yedek akçe ayrılmayacağı yönünde bkz. YAVUZ, Mustafa: "Anonim Şirketlerde Olağanüstü Yedek Akçe Ayırmak Suretiyle Kâr Payı Alma Hakkının Sınırlanması", Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, S.88, Aralık 2013, s.72.

¹⁵ Benzer yönde bir değerlendirme için bkz. SENGİR, Turgut: "Anonim Ortaklarda Kâr Payı Hakkı", BATİDER, C. VII, 1973, s.84.

¹⁶ Bu şartın, genel kurulun takdir yetkisini sınırlandırdığı yönünde bkz. YANLI, s.25.

uygun şekilde karar alınabilmesini sağlamak gayesiyle Kurul'a benzer nitelikleri taşıyan şirketler hakkında farklı esaslar belirleme yetkisi verilmiştir. Kurul, şirketlerin kâr dağıtımında uyacakları usul ve esasları Kar Payı Tebliği'nde (KPT) ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Kâr dağıtım politikasında yer alacak asgari hususlar KPT m.4/2 hükmünde belirtilmiştir. KPT m.5/3 hükmünde, TTK'de ayrılması öngörülen yedek akçeler ile pay sahipleri için belirlenmiş olan kâr payı ayrılmadıkça; elde edilen kâr üzerinde başka yönde bir tasarrufta bulunulmasına izin verilmemiş; hatta pay sahiplerine kararlaştırılan kâr payı nakden ödenmedikçe pay sahibi dışındaki kişilere kâr dağıtımını yapılamayacağı belirtilmiştir (karş. SPK m.19/2). Dolayısıyla halka açık şirketlerde de ilk yedek akçe ve kâr payı ayrılmadan ikinci ayrıma başlanamayacağı hükme bağlanmıştır. Payları borsada işlem görmeyen halka açık ortaklıklar hakkında ise KPT ile asgari bir kâr payı dağıtım oranı öngörülmüştür (Tebliğ m.7/1). Bununla birlikte aynı hükmün 3. fıkrasında belirtilen şartların varlığında şirketin kâr dağıtmayabileceği¹⁷ ve bunu kamuya duyurması gerektiği belirtilmiştir. Dağıtılmayan kâr payı ise sonraki dönemler için kâr payı kalemi olarak hesaplamaya dâhil edilir (Tebliğ m.7/4). Payları borsada işlem gören şirketler kâr payını taksitle ödeyebilirken, payları borsada işlem görmeyen şirketler aynı imkândan yararlanamazlar (karş. Tebliğ m.5/2; 7/2). Nihayet halka açık şirketlerde, eski ve yeni payların kâr payından yararlanma tarihinden kaynaklı fiyat farklılıklarına engel olmak ve yatırımcılara kolaylık sunmak amacıyla kâr payının, dağıtım tarihi itibarıyla var olan payların tamamına eşit olarak dağıtılacağı açıklığa kavuşturulmuştur¹⁸ (SPK m.19/3).

III. ANONİM ŞİRKETLERDE KÂR PAYI AVANSI

Kâr payı avansı, ara dönemdeki finansal tablolara göre elde edilen kârlar üzerinden hesaplanan¹⁹ ve kâr payından mahsup edilen, paya bağlı bir tutardır. Kâr payı avansının öngörülmesi ile amaçlanan, ara dönemlerde verilen kâr payı ile pay senetlerinin diğer yatırım araçları karşısında rekabet edebilme gücünü artırmak ve bu suretle pay senetlerini çekici hale getirmektir²⁰. SPK hükümlerine tâbi olmayan şirketlerde kâr payı avansı, Ticaret Bakanlığı'nın Kar Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliği²¹ (KPADT) ile düzenlenmiştir (TTK m.509/3).

KPADT m.5/1 hükmünde kâr payı avansı dağıtımının şartları; genel kurulun karar alması²² ve dağıtımın yapılacağı hesap döneminde hazırlanan ara dönem finansal tablolara göre kârın elde edilmiş olması, olarak belirtilmiştir. Şirketin hesap dönemi sonunda pay sahibine ödediği kâr payı avansını karşılayacak tutarda kâr elde edememesi veya zarar etmesi durumlarında ise serbest yedek akçelere müracaat edilecek; onların da yeterli gelmemesi halinde yönetim organının ihtarı üzerine iadesi gerekli olabilecektir (KPADT m.6). Kâr payı avansı, KPADT m.7 hükmünde belirtilen şekilde, sadece ortaklara, esas sözleşmede aksi belirtilmemişse dağıtım tarihi esas alınarak ortağın payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak ödenebilecektir (KPADT m.8/1, 2; karş. TTK m.348/3). Kâr payında imtiyazlı paylara imtiyaz dikkate alınarak²³ ödeme yapılır (KPADT m.8/2). Bununla birlikte yönetim kurulu, hamile yazılı pay sahiplerine yapılacak kâr payı avansı karşılığında bu ortaklardan aynı veya şahsi teminat isteyebilir (KPADT m.9/2).

Halka açık şirketlerde kâr payı avansı dağıtımına ilişkin esaslar ise KPT m.9 ve m.10 hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre, kâr payı avansı dağıtabilmek için şirket esas sözleşmesinde hüküm bulunmalı ve genel kurul kararıyla yönetim kuruluna yetki verilmiş olmalıdır. Halka açık şirketlerde de pay sahibi dışında kalan kişilere kâr payı avansı ödemesi yapılamayacak ise de halka açık olmayan şirketlerden farklı olarak, imtiyazlı pay sahiplerine imtiyaz dikkate alınmadan ödeme yapılır (KPT m.9/4). Bir hesap döneminde ödenebilecek toplam kâr payı avansı tutarı da sınırlandırılmıştır (SPK m.20/1; KPT m.10/1, 2). Yasal düzenlemeler dikkate alındığında kâr payı avansının, gerek hesaplanması gerek ödenmesi gerekse hak sahibi kişiler açısından kâr payına nazaran daha katı kurallara tâbi kılındığını söylemek yanlış olmayacaktır.

¹⁷ Esas sözleşmede ve kâr payı dağıtım politikasında kâr dağıtım ve oranı belirtilmişse şirketin kâr dağıtmakla yükümlü olacağı yönünde bkz. GÜRBÜZ USLUEL, s.226-227; SENGİR, s.79.

¹⁸ Hükmün değerlendirilmesi için bkz. MANAVGAT, Çağlar: Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara 2016, s.509; GÜRBÜZ USLUEL, s.232; YÜKSEL, s.399 vd.

¹⁹ Yalnızca net dönem kârından ödenebileceği yönünde bkz. GÜRBÜZ USLUEL, s.111.

²⁰ ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.550-551.

²¹ T. 09.08.2012, S.28379 RG.

²² Sene başında alınacak tek bir genel kurul kararının yeterli olacağı yönünde bkz. GÜRBÜZ USLUEL, s.117.

²³ T. 01.09.2018, S.30522 RG.'de yayımlanan Tebliğin 3. maddesiyle "alınarak" şeklinde değiştirilmiştir.

IV. TÜRK TİCARET KANUNU'NUN GEÇİCİ 13. MADDESİNDE ÖNGÖRÜLEN TEDBİRLER

Covid-19 pandemisinin ekonomik hayattaki etkilerini azaltmak amacıyla bazı kanunlarda değişiklik öngören ve 16.04.2020 tarihinde kabul edilen 7244 sayılı bir torba Kanun ile 6102 sayılı TTK'ye geçici 13. madde eklenmiştir. Hükmün incelemesine geçmeden önce alınan bu tedbirlerin kanunlaşmadan önce geçirdiği sürece temas etmek, düzenlemelerin yorumlanmasında fayda sağlayacaktır.

A. Ticaret Bakanlığı'nın Şirketlerin Kâr Dağıtım Kararlarına İlişkin Duyurusu

Ticaret Bakanlığı tarafından TOBB'a iletilen, Covid-19 pandemisi nedeniyle alınan tedbirleri içeren 31.03.2020 tarihli yazıda²⁴ esas itibarıyla şirketleri pandemiden sonraki ekonomik duruma hazırlamak amacıyla sermaye şirketlerinin öz kaynak ve nakit dengesinin korunmasının önemine işaret edilmektedir. Yazıda, Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarına İlişkin Yönetmelik²⁵ m.13/5 hükmüne dayanılarak kamunun iştirak ettiği şirketler hariç, sermaye şirketlerinin 2019 yılı hesap dönemine ilişkin olarak bu yıl içinde gerçekleştirecekleri genel kurul toplantılarında nakit kâr payı dağıtımına ilişkin olarak, “geçmiş yıl kârlarının dağıtımına konu edilmemesi, dağıtım tutarının 2019 yılı net dönem karının %25'ini aşmaması ve yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmemesi” hususları tavsiye edilmiştir. Böylece Bakanlık, şirketlerle ekonomik öngörüsünü paylaşarak 2020 yılında yapılacak genel kurullarda²⁶ daha önce kâr dağıtım kararı alınmamışsa, bu miktarı şirket bünyesinde muhafaza etmeye devam etmelerini önermiştir.

Bakanlığın bu yazısının hukuki açıdan pek çok sorun ihtiva ettiği düşünülmektedir²⁷. Öncelikle Yönetmeliğin m.13/5 hükmünde “yapılan denetim sonucunda veya herhangi bir sebeple Bakanlıkça, şirket genel kurulunda görüşülmesi istenen konuların gündeme konulması zorunludur” denilerek Bakanlığın herhangi bir sebeple gündeme madde ekletme yetkisinden bahsedilmektedir (karş. SPK m.29/4). Bakanlığın istemiyle kâr dağıtmamak ya da yetki vermemek yönünde gündeme madde ekletilmesi ise gündeme madde ekletme amacının çok ötesinde bir

²⁴ Ticaret Bakanlığı'nın kâr dağıtımını konu alan yazısı için bkz. <http://belgedogrula.tobb.org.tr/dogrula.aspx?V=BEKVSEEF>, (Erişim Tarihi: 07.04.2020).

²⁵ Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik, T. 28.11.2012, S.28481 RG.

²⁶ Ticaret Bakanlığı, Covid-19 pandemisi nedeniyle 20.03.2020 tarihinde şirketlerin genel kurul toplantılarının yapılmasını kolaylaştırmak amacıyla birtakım imkânlar sunmuştur. Bu imkânlardan birisi, genel kurul toplantılarının her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılması öngörüldüğünden ve bu da genellikle mart ayı sonuna kadarki süreye işaret ettiğinden, yönetim kurulu tarafından daha önce toplantıya çağrılan genel kurulların, erteleme kararı alınması amacıyla genel kurulun toplanması beklenmeksizin, yönetim kurulunun alacağı bir kararla iptal edilmesidir. Bir diğeri, elektronik genel kurulun yapılmasına yönelik olup sözleşmelerinde bu konuda açık bir hüküm bulunmayan şirketlerin, bu dönemde yapacakları toplantıları “Elektronik Genel Kurul Toplantı Sistemi” üzerinden gerçekleştirilebilmeleri sağlanmıştır. Şirketler bu imkândan, Merkezi Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketinden destek hizmeti almak suretiyle yararlanacaklardır. Ayrıca şirketler, elektronik ortamda kurul gerçekleştirilmesine imkân tanıyan sözleşme değişikliğini, bundan sonra yapılacak ilk genel kurul toplantısında gerçekleştirebileceklerdir. Bkz. <https://icticaret.ticaret.gov.tr/haberler/sirketlerin-genel-kurul-toplantilarina-iliskin-aciklama>, (Erişim Tarihi: 08.04.2020). Torba yasa teklifinin 44. maddesinde ise olağan genel kurul toplantısının her faaliyet dönemi sonundan itibaren beş ay içinde yapılması öngörülmüştü. Bununla bağlantılı olarak torba yasa teklifinin 45. maddesi ile cezai sorumluluğun öngörüldüğü TTK m.562 hükmüne, öngörülen beş aylık sürede toplantıya çağrıda bulunmayan yönetim kurulu üyelerinin idari para cezasıyla cezalandırılacağına ilişkin bir bent eklenmişti. Ancak kanunlaşan metinde, genel kurul toplantısının yapılma süresine ilişkin bir değişiklik yer almamıştır.

İsviçre hukukunda, Epidemienengesetz (EpG) Art. 7 hükmü ile federal konseye verilen düzenleme yetkisine dayanılarak Covid-19 ile mücadele kapsamında alınacak önlemlere ilişkin bir yönetmelik değişikliği yayımlanmıştır. 16 Mart 2020 tarihli değişiklikle Yönetmeliğe eklenen Art. 6b hükmünde şirket toplantıları hakkında özel bir düzenleme yer almıştır. Hükmü göre; şirket toplantılarında toplantıyı organize eden kişi (Veranstalter), beklenen katılımcı sayısına karşın ve davet süresine riayet etmeksizin katılımcıların, münhasıran yazılı şekilde veya elektronik formda ya da kendisinin belirlediği bağımsız temsilci vasıtasıyla haklarını kullanmasını düzenleyebilir. Toplantıyı düzenleyen kişinin bu hususta verdiği karar, toplantıdan en geç dört gün önce yazılı olarak bildirilmeli veya elektronik olarak ilan edilmelidir. Metne ulaşmak için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20200744/index.html#fn-#a6b-1>, (Erişim Tarihi: 10.04.2020).

²⁷ Bu hususta yapılan değerlendirmeler için bkz. AKIN, Murat Yusuf: “Ticaret Bakanlığının 31.03.2020 Tarihli Kâr Payı Dağıtımına İlişkin Yazısı Üzerine Düşünceler”, www.ticaretkanunu.net, (Erişim Tarihi: 15.04.2020); SARIKAYA, Sinan: “Koronavirüs (COVID-19) Salgını Sebebiyle Ticaret Bakanlığı'nın Sermaye Şirketlerinde Kâr ve Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkındaki Duyurusu Üzerine Düşünceler”, <https://blog.lexpera.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 10.04.2020); PEKDİNÇER, Tamer/YILMAZ, Abdüssamet: “Anonim Ortaklıkların 2019 Yılı Olağan Genel Kurul Toplantılarında Dağıtabilecekleri Kar Payı Oranına İlişkin Ticaret Bakanlığı Duyurusunun Değerlendirilmesi”, <https://blog.lexpera.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 10.04.2020).

anlam ifade etmekte; kanaatimizce şirket genel kurulunun karar alma yetkisine müdahale niteliği taşımaktadır. Bakanlığın idari bir kararlar şirketlerin kâr dağıtım kararlarına müdahale etmesi, normlar hiyerarşisine ve Anayasa'nın mülkiyet hakkının ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükmüne de uygun düşmemektedir. Diğer yandan seçilen bu yöntemin, bilhassa en büyük beklentisi kâr payı almak olan yabancı sermaye üzerinde olumlu etki bırakacağını söylemek güçtür. Bu gerekçelerle Bakanlığın talebinin, sadece gündeme madde ekletilmesi yönünde olduğu ve bu talebe uygun karar alınmaması durumunda ise kararın sadece bu sebeple hukuken sakat kabul edilemeyeceği düşünülmektedir. Kaldı ki Bakanlığın kâr dağıtım konusundaki temennisi kısa zaman içerisinde kanunlaştığından, bu yöndeki çekinceler de bir nebze olsun giderilmiştir.

B. Torba Yasa Teklifi

Bakanlığın yukarıda yer verilen yazısında belirtilen hususlar, bir torba yasa ile TTK'ye geçici 13. madde olarak eklenmek istenilmiştir. Teklif metninde, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin iştirak ettiği şirketler hariç; sermaye şirketlerinin, 31/12/2020 tarihine kadar dağıtabilecekleri nakit kâr payı tutarının 2019 yılı net dönem kârının %25'ini aşamayacağı ve genel kurul tarafından yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisinin verilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca sermaye şirketleri tarafından 2019 yılına ilişkin kâr payı dağıtım kararı alınmış; fakat uygulanmamış veya kısmen uygulanmışsa, 2019 yılı net dönem kârının %25'ini aşan kısma ilişkin ödemelerin, 2020 yılının sonuna kadar erteleneceği ifade edilmiştir.

Teklif metninde, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin hangi oranda pay sahibi olduğu şirketlerin hükmün uygulanmasından istisna tutulacağı belirtilmemesi büyük bir eksiklik²⁸. Diğer yandan kâr payı dağıtım kararı alınan hallerde veya bu kararın kısmen uygulandığı durumlarda, kâr payı dağıtımının 2020 yılının sonuna kadar ertelenecek olması, genel kurulun kâr dağıtım yönünde verdiği kararın yenilik doğuran karar niteliği ile uyumlu değildi ve bu sebeple pay sahiplerinin alacak haklarına müdahale etmekteydi. Bununla birlikte bu kurala Kanun metninde yer verilmesiyle mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında hukukilik ilkesi yerine getirilmiş oldu.

C. Yasal Düzenleme

7244 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle TTK'ye eklenen geçici 13. maddede, sermaye şirketlerinde 30.09.2020 tarihine kadar²⁹ 2019 yılı net dönem kârının sadece %25'ine kadar olan kısmın dağıtılacağı³⁰; geçmiş yıl kârları ile serbest yedek akçelerin dağıtılamayacağı ve yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisinin verilemeyeceği belirtilmiştir. Hükümde, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin ve sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait fonların, sermayesinin yüzde ellisinden fazlasına doğrudan veya dolaylı olarak sahip olduğu şirketler hariç bırakılarak hükmün uygulanmayacağı sermaye şirketleri hakkında makul sayılabilecek bir çerçeve oluşturulmuştur. Buna ilave olarak hükmün kapsamına giren sermaye şirketlerine ilişkin istisnaları belirlemeye Ticaret Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Ticaret Bakanlığı, Uygulama Tebliği'nin 5. maddesinde, ödenek veya ücret desteği alan kişileri istihdam edenler ile hazine destekli kredi kefaleti kullanan ve kredi borcunu tamamen ödemiş olanlar hariç, belirli bir meblağın altında kâr dağıtım kararı alan şirketleri; pay sahiplerinin belirli hukuki ilişkilerden doğan ifa yükümlülüklerini karşılamak amacıyla kâr dağıtım kararı alan şirketleri, hükmün uygulanmasından muaf tutmuştur. Bununla birlikte bu şirketlerin kâr dağıtımını genel kurulda görüşebilmesi, Bakanlığın uygun görüş vermesi şartına bağlanmıştır (m.6/1).

Kanun hükmünde ayrıca, genel kurulun 2019 yılına ilişkin kâr payı dağıtım kararı aldığı; fakat henüz pay sahiplerine ödeme yapmadığı ya da kısmi ödeme yaptığı durumlarda, 2019 yılı net dönem kârının %25'ini aşan kısma ilişkin ödemelerin şimdilik 30.09.2020 tarihine kadar erteleneceği belirtilmiştir. Emredici şekilde kaleme alınan bu kanuni düzenlemenin, kâr payı dağıtımına ilişkin genel kurul kararlarının hukuki niteliği ve pay sahiplerinin kâr payı alacağı konularında mer'i hükümlerle uyumlu olmadığı; pay sahibinin mülkiyet hakkının sınırlanmasında meşru beklentilerine hizmet etmeyeceği ve hukuk güvenliğine zarar verebileceği

²⁸ Bu yönde bkz. TİRYAKİ, M.Cüneyd/ÇAKIR, Rasim Can: "Sermaye Şirketlerinin 2020 Yılı İçerisinde Alacakları Kar Dağıtım Kararlarının Akıbeti, Türkiye ve Dünyadaki Genel Durum", <http://www.ticaretkanunu.net/>, (Erişim Tarihi: 20.04.2020).

²⁹ Bu sürenin üç ay uzatılması ve kısaltılmasına Cumhurbaşkanı yetkili kılınmıştır.

³⁰ "Dağıtılması öngörülen kâr payı tutarı, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre tutulan kayıtlarda bulunan kâr dağıtımına konu kaynakların toplam tutarını aşamaz" (Uygulama Tebliği m.7/2).

düşünülmektedir. Diğer yandan hükme aykırı şekilde alınan kâr dağıtım kararı hakkında uygulanacak yaptırımın hükümde açıkça düzenlenmemiş olması, bu hususta bir tespit bulunmayı gerektirmektedir.

1. Kâr Dağıtım Kararı ve Kâr Payı Alacağı Çerçevesinde Hükümün Değerlendirilmesi

Pay sahiplerinin kâr payı hakkının, belirli şartlarla ve belirli müdahale şekillerine karşı korunan, bilhassa şirket menfaatinin gerektirdiği durumlarda sınırlandırılabilen bir hak olduğu ve bu özelliği nedeniyle nispi müktesep hak niteliği taşıdığı kabul edilmiştir. Bu esastan hareketle şirketin kâr elde etmediği veya serbest yedek akçelerin yeterli olmadığı durumlarda ya da TTK m.523/2 hükmünde belirtilen hallerde kâr dağıtmama kararı alınabilir veya pay sahibinin kâr payı hakkı sınırlandırılabilir. Bununla birlikte genel kurul bu yetkisini kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanmalıdır (TTK m.445/1).

Pay sahibinin nispi müktesep hak niteliğindeki kâr payı hakkının bu niteliği, genel kurulun kâr dağıtımına ilişkin kararıyla birlikte değişmekte ve artık anonim şirkete karşı bir alacak hakkı niteliğine bürünmektedir³¹. Pay sahibinin kâr payı hakkının hukuki niteliğinde değişikliğe neden olan bu genel kurul kararı, değiştirici yenilik doğuran karar niteliği taşır³². Alacak hakkına dönüşen kâr payı hakkı üzerinde artık şirket tek taraflı tasarrufta bulunamaz; dolayısıyla bu kararını değiştiremez veya geri alamaz. Aksi halde alınan genel kurul kararı geçersiz olur³³.

TTK'nin geçici 13. maddesinde, eylül ayının sonuna kadar 2019 yılı net dönem kârının belirli bir oranının dağıtılabileceği ve kâr payı avansının dağıtılması amacıyla yönetim kuruluna yetki verilemeyeceği belirtilmiştir. Kâr payı avansı dağıtmak için genel kurulun yönetim kuruluna yetki vermesi halka açık şirketler için öngörülmüş olduğundan (KPT m.9/2), halka açık olmayan şirketlerde genel kurul kararıyla kâr payı avansı dağıtımına karar verilebileceği izlenimi oluşturulmuştur. Kaldı ki verilen avans, kâr payı ödemesinden mahsup edileceğinden %25'lik dağıtım sınırı içinde kalmak şartıyla avans ödemesinin yapılabileceği düşünülebilir. Ancak ilgili hesap dönemi sonunda, dağıtılan kâr payı avansını karşılayacak miktarda net dönem kârı oluşmazsa, bir önceki yıla ait bilançoda yer alan serbest yedek akçelere başvurulacak; bu da hükümde açıkça belirtilen geçmiş yıl kârları ve serbest yedek akçelerin dağıtılamayacağı kuralı ile açık çelişkiye yol açacaktır. Kanaatimizce buradaki ifade, halka açık şirketleri de kapsayacak şekilde genel kurulun avans kâr payı dağıtımını yönünde bir karar almaması gerektiği şeklinde okunmalıdır. Uygulama Tebliği'nin m.4/4 hükmü gereğince, şayet genel kurul, kâr payı avansı dağıtımını yönünde bir karar almışsa, bu ödemeler de kâr payı ödemeleri gibi eylül ayının sonuna kadar ertelenecektir.

Kanun hükmünün ikinci fıkrasında, kâr payı dağıtımına karar verilen hallerde de öngörülen %25'lik kısmı aşan miktarın ödenmesinin eylül ayının sonuna kadar erteleneceği belirtilmiştir. Benzer bir düzenlemeye, Uygulama Tebliği'nin m.4/3 hükmünde, serbest yedek akçelerden dağıtım kararı alınan hallerde henüz ödenmeyen kısmın erteleneceği de belirtilmek suretiyle yer verilmiştir. Ayrıca aynı hükümde, ertelenen ödemeler için faiz istenilmesinin de önüne geçilmiştir. Bu hükümler, yenilik doğuran hukuki işlemlerin özellikleri ve hukuk güvenliği³⁴ ile bağdaşmamaktadır. Nitekim daha önceki yıllarda ve 2019 yılında kâr dağıtım kararı alınmışsa

³¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.702, N. 914; GÜRBÜZ USLUEL, s.191. Borsa şirketlerinde hisse kâr dağıtımında dağıtılabılır kârın, pay sahibinin alacak hakkına dönüştürülmeden sermayeye eklendiği yönünde bkz. MANAVGAT, s.506.

³² Bu tespiti eleştiren ÜÇİŞİK/CELİK ise öğretilde yenilik doğuran haklara verilen örneklerin ortak özelliklerinden hareket ederek yenilik doğuran hakkın kullanılması ile hakkın yöneldiği kişi için bir yükümlülüğün veya katlanması gereken bir hukuki sonucun doğduğunu ve bunun genel kurulun kâr dağıtım kararı ile bağdaşmadığını ifade etmiştir, (s.370-371). Yenilik doğuran haklar, tek taraflı bir işlemle başkasının hukuki durumunda, onun katılımı olmaksızın, kendiliğinden değişiklik yapan yetkililerdir, (EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s.61-62). Bununla birlikte yenilik doğuran haklar, genellikle kullanılması ile muhatap aleyhinde hukuki sonuçlar doğursa da bunun her zaman böyle olduğunu söylemek zordur. Örneğin yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemin onaylanması, kurucu yenilik doğuran hak örneğidir ve bu suretle onay veren kişi bu işlemle borç altına giriyor olabilir. Diğer yandan mirasın reddinde olduğu gibi kullanılan bazı yenilik doğuran haklarda muhatap dahi yoktur (EREN, s.63). Kanaatimizce kâr payı dağıtım kararının alındığı hallerde tek yanlı bir kararın pay sahipliği hakkı olan kâr payı hakkının hukuki niteliği değişerek alacak hakkı haline geldiğinden, genel kurulun kâr dağıtım kararını değiştirici yenilik doğuran işlem olarak nitelendirebiliriz.

³³ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.702, N. 914.

³⁴ "...Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar..." (Anayasa Mahkemesi, T. 26.12.2013, E. 2013/67, K. 2013/164, S.28954 RG.).

ve/veya bu kararların gerekleri yerine getirilmekte ise yenilik doğuran bir genel kurul kararının başka bir kararla kaldırılması, değiştirilmesi ve pay sahiplerinin alacak hakkı üzerinde şirketin tek yanlı tasarrufla bulunması hukuken mümkün olmayacağından, genel kurulun kâr dağıtımını ertelemesinin, kabul edilen sisteme uygun olmadığı ifade edilebilir. Diğer yandan bu düzenlemeler, genel kurul kararının alındığı tarihteki kanuna göre dağıtımın yapılacağı yönündeki kabul ile de uyumsuzdur³⁵. Alınan bir genel kurul kararı gereği yapılan kâr dağıtımına, açılan dava neticesinde mahkemenin kararın yürütülmesinin geri bırakılmasına karar verdiği hallerde engel olunabilir (TTK m.449/1).

Anayasa m.35/2 hükmü gereğince mülkiyet hakkı, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilecektir. Bu hüküm, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin Anayasa m.13 hükmüyle birlikte ele alınmakta ve mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında, müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği (*hukukilik*), meşru amaçlara uygun olup olmadığı ve ölçülülüğü³⁶ (*kamu yararı ile bireysel menfaatler arasındaki adil denge*) incelenmektedir³⁷. Bununla birlikte temel hak ve hürriyetlerin olağanüstü hallerde sınırlandırılmasında, Anayasa'nın 15. maddesindeki sınırlama ölçütlerinin dikkate alınacağı kabul edilmektedir³⁸. Diğer bir ifadeyle milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek; ölçülülük ilkesine uymak ve Anayasa m.15/2 hükmündeki çekirdek alana dokunmamak kaydıyla temel hak ve hürriyetler sınırlandırılabilir.

TTK'nin geçici 13. maddesiyle ekonomik hayatı korumak amacıyla getirilen kâr payı dağıtımına ilişkin sınırlamanın, ilk bakışta hukuki, meşru amaca uygun ve bilhassa mülkiyet hakkının tamamen sınırlandırılmadığı da gözetildiğinde ölçülü olduğu kabul edilebilir. Buna karşılık bilhassa hükmün ikinci fıkrasının, pay sahiplerinin doğmuş ve hatta ödenmekte olan alacak haklarına müdahale etmesinin, pay sahiplerinin meşru beklentilerine³⁹ zarar verdiği; alınan ve icra edilen genel kurul kararına etkisi dikkate alındığında geriye etkili bir kanuni düzenleme olması ve elverişli olmaması⁴⁰ gerekçeleriyle ölçülü olmadığı açıktır⁴¹. Kâr payı alacağından yoksunluğun üç ay uzatılabileceği de dikkate alındığında bu yöntemin, kamu yararı amacıyla da olsa hukuk güvenliğine zarar verebileceği ifade edilmelidir.

Payları borsada işlem gören şirketler açısından dağıtılabilir kârın sermayeye eklenmesi sonucunda oluşan bedelsiz payların kâr payı olarak pay sahiplerine verilmesi mümkün olup bu durumda hisse kâr dağıtımından söz edilir⁴². Kanun hükmünde ödeme yapılmasından, net dönem kârının ve serbest yedek akçelerin pay sahiplerine dağıtılmasından söz edildiğinden, net dönem

³⁵ Bu yönde bkz. TÜYSÜZ, s.41.

³⁶ “Ölçülülük ilkesi, “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik”, öngörülen müdahalenin, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, “gereklilik”, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, “orantılılık” ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.” (Anayasa Mahkemesi, T. 19.12.2013, Başvuru No: 2013/817, Mehmet Akdoğan ve diğerleri başvurusu, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 07.05.2020)). Ayrıca bkz. GÖZLER, Kemal: “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi”, Ankara Barosu Dergisi, S.4, 1990, s.573.

³⁷ GEMALMAZ, H. Burak: Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Ankara 2018, s.99; AKKURT, Ali: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Yargı Organları İçtihatlarında Mülkiyet Hakkının Kapsamı ve Sınırlanması”, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.6, Aralık 2015, s.181, 188.

³⁸ GÖZLER, s.564-565; BAŞPINAR, Veysel: “Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Olağanüstü Hallerde Mülkiyet Hakkı Sınırlamasının Fikrî ve Hukukî Temelleri”, ERÜHFD, XI(1), 2016, s.9. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 08.03.1992, E. 1991/6, K. 1991/20 sayılı kararı, <https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 09.04.2020).

³⁹ Kavram hakkında ayrıca bkz. GEMALMAZ, s.52 vd.; AKKURT, s.184, 187.

⁴⁰ Elverişlilik bağlamında, aşağıda temas edileceği üzere, TTK'de öngörülen bazı hükümler ve alınan başkaca tedbirler yoluyla şirketin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği varlıkları dağıtabilmesinin hukuken mümkün olduğu göz ardı edilmemelidir.

⁴¹ AİHM tarafından ölçülülük ilkesine uygunlukta dikkate alınan hususlar hakkında ayrıca bkz. AKKURT, s.189-190.

⁴² “Kâr dağıtım politikasında, kâr payının nakit ve/veya bedelsiz olarak dağıtılacağı hususunda da bilgi yer alır. Payları borsada işlem görmeyen ortaklıkların kâr payını tam ve nakit olarak dağıtımaları zorunludur.” (SPK Kâr Payı Rehberi A-3). “Hesaplamalar sonucunda bulunan birinci kâr payı tutarının ne kadarının nakit, ne kadarının ise pay olarak dağıtılacağı yine bu bölümde belirtilecektir.” (SPK Kâr Payı Rehberi C-11). Ayrıca bkz. KPT m.7/2. Nakit dışı kâr dağıtımının TTK açısından uygulanabilir olduğu yönünde bkz. GÜRBÜZ USLU, s.49. Bu işlemin, iç kaynaklardan sermaye artırım yöntemi olduğu yönünde bkz. YÜKSEL, s.409. Esas sermaye artırımını finanse etmenin dolaylı bir kar payı dağıtım işlemi olduğu yönünde bkz. Y. 11. HD., T. 06.03.2003, E. 2002/10355, K. 2003/1969 sayılı kararı, <https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

kârının sermayeye eklenmesi ve hisse kâr dağıtımını yapılması, sınırlama hükmüne tâbi tutulamayacaktır. Sürecin başında Bakanlığın duyurusundaki talebinin, sadece nakit kâr payı dağıtımını kararlarına ilişkin olması; Bakanlığın Uygulama Tebliği'nin m.4/1 hükmünde açıkça nakden dağıtımdan söz edilmesi ve sınırlama hükmünün, iç kaynaklardan sermaye artırımında uygulanmayacağına belirtilmesi de bu yargıyı destekler. Kaldı ki hisse kâr dağıtımını, şirket kaynaklarının şirket içerisinde kalmasını sağlayacak ve şirket sermayesini artıracaktır. Sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemelerle de şirket alacaklıları için daha güçlü bir koruma sunulmuş olacaktır.

2. Hükme Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırım

Kanun'a eklenen geçici 13. madde hükmüne aykırı şekilde alınan genel kurul kararları aleyhine kanuna aykırı olduklarından bahisle iptal davası açılabilir (TTK m.445). Diğer yandan TTK m.447 hükmünde batıl kabul edilen genel kurul kararları sınırlı sayıda düzenlenmediğinden, bu hallerin dışında da TBK m.27/1 hükmü gereğince kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle hükme aykırı şekilde alınan genel kurul kararları aleyhine butlanın tespiti davası açılabilir⁴³. Kanaatimizce açılan davada mahkeme, Kanun'da öngörülen sınırı aşan kâr payı dağıtım kararını, en yüksek sınır (%25) üzerinden alınmış kabul edebilecektir. Diğer bir deyişle hükme aykırı kâr dağıtım kararına *düşey kısmi hükümsüzlük* yaptırımının⁴⁴ uygulanması mümkündür. Nitekim hükmün ikinci fıkrasında, 2019 yılında elde edilen net dönem kârının %25'ini aşan kısma ilişkin ödemelerin erteleneceğini ifade eden kanun koyucu, %25'lik kısmın geçerli bir ödeme olarak kabul edileceğini belirtmiştir (karş. Uygulama Tebliği m.4/1). Açılan davada mahkeme, genel kurul kararının yürütülmesinin geri bırakılmasına karar verdiği takdirde ise kâr payı dağıtımına devam edilemeyecektir (TTK m.449/1). Bu hükme aykırı şekilde alınan genel kurul kararlarının, sermayenin korunması hükümlerine aykırı olduğundan bahisle batıl kabul edilmesi ise kanaatimizce zorlama bir yorum olacaktır. Zira kâr payı dağıtımını, şirket sermayesinden değil; net dönem kârından ve/veya serbest yedek akçelerden yapılmaktadır.

Kanuna aykırı işlemler için öngörülen bu genel yaptırımların yanında, Bakanlığın da şirketler üzerindeki denetleme yetkisini kullanabileceği söylenebilir (TTK m.210/3). Bakanlık, kamu düzenine aykırı işlemlerde, hazırlıklarda veya muvazaalı işlemlerde bulunduğu belirlenen şirketler hakkında fesih davası açabilir. Kâr payı dağıtımına sınırlama getiren hükmün, kamu düzeninin ekonomik ayağını sağlam tutuma amacıyla kabul edildiği dikkate alındığında, hükme aykırı işlemlerde bulunan veya hükmü dolanmak amacıyla hukuken izin verilen diğer imkânları kullanan şirketlerden Bakanlık tarafından belirlenenler hakkında fesih davası açabilir.

Bakanlığın 31.03.2020 tarihli duyurusundan sonra, Kanun değişikliğinin yürürlüğe girdiği 17.04.2020 tarihine kadarki süreçte alınan ve %25'lik sınırı aşan kâr dağıtım kararları, kanaatimizce sırf bu sebeple geçersiz sayılamamalıdır. Zira Bakanlığın duyuru yoluyla anonim şirketler hakkında bağlayıcı bir karar alması hukuken mümkün değildir. Nitekim TTK m.210/1 hükmünde de Bakanlığın tebliğ ve yönetmelik yayımlayabileceği ve bu düzenleyici işlemlerdeki esaslara riayet edileceği belirtilmiştir. Duyurunun, hukuken bir düzenleyici işlem olmadığı ve duyuruya aykırı şekilde *-Kanun değişikliğinden önce-* gerçekleştirilen kâr dağıtımlarının da sadece bu sebeple kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırı kabul edilemeyeceği göz önüne alındığında, Kanun değişikliği yürürlüğe girene kadarki dönem içerisinde alınan kararların ve yapılan kâr dağıtımlarının sırf bu sebeple geçersiz sayılmaması gerekir. Kaldı ki Uygulama Tebliği'nde açıkça, hükmün yürürlüğe girdiği tarihten eylül ayı sonuna kadar net dönem kârının sadece %25'inin dağıtılacağı hükme bağlanmakla vardığımız bu sonuç desteklenmiştir (m.4/1). Kanun'da öngörülen sınırlamalara aykırı şekilde alınan genel kurul kararları gereği

⁴³ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.596, N. 722c; KIRCA, İsmail: Anonim Şirketler Hukuku C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, (Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar), B. 2, Ankara 2017, s.53; karş. TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, s.398-399, N. 15-12. Yalnızca münferiden pay sahibinin bireysel menfaatlerini koruyan ve pay sahibinin uygulanmasından vazgeçebileceği kuralların münferit ihlal durumlarında butlan yaptırımının uygulanmayacağı; ancak kamu yararını veya üçüncü kişilerin menfaatlerini koruyan emredici kuralların ihlal edilmesi durumunda butlan yaptırımının uygulanacağı yönünde bkz. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25, s.265, N. 111-116. Aynı yönde bkz. BÖCKLI, Peter: Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, s.2305-2306, § 16, N. 157a, 158; ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, B. 2, Ankara 2015, s.527.

⁴⁴ Kanunda öngörülen en yüksek sınırı aşan sözleşmelerin, en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılacağı yönünde bkz. KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s.223 vd.

dağıtılan kâr paylarının iade edilmesi gerekebilir. Bunun için kanun koyucu, pay sahibinin hem haksız şekilde kâr payı almasını hem de kötü niyetli olmasını aramıştır (TTK m.512/1). İyiniyetin varlığı karine olduğundan (TMK m.3/1) aksini iddia edenin ispatlaması gerekecektir⁴⁵. Öğretide⁴⁶ hakkı doğuran işlemin yapıldığı sırada iyiniyetli olan bir kişinin sonradan gerçek durumu öğrene de hakkı kazanmış olacağı ifade edilmiştir. Bu kabulden hareketle kâr payı hakkını alacak hakkına dönüştüren genel kurul kararının alındığı zaman ve kâr payını alırken iyiniyetli olan bir pay sahibinin, sonradan Kanun'un yürürlüğe girmesi ile kötü niyetli hale gelmiş kabul edilemeyeceği ve bu gerekçeyle de Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce sınırlamaya aykırı şekilde fazla kâr payı alan pay sahibinin TTK m.512 hükmü uyarınca aldığı bu fazla miktarı geri vermekle yükümlü olmayacağı ifade edilmelidir. Kanuni düzenlemeden önce Bakanlığın bu husustaki duyurusunu bir temenni olarak dikkate alarak duyurudaki hususlara aykırı şekilde alınan kâr dağıtım kararlarının ve bu kararlara dayanarak alınan kâr paylarının sırf bu sebeple hukuka aykırı sayılmayacağı ve iade yükümlülüğüne konu edilemeyeceği vurgulanmalıdır. Bununla birlikte emredici kanuni düzenleme yürürlüğe girdikten sonra alınan kararlarda ve kâr paylarında, pay sahibinin kanunu bilmemesinin mazeret olarak kabul edilemeyeceği ve iyiniyete dayanamayacağı; bu gerekçeyle sınırlamaya aykırı olarak aldığı kâr paylarını geri vermekle yükümlü olacağı kabul edilmelidir⁴⁷.

3. Hükümün Uygulanmasına İlişkin İstisnalar

TTK'nin geçici 13. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin ve sermayesinin %50'sinden fazlası kamuya ait olan fonların, sermayesinin %50'sinden fazlasına iştirak ettiği şirketler hakkında, kâr payı dağıtımında öngörülen sınırlamanın uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin eşitlik ilkesini ihlal ettiği düşünülebilir. Ancak bu hüküm, pandemi sonrasında yaşanabilecek ekonomik sıkıntılarda, kamuya kaynak aktarımına mani olmamak amacıyla düzenlendiğinden ve kamunun belirli bir oranda iştiraki olan şirketler hakkında sınırlamadan istisna öngörüldüğünden, kanaatimizce belirli şartlarla korunan kamu yararına üstünlük tanınmalı ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiası kabul görmemelidir.

Diğer yandan TTK'nin geçici 13. maddesinin üçüncü fıkrasında, hükümün uygulanmasına ilişkin istisnaları belirleme yetkisi Ticaret Bakanlığı'na verilmiştir. Bakanlık da Uygulama Tebliği'nin 5. maddesinde istisna kapsamındaki şirketleri saymıştır. Buna göre, kısa çalışma ödeneğinden veya nakdi ücret desteğinden faydalanan kişileri istihdam eden şirketler ile hazine destekli kredi kefaleti kullananlardan borcu olan şirketler hariç tutularak 120.000 TL ve altında kâr dağıtım kararı alan şirketlerin kâr dağıtım sınırlamasına tâbi olmayacakları belirtilmiştir (Uygulama Tebliği m.5/1-a). Bu durumda 120.000 TL veya altında kâr dağıtım kararı alan ve ödenek/destekten faydalanan kişileri istihdam etmeyen şirketler, 2019 yılı net dönem kârının %25'ini aşmış da olsa erteleme kararı almak zorunda kalmayacaktır.

Aynı kapsamda pay sahiplerinin sermaye taahhüt borcunu veya kredi ya da proje finansman sözleşmeleri kapsamındaki ifa yükümlülüklerini nakden ödemesi şartıyla kâr dağıtım kararı alan şirketler de sınırlamadan muaf tutulmuştur (Uygulama Tebliği m.5/1-b, c). Böylece elde edeceği kâr payı ile sermaye taahhüt borcunu ya da kredi sözleşmesinden doğan muaccel borcunu ödeyecek pay sahibi için şirketin sınırlamaya tâbi olmadan kâr dağıtım kararı alabileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte ikinci durum için pay sahibinin ifa yükümlülüğünü aşan miktara ilişkin ödemelerin ertelemeye tâbi tutulacağı belirtilmiştir. Nihayet istisna kapsamındaki kâr payı dağıtımlarının genel kurulda görüşülebilmesi, Bakanlık'tan uygun görüş alınması şartına bağlanmıştır (Uygulama Tebliği m.6/1).

V. HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERİN KENDİ PAYLARINI İKTİSAP ETMESİ KONUSUNDA ÖNGÖRÜLEN KOLAYLIKLARIN ETKİSİ

Covid-19 pandemisinin, ülkemiz finansal piyasalarında yarattığı olumsuzlukları en aza indirmek amacıyla Sermaye Piyasası Kurulu, 19.03.2020 tarihli toplantısında birtakım kararlar

⁴⁵ ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.526. Aile anonim şirketlerinde ve halka açık olmayan-küçük anonim şirketlerde iyiniyet yokluğunun karine olduğu yönünde bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.704, N. 915a.

⁴⁶ AYHAN, s.113. Benzer yönde bkz. ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.527.

⁴⁷ Kâr dağıtım kararı başka bir sebeple batılsa pay sahibinin kötü niyetli olmasa dahi iade ile yükümlü olduğu yönünde bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.704, N. 915b; BÖCKLI, s.1519, § 12, N. 531a.

almış ve bu kararları 23 Mart 2020 tarihli basın açıklaması ile duyurmuştur⁴⁸. Alınan kararlar ana başlıklarıyla; aracı kurumların ve portföy yönetim şirketlerinin personelinin çalışma şekline, müşterilerin bilgilendirilmesine, kredili işlemlerde asgari öz kaynak koruma oranına, halka açık ortaklıkların borsada işlem gören paylarının geri alınımının kolaylaştırılmasına, finansal raporların bildirim süresine, Kurula bildiri ve başvuruların kayıtlı elektronik posta sistemi üzerinden yapılmasına ilişkindir. Bu konulardan, şirket sermayesini ve değerini doğrudan ilgilendiren kendi payını iktisap müessesesi ayrı bir önem taşımaktadır.

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, anonim şirketler hukuku kadar eski bir konudur. Bu konudaki tartışmalar, şirket sermayesinin korunması, eşit işlem ilkesinin hayata geçirilmesi, genel kurulun karar alma hakkının ve sermaye piyasasının korunması konularına temas eder⁴⁹. Şirketin kendi payını iktisap etmesinin şirketin likiditesini ve sermayesini azaltmaya, oy hakkı temelinde daralmaya ve pay sahipleri temelinde yetki ilişkisinde kaymaya, eşit işlem ilkesine aykırı sonuçlara ve piyasayı yanlış yönlendirme tehlikesine yol açabileceği ifade edilmektedir⁵⁰. Buna karşılık borsa kurundaki dalgalanmaları önleme, pay başına düşen kâr artırma, kalan pay sahiplerinin kontrol olanaklarını güçlendirme, şirketin devralınması girişimlerine karşı savunma olanağı verme, esnek bir sermaye temini ve kâr dağıtma imkânı sunma yönlerinden olumlu etkileri olduğu da kabul edilmektedir⁵¹.

Türk Ticaret Kanunu'nun 379. maddesi hükmüne göre, bir şirket kendi paylarını, ancak esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşmayacak miktarda ivazlı olarak iktisap edebilir. Aynı hükümden Sermaye Piyasası Kurulu'na, pay senetleri borsada işlem gören şirketler hakkında düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinde, halka açık anonim şirketlerin paylarını, Sermaye Piyasası Kurulu'nun belirlediği şartlar çerçevesinde iktisap edebileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükme dayanılarak hazırlanan Geri Alınan Paylar Tebliği'nde⁵² (No: II-22.1), geri alma programının süresi hariç, esas itibarıyla TTK m.379 vd. hükümleriyle paralel düzenlemeler öngörülmüştür. Bununla birlikte Sermaye Piyasası Kurulu 21.07.2016 tarihindeki basın duyurusunda, ülkede yaşanan olumsuzlukların finansal piyasalara muhtemel etkilerini dikkate alarak halka açık şirketlerin, özel durum açıklaması yaparak, genel kurulun yetkilendirme kararına ihtiyaç olmadan ve %10'luk limit dikkate alınmaksızın borsada işlem gören paylarını geri alabileceklerini belirtmiştir. Kurul, bu duyuruyla ilişkin 25.07.2016 tarihli ek açıklamasında ise pay geri alımlarının, yakın ve ciddi kaybın belirlenmesine ilişkin Tebliğ'de öngörülen şartlara tâbi olmadan, halka açık ortaklıkların kendileri tarafından yapılacak alımları kapsadığını; şimdiye kadar alınan yönetim kurulu kararlarının öngörülen hususları içermemesi halinde, ilave yönetim kurulu kararı alınarak kamuya açıklanması gerektiği ve duyuru çerçevesinde geri alınan payların, duyuru tarihinden itibaren 30 günlük süre boyunca satılmayacağı; nihayet duyuru çerçevesinde gerçekleştirilecek geri alım işlerinin, bilgi suiistimali veya piyasa dolandırıcılığı kapsamında değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir⁵³.

Covid-19 pandemisinin finansal piyasalardaki olumsuz etkilerini en aza indirebilmek amacıyla 23 Mart 2020 tarihinde, 21 ve 25 Temmuz 2016 tarihli basın duyurularının yürürlükte olduğu kamuoyuna hatırlatılmıştır. Hâlihazırda yürürlükte olan bir geri alım programı olan halka açık ortaklıkların, söz konusu geri alım programını Geri Alınan Paylar Tebliği hükümleri çerçevesinde yürütebilecekleri; eğer Kurul'un 21.07.2016 tarihli duyurusunda yer alan imkânlardan faydalanmak isterlerse o halde konuya ilişkin yönetim kurulu kararı almaları gerektiği belirtilmiştir. Diğer bir anlatımla halka açık şirketlere, genel kurulun yetkilendirme kararına ihtiyaç olmadan ve %10'luk limit dikkate alınmaksızın borsada işlem gören paylarını

⁴⁸ Bkz. <https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20200323/0>, (Erişim Tarihi: 05.04.2020).

⁴⁹ LENZ, Christian/VON PLANTA, Andreas: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, (Hrsg.: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf), 5. Aufl., Basel 2016, Vor Art. 659-659b, N. 1; PEYER, Patrik R.: Handbuch Schweizer Aktienrecht, 1. Aufl., 2014, <https://app.legalis.ch/>, (Erişim Tarihi: 01.04.2020), § 43, N. 126.

⁵⁰ LENZ/ VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 2-5; DOĞAN, Beşir Fatih: Der Erwerb eigener Aktien im deutschen und türkischen Recht im Hinblick auf europäisches Recht (Erwerb), Hamburg 2004, s.67 vd.; DOĞAN, Beşir Fatih: "Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabının Fayda ve Zararları", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan (Fayda ve Zarar), Ankara 2006, s.469 vd.; ÖZDAMAR, Mehmet: Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi, Ankara 2005, s.73 vd.; PEYER, § 43, N. 126; PULAŞLI, Şerh II, s.1773-1776, N. 5-9.

⁵¹ LENZ/ VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 6; DOĞAN, Fayda ve Zarar, s.452 vd.; DOĞAN, Erwerb, s.39 vd.; ÖZDAMAR, s.57 vd.; PULAŞLI, Şerh II, s.1776-1782, N. 10-26.

⁵² T. 03.01.2014, S.28871 RG.

⁵³ Düzenlemenin eleştirisi hakkında bkz. ÇAKIR ÇELEBİ, Fatma Betül: "Payları Borsada İşlem Gören Şirketlerin Kendi Paylarını Edinmesinin Koşulları" D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s.2576.

geri alabilme imkânı tanınmış; bu payları iktisap etmeleri kolaylaştırılmıştır. Böylece borsada işlem gören payların şirket dışındaki faktörlerle, somut durumda pandemi nedeniyle ani kur düşüşüne karşı önlem olarak şirket tarafından satın alınması ve borsa kurunun dengelenmesi imkânı tanınmıştır⁵⁴.

Bun karşılık Kurul'un, genel kurulun yetkilendirme kararını kaldırırken, ilave olarak %10'luk iktisap limitinin de dikkate alınmayacağını belirtmesi, ekonomik kriz zamanlarında hâkim pay sahiplerinin, paylarını şirkete satarak krizin maliyetini şirkete yükleme girişimlerine imkân verecektir⁵⁵. Diğer yandan şirketler, kâr payı dağıtımının yanında, malvarlığını pay sahiplerine aktarmanın bir diğer alternatif yolu olarak da bu yöntemle başvurabilirler⁵⁶. Şirketin kendi payını iktisap etmesi, şirketin likiditesini azaltacağından ve bilhassa kriz zamanlarında payını tekrar satın alacak müşteri bulması da zor olacağından, kendi payını iktisap işlemlerini kolaylaştırmak amacıyla kanunla öngörülen sınırlamaları tamamen kaldırmak, şirketin zararına sonuçlar doğurabilecektir⁵⁷. Yukarıda temas ettiğimiz üzere, bir yandan şirketin likiditesini kendi içinde muhafaza etmesini sağlamak amacıyla kâr payını dağıtması sınırlandırılırken, diğer yandan hiçbir limit öngörmeden kendi payını iktisabını kolaylaştırmak, payları borsada işlem gören şirketlere serbestçe tasarruf edebilecekleri varlıklarını kendi payını iktisap etmeye yönlendirmesi tavsiyesi olarak okunabilir. Kendi payını iktisap etme işleminin kâr payı dağıtımına alternatif olarak seçilmesi, tek başına işlemin geçerliliğine etkide bulunmayacağı için bu halde muvazaalı bir işlem olduğundan bahisle Bakanlığın feshi talep etmesinin de zor olacağı ifade edilmelidir.

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

7244 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle TTK'ye eklenen geçici 13. maddede, *-kamunun belirli oranda iştiraki olan şirketler ile Uygulama Tebliği m.5 hükmünde sayılanlar hariç-* sermaye şirketlerinin kâr dağıtım kararı almaları veya aldıkları kararların gereğini yerine getirmeleri belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama, bilhassa kâr dağıtımına ilişkin genel kurul kararlarının yenilik doğuran niteliği ile uyumlu olmadığı gibi pay sahiplerinin alacak haklarına da müdahale etmektedir. Kanunla ve kamu yararı amacıyla getirilen bu sınırlama ise, gerek TTK'nin pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmesine imkân veren m.358 hükmü gerek yönetim kurulu üyesinin genel kuruldan izin alarak şirketle işlem yapabileceğine ilişkin m.395/1 hükmü gerekse SPK'nin payları borsada işlem gören şirketlerin kendi paylarını limit öngörmeden iktisap etmelerine izin veren kararı ile aynı amaca hizmet etmemektedir. Diğer bir deyişle şirket kaynaklarının şirket içerisinde kalmasını sağlamak amacıyla getirilen bu hüküm, TTK'nin yürürlükteki diğer hükümleri ve SPK kararıyla adeta işlevsiz hale gelmektedir. Bu yönüyle düzenlemenin elverişli ve dolayısıyla ölçülü olmadığı düşünülmektedir. Diğer yandan, hükmün öngördüğü sınırlamanın uygulanacağı süre uzatılabileceğinden düzenleme bu şekilde pay sahiplerinin meşru beklentilerine ve hukuk güvenliğine zarar vermektedir.

Kanaatimizce şirketlerin karar alma özgürlüklerine emredici bir kanun hükmü ile müdahale etmek yerine yapılması gereken, şirketleri pandemi sonrasında beklenen ekonomik durum hakkında bilgilendirmek; şirketlere, şirket kaynaklarını şirket dışına çıkarma sonucunu doğuracak iş ve işlemlerden kaçınmaları, masraflarını kısımları, uzun vadeli yatırımlardan kaçınmaları gerektiği yönlerinde tavsiyelerde bulunmak olmalıydı. Bu hususta, sermaye gücünü korumanın bir zayıflık işareti olmadığı; dağıtımlarını gönüllü olarak kısıtlayan veya erteleyen şirketlerin, piyasada daha uzun süre güçlü kalacağı hususları hatırlatılabilir. Şirketlerin de alacakları kararlarda ve yapacakları ödemelerde, hem şirketin hem de tüm pay sahiplerinin menfaatlerini dikkate alarak titiz bir değerlendirme yapmaları gerekli olacaktı. Kaldı ki TTK'nin m.523/2

⁵⁴ LENZ/VON PLANTA, Vor Art. 659-659b, N. 6; PULAŞLI, Şerh II, s.1777, N. 14; TÜRK, Ahmet: Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Ankara 2016, s.406.

⁵⁵ ÖZDAMAR, s.86, 88; TEKİNALP, s.101, N. 9-20.

⁵⁶ PULAŞLI, Şerh II, s.1777, N. 12. Hatta bu yöntemin, kâr dağıtımında sürekliliği sağlamak için bir yol olarak kullanılabileceği yönünde bkz. DOĞAN, Erwerb, s.44. Bu durumu göz önüne alan Amerika'da pandemi sonrası yürürlüğe giren "*Coronavirus Yardımı ve Ekonomik Güvenlik Kanunu (CARES Act)*"nun 4003.3 (D) maddesinde, orta büyüklükteki şirketler için destek verilmesi için kâr payı ödemeyeceği veya kredi ödenmemişken kendisinin veya ana şirketin menkul kıymetler borsasında listelenen payını iktisap etmeyeceği şartları öngörülmüştür. Kanun metnine ulaşmak için bkz. <https://www.congress.gov/bill/116th-congress>, (Erişim Tarihi: 01.05.2020). Avrupa Merkez Bankası'nın benzer yöndeki tavsiyesi için bkz. https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj_c_2020_102i_full_en_txt.pdf, (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

⁵⁷ DOĞAN, Fayda ve Zarar, s.475. DOĞAN, Erwerb, s.79. Bu nedenle, İsviçre'de finans sektöründeki tüm şirketlerin pay geri alım programlarını askıya almalarının memnuniyetle karşılandığı yönünde bkz. BRANSON, Mark: "Ausschüttung von Dividenden kritisch prüfen", Neue Zürcher Zeitung, N. 72, 26.03.2020, s.7.

hükmü, şirkete bu yönde bir değerlendirme yapma imkânı tanımaktadır. Bu imkânı kullanmayan şirketler ise pandemi sonrası süreçte ayakta kalamamanın riskini göze almış kabul edilmeliydi.

Bu değerlendirmelere karşılık kanun koyucu, emredici bir Kanun hükmü ile düzenleme/sınırlama yapma yolunu seçmiştir. Kanun'da öngörülen sınırlamaya aykırı şekilde alınan kararın ve ödenen kâr payının sadece sınırı aşan kısmı geçersiz sayılmalıdır. Pay sahipleri de emredici kanun hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra hükmü bilmedikleri veya bilmelerinin gerekmediği yönünde itirazda bulunamayacaklarından, bu andan sonra sınırı aşan miktarda kâr payını kötü niyetle almış kabul edilmeli ve TTK m.512 hükmü gereğince iade ile yükümlü tutulmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKIN, Murat Yusuf: "Ticaret Bakanlığının 31.03.2020 Tarihli Kâr Payı Dağıtımına İlişkin Yazısı Üzerine Düşünceler", www.ticaretkanunu.net, (Erişim Tarihi: 15.04.2020).
- AKKURT, Ali: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Yargı Organları İçtihatlarında Mülkiyet Hakkının Kapsamı ve Sınırlanması", *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.6, 2015, s.177-204.
- AYDOĞAN, Fatih: "Anonim Şirketlerde Kâr Payının Ödenmesine Mahkemece Karar Verilip Verilemeyeceği Meselesi", *Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)*, 20 Ekim 2017, İstanbul 2018, s.115-127.
- AYHAN, Rıza: "Anonim Şirketlerde Haksız ve Kötüniyetle Alınan Kâr ve Kazanç Paylarının İadesi", in Ulusoy, Erol (ed.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, Ankara 2016, s.97-139.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara 2020.
- BADAK, Zehra: *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirkette Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı*, İstanbul 2018.
- BAŞPINAR, Veysel, "Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Olağanüstü Hallerde Mülkiyet Hakkı Sınırlamasının Fikri ve Hukukî Temelleri", *ERÜHFD*, XI(1), 2016, s.1-32.
- BOZGEYİK, Hayri: *Halka Açık Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı*, *BATİDER*, 20(3), 2000, s.117-156.
- BÖCKLI, Peter: *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., 2009.
- BRANSON, Mark: "Ausschüttung von Dividenden kritisch prüfen", *Neue Zürcher Zeitung*, N. 72, 26.03.2020, s.7.
- ÇAKIR ÇELEBİ, Fatma Betül: "Payları Borsada İşlem Gören Şirketlerin Kendi Paylarını Edinmesinin Koşulları" *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 21(Özel Sayı), 2019, s.2545-2581.
- DOĞAN, Beşir Fatih: *Der Erwerb eigener Aktien im deutschen und türkischen Recht im Hinblick auf europäisches Recht (Erwerb)*, Hamburg 2004.
- DOĞAN, Beşir Fatih: "Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabının Fayda ve Zararları", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan (Fayda ve Zarar), Ankara 2006, s.449-478.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018.
- FORSTMOSE, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter: *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996.
- GEMALMAZ, H. Burak: *Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6*, Ankara 2018.
- GÜRBÜZ USLUEL, Aslı E.: *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı*, Ankara 2016.
- GÖZLER, Kemal: "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerin Hukukî Rejimi", *Ankara Barosu Dergisi*, S.4, 1990, s.561-590.
- KIRCA, İsmail: *Anonim Şirketler Hukuku C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, (Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar), B. 2, Ankara 2017.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, İstanbul 2011.
- KUNZ, Peter V.: *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Bern 2001.
- LENZ, Christian/VON PLANTA, Andreas: *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, (Hrsg.: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf), 5. Aufl., Basel 2016.
- MANAVGAT, Çağlar: *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz*, Ankara 2016.
- MEISTER, Thomas: *Orell Füssli Kommentar (OFK)*, (Hrsg.: Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland), 3. Aufl., Zürich 2016.
- ÖZDAMAR, Mehmet: *Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi*, Ankara 2005.
- PEKDİNÇER, Tamer/YILMAZ, Abdüssamet: "Anonim Ortaklıkların 2019 Yılı Olağan Genel Kurul Toplantılarında Dağıtabilecekleri Kar Payı Oranına İlişkin Ticaret Bakanlığının Duyurusunun Değerlendirilmesi", <https://blog.lexpera.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 10.04.2020).

- PEYER, Patrik R.: Handbuch Schweizer Aktienrecht, 1. Aufl., 2014, <https://app.legalis.ch/>, (Erişim Tarihi: 01.04.2020).
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, B. 14, İstanbul 2019.
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi (Şerh II), Cilt II, B. 3, Ankara 2018.
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar (Genel Esaslar), Ankara 2020.
- SARIKAYA, Sinan: “Koronavirüs (COVID-19) Salgını Sebebiyle Ticaret Bakanlığı’nın Sermaye Şirketlerinde Kâr ve Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkındaki Duyurusu Üzerine Düşünceler”, <https://blog.lexpera.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 10.04.2020).
- SENGİR, Turgut: “Anonim Ortaklarda Kâr Payı Hakkı”, BATİDER, C.VII, 1973, s.77-86.
- ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, B. 2, Ankara 2015.
- TEKİL, Fahiman: Şirketler Hukuku, C. 2, Anonim Şirketler, İstanbul 1976.
- TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015.
- TİRYAKI, M.Cüneyd/ÇAKIR, Rasim Can: “Sermaye Şirketlerinin 2020 Yılı İçerisinde Alacakları Kar Dağıtım Kararlarının Akıbeti, Türkiye ve Dünyadaki Genel Durum”, <http://www.ticaretkanunu.net/>, (Erişim Tarihi: 20.04.2020).
- TURANLI, Hüsni/SEYMAN KORKMAZ, Seda: “Anonim Ortaklıklarda Kar Payı Alma Hakkı”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1), 2015, s.7-44.
- TÜRK, Ahmet: Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Ankara 2016.
- TÜYSÜZ, Mustafa: “Halka Açık Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtım”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1-2), 2011, s.33-55.
- ÜÇİŞİK, H. Güzin/ÇELİK, Aydın: Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar, Yedek Akçeler ve Kar Dağıtım, İstanbul 2018.
- VON DER CRONE, Hans Caspar: Aktienrecht, Bern 2014.
- YANLI, Veliye: “Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtım”, BATİDER, XXX(1), 2014, s.5-32.
- YAVUZ, Mustafa: “Anonim Şirketlerde Olağanüstü Yedek Akçe Ayırmak Suretiyle Kâr Payı Alma Hakkının Sınırlandırılması”, Terazi Hukuk Dergisi, 8(88), Aralık 2013, s.69-72.
- YÜKSEL, Sinan H.: “Kapalı Anonim Ortaklıklarda Yeni Payların Kâr Payına Hak Kazanmasında ve Kâr Payının Hesaplanmasında Zaman Unsuru”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s.381-415.

CARL SCHMITT'İN MODERN ANAYASACILIK ELEŞTİRİSİNİN FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK ÜZERİNDEN DÜŞÜNÜLMESİ

CONSIDERING CARL SCHMITT'S MODERN CONSTITUTIONAL CRITICISM THROUGH
FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK

Akasya KANSU KARADAĞ *  

Makale Bilgi

Gönderilme: 25/05/2020
Kabul: 02/07/2020

Anahtar Kelimeler

*Carl Schmitt,
Friedrich August
Von Hayek,
Liberal Anayasacılık,
Güçler Ayrılığı.*

Article Info

Received: 25/05/2020
Accepted: 02/07/2020

Keywords

*Carl Schmitt,
Friedrich August Von
Hayek,
Liberal
Constitutionalism,
Seperation of Powers.*

Özet

Carl Schmitt'in liberal, burjuva anayasal devletin eleştirisi, parlamenter sistemin boşlukları üzerine kurulmuştur. Friedrich August Von Hayek, Schmitt tarafından eleştirilen sistematik, liberal anayasacılığın temel bileşenlerini düşüncesinin merkezine koyar. Her ne kadar Schmitt'in modern anayasacılık eleştirileri Hayek'in düşüncesinin temelini oluşturmaya da, iki düşünürün bazı teorik noktalarda benzeştiği görülür. Bu benzerlikler, modern anayasacılık fikrinin gelişmesinde oldukça etkili olmuştur. Schmitt'in eleştirileri üzerinden yürütülen fikirler, modern burjuva anayasacılığının kimi boşlukları üzerinde akademik bir yol açılmasına neden olmuştur. Hayek'in liberal özgürlükler üzerine geliştirdiği fikirler bir yandan bazı düşünürlere örnek olsa da diğer yandan bazı eleştirilerin temelini oluşturmuştur. Bu makalede, Schmitt'in modern (liberal) anayasacılık eleştirisi, liberal teori açısından çok önemli bir yere sahip olan Hayek dolayısıyla tartışılırken, Hayek'in düşüncesinin kökenleri ise Schmitt'in kavram seti üzerinden ele alınmaktadır. Bu bağlamda makale, bir yandan Schmitt ve Hayek'in modern anayasacılıkta ayrıştıkları ve benzeştikleri sorunsalları merceğine alırken, diğer yandan güçler ayrılığı, liberalizm, bireysel özgürlükler gibi, modern anayasacılığın temel kavramlarını irdelemeyi amaçlamaktadır.

Abstract

The criticism of Carl Schmitt's liberal, bourgeois constitutional state is based on the gaps of parliamentary system. Friedrich August Von Hayek puts the basic components of systematic liberal constitutionalism which were criticized by Schmitt at the center of his thought. Although Schmitt's criticisms of modern constitutionalism do not form the basis of Hayek's thought, it seems that both thinkers are similar in some theoretical points. These similarities have influenced the development of the modern constitutionalism. Ideas based on Schmitt's criticisms led to an academic pathway on the gaps of modern bourgeois constitutionalism. Although Hayek's ideas on liberal freedoms are an example for some thinkers, they formed the basis of some criticisms. In this article, Schmitt's critique of modern (liberal) constitutionalism is examined through Hayek, which has a very important place in terms of liberal theory, while the origins of Hayek's thought are addressed through Schmitt's set of concepts. In this context, the article aims to focus on the problems that Schmitt and Hayek dissociate and resemble in modern constitutionalism and to discuss the basic concepts of constitutionalism such as separation of powers, liberalism, individual liberties.

I. GİRİŞ

Carl Schmitt, kendi düşün dünyasına ilişkin görüşlerini sistematik bir biçimde ayrıştırarak ele aldığı eserlerinde bir bütün olarak burjuva modern/demokratik devletin unsurlarını eleştirir. Bu eleştirileri kimi eserlerinde gelişkin bir soyutlama ile ele alırken, kimi eserlerinde genellikle kıta Avrupası ve Amerikan anayasalarını karşılaştıran kuramsal tartışmalar üzerinden yürütmüştür. Bunun karşısında, liberal anayasacılık fikrinin temelini atan düşünürlerden biri olan Friedrich August Von Hayek, kendi düşün setinin odağına liberal özgürlükleri ve bu özgürlüklerin anayasal biçimlenişlerini yerleştirmiştir. Hukuk devletini, güçler ayrılığını ve devletin varoluşunu liberal özgürlükler üzerinden temellendirmiştir. ¹

Hayek ve Schmitt arasındaki teorik çatışkı ve benzerlik liberalizm üzerinden yürür. Schmitt'in eleştirilerinin odağında demokratik modern devlet vardır. Hayek ise, liberalizm yanlısı bir pozisyondadır. Buna rağmen, liberal anayasacılığa ilişkin kimi uğraklarda söz konusu iki düşünürün görüşleri birleşir. Bu birleşmenin temel nedenlerinden biri, Carl Schmitt'in kategorik olarak liberalizme değil parlamenter demokrasiye karşı olmasıdır. Ancak Schmitt'in kendi yazınından bu iddiasının aksini ortaya çıkartabilecek birçok nokta bulunabilir. Tüm bunların yanı sıra, Carl Schmitt'in liberal devlete ilişkin eleştirilerinin sağlamasını Hayek'in düşün setiyle yapmak mümkündür. Çünkü Hayek, tam da Schmitt'in eleştirdiği unsurların savunucusudur. Tüm bunlara ek olarak Hayek, hukukun üstünlüğüne ilişkin temel atıflarında Schmitt'i kullanır. Schmitt'in düşünce evreni o dönemin birçok entelektüeliyle birlikte Hayek'i de etkilemiştir. Hayek'in kimi kuramsal açıklamalarında Schmitt'e öykündüğü görülmektedir.² Hayek, Schmitt'i hukuk ve özgürlük meselelerinde en bilgili olan kuramcılar arasında sayar. ³Ancak daha sonra Hayek, Schmitt'i, üzerine ayrıntılı olarak düşündüğü hukukun üstünlüğü ilkesinin kendisi tarafından tahrip edildiği düşüncesi üzerinden eleştirir. Hayek'in bu eleştirileri Schmitt'in akademik çalışmalarına yönelik değildir. Hayek'in Schmitt'e dair temel yargılaması Schmitt'in özellikle 1933 sonrası faşizm lehine koyduğu tavra ilişkindir. Bu dönemde Schmitt, Hitler hükümetinin bazı komisyonlarında görev almıştır ve Hitler'in baş hukukçusu olarak bilinmektedir.⁴ Tüm bunların karşısında Hayek, Schmitt'in geliştirdiği birçok kavrama olumlu bakar. Örneğin Hayek, Schmitt'in hukukun sadece soyut kurallardan ibaret olmadığına aksine somut amaçlarla bireyleri düzene sokma aracı olduğu fikrine katılır.⁵ Hayek'in çalışmalarının çoğunda Schmitt etkisi açıkça görülür. Örneğin, Hayek'in refah devletine ilişkin temel eleştirileri, Schmitt'inkine paraleldir. Hem Schmitt hem de Hayek refah devletinin kaçınılmaz olarak meclis otoritesini sakat bıraktığını savunur. Hatta Hayek, refah devletine karşı olumsuz tutumunu kariyerinin sonuna kadar sürdürmüştür.⁶

Schmitt'e faşizme yaklaşması nedeniyle düşünsel mesafe koyan Hayek, Schmitt'i eleştirdiği noktaya benzer bir biçimde başka bir faşist eğilime yakınlaşır. Hayek, "sınırsız" demokrasinin özgürlükle uyumsuz olduğu fikrini savunarak 17 Kasım 1977'de Şili'de askeri darbeye başa gelen General Augusto Pinochet ile bir araya gelmiş ve Pinochet tarafından kurulan diktatöryayı desteklemiştir.⁷ Çünkü Pinochet tarafından kurulan düzen, "sınırsız" demokrasinin sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Bir dönem faşist eğilimlere kayma ve düşünsel destek verme açısından iki düşünür de benzer bir geçmişe sahiplerdir.

Söz konusu çalışma, liberal anayasacılığın anahtar terimlerinin ortaya konulması bakımından teoride çok önemli yerleri olan Hayek ve Schmitt'in literatüre kazandırdıkları yorumları incelemektedir. Bu sayede liberal anayasacılığın temel kavramlarına ilişkin kısa ancak diyalektik bir yaklaşım benimsenmeye çalışılacaktır.

¹ MILLER, E. F: Hayek's The Constitution of Liberty, The Institute of Economic Affairs, London, 2010, s. 33

² SCHEUERMAN, William: "The Unholy Alliance Of Carl Schmitt And Friedrich A. Hayek", Constellations: An International Journal of Critical & Democratic Theory, 4(2), 1997, s. 172

³ GÜNŞOY, Funda: "Hristiyan Epimetheus: Bir Carl Schmitt Biyografisi", Felsefe Arkivi, 46(I), 2017, s.63.

⁴ GÜNŞOY, s. 65.

⁵ DYZENHAUS, David: "The Concept of the Rule-of-Law State in Carl Schmitt's Verfassungslehre". The Oxford Handbook of Carl Schmitt, in Meierhenrich, Jens/Simons Oliver (ed.), Oxford University Press, New York, 2016, s. 490-491

⁶ SCHEUERMAN, s. 178-179.

⁷ IRVING, S.: "Limiting Democracy And Framing The Economy: Hayek, Schmitt And Ordoliberalism", History Of European Ideas, 44(1), 2018, s. 113.

II. GÜÇLER AYRILIĞI DÜŞÜNCESİ KARŞISINDA SCHMITT VE HAYEK

A. Schmitt ve Güçler Ayrılığı

Güçler ayrılığı düşüncesini ayrıntılı olarak inceleyen Carl Schmitt, liberal ve demokratik unsurların karışımı olan modern anayasacılığın 1789 Fransız İhtilali ile ortaya çıktığını ileri sürer. Ulus kavramı ve ulusal anlaşma fikrinin orta çağdan itibaren İngiltere adasında geliştiğini kabul etse de, Fransa'nın aynı ilkeleri “*Modern Avrupa Ülkesinin*” klasik bir modeline dönüştürdüğünü ileri sürer. Ancak Schmitt'e göre, Fransız İhtilali'nde teknik anayasa teorisinden ayrıştırılması gereken iki düşünce sistemi ve aşama bulunmaktadır.⁸ Birincisi, Fransız İhtilali, Fransız halkını anayasa yapan gücün taşıyıcısı haline getirmiştir. İkincisi yine Fransız İhtilali, hukuk devletinin burjuva anayasasına, devlet iktidarını kontrol etme ve sınırlanma izni vermiştir. Halk devrimle mutlak olarak kendini kralın yerine koymuştur. Devlet iktidarı bu mutlaklığı kendi içerisinde birliğe ve bölünmezliğe doğru götürürken bir yandan da devlet iktidarının liberal anayasal düzenlemelerle bölünmesini ve sınırlandırılmasını istemiştir. Bu, aslında güçlerin birbirinden ayrılmasıdır. Böyle bir düzenlemenin getirilmesinin temel sebebi, oluşabilecek herhangi bir siyasal mutlaklığın önüne geçilmesidir. Bu mutlaklık, kralın mutlaklığıyla kurulabileceği gibi halkınkiyle de kurulabilir. Fransız ihtilalinin en büyük özelliği, ulusal birliği kurarken bir yandan da güçler ayrılığını korumasıdır.⁹

Schmitt, öncelikle, burjuva hukuk devletinin bir anayasa türü olduğunu ve bugünkü modern anayasaların çoğuna bu tanımın uyduğunu söyler. Burjuva anayasası öncelikle kişi özgürlüğü, özel mülkiyet, sözleşme yapma ve ticaret serbestisi gibi burjuvaziye özgü özgürlükleri içerir. Anayasa aslında bireyleri devlete karşı koruyan normlar bütünlüğüdür.¹⁰ Schmitt, ilkesel olarak hukukun üstünlüğünün devleti sınırladığını ve bu sınırlandırmanın nedeninin güçler ayrılığı olduğunu ileri sürer.¹¹ Schmitt'in bu savı günümüzde de genel geçer bir anayasal ilke olarak tanınmakta ve anayasal demokrasiler tarafından Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinden bu yana benimsenmektedir.

Schmitt'in tahayyülündeki liberal-anayasal düzen hukukun üstünlüğüne sahip parlamenter rejimdir.¹² Schmitt'in liberal-anayasal düzen üzerine eleştirilerinin temel noktası da genel olarak parlamenter sistem ve çoğulcu parti devletidir. Weimar Cumhuriyeti Anayasası ve bu anayasanın kurduğu düzen Schmitt'in eleştirel savlarının genel hatlarıyla çıkış noktasıdır. Hayek'in politik teorisiye, liberalizmi ve hukukun üstünlüğünü Schmitt'e karşı koruma çizgisindedir. Çünkü Schmitt son kertede liberal anayasacılık içine yerleştirdiği yüksek arabulucu, anayasanın koruyucusu ve egemen *Reichspräsident* (devlet başkanı) ile yeni bir anayasal düzen kurma peşindedir.¹³ Hayek, temelde bu savlara karşı çıkmaktadır. Ancak sermayenin korunması açısından devlet zorunun varlığı konusunda Hayek, Schmitt'ten çok uzağa düşmemektedir.¹⁴

B. Hayek ve Güçlerin Bölüşümü

Hayek, kategorik olarak yönetimi doğrudan tek bir isme ya da halka verme konusunda çekingendir. Hayek, çoğunluğun politika üzerinde karar vermesinden önce bu konunun soyut bir fikir olarak profesyoneller tarafından ortaya atılması gerektiğini, eninde sonunda bu görüşlerin üzerinde tartışılarak çoğunluğun kararına etkili olacağını söyler. Hayek'in düşüncesinde ideal olan hukuk devletidir. Hayek, hukuk devletini en üst değer olarak görür ve diğer herhangi bir düzenlemeye ilişkin yargılarında ölçüt olarak kabul eder.¹⁵ Görünüşte Schmitt ve Hayek, hukukun üstünlüğünü en üst değer olarak kabul eder. Bu noktada iki düşünür arasında açıkça görülebilecek bir paralellik bulunmaktadır. Ancak, Schmitt'in hukukun üstünlüğünün hukukunu kimin yaratacağı konusunda demokratik olmayan çözümlenmeleri vardır. Carl Schmitt'in düşüncesindeki hukukun üstünlüğü en son kertede kendi kurulu düzenine içkin bir şiddet eylemine (şiddetli

⁸ SCHMITT, Carl: *Constitutional Theory*, (Çev. Jeffrey Seitzer), Duke University Press, London, 2008, s.101

⁹ SCHMITT, *Constitutional Theory*, s. 101-102.

¹⁰ SCHMITT, *Constitutional Theory*, s. 169.

¹¹ CRISTI, F. Renato: “Hayek and Schmitt On The Rule Of Law”, *Canadian Journal Of Political Science*, 17(3), 1984, s.1521

¹² MOUFFE, Chantal: “Giriş: Schmitt'in Meydan Okuması”, *Carl Schmitt'in Meydan Okuması*, (Çev. Hivren Demir Atay- Hakan Atay), in Mouffe Chantal (ed.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, s. 19.

¹³ CRISTI, s. 526.

¹⁴ KUKATHAS, Chandran: “Hayek And The State”, *Law, Liberty And State*, in Dyzenhaus, David/ Poole, Thomas (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2015, s. 285.

¹⁵ MILLER, s.34.

cezalandırmaya) dayanır. Eylemin kendisini meşru kılmak için kurulan hukuk düzeni şiddeti dolayımıdır.¹⁶

Hayek'in düşüncesinin ana evrenini oluşturan özgürlük, bireye dayalıdır. Hayek bireylerin sahip olduğu özgürlüğün sınırlarının; eylemlerinin sonuçlarının ne olduğunu bilmesi, hesaplaması ve sorumluluk alması olarak tanımlar. Hayek özgürlüğün sınırının devletin zoru ile tanımlanmasını istemez ve bireysel özgürlüklerin yönetime katılma gibi politik özgürlüklerden ayrılması gerektiğini savunur.¹⁷ Kişinin bireysel özgürlük alanı bireylerden ve devletin keyfi baskısından ayrı bir alandır. Ancak Hayek, devlet zorunun her bireyin bir diğerine zor uygulamaması için gerekli olduğunu ileri sürer.¹⁸ Düzeni sağlamak ve her bir bireyin eşit bir biçimde uyması için getirilen genel kuralların uygulanması devlet zorunu gerektirir. Devlet zoru bu nedenle özgürlüklerin ayrılmaz bir parçasıdır ancak en düşük seviyede tutulmalıdır. Vergi ve zorunlu askerlik de devlet zorunun biçimlerindedir. Zor, insanın özel alanına, özgürlüğün kendisi olan özel mülkiyete dayanmadıkça var olmalıdır.¹⁹

Hayek'in zoru kabul etmesinin temel nedeni, bireyin liberal, mülkiyete dayalı haklarını korumaktır. Bu korumayı bireyin *asli bilgilerinin* korunması olarak tarif eder ve insanın özgür olduğu halde hâlâ zavallı olduğunu, bu nedenle de kendini korumak için zora ihtiyacı olduğuna dikkat çeker.²⁰

III. MODERN ANAYASACILIĞIN BİLEŞENLERİ

Schmitt'e göre, her modern anayasanın hukuk devleti unsurunun iki temel ilkesi bulunmaktadır. Schmitt bu iki temel unsurun kaynağını Hayek'e benzer bir biçimde burjuva özgürlüklerinde bulur. Burjuva özgürlüklerine dayanan ilk ilke, dağıtma/bölüşdürme ilkesidir. Buna göre, bireysel özgürlükler devletten önce gelir. Bireyin özgürlükleri sınırsızken, devletin bireyin özgürlükler dünyasına ilişkin otoritesi sınırlıdır. İkinci ilke birinci ilkedeki kaynaklanır ve organizasyonel unsur olarak adlandırılır. Organizasyonel ilke, güçler ayrılığını imler. Yasama, yürütme ve yargının birbirinden ayrılmasını ve birbirlerini sınırlandırmasını ve düzenlemesini sağlar. Temel hakların ve güçler ayrılığının, modern anayasanın bir bileşeni olan hukuk devletinin asli içeriklerini oluşturduğunu söyler.²¹ Ancak Schmitt, liberal anayasacılığın aksi bir tarifini savunur. Çünkü Schmitt, klasik liberalizmin demokratik bir kirlenmeye maruz kaldığını savunmaktadır.²² Schmitt'e göre, hukuk devleti sivil ve politik toplum kerteleri olarak ikiye ayrılır. Sivil toplum bireysel özgürlüklerin alanyken, devlet/politik toplum hukukun üstünlüğünden hareketle, sivil toplumdaki bireysel özgürlüklere yapılan müdahaleleri önler. Devletin temel görevi, klasik liberalizmde sivil toplumun politize olmasını engellemektir. Bu, emek ve sermayenin ayrılması için de son derece önemlidir. Ancak, demokratik yönetim sivil ve politik toplum arasında bir benzerlik kurmaya çalışır. Benzerlik, liberal, demokratik devletin sonudur. 19. yüzyılın demokratik ve liberal devleti, sivil toplumun politize olması sebebiyle nötrale olmuş ve politik tekeline kaybetmiştir.²³

Schmitt, çoğunluk tarafından seçilen, diktatöryel bağımsızlığı olan, anayasal bir *Reichspräsident*'in başkanlığındaki bir hukuk devletini savunur. Bu düzende sivil toplum depolitize, devletse otoriter ve tek politize birimdir. Schmitt'in tahayyülündeki anayasal düzenin bütün katmanları bunun üzerine oturtulmuştur.²⁴ Schmitt'in bu konudaki temel çözümü güçlü yürütmeyi elinde bulunduran, politize ve tek *Reichspräsident*'tir. Schmitt'i *Reichspräsident*'in tekil politize dünyasına iten temel neden Weimar Cumhuriyeti'nin kurulmasının hemen ardından gerçekleşen kriz, kitlese sınıf mücadelesi ve grevlerdir.²⁵ Sosyalist devrimin adımları, Schmitt'i

¹⁶ ŽIŽEK, Slavoj: Post-Politika Çağında Carl Schmitt Carl Schmitt'in Meydan Okuması, (Çev. Hivren Demir Atay-Hakan Atay), in Mouffe, Chantal (ed.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, s. 33.

¹⁷HAYEK, Friedrich August Von: The Constitution Of Liberty, Routledge & Kegan Paul, London, 1960, s.62.

¹⁸ MILLER, s. 40, 41, 42, 45.

¹⁹ HAYEK, The Constitution Of Liberty, s.139, 140, 142, 143, 146.

²⁰ MILLER, s. 47.

²¹ SCHMITT, Constitutional Theory, s. 170.

²² CRISTI, s. 524.

²³ CRISTI, s. 526.

²⁴ CRISTI, s. 527

²⁵ KARADAĞ, Ulaş: "Schmitt'in Uğrakları Üzerine: 'Kararcılık'tan 'Somut Düzen'e", Hukuk Kuramı, 5(2), 2018, s. 3.

olağanüstü yetkileri haiz (anayasayı fesheden ya da askıya alan) bir *Reichpräsident* önermeye itmiştir.²⁶

Hayek, Schmitt'in meşhur “*egemen istisna haline karar verendir*” tezine kategorik olarak karşı çıkmaz. Hatta emek/sermaye ikiliğinin birbirinden ayrılması ve sermayenin korunması adına ekonominin devlet tekeline alınması için demokrasinin sınırlandırılması fikrine de karşı çıkmaz. Sermaye lehine devlet fikri bakımından da her iki düşünürün fikirlerinde paralelliği okumak güç değildir. Ancak güçlü yürütme fikrinin özüne ilişkin Schmitt ve Hayek'in görüşünde bazı temel farklılıklar bulunmaktadır. Hayek'in düşüncesinde diktatöryel anayasal bir yürütme görülmez.

Hayek, bir dönem ordo-liberal bir anayasal modelin savunuculuğunu da yapar. Hayek'in devleti Schmitt'inki gibi karar verici değildir. Ancak, klasik liberalizmin tarifi de Hayek'e yeterli gelmez. Ekonomi ve devleti birbirinden ayırır. Klasik liberalizmin sınırlı devlet tezi yerine ordo-liberallerin öne sürdüğü sınırlı ve fonksiyonel devlet tezini destekler. Ordo-liberalizm 1920'lerin sonunda ve 1930'ların başında kapitalizmin krize girmesiyle Weimar Cumhuriyeti'nde ortaya çıkan ekonomik ve siyasi sorunsalların çözümünde ortaya atılan bir görüştür. Ordo-liberalizm, liberal düzendeki ekonomik güçlerin insafındaki zayıf devlet tanımlamasına karşı çıkar. Ordo-liberalizm düşüncesinin odağındaki güçlü devlet, rekabeti belli oranda sınırlar ve ekonomik özgürlüğün sosyal ve ideolojik ön şartlarını güvence altına alır. Liberal yönetişimin odağında güçlü devlet bulunmaktadır ve ekonomik özgürlük siyasi otoriteden kaynaklıdır. Düşüncenin temelinde devlet merkezli neo-liberalizm vardır. Güçlü devlet, serbest piyasanın politik formudur. Rekabet ve serbest girişim devlet tarafından yaratılır.²⁷ Ordo-liberaller ve Hayek'in Schmitt'le birleştiği nokta serbest piyasa ekonomisinin korunması için güçlü bir devletin var olmasıdır. Ayrıldıkları nokta ise serbest piyasa ekonomisinin devlet/dikta rejimi tarafından sınırlandırılmasıdır. Yani, bir karar verici egemen/diktatörün varlığı sorun değildir. Ancak, o diktatörün serbest piyasa ekonomisine ilişkin rekabetçi düzene karışması sorundur.²⁸ Ordo-liberalizm düşüncesi Hayek'in entelektüel yaşantısının bir kısmında önemli bir yer kaplamıştır.

Schmitt güçler ayrılığı teorisini açarken öncelikle İngiltere'den başlamış, Locke'un federal erki ayırmasının dış politikanın değişken ve bağımsız olması nedeniyle genel kurallara bağlanamayacağı söylemiş ve Montesquieu'ya geçmiştir. Schmitt, Montesquieu'nun güçler ayrılığına ilişkin yorumlarında yargının işlevine çok da önem vermediğini, asıl ağırlığı yasama ve yürütmeye verdiği tespitinde bulunmuştur.²⁹ Güçler ayrılığı teorisi üzerine yapılan çalışmalarda geline nokta artık Montesquieu tarafından öne sürülen güçler ayrılığı fikrinin artık yetersiz olduğu ve Montesquieu'nun yazınındaki tanımın aslında tam anlamıyla güçler ayrılığı açıklamadığı anlaşılmıştır. Bu bakımından Schmitt tarafından ileri sürülen Montesquieu'ya ilişkin tespitin doğruluğu genel olarak kabul edilmektedir. Benzer bir biçimde Hayek, Antik Roma'da ve Antik Yunan'da gerçek anlamıyla özgürlük olmadığından bahseder. Bu nedenle güçlerin dağılımının gerçek anlamıyla görüldüğü ilk yeri, İngiltere olarak tanımlar.³⁰ İngiltere örneği diğer başka düşünürler gibi Hayek'i de son derece etkilemiştir. İleride de görüleceği gibi Hayek'in parlamentarizme ilişkin görüşlerinde İngiliz sistematiğini örnek alan kimi unsurları görmek mümkündür.

A. İki Model: Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık

Schmitt ve Hayek, güçler ayrılığına ilişkin düşüncelerini ortaya koyarken kendi dönemlerinin anayasal gelişmelerini büyük oranda etkileyen İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri üzerinden hareket etmişlerdir. Schmitt, 1787 Amerika Birleşik Devletler Anayasası'nın tarihsel açıdan sadece denge ve kontrol mekanizmasını kurmadığını, bunun yanı sıra büyük oranda yasamanın senato ve temsilciler meclisi olarak; yürütmenin ise başkan olarak ayrılmasıyla güçlerin ayrımında büyük bir genişlemeye gidildiğini savunmuştur.³¹

²⁶ GÖZTEPE, Ece: “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in ‘Anayasa Öğretisi’”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, XXIII(1), 2015, s. 146

²⁷ BONEFELD, Werner: “Freedom and the Strong State: On German Ordoliberalism”, New Political Economy, 17(5), 2012, s. 633-656.

²⁸ IRVING, s. 113-127

²⁹ SCHMITT, Constitutional Theory, s. 220, 221, 222.

³⁰ HAYEK, The Constitution Of Liberty, s.163, 164.

³¹ SCHMITT, Constitutional Theory, s. 222.

Hayek ise, Amerika'daki güçler ayrılığı fikrinin İngiltere'den devşirildiğini ancak, anayasal pragmatizmini Fransız geleneğinden aldığını söylemiştir. Hayek, Amerika Birleşik Devletleri'nin kuruluş aşamasında, kolonileri kuranların güçleri ayırırken parlamentonun yetkileri konusunda hatalar yaptığını vurgulamıştır.

Hayek, Amerika Birleşik Devletleri'nde parlamentonun yazılı anayasada sayılan yetkiler ile kısıtlanmasını, yargıçların yasalardan ziyade doğrudan anayasayı göz önüne alarak karar verebilmelerini, parlamentonun yasa yapmasını kısıtlayan bir etken olarak görmüştür. Mecliste çoğunluğa sahip partinin başkanın partisinden olmaması durumunda yürütmenin etkinliğini yitireceğini düşünmüştür. Hayek'in bunun dışındaki temel eleştirisi, başkanın halkın özgürlüğünü tehlikeye atabilecek önlemler alması üzerinde yoğunlaşmaktadır.³²

Hayek, güçlü bir hukuk devletinin varoluşunu tarafsız ve diğer güçlerden ayrılmış bir yargının bulunmasına bağlamıştır. Güçler ayrılığı, hukukun üstünlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır.³³ Güçler ayrılığı Hayek'in düşüncesinde çok önemli bir yer kaplar.

Hayek, güçlerin ayrılması açısından yargıyı özellikle ayrı bir konuma oturtmuştur. Hayek, yargıçların bağımsızlığının sağlanması gerektiğini savunmuştur. Hâkimlerin karar verirken hiçbir gizli niyeti olmadan sadece hukuka bağlı olarak karar vermesi gerektiğini savunan Hayek, güçler ayrılığına getirilen bazı sınırlamalara karşı çıkar. Örneğin, yasa yapma yetkisinin yerel idarelere verilmediği kimi anayasal düzenlemeleri doğru bulmaz. Bu bakımdan yatay güçler ayrılığı lehine de ilişkin bir yorumda bulunmuştur. Hayek, her ne kadar güçler ayrılığının var olması savunusundan yola çıkarsa da yasama işlemlerinin bir kısmının seçimle, hatta bazı durumlarda seçilmeden yönetime gelenlere devredilebileceğini ileri sürmüştür. Hayek'in karşı çıktığı temel nokta, hukuksuz bir biçimde zoru kullanma yetkisinin devredilmesi ve bunun yargı tarafından itiraz edilmeksizin kabul edilmesidir.³⁴ Bunun dışında yasama yetkisinin devrini güçler ayrılığına aykırı bulmamaktadır. Hayek her ne kadar özgürlükçü, liberal bir doğrultu benimsemiş görünse de, hukukun üstünlüğünü meta-yasal kural olarak tanımlar. Hayek, hukukun üstünlüğünün diğer bütün yasaları düzenlediğini ve üst norm olduğunu kabul eder. Ancak, hukukun üstünlüğünü diğer kimi liberal anayasacılar gibi doğal yasa olarak tanımlamaz. Ona göre, meta-yasal hukuk yeni bir ahlak kuralı inşa etmez. Aksine, var olan ahlak kurallarını tespit eder ve bunları medeniyetin geliştirilmesi amacıyla kullanır.³⁵ Hukukun üstünlüğü sıkıca özgürlüğe bağlıdır ve bunun korunması da yeniden düzenlenmiş ahlak kuralları ile mümkün olur.

Hayek'e göre, yürütmenin asıl görevi, zoru kullanarak her bireyin özel alanını ve özgürlüğünü korumaktır. Bu nedenle, yürütme zor tekelidir. Yürütmenin zor yetkisi, idari görevlerinden ayrılmalıdır. Hayek, kendi çağında insanların özgürlüklerini en çok tehdit eden unsurun modern bürokratik devlet olduğunu ileri sürmektedir.³⁶ Yasama ve yargının açık bir biçimde birbirinden ayrı ve bağımsız olduğunu, ancak zoru elinde bulunduran yürütmenin emir yetkisiyle bu iki gücü de etkilediğini söyler. Bu nedenle, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünün yürütmenin sınırlandırılması açısından önemi büyüktür.³⁷ Yürütmenin sınırlandırılmasına ilişkin Hayek tarafından yapılan bu vurgu, konuya ilişkin Schmitt'le Hayek arasındaki en temel farklılıklardan biridir.

Schmitt, güçler ayrılığında erklerden birine ait görevlinin ya da departmanın bir diğer erk için çalışmaması gerektiğini söyler. Bu, güçler ayrılığının sağlam bir muhteviyata sahip olması bakımından elzemdir. Schmitt, bunun dışında hiçbir erkin bir diğeri üzerinde etkisi olmaması gerektiğini savunur. Parlamenter hükümet sistemlerinde, hükümetin, yasamanın çoğunluğunun güvenoyuna ihtiyaç duyması, güçlerin birbirinden sert ayrılması ilkesiyle çeliştiğinden, Amerika Birleşik Devletleri'nde bu hükümet şekli seçilmemiştir.³⁸ Ancak erklerin birbiri üzerinde etkilerinin olmaması, yasamanın yaptığı yasaların Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi tarafından anayasaya aykırılık iddiasıyla görüşülemeyeceği anlamına gelmemektedir.

³² HAYEK, *The Constitution Of Liberty*, s. 186; MILLER, s.116.

³³ HAYEK, *The Constitution Of Liberty*, s. 210.

³⁴ HAYEK, *The Constitution Of Liberty*, s. 212.

³⁵ MILLER, s. 106.

³⁶ MILLER, s.127.

³⁷ HAYEK, *The Constitution Of Liberty*, s. 205; MILLER, s.128.

³⁸ SCHMITT, *Constitutional Theory*, s. 223.

B. “Modern devlet kuramının bütün önemli kavramları, dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramlarıdır”

Schmitt, hukuk devletinin unsurları olan temel haklar ve güçler ayrılığının doğrudan bir yönetim şeklinin parçası olmadıklarını söyler. Sadece devletin sınırlandırılması ve kontrol edilmesini amaçlarlar. Burjuva özgürlükleri bir devleti şekillendirir ya da değiştirir ancak bir devlet şekli kurmaz. Ancak, önceki devlet şekillerin karması burjuva devletini oluşturur. Schmitt, burjuva devletinin geleneksel monarşi, aristokrasi ve demokrasi olarak sıralanan devlet biçimlerini konum ve anlamlarında değişiklik yaparak güçler ayrılığının yasama erkine dönüştürdüğünü ya da devlet formunu hükümet biçimi haline getirdiğini savunur.³⁹ Schmitt bu noktada Aristoteles, Polybius ve Ciceron gibi düşünürler tarafından ortaya atılan karma yönetim düşüncesini geliştirerek, karma yönetimin tarihsel sürecin sonunda yasama haline dönüştüğünü ileri sürmüştür. Yargı, göreceli olarak dönüştürülen bu yasama erkini ya da hükümet biçimini sınırlar. Zaten burjuva özgürlükleri bu dönüşümle hükümet biçiminin farkına bakılmaksızın devlet iktidarının uygulanmasını dengeler ve sınırlandırır. Örneğin, mutlakiyet yönetimi anayasal meşruti yönetim biçimine bu şekilde döner. Mutlakiyetin kendi özellikleri ikinci plana atılır. Sistem demokratikleşmeye ve parlamentarizme kaydıçça kralın pozisyonu değişir. Tarafsız bir hal alır. Yasama ve yürütme arasında görünmez bir moderatör olur.⁴⁰ İngiliz anayasal geleneğinde tarihsel evrimde görünmez bir moderatör olan ve son kertede sadece simgesel bir kurum haline gelen tacın geçirdiği süreç Schmitt’in ifadesinin benzeridir.

19. yüzyılda krallık değişerek başka bir biçime daha dönüşür. Otoritesinin temelleri farklılaşır; halkın seçtiği başkan, modern hukuk devletinde demokrasi ve monarşinin birleşimi olarak ortaya çıkar. Ancak, başkanın modern hukuk devletindeki konumu, kralının aksine ve mecburen temsile dayanan ve güçler ayrılığını garantileyen bir hal almıştır.⁴¹

Aynı biçimde demokrasiler anayasal demokrasiye dönüştürülerek saf demokratik devletlere evrilirler. Böylelikle, burjuva özgürlükleri hukuk devletinin sınırlamaları ve devletin mutlak olması dışındaki her durumda kendisini herhangi bir devlet şekliyle bağışık tutabilir. Bütün burjuva devlet düşünürleri devlet iktidarının sınırlandırılması gerektiğini savunmuşlardır. Demokrasilerde en önemli iki ilkenin özgürlüklerin ve güçler ayrılığının temel özelliklerinin de devlet iktidarını sınırlandırılması olarak görürler. Bu nedenlerle de Kant, Constant, Tocqueville, Mill’den örnekler veren Schmitt, kendi düşüncesinin haklılığını bu düşünsel birikime dayandırarak temellendirmek istemiştir.⁴²

Schmitt için nasıl “*modern devlet kuramının bütün önemli kavramları, dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramları*”⁴³ ya da modern anayasacılık hareketleri de önceki düzenin modern burjuva düzenine göre harmanlayıp yeni bir karma düzen haline getirilmesidir. Burjuva liberalizminin özelliği, savaşa karar vermek yerine müzakere etmektir.⁴⁴ Burjuva anayasacılığı, kralı parlamento aracılığıyla felç eder. Ama onu ortadan kaldırmaz. Tıpkı deizmin Tanrı’yı dünyadan defederken yine de onun varlığına sıkı sıkıya tutunduğu gibi.⁴⁵ Bunun dışında demokrasi anlayışı açısından “*bütün iktidarlar halktan gelir*” ifadesinin de başlı başına bir sorunsal olduğunu düşünen Schmitt, bu sözün de “*bütün yönetsel iktidarlar Tanrı’dan gelir*” sözünden ödünç alındığını savunur.⁴⁶ Schmitt’in bu savının sağlamasını Hayek yapar. Hayek, özgürlüklerin derinlerinde ahlaki bir inanış taşınmaları gerektiğini söylemiştir.⁴⁷ Modern anayasacılığın fikir babalarından biri olan Hayek’in anayasal özgürlükleri derin bir ahlaki inanışa sahip olmaya bağlaması, Carl Schmitt’in tezini doğrulamaktadır. Hayek tam da Carl Schmitt’in eleştirilerinde değindiği gibi, ahlak kurallarının dinin de desteğinin alınarak yasalaştırılması gerektiğini ileri sürer. Bunu gerekçelendirirken ahlak kurallarının bireylerin seçeneksiz kabul etmeleri gereken kurallar olduklarını savunur.⁴⁸ Hayek’e göre medeniyet, yıllarca birikmiş, güç kazanmış deneme

³⁹ SCHMITT, *Constitutional Theory*, s. 235.

⁴⁰ SCHMITT, *Constitutional Theory*, s. 312.

⁴¹ SCHMITT, *Constitutional Theory*, s. 316.

⁴² SCHMITT, *Constitutional Theory*, s. 235-236.

⁴³ SCHMITT, Carl: *Siyasi İlahiyat*, (Çev: Emre Zeybekoğlu), Dost Yayınları, Ankara, 2016, s. 41.

⁴⁴ SCHMITT Carl: *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Dost Yayınları, Ankara, 2014, s. 53.

⁴⁵ SCHMITT, *Siyasi İlahiyat*, s. 41.

⁴⁶ SCHMITT, *Siyasi İlahiyat*, s. 49.

⁴⁷ HAYEK, *The Constitution Of Liberty*, s. 62-63; MILLER, s. 45.

⁴⁸ HAYEK, *The Constitution Of Liberty*, s. 151-152; MILLER, s. 72-73.

yanılmanın sonucudur.⁴⁹ Medeniyet insanın gelişimi için gereklidir ve bu ancak ahlakın, hukukun ve dinin kullanımı ile yapılabilir.⁵⁰ Hayek, en baştan toplumun çoğunluğu tarafından kabul edilen ortak inançların temel değerleri olduğunun ve hükümetin yetkilerinin sınırının da bunlar olduğunun altını çizer. Çoğunluğun yönetimi de bunlarla sınırlıdır ve bunlardan üstte herhangi bir yasa bulunmamaktadır.⁵¹

Modern liberal anayasacılığın köklerinin bu denli dine ve ahlaka bağlı olduğunu gören Schmitt, parlamentarizmin ve demokrasinin 19. yüzyılda neredeyse aynı anlamda kullanılmasını eleştirir. Halk iradesinin anayasal diyalektiği gereği halk iradesinin koşulsuz bir biçimde demokratik sayılması doğru değildir. Çünkü halk, propaganda ve kamuoyuyla manipüle edilebilir. Azınlık gerçek halk iradesine sahip olabilir, bunun karşısında halk aldatılabilir. Bu tezatın kendisi demokrasiye içkindir. Bu nedenle, demokrasinin çoğunlukla, kendini lağvetmemesi için radikal demokrat bir eğitimden geçmesi ve bu eğitimin demokrasiyi, demokrasi için askıya alması ve bunun da diktatörlüğe denk gelmesi mümkündür.⁵² O halde, son kertede demokrasi parlamentarizm olmaksızın, parlamentarizm demokrasi olmaksızın var olabilir. Demokrasi de diktatörlüğün zıddı değildir.⁵³

Modern, burjuva hukuk devletinin anayasası, geniş anlamda geleneksel devlet biçimlerinin bir karmasıdır. Monarşi, aristokrasi ve demokrasi birbirlerine bağımlı olarak birbirlerine karışırlar. Çağdaş anayasalar bu anlamıyla politik açıdan ideal devlet ve devlet biçimlerinin değişik ilkelerinin birleşmesi bakımından antik geleneğe bağımlıdırlar.⁵⁴

Güçler ayrılığına ilişkin tartışmaların temelinde; yasama ve yürütmenin bir sorunsal olduğu gerçeği yatmaktadır. Dolayısıyla, hukuk devleti tartışmalarında, yargının egemenliğinden çok anayasa yapan gücün yetkileri ve bu yetkinin yerine getirilmesindeki ayırım odak noktası olmuştur. Schmitt, burjuva hukuk devletindeki bu ayrımlara ilişkin sorunların ancak devlet şekillerinin ilkelerinin her bir erke uygulanması halinde çözülebileceğini söyler. Çünkü burjuva hukuk devleti, bu üç yönetim şeklinin bir karmasıdır ve yasama erki demokratik bir biçimde yürütülmesi gereken bir erkken, yürütme erkinin monarşik bir biçimde uygulanması gerekir.⁵⁵ Ancak burjuvazi, hiçbir yönetimin aşırı uca kaçmasını istemez bu nedenle, mutlak demokrasi, mutlak monarşi ve aşırı temsilden uzak durur. 19. yüzyılda modern burjuva devletlerinin hepsi parlamenter rejimi seçmişlerdir. Parlamenter rejim, güçlerin dağılımında ve aşırı uçlara kaymamasında liberal burjuva çıkarlarını doğrudan karşılamaktadır.⁵⁶ Ancak, tarihsel uzamda tıpkı parlamenter rejimin modern burjuva çıkarlarına uyması gibi, antik dizgede ve sonrasında denge ve denetim konusunda parlamenter sisteme benzeyen bir yönetim türü daha vardır. O da aristokrasinin kendisidir. Schmitt, sarsıcı bir biçimde parlamenter sistemin aristokratik özelliklerini ortaya koyar ve parlamenter sistemin modern burjuva devletindeki karşılığı olduğunu ve aristokratik kimi etkilerini kaybetmediğini söyler.⁵⁷ Schmitt'e göre, parlamentarizmi ve temsile dayalı burjuva anayasasını anlamak için kökenlerindeki aristokratik nüveyi akılda tutmak gerekir.⁵⁸ Schmitt'e benzer bir özdeşliği Karl Marx Fransız Üçüncü Anayasal dönemi için kurar. Marx Fransız anayasal cumhuriyetinin mali aristokrasiyi devirmek yerine sağlamlaştırdığını göstermiştir.⁵⁹

Aristokratik yönetim, monarşi ve demokrasinin arasında ve onların karmasıdır. Benzer nedenlerle, parlamenter rejim de karma bir rejimdir. Aristoteles'in aristokrasiyi, Montesquieu'nun ise yumuşak güçler ayrılığını benimsemesi bundandır. Parlamenter sistem, uçtaki diğer yönetim sistemlerini güçlerin ayrılması adına dengelediği için revaçtadır.

⁴⁹ HAYEK, *The Constitution Of Liberty*, s. 153; MILLER, s. 43.

⁵⁰ MILLER, s. 44.

⁵¹ MILLER, s. 90.

⁵² SCHMITT, *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, s. 43,44,45.

⁵³ SCHMITT, *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, s.49.

⁵⁴ SCHMITT, *Constitutional Theory*, s. 237.

⁵⁵ SCHMITT, *Constitutional Theory*, s. 239.

⁵⁶ SCHMITT, *Constitutional Theory*, s. 249.

⁵⁷ SCHMITT, *Constitutional Theory*, s.250-252,329-330.

⁵⁸ SCHMITT, *Constitutional Theory*, s. 250.

⁵⁹ MARX, Karl: "Fransa'da Sınıf Mücadeleleri", *Fransız Üçlemesi*, (Çev. Erkin Özalp), Yordam Kitap, İstanbul, 2016, s. 106-107; Karl Marx ve Schmitt'in düşünce özdeşlikleri için bkz: M. Ertan Kardeş: *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi*, İletişim Yay., İstanbul, 2015, s. 82 vd.

Söz konusu aristokratik nüveyi liberal anayasa kuramcısı Hayek'in düşün dizgesinde bulmak olasıdır. Hayek, zenginliğin nasıl paylaşılması gerektiği konusunda hükümetlerin söz sahibi olmadığını ileri sürer. Zenginliğin paylaşılması, ekonomik özgürlüğe ve piyasaya bağlıdır. Piyasa, söz konusu bu zenginliği eşitliğe ve liyakate göre değil, bireylerin erdemine göre dağıtır. Hayek'e göre, eşitlik özgürlüğü yok etmedikçe var olmalıdır. Zaten insanlar doğuştan eşit değillerdir ve yetiştiriliş tarzları nedeniyle bazıları diğerlerine göre daha avantajlı bir konuma sahiptirler.⁶⁰ Özgürlük için bir kısım eşitsizliklerin olması gerektiğine dikkat çeken Hayek, eşitsizliğin, medeniyet sürecinin ayrılmaz bir parçası olduğunu, yüksek hayat standartlarına sermayeyle değil yüksek bilinç düzeyiyle erişilebildiğini, bu nedenle de ancak zenginlerin yaşam biçiminin bu sürece bilgi sağlayabileceğini savunur. Hatta, fakir ülkelerin bu mantıkla zengin ülkelerden öğrenecekleri çok şey olduğunu ileri sürer.⁶¹ Hayek açıkça eşitsizlik pahasına özgürlük düşüncesinden hareket ederek seçkin bir hattan savunma yapmıştır.

Hayek, eşitliği piyasanın rekabetçi ellerine bırakır. Hükümetin rolü de, piyasa içerisindeki serbest rekabetin korunması için hukukun üstünlüğünün kurulması ve pazar yayılımının kolaylaştırılmasıdır. Çünkü rekabetçi girişim, özgür topluma liderlik etmektedir. Hayek, piyasanın devlete üstünlüğünü, dolayısıyla da özel hukukun kamu hukukuna üstünlüğünü kabul eder.⁶² Hayek'in yazını temel hatlarıyla rekabetçi girişimin önceliği üzerine kuruludur. Eşitlik yerine girişimin; kamu hukuku yerine özel hukukun öncelenmesi bu durumdan kaynaklanmaktadır.

Yasama üzerindeki eleştirilerini antikiteden moderniteye bağlayan Schmitt, yürütmeye dair eleştirilerini ise monark-başkan ikiliğinin güç olarak benzerliği üzerinden kurar. Yürütmenin başı olarak başkanın ya da kralın monarşik bir formun getirilerini kullandığını, doğal olarak halkın temsilci olan meclisin ise yasama organı olarak bunun tam ortasında bulunduğunu söylemektedir. O halde, yasama erki monarşinin tersine demokratik bir eğilimin hayat bulmasıdır.⁶³ Senatonun burjuva hukuk devletinde sahip olduğu bağımsız konum ve meşruiyet yapısı aristokratik bir eğilimi ifade eder. Parlamenter rejim bu nedenle diğer rejimlerin karmasıdır. Ancak, liberalizm gibi tutarlı bir sistemin aristokraside de daha önce görülen önemli bir unsuru bulunmaktadır. O da müzakereci. Rekabetin uyumu, liberal demokrasilerde fikirlerin teatisi ve müzakere ile sağlanır. Müzakere fikrinin en fazla uyduğu sistem parlamenter sistemdir. Ancak modern siyaset teorisi bakımından parlamento önemini yitirmiştir. Schmitt'e göre parlamentolar mutabakat içinde çalıştıkları için uzlaşabilen partiler sayesinde hayatta kalabilmişlerdir. Sistem iyi çalıştığı için parlamentolar iyi çalışır. İyi işleyen sistemden ayrı bir biçimde parlamento kendi yeknesaklığı içerisinde değerlendirildiğinde başarısızdır.⁶⁴

Schmitt, kavramsal olarak, modern demokratik burjuva hukuk devlet türlerinin hepsinin önceki monarşik, aristokratik yönetimlerle bağlarını kurar. Örneğin, politik bir birlik bir kişinin üstünlüğüne bırakılıyorsa, burada gerçek bir başkanlık sistemi vardır. Başkan devletin ve yürütmenin başıdır, dolayısıyla başkanlık sistemi monarşik bir unsur taşır. Yasama erkinin çoğunluğunu elinde taşıyan grup, siyasi idareyi elinde tutuyorsa bu bir parlamenter sistemdir ve aristokratik bir unsur taşır.⁶⁵ Hayek bu noktada Schmitt'in tarifinin benzeri ve bir kez daha Schmitt'in modern devlet eleştirisinin sağlamasını yapacağı bir teori ortaya atar. Yönetim için demokrasi yerine başka bir tarif önerir. Bu yönetim, parlamento üyelerinin halk tarafından seçilmediği, ömürleri boyunca görevde kalan ve partilere bağlı olmayan bir anayasal aristokrasidir. Seçkinlerden oluşan parlamento, halkın taleplerine karşı gelenekleri temel alarak yasa yapar.⁶⁶ Söz konusu durumda; Schmitt'in görüşü yine bir biçimde Hayek tarafından da teyit edilmiş olur. Hayek de tıpkı antik dizgede var olan seçkin parlamenter sistemi önererek Schmitt'in eleştirel yaklaşımının liberal bir hat üzerinden sağlamasını yapar.

⁶⁰ MILLER, s. 76, 78.

⁶¹ MILLER, s. 82, 84.

⁶² ÖZTÜRK, Armağan: Liberal Adalet Çağdaş Liberal Siyaset Felsefesinde Adalet Sorunu: Rawls, Hayek, Nozick Örneği, Doruk Yayınları, İstanbul, 2013, s. 131.

⁶³ SCHMITT, Constitutional Theory, s.252.

⁶⁴ SCHMITT, Parlamenter Demokrasinin Krizi, s.57; HIRST, Paul: "Carl Schmitt'in Kararcılığı", Carl Schmitt'in Meydan Okuması, (Çev. Hivren Demir Atay- Hakan Atay), in Mouffe, Chantal (ed.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, s. 29.

⁶⁵ SCHMITT, Constitutional Theory, s. 252.

⁶⁶ HAYEK, Friedrich August Von: "Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri", Sosyal ve Siyasi Teori, in Yayla, Atilla (ed.), Siyasal Yayınları, Ankara, 1999, s. 188-189.

Hayek'in parlamento tasviri, temsile dayalı burjuva anayasalarında ve parlamenter sistemlerde aristokratik bir nüve arayışının yansımasıdır. Antikiteden günümüze kaybolmayan bu nüvenin, burjuva anayasalarında da bulunması gerektiğine yönelik talep aslında liberal anayasacılığın temel kavramsal çerçevesinin tarihsel bir karma olarak yeniden hayat bulmasına ilişkin inançtır. İngiliz anayasal gelişmelerinin yıllar içerisinde geçirdiği evrim de aslında bu gelişmeye ilişkin bir örnektir. Nitekim, Birleşik Krallıktaki anayasal-tarihsel evrimde parlamento içerisindeki aristokratik azınlık günümüzde de yerini korumaktadır. Ancak bu durumu kategorik olarak liberal anayasacılığın olmazsa olmazları içerisine koymak ya da bu durumu meşrulaştırmak demokratik anayasacılık fikrine aykırıdır. Bugünden Hayek ve Schmitt'in düşün setlerine eleştirel bakmak, parlamentonun içerisindeki aristokratik nüvenin varlığını sorgulamak ve hatta kabul etmemek; hukukun üstünlüğü ve güçler ayrılığının geldiği yer bakımından daha doğru bir okumaya yol verecektir

VI. SONUÇ

Schmitt ve Hayek üzerinden liberal anayasacılığın temel kavramları tekrar düşünüldüğünde; burjuva devletin temel bileşenlerine ilişkin temel benzerlikler ve çatışkılar bulunabilir. Hayek'in liberal anayasacılığa ilişkin çıkış noktalarından biri, modern anayasacılığın kökünden eleştiren ancak onu kuramsal olarak da geliştiren Schmitt'tir.

Her iki kuramcının da düşün setlerinin çıkış noktaları dönemin anayasacılık hareketlerini büyük oranda etkileyen Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere olmuştur. Bunun karşısında Hayek ve Schmitt güncel anayasacılık tartışmaları ve parlamentarizmin krizi ekseninde düşüncelerini geliştirmişlerdir. Ancak her iki düşünürün vardığı sonucun gerçeklikte "demokratik" olup olmadığı tartışmalıdır. Nitekim, Schmitt'in parlamenter demokrasinin krizi için önerdiği reçete diktatöryel bağımsızlığı olan, anayasal *Reichspräsident*'in başkanlığındaki bir hukuk devletidir. Schmitt açık bir biçimde güçler ayrılığındaki güçler arasında yürütmeye ağırlık vermiştir. Bunun yanında Hayek, özgürlük için bir kısım eşitsizliğin varlığını kabul eder, zorun meşruluğunu kabul eder.

Liberal anayasacılığın olmazsa olmazı olan güçler ayrılığına ilişkin Schmitt ve Hayek benzer çıkarımlar yapmışlardır. Schmitt'e göre burjuva devletin; antik dizden günümüze gelen dizgesindeki monarşi, aristokrasi ve demokrasi olarak sıralanan devlet biçimlerinin gelişerek yasama erkine dönüşmüştür. Yargı, yasama erkinin sınırlayıcısıdır. Hayek'in güçler ayrılığına ilişkin vurgusu güçlenen yürütmenin sınırlandırılmasına ilişkindir. Ancak son kertede Hayek, parlamento üyelerinin halk tarafından seçilmediği anayasal aristokrasiyi önermektedir. Seçkin parlamento üzerinden halkın taleplerinin karşılanacağını savunur.

İlk elde Schmitt'in temel liberal anayasacılığa ve parlamenter demokrasiye ilişkin eleştirilerinin Hayek'in düşünceleri üzerinden bir sağlamasının yapılabileceği düşünülebilir. Ancak Schmitt tarafından ortaya atılan demokrasinin demokrasi için askıya alması ve bunun da diktatörlüğe denk gelmesi fikrinin kendisi demokrasiye içkin bir sorunsaldır. Tüm bunlara rağmen, liberal anayasacılığın hukuk devleti, güçler ayrılığı gibi temel kavramlarının incelenmesi bakımından her iki kuramcının ortaya attığı fikirler, bu kavramların geliştirilmesi bakımından anahtar rolü oynamaktadır.

Bu çalışmayla liberal anayasacılığa eleştirel yaklaşımıyla önemli bir yere sahip olan Schmitt'in kavram seti üzerinden, yine liberalizm açısından çok önemli bir yere sahip olan Hayek'in düşüncesinin kökenleri incelenmiş; Schmitt ve Hayek'in düşüncelerinin benzerlikleri ve farklılıkları ortaya konmaya çalışılmıştır. Hayek'in düşüncesindeki bazı temel kavramların çıkışında Schmitt'in etkisi çok net bir biçimde göze çarpmaktadır. Bunun karşısında Hayek'in kavram setinde ve çalışmalarının bütüncül incelenmesinde; düşünürün sermaye lehine olan duruşunda ve anayasal tavsiyelerinde Schmitt'in fikirlerine aykırı noktalar da çokça bulunmaktadır. Elbette, iki ayrı düşünür arasında doğrudan bir benzerlik ve tezatlık ilişkisi kurmak mümkün değildir. Ancak Schmitt'in kendi çağındaki birçok düşünürü etkilediği ve günümüz liberal/anayasal çalışmalarda çokça atıf alan bir hukukçu olmasından hareketle, Hayek'in de Schmitt'in anahtar kavramlarından çokça yararlandığı ancak kendi özgün, teorik dünyasını da oluşturduğu görülmektedir. Tüm bunların yanı sıra antikiteden günümüze evrime uğrayan temel düşüncelerin, düşünürlerin yaşadığı dönemlerdeki siyasi, ekonomik ve sosyal ortamın da düşünürleri etkilediği eleştirilerinin de bu ortamın bir yansıması olarak ortaya çıktığı da başka bir gerçektir.

Bu çalışma, diyalektik bir biçimde, iki düşünür üzerinden temel anayasacılık kavramlarını tartışmayı amaçlayarak güçler ayrılığı, liberalizm, bireysel özgürlükler gibi kavramları ele almaya çalışmıştır.

KAYNAKÇA

- BONEFELD, Werner: “Freedom and the Strong State: On German Ordoliberalism”, *New Political Economy*, 17(5), 2012.
- CRISTI, F. Renato: “Hayek and Schmitt On The Rule Of Law”, *Canadian Journal Of Political Science*, 17(3), 1984.
- DYZENHAUS, David: “The Concept of the Rule-of-Law State in Carl Schmitt’s *Verfassungslehre*”. *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, in Meierhenrich, Jens/ Simons, Oliver (ed.), Oxford University Press, New York, 2016.
- KARDEŞ, M. Ertan: *Schmitt’le Birlikte Schmitt’e Karşı Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.
- GÖZTEPE, Ece: “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in ‘Anayasa Öğretisi’”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, XXIII(1), 2015.
- GÜNŞOY, Funda: “Hristiyan Epimetheus: Bir Carl Schmitt Biyografisi”, *Felsefe Arkivi*, 46(I), 2017.
- HAYEK, Friedrich August Von: “Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri”, *Sosyal ve Siyasi Teori*, in Yayla, Atilla (ed.), Siyasal Yayınları, Ankara, 1999.
- HAYEK, Friedrich August Von: *The Constitution Of Liberty*. Routledge & Kegan Paul, London, 1960.
- HIRST, Paul: “Carl Schmitt’in Kararcılığı”, *Carl Schmitt’in Meydan Okuması*, (Çev. Hivren Demir Atay- Hakan Atay), in Mouffe Chantal (ed.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2019.
- IRVING, S.: “Limiting Democracy And Framing The Economy: Hayek, Schmitt And Ordoliberalism”. *History Of European Ideas*, 44(1), 2018, s. 113-127.
- KARADAĞ, Ulaş: “Schmitt’in Uğrakları Üzerine: ‘Kararcılık’tan ‘Somut Düzen’e”, *Hukuk Kuramı*, 5(2), 2018.
- KUKATHAS, Chandran: “Hayek And The State”, *Law, Liberty And State*, in Dyzenhaus, David / Poole, Thomas (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- MARX, Karl: “Fransa’da Sınıf Mücadeleleri”, *Fransız Üçlemesi*, (Çev. Erkin Özalp), Yordam Kitap, İstanbul, 2016.
- MILLER, E. F. : *Hayek’s The Constitution of Liberty*, The Institute of Economic Affairs, London, 2010.
- MOUFFE, Chantal: “Giriş: Schmitt’in Meydan Okuması”, *Carl Schmitt’in Meydan Okuması*, (Çev. Hivren Demir Atay- Hakan Atay), in Mouffe, Chantal (ed.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2019.
- ÖZTÜRK, Armağan: *Liberal Adalet Çağdaş Liberal Siyaset Felsefesinde Adalet Sorunu: Rawls, Hayek, Nozick Örneği*, Doruk Yayınları, İstanbul, 2013.
- SCHEUERMAN, William: “The Unholy Alliance Of Carl Schmitt And Friedrich A. Hayek”, *Constellations: An International Journal of Critical & Democratic Theory*, 4(2), 1997.
- SCHMITT, Carl: *Constitutional Theory*, (Çev. Jeffrey Seitzer), Duke University Press, London, 2008.
- SCHMITT, Carl: *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Dost Yayınları, Ankara, 2014.
- SCHMITT, Carl: *Siyasi İlahiyat*. (Çev. Emre Zeybekoğlu), Dost Yayınları, Ankara, 2016.
- ŽIŽEK, Slavoj: *Post-Politika Çağında Carl Schmitt*. *Carl Schmitt’in Meydan Okuması*, (Çev. Hivren Demir Atay- Hakan Atay), in Mouffe, Chantal (ed.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2019.

OSMANLI PARLAMENTOSUNDA ANAYASAYA AYKIRILIK TARTIŞMALARI¹

DEBATES ON UNCONSTITUTIONALITY IN OTTOMAN PARLIAMENT

Seda ÖRSTEN ESİRGEN *  

Makale Bilgi

Gönderilme: 25/05/2020
Kabul: 02/07/2020

Anahtar Kelimeler

Anayasa Yargısı,
Kanun-i Esasi,
Osmanlı
Parlamentosu.

Article Info

Received: 25/05/2020
Accepted: 02/07/2020

Keywords

Judicial Review,
1876 Constitution,
Ottoman Parliament.

Özet

Türk hukuk tarihinin ilk anayasası olan 1876 tarihli Kanun-i Esasi, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerini benimsediği gibi, değişiklik yapılmasını olağan kanun yapım usulünden farklı şekilde düzenlediği için katı bir anayasa olarak nitelendirilmiştir. Ancak anayasaya aykırı bir kanunun kabulü halinde herhangi bir yargısal denetim öngörülmemiş; bu durum, söz konusu dönem açısından son derece olağan bulunmuştur. Bununla birlikte, Kanun-i Esasi’de iki kanatlı parlamentonun, üyeleri Padişah tarafından belirlenen kanadı olan Heyet-i Ayan’ın görevleri arasında kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi denetimi de yer almıştır. Bu doğrultuda, Birinci ve İkinci Meşrutiyet dönemi boyunca Osmanlı parlamentosunda gerçekleşen görüşmelerde ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiaları değerlendirilerek, gerek Devletin temel organları, gerek kişi hak ve özgürlükleri açısından hangi konuların dile getirildiği araştırılmıştır. Söz konusu iddiaların değerlendirilmesi, 1924 Anayasası döneminde ülkede Amerikan modeli bir anayasa yargısı kurulması ihtimali tartışılırken, bu tartışmalara altyapı hazırlanıp hazırlanmadığı açısından önemlidir. Dolayısıyla Türk hukuk sisteminde 1961 Anayasası’yla anayasa yargısı sistemi kabul edildiğinde, konunun Kanun-i Esasi döneminden itibaren süregelen bir tartışma zeminine sahip olduğu ileri sürülebilir.

Abstract

Kanun-i Esasi, dated 1876, the first constitution of Turkish legal history, was described as a rigid constitution as it provided a different way to make the constitutional amendments and also adopted the principles of supremacy and binding force of the constitution. However, the 1876 Constitution did not have provisions establishing judicial review. On the other hand, the first Ottoman parliament was composed of the chambers (the Senate and the Chamber of the Deputy) and the political review of the constitutionality of laws was carried out by the Senate. In this regard, there were many discussions on unconstitutionality about the fundamental organs of the State and human rights in Ottoman parliament during the First and Second Constitutional Era. In the period of 1924 Constitution, while the possibility of establishing an American model of judicial review in Turkey was argued, all the discussions from Ottoman era were formed the basis for them. Therefore, when judicial review system was accepted with the 1961 Constitution, it was understood that the debates on judicial review had a long history from the Ottoman period in the Turkish legal system.

I. GİRİŞ

Çeşitli hukuk sistemlerinde anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı konusunda ortaya çıkan gelişmeler, normlar hiyerarşisi içinde kanunların anayasaya uygun olmasını sağlayacak denetim şekillerini de doğurmuştur.

Yaklaşık aynı dönemde ortaya çıkan ve esas itibarıyla siyasal ve yargısal olarak ikiye ayrılan bu denetim şekilleri, anayasanın üstünlüğü kabul edilse bile, siyasi iktidarın sınırlandırılması ve kişi hak ve özgürlüklerinin korunması gerektiği yönünde oluşan düşünsel birikimin ürünüdür.¹

Kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimi, kanunun yasama organında yapımı sırasında veya yapımından sonra yürürlüğe girme aşamasında gerçekleşmekte; siyasi veya siyasi nitelik taşıyan organlardan birisine bırakılmaktadır. Dolayısıyla siyasal denetim, genel olarak yasama organında Meclis Başkanlığı ve komisyonlar, Meclis Genel Kurulu, ikinci meclis ve devlet başkanının anayasaya aykırı bulduğu bir kanunu yürürlüğe sokmayıp, bir kez daha görüşülmesi için yasama organına geri göndermesi yoluyla işletilmektedir. Bu çerçevede siyasal denetim yolu, temsili nitelikli bir organ üzerinde yargı denetiminin demokratik meşruiyetinin olamayacağı düşüncesiyle, yargı organı dışında kalan ve genel olarak oluşumu ve görevleri itibarıyla siyasal nitelikli organ, kurum ve kişilere bırakılan denetim yol ve araçları olarak kabul edilmekte; siyasal nitelikte olmak kaydıyla, denetimin kim tarafından, ne zaman ve hangi yöntemle yapıldığı önem arz etmemektedir.²

Modern anayasalar açısından siyasal denetimin ilk olarak Fransa’da ortaya çıktığı kabul edilmektedir.³ Fransa’da devrim sonrası 1795 Anayasası (III. Yıl) hazırlanırken, dönemin ünlü politikacısı ve aynı zamanda rahip olan Sieyès, konvansiyon meclisinde kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli bir anayasa jürisi (*jurie consitutionnaire*) kurulmasını önermişse de; reddedilen bu fikir, 1799 Anayasası hazırlanırken, Napoléon Bonaparte tarafından benimsenmiş ve Koruyucu Senato (*Sénat Conservateur*) kurularak, anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevlendirilmiştir. 1852 Anayasası’nda da öngörülen Koruyucu Senato, yayımlanmadan önce bütün kanunları incelemenin yanında, artık hükümet ve vatandaşlar tarafından Anayasaya aykırılığı ileri sürülen bütün işlemleri denetleme yetkisine de sahip kılınmıştır.⁴

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ise tarihsel olarak Amerika’da 1803’te ortaya çıkmıştır.⁵ Genel mahkemeler tarafından yapılan bu denetim, “Amerikan modeli anayasa yargısı” veya “merkezileşmemiş anayasa yargısı” olarak adlandırılırken, Federal Yüksek Mahkeme tarafından ilk kez 1803 yılında *Marbury v. Madison* davasında kanunların anayasaya uygunluğunun araştırılabileceğine ve anayasaya aykırı bulunan kanunun uygulanmayacağına karar verilmiştir. Bu sistemde mahkeme, davada uygulayacağı kanunun anayasaya aykırı olduğu kanısına varırsa, bu kanunu somut olayda ihmal etmekte; onun yerine doğrudan doğruya anayasa hükmünü uygulamaktadır. Dolayısıyla anayasaya aykırı olan kanun, aslında iptal edilmemektedir.⁶

Tarihsel olarak Amerika Birleşik Devletleri dışındaki ülkelerde ve özellikle Kıta Avrupası ülkelerinde genel mahkemeler, kendilerini kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekte yetkisiz görmüşlerdir. Bu doğrultuda İkinci Dünya Savaşı’na kadar kanunların anayasaya aykırı

¹ ALDIKAÇTI, Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İÜHF Yayınları, İstanbul 1982, s. 350 vd.

² ONAR, Erdal, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara 2003, s. 19; ANAYURT, Ömer, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım*, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 648, 649; İBA, Şeref-KILIÇ, Abbas, *Anayasa Yargısı Dersleri*, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 51-57.

³ Eski Yunan ve Roma’daki uygulamaların değerlendirilmesi hakkında bilgi için bkz. FEYZİOĞLU, Turhan, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, AÜSBF Yayınları, Ankara 1951, s. 19; ONAR, s. 1-9.

⁴ FEYZİOĞLU, s. 19-26; TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 211, 212.

⁵ Kanunların yargısal denetiminin öncüsü olarak İngiltere’de 1610 yılında verilen Dr. Bonham kararı anımalıdır. Söz konusu kararda, common law kurallarının parlamento tarafından kabul edilen kanunların üstünde olduğu ve kanunların geçerliliğinin üst norm olan common law kurallarına uygun olması şartına bağlı olduğu vurgulanmıştır. Ancak söz konusu karar, sonraki yargı içtihatlarıyla desteklenerek geliştirilmemiştir. Karar hakkında detaylı bilgi için bkz. GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s. 701.

⁶ GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s. 1068. Söz konusu ihmalin *stare decisis* ilkesi gereğince diğer davalarda tekrarlanması ve *erga omnes* etkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, s. 817, 818.

olmaması gerekliliği bir yaptırıma bağlanmamıştır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise, Batı Avrupa ülkelerinde kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli anayasa mahkemeleri kurulmaya başlanmıştır.⁷ “Avrupa modeli anayasa yargısı” veya “merkezleşmiş anayasa yargısı” olarak nitelendirilen bu sistemde, kanunların anayasaya uygunluğunun bu işle görevlendirilen özel bir mahkeme tarafından denetlenmesi söz konusu olup, genel mahkemeler ise anayasaya olası herhangi bir aykırılık tespit etmeleri halinde, somut norm denetimi kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmektedirler.⁸

Görüldüğü üzere, XIX. yüzyılın başından itibaren yaygınlaşmaya başlayan anayasa yargısı uygulamaları kapsamında farklı organlar tarafından, değişik zamanlarda⁹, çeşitli metotlar uygulanarak gerçekleştirilen ve birbirinden oldukça farklı sonuçlar ortaya koyan denetim türleri söz konusudur.¹⁰

Bu süreçte Osmanlı-Türk anayasal gelişmelerine bakıldığında, 1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanı'yla gerek kanun yapım tekniği, gerek yönetim usulü açısından çeşitli yenilikler ortaya çıkmış; 1876 yılına gelindiğinde, bir anayasanın ilan edilmesi kaçınılmaz olmuştur.

Anayasa hazırlanırken, anayasa yargısına yer verilip verilmeyeceği sorunu, dönemine uygun olarak ortaya çıkmamış¹¹; 1803 yılından beri Amerika'da işleyen anayasa yargısı, bu süreçte hiç gündeme gelmemiştir. Nitekim hazırlık çalışmalarında kaynak olarak yararlanılan Belçika Anayasası'nda¹² kanunların anayasaya uygunluğuna ilişkin herhangi bir denetim öngörülmemiştir. Yararlanılan diğer bir anayasa olan Prusya Anayasası'ndan farklı olarak¹³ ise Kanun-i Esasi'de anayasanın katılığı ilkesi benimsenmiş (md. 116); ayrıca anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı da açıkça düzenlenmiştir (md. 115).

Ancak yazılı ve katı anayasaya sahip olmak ve anayasanın üstünlüğüne yer vermek, her zaman anayasanın üstünlüğünün gerçekleştirilmesinde yeterli güvenceyi sağlamamıştır.¹⁴ Nitekim 115. ve 116. maddeler uyarınca kanunların Kanun-i Esasi'ye uygun olması zorunluluğu bulunduğu kabul edilirken¹⁵, etkin bir denetim öngörüldüğü söylenemez.

Söyle ki, Kanun-i Esasi'de kanunların anayasaya uygunluğu konusunda öngörülen siyasal denetimin, sisteme yeni dahil edilen ve Meclis-i Umumi adını taşıyan iki kanatlı parlamentonun, üyeleri Padişah tarafından belirlenerek oluşturulan kanadı olan Meclis-i Ayan tarafından gerçekleştirilmesi kabul edilmiştir. Dolayısıyla aşağıda açıklanacağı üzere, Kanun-i Esasi'nin gerek kanun yapım usulü, gerek Meclis-i Ayan'ın oluşumu ve işleyişiyle ilgili hükümleri çerçevesinde, Meclis-i Ayan etkili bir siyasal denetim faaliyeti gerçekleştirecek özelliklere sahip kılınmamıştır.

1876 Anayasası'ndan sonra yürürlüğe giren Türk hukuk tarihinin tek yumuşak anayasası olan ve meclis hükümeti sistemini benimseyen 1921 Anayasası'nda da Meclis, kanun yapımında serbest bırakılmamıştır. Öyle ki, Anayasa'nın 7. maddesindeki “*Kavanin ve nizam tanziminde muamelat-ı nasa erfak ve ihtiyacat-ı zamana evfak ahkam-ı fikhiye ve hukukiye ile adap ve*

⁷ Bu modelin ilk örneği, 1920 Avusturya Anayasası ile kurulan Avusturya Anayasa Mahkemesi'dir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise 1947 İtalyan, 1949 Alman Anayasaları merkezi tipte bir anayasa mahkemesi kurmuşlardır. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 1066-1068.

⁸ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 1068, 1069.

⁹ Anayasaya uygunluk denetiminin zamanı ve özellikle a priori denetim hakkında detaylı bilgi için bkz. DEĞERLİ, Yavuz Selim, Anayasa Yargısında Ön-Denetim ve Türk Anayasa Yargısı, Yıldırım Bayezit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019, s. 59 vd.

¹⁰ Karşılaştırmalı olarak anayasaya uygunluk denetimi şekilleri ile tarihsel gelişim süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. TUNÇ, Hasan, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 89-160.

¹¹ ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin, “1876 Anayasası'nın Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 53 (1), 2004, s. 177.

¹² Kuvvetler ayrılığını benimseyen 1831 tarihli Belçika Anayasası hakkında detaylı bilgi için bkz. DESEURE, Brecht, “Constitutional Precedence and the Genesis of the Belgian Constitution of 1831”, in MüBig, Ulrike (ed.), Reconsidering Constitutional Formation II-Decisive Constitutional Normativity From Old Liberties to New Precedence, Springer, 2018, s. 246-248.

¹³ 1851 tarihli Prusya Anayasası, 107. maddesinde anayasanın olağan yasama yoluyla değiştirileceğini düzenlemiştir. ÜÇOK, Coşkun, “1876 Anayasasının Kaynakları, Özellikle 1851 Prusya Anayasası”, Türk Parlamentosunun İlk Yüzyılı, Haz.: Siyasi İlimler Türk Derneği, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1976, s. 24.

¹⁴ ANAYURT, s. 639; GÜLSOY, Mehmet Tefik, Türkiye'de Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994, s. 82.

¹⁵ FEYZİOĞLU, s. 251; TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 9. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002, s. 148.

muamelât esas ittihaz kılınır” hükmü, Kanun-i Esasi’nin 1909 yılında değiştirilen 118. maddesiyle aynıdır ve literatürde aralarında anayasanın üstünlüğü açısından bir bağlantı kurulabileceği belirtilmiştir.¹⁶

Ülkemizde kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi meselesi, esas itibarıyla ancak 1924 Anayasası ile önem kazanmıştır.¹⁷ Anayasa’nın 103. maddesi, “*Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahâne ile ihmâl veya tâtîl olunamaz. Hiçbir kanûn Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’na münâfî olamaz*” şeklinde olup, aykırılığın nasıl tespit edileceğini belirsiz bırakmıştır. Bu durum, mahkemelerin anayasaya aykırı kanunları bakmakta oldukları bir dava münasebetiyle uygulamaktan kaçınıp kaçınamayacakları tartışmalarını başlatmış; ancak gerek mahkeme içtihatlarında, gerek doktrinde kesin bir sonuca varılamamıştır.¹⁸

Söz konusu tartışmalar, 1927 yılında verilen bir yerel mahkeme kararıyla başlamış; sonunda mahkemenin kararında ısrar etmesi sonucunda, Yargıtay Genel Kurulu’nun 20 Nisan 1927 ve E.50/K.59 sayılı kararıyla konuya açıklık getirilmiştir. Bu noktada Yargıtay, ısrar kararını kanunların anayasaya uygunluğunun mahkemelerce incelenemeyeceği gerekçesiyle değil, olayda anayasa hükümlerine aykırı bir husus görülmediğinden bozmuştur. Bu tarihten sonra doktrinde önemli tartışmaların başladığı görülmüş; ancak uygulamada mahkemeler tarafından anayasaya aykırı kanunların uygulanmasından kaçınma yönünde bir gelişmeye uzun süre rastlanmamıştır. 1949 yılında bu konu, Akşehir Asliye Hukuk Mahkemesi hakimi Refik Gür tarafından verilen bir karar nedeniyle tekrar gündeme gelmiş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1952 yılında Türkiye’de kanunların anayasaya uygunluklarının mahkemeler tarafından denetlenemeyeceği gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.¹⁹ Söz konusu Yargıtay kararı, doktrinde farklı görüşler doğursa da²⁰; sonuçta Türk hukuk sisteminde anayasa yargısının kurulabilmesi, 1961 Anayasası’nda bir Anayasa Mahkemesi’nin oluşturulmasıyla mümkün olmuştur.

Bu çalışmada, öncelikle Türk hukuk tarihinin ilk anayasasının yürürlük döneminde parlamentoda anayasaya aykırılık olarak hangi hususların dile getirildiği, yapılan değerlendirmelerin 1924 Anayasası dönemindeki tartışmalara birikim sağlayıp sağlamadığı araştırılacaktır. Bu şekilde Osmanlı parlamentosundaki değerlendirme ve girişimlerin, Cumhuriyetin ilk yıllarında anayasa yargısının kurulup kurulamayacağı konusundaki tartışmaların öncülleri olup olmadığı ortaya konulacaktır.

II. KANUN-İ ESASİ ÇERÇEVESİNDE ANAYASANIN ÜSTÜNLÜĞÜ VE KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN SİYASAL DENETİMİ

Yazılı bir anayasa düzeninde anayasanın üstünlüğü, birbiriyle iç içe geçmiş şekilde devletin kurucu işlemi olmak ve iktidarı anayasayla sınırlamak itibarıyla maddi, kurucu iradenin eseri olmak itibarıyla organik ve diğer tüm hukuk kurallarından farklı usul ve esaslarla yapılmak ve değiştirilmek itibarıyla da biçimsel açıdan gerçekleşebilir.²¹

Bu çerçevede Kanun-i Esasi’de öngörülen anayasanın üstünlüğü olgusu değerlendirilmeden önce, Kanun-i Esasi’nin Padişahın tek taraflı bir ihsanı olarak, Padişah tarafından oluşturulan bir kurulca hazırlanan, yüzyıllardır mutlak egemen olarak kullandığı yetkilerini sınırlandırmayan, devletin işleyişini düzenleyen bir ferman-anayasa niteliğinde olduğu belirtilmelidir.²² Bu özelliklerinin yanında, anayasanın üstünlüğünün açıkça ifade edilmiş olması önemlidir.

Kanun-i Esasi’nin 115. maddesinde yer verilen, “*Kanun-i Esasi’nin bir maddesi bile hiçbir sebep ve bahane ile tatil veya icradan ıskat edilemez*” ifadesiyle, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı açıkça belirtilmiştir.

Osmanlı dönemi hukuk literatüründe bu maddenin, Kanun-i Esasi’de düzenlenen esasların

¹⁶ FEYZİOĞLU, Turhan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, AÜSBF Yayınları, Ankara 1951, s. 253; ARMAĞAN, Servet, Anayasa Mahkememizdeki Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1967, s. 15.

¹⁷ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. OKANDAN, Recai Galip, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 33 (1-2), 1967, s. 3-21.

¹⁸ FEYZİOĞLU, s. 253, 254; ARMAĞAN, s. 15, 16.

¹⁹ Hazine v. Kurt Davası’nda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 3 Aralık 1952 tarih ve E. 4/209/96 ve K. 140 sayılı Kararı hakkında detaylı bilgi için bkz. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 1072-1074.

²⁰ Detaylı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU, s. 253-275; ARMAĞAN, s. 15-20; ONAR, s. 165-201; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 1071, 1075.

²¹ Detaylı bilgi için bkz. ANAYURT, s. 640-642.

²² TANÖR, s. 133-144.

hiçbir şekilde lağvedilememesini sağladığı ifade edilmiştir. Bu açıdan Mustafa Asım'ın inanç, dil, basın, eğitim ve toplantı özgürlükleri gibi temel hak ve özgürlüklerin anayasada gösterilen şekilde yapılacak anayasa değişiklikleriyle dahi ortadan kaldırılmasına 115. maddenin engel olacağı şeklindeki yorumu dikkat çekicidir.²³

Cumhuriyet dönemi hukuk literatüründe de, Kanun-i Esasi'nin 115. maddesinden hareketle, mahkemeler tarafından davada uygulanan kanun hükmünün anayasaya aykırı olup olmadığı yönünde denetim yapılabileceği ileri sürülmüşse de, o dönemde bu yönde bir uygulamaya rastlanmadığı belirtilmiştir.²⁴

Bu çerçevede öngörülen hiyerarşi gereğince, kanun teklif ve tasarılarının Kanun-i Esasi'ye uygunluğu konusunda parlamentodaki tartışmalarda da, hukuki dayanak olarak 115. maddenin vurgulandığı görülmektedir.

Ancak bir anayasanın üstünlüğünün sağlanabilmesi için, anayasada açıkça belirtilmesi yeterli olmayıp, iki temel şartın varlığı önem arz etmektedir: Katı anayasa niteliği ve kurulu güçlerin anayasaya aykırı işlemlerini denetim altına alacak bir sistemin kurulmuş olması.²⁵

Kanun-i Esasi açısından katı anayasa niteliği, 116. madde kapsamında düzenlenmiş; anayasada değişiklik yapılması, olağan kanun yapım usulünden farklı bir sürece tabi tutulmuştur.

Bilindiği gibi, Padişahın yasama yetkisi, iki kanatlı parlamentoyla sınırlı olarak paylaşılmış; parlamentonun seçimle oluşan kanadı olan Meclis-i Mebusan'ın yetkileri, Padişah tarafından seçilen üyelerden oluşan ve parlamentonun diğer kanadını oluşturan Meclis-i Ayan ve hiçbir temsili niteliği bulunmayan Şura-yı Devlet'in²⁶ varlığıyla kısıtlanmıştır. Kanun teklif etme hakkı, Heyet-i Vükela ile Meclislere ait olmakla birlikte; Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan'ın, ancak kendi görev alanlarına giren konularda kanun teklif etmeleri kabul edilmiştir. Yasama sürecini, kanun teklifinin görüşülmesine Sadaret aracılığıyla verdiği izinle başlatan Padişah, Şura-yı Devlet tarafından hazırlanan tasarının Meclislerde oyçokluğuyla kabul edilmesinden sonra, tasarımı onaylayabileceği gibi, mutlak veto yetkisine de sahiptir.²⁷

Ancak Kanun-i Esasi'de değişiklik yapılması, bu süreçten farklı düzenlenerek, 116. madde uyarınca her iki Meclis'in 2/3 çoğunluğunun kararına ve Padişahın onayına bağlı tutulmuştur.²⁸ Dolayısıyla aranan bu nitelikli çoğunluk, Kanun-i Esasi'ye katı anayasa niteliği kazandırmıştır.

Bu çerçevede 115. ve 116. maddeler, kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanmasında önemli yapıtaşları niteliğinde olmakla birlikte, Kanun-i Esasi'de öngörülen siyasal denetimin varlığı, uygulamada büyük önem arz etmektedir.

Kanun-i Esasi'de kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimi, Padişah tarafından ömür boyu görev yapmak üzere seçilen üyelerden oluşan Meclis-i Ayan'a verilmiştir. Konumu nedeniyle Kanun-i Esasi'nin “muhafızları”²⁹ arasında kabul edilen Meclis-i Ayan, yasama sürecinde önüne gelen teklif ve tasarıları Kanun-i Esasi hükümlerine uygunluk açısından incelemekle görevlendirilmiştir (md. 64).

Meclis-i Ayan, bu konumuyla, 1852 tarihli Fransız Anayasası'nda öngörülen Senato'nun bir taklidi olarak yorumlanmıştır. Zira Kanun-i Esasi hazırlıkları sırasında Sait Paşa tarafından tercüme edilen 1852 tarihli Fransız Anayasası'nda, İmparator tarafından seçilen üyelerden oluşan bir Senato, Hükümet ve Meclis'in işlemlerinin anayasaya uygunluğunu denetlemektedir.³⁰

İlk Osmanlı anayasasında da, Meclis-i Ayan'ın kanun teklif ve tasarılarını Kanun-i Esasi'ye uygunluk açısından incelerken, aykırılık gördüğü takdirde tamamen reddedebilmesi ya da düzeltilmesi için Meclis-i Mebusan'a iade edebilmesi söz konusu olmuştur.

Örneğin Birinci Meşrutiyet döneminde 2 Şubat 1878 tarihli Meclis-i Mebusan birleşiminde örfi idare konusunda hazırlanan kanun tasarısının, bir fıkranın anayasaya aykırı bulunması nedeniyle Meclis-i Ayan tarafından iade edildiği görülmüş; farklı birleşimlerde de bu yetkisi

²³ MUSTAFA ASIM, Hukuk-ı İdare ve Hukuk-ı Esasiye (Hukuk-ı Esasiye-3.Kitab), İstanbul 1334, s. 9.

²⁴ ONAR, s. 163.

²⁵ ANAYURT, s. 643, 644; GÜLSOY, s. 77-82.

²⁶ Birinci Meşrutiyet döneminde Şura-yı Devlet'in yetkileri hakkında bilgi için bkz. MEHMED ZİYAEDDİN, Hukuk-ı Siyasiye ve İdare, İstanbul 1327, s. 201-210; İBRAHİM HAKKI, Hukuk-ı İdare, C. I, İstanbul 1312, s. 27-35; AHMED ŞUAYB, Hukuk-ı İdare, Birinci Kısım, Dersaadet 1326-1328, s. 170-179.

²⁷ TUNAYA, Tarık Zafer, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1975, s. 113; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 51.

²⁸ 1876 Anayasası'nda talî kurucu iktidar, Meclis-i Umumi ile Padişah arasında paylaşılmıştır. Padişah, tek başına talî kurucu iktidarı kullanamaz. Meclis-i Umumi ise bu iktidara sahip olmakla birlikte, yaptığı değişikliğin geçerliliği için Padişah onayını da elde etmesi gerekir. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 56, 57.

²⁹ TUNAYA, s. 113.

³⁰ TUNAYA, s. 108.

zaman zaman dile getirilmiştir.³¹

Diğer taraftan, korunmaya çalışılan anayasanın, esas itibarıyla Padişahın hak ve yetkilerini güvence altına aldığı düşünüldüğünde, söz konusu maddelerin, beklenen meşrutî-demokratik birer yasama ve yürütme organı yaratmaya yetmediği; söz konusu maddelerin anlamını yitirmesine neden olacak mahiyette olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, Kanun-i Esasi'nin en büyük zayıflığı, bunu en iyi yapabilecek organ olan parlamentoyu, kendini ve Kanun-i Esasi'yi koruyacak şekilde oluşturmamasıdır. Nitekim söz konusu maddeler, ilanından kısa bir süre sonra ve otuz yılı aşkın bir süre için anayasanın askıya alınmasına engel olamamıştır.³²

İkinci Meşrutiyet'in ilanının ardından 1909 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle, yasama ve yürütme organlarının oluşumu ve çalışmaları açısından Padişahın yetkileri sınırlandırılarak kuvvetler ayrılığı kurulmaya çalışılırken, kişi güvenliği ve tanınan diğer haklar ile yargısal güvenceler de anlam kazanmıştır. Tüm bu değişikliklerle Osmanlı Devleti'nde "Anayasa metni içerisinde" hukuk devleti anlayışının önemli biçimsel koşullarının bir kısmının yerine getirildiği belirtilmiştir.³³ Ancak ülkenin siyasi, ekonomik ve askeri açıdan olağanüstü koşullarının etkisiyle, Hükümetlerin anayasaya aykırı olarak nitelendirilen uygulamaları ortaya çıkmış; İkinci Meşrutiyet dönemi boyunca gerek Meclis-i Mebusan'da, gerek Meclis-i Ayan'da, birçok konu, farklı açılardan anayasaya aykırı bulunarak gündeme taşınmıştır. Bu durum, kanunların anayasaya uygunluğu konusunda her zaman etkili bir denetimi sağlamasa da; hukuk devleti anlayışının gelişim sürecini izlemek açısından önemli bir tarihsel zemin hazırlamıştır.

III. OSMANLI PARLAMENTOSUNDA ANAYASAYA AYKIRILIK TARTIŞMALARI

Kanun-i Esasi hükümleri çerçevesinde gerek mebuslar, gerek Meclis-i Ayan üyeleri tarafından görüşmelerde ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiaları, esas itibarıyla devletin temel organları ile temel hak ve özgürlükler olarak iki ana grup şeklinde sınıflandırılabilir.

A. Devletin Temel Organları

Kanun-i Esasi ilk kabul edildiğinde, yasama büyük ölçüde, yürütme ise tamamen Padişahın iradesine bağlı şekilde düzenlenmiş; yetkilerin kullanımında Padişahı sınırlandırabilecek ya da denetleyebilecek herhangi bir kurum ya da mekanizma öngörülmemiştir.

Yasama yetkisinin Kanun-i Esasi'ye uygun şekilde kullanılması, ilk olarak Birinci Meşrutiyet döneminde 7 Nisan 1877 tarihli Meclis-i Mebusan birleşiminde Selanik mebusu Vasiliki Bey tarafından dile getirilmiştir. Vasiliki Bey, "*bilcümle kanun ve nizamların, tamamıyla Kanun-i Esasi'nin havi olduğu kavaid-i külliyeye muvafık ve mutabık olması şart-ı mutlak*" diyerek, Kanun-i Esasi'ye uygun düzenleme yapmak zorunda olduklarını, aykırı hiçbir düzenlemeyi onaylayamayacaklarını vurgulamıştır. Nitekim yaklaşık bir ay sonra, 15 Mayıs 1877 tarihinde görüşülmekte olan İntihab-ı Mebusan Kanunu'nda askere gidecek olanların oy kullanmak için vekil tayin edebilmesinin Kanun-i Esasi'de öngörülen gizli oy esasına aykırı olduğunun belirtilmesiyle, aykırılık iddiası ilk kez açıkça parlamentoda ileri sürülmüştür.³⁴

İkinci toplantı yılında da, yasama yetkisinin Kanun-i Esasi'ye uygun kullanılması gerektiği yönünde benzer beyanlara rastlanmaktadır. Örneğin 7 Şubat 1878 tarihli Meclis-i Mebusan birleşiminde Yusuf Ziya Efendi, bu durumu "*biz Kanun-i Esasi'nin harf-i vahidinin aleyhinde bulunamayız*" diyerek vurgulamıştır.³⁵ Ayrıca 5 Şubat ve 9 Şubat 1878 tarihli birleşimlerde Sadrazamlık unvanının Hükümet tarafından Başvekalet olarak değiştirilmesinin, Kanun-i Esasi'nin çeşitli maddelerine (md. 27-29, 115, 116) aykırı olduğu iddiaları gündemde baş başına yer almış; gerekçesinin Hükümetten sorularak, açıklama yapılması istenmiştir.³⁶

Bilindiği gibi, Birinci Meşrutiyet döneminde Osmanlı parlamentosu kısa süre faaliyet göstermiş; günümüze görüşmeler hakkında sınırlı bilgi ulaşmıştır. Ancak bu çerçevede yetkilerin anayasaya uygun kullanılmasına dair görüşlerin aktarılması, Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri açısından dikkat çekici niteliktedir.

³¹ US, Hakkı Tarık, Meclis-i Mebusan 1293 (1877) Zabıt Ceridesi, C. II, İstanbul 1939, s. 285, 287; 339.

³² TANÖR, s. 148, 149; ÖZKORKUT, s. 176.

³³ ÖZKORKUT, s. 183, 184.

³⁴ US, C. I, s. 84, 256, 257.

³⁵ US, C. II, s. 301, 346, 349, 350.

³⁶ US, C. II, s. 310-311, 372-373.

İkinci Meşrutiyet döneminde ise Meclis-i Mebusan'ın ilk yılında 5 Mayıs 1909 tarihli birleşimde, Edirne mebusu Agop Babikyan Efendi, hiçbir meşrutî yönetimde anayasaya aykırı yapılan kanunların geçerli olamayacağını belirtirken, yapılacak her kanunun mutlaka Kanun-i Esasi'ye uygun olması gerektiğini vurgulamıştır.³⁷

İstanbul mebusu Kozmîdi Efendi ise yasama yetkisinin Kanun-i Esasi'ye uygun şekilde kullanılmasını gerektiğini şu sözlerle dile getirmiştir³⁸: “...*Ne Hükümet ahkâm-ı esasiyeye mugayir bir kanun teklif edebilir, ne de Meclis-i Mebusan Kanun-i Esasi'yi tebdil ve tağyir etmedikçe, onun hükm-i sarihine mugayir olan bir kanunu kabul edebilir...*”.

Benzer şekilde, Yozgat mebusu Şakir Bey, teklif ve tasarıları Kanun-i Esasi'ye uygunluk yönünden inceleyecek Meclislerin, Kanun-i Esasi'ye aykırı kanun kabulüne hakları olmadığını söylerken³⁹; Meclis-i Ayan'da da Bohor Efendi'nin “...*Kanun-i Esasi'ye mugayir olan teklifler re'ye konulmaz, Makam-ı Riyaset'ten ret olunur*” şeklindeki sözleri⁴⁰, Meclis Başkanlığı'nın bu süreçteki rolüne dikkat çekmiştir.

Görüldüğü üzere, Meşrutiyet dönemi boyunca parlamento üyeleri arasında yasama yetkisinin anayasaya aykırılık doğurmayacak şekilde kullanılmasında fikir birliği sağlanmıştır.

Diğer taraftan, ileri sürülen çeşitli anayasaya aykırılık iddialarına bakıldığında, bir kanunda yapılacak değişikliğin nizamnameyle gerçekleştirilmesi⁴¹, Hükümetin Kanun-i Esasi'ye aykırı bir nizamname hazırlaması nedeniyle parlamenter denetime başvurulması gerektiği⁴² ya da belediyeler tarafından kanuna dayanmayan vergi tahsili nedeniyle Meclis'e önerge verilmesi⁴³ gibi hususlar kapsamında dile getirildiği görülmektedir.

Ancak parlamentodaki anayasaya aykırılık tartışmaları arasında Kanun-i Esasi'nin 36. maddesinde yürütme organına tanınmış bir yetki önemli yer tutmaktadır. Söz konusu madde, Meclislerin kapalı olduğu zamanlarda, olağanüstü şartlar ortaya çıktığı takdirde, yürütme organının Kanun-i Esasi'ye aykırı olmayan kararlarının, Meclis-i Mebusan'ın vereceği karara kadar, geçici olarak kanun hüküm ve kuvvetinde olacağını öngörmüştür.

Birinci Meşrutiyet döneminde ve parlamentonun kapalı olduğu otuz yıl boyunca 36. maddeye dayanılarak birçok hukuki düzenleme yapıldığı gibi, İkinci Meşrutiyet döneminde de Hükümetler tarafından sıklıkla bu yola başvurulmuştur. Ancak İkinci Meşrutiyet dönemi açısından farklı olan nokta, kanun-ı muvakkat uygulamasının parlamentoda Kanun-i Esasi'ye aykırılık açısından sıklıkla eleştiriye uğramasıdır.

İlk olarak 21 Ocak 1909 tarihli Meclis-i Mebusan toplantısında, Meclis tarafından henüz onaylanmamış kanun-ı muvakkatler açısından anayasaya aykırılık iddiaları gündeme geldiğinde, Samsun mebusu Mehmet Ali Bey, Kanun-i Esasi'ye aykırı düzenlemeleri kaldırmanın, neredeyse varolan bütün kanunların lağvedilmesi anlamına geleceğini belirtmiştir.⁴⁴

Ardından kanun-ı muvakkatlerin Kanun-i Esasi'ye aykırı olabileceği iddiası, 6 Şubat 1909 tarihinde Meclis-i Mebusan'a sunulan ve 1890 tarihli bir Nizamname'ye dayanarak hazırlanan “Serseri ve Mazanne-i Sû' Eşhas Hakkında Kanun Lâyhısı” ile somutlaşmıştır. Şura-yı Devlet mazbatasında, üyelere Muhtar Bey'in Kanun-i Esasi'nin 36. maddesinde öngörülen “zaruret-i mübreme” halinin bulunmadığına dikkat çekmesi ve aslında Meclis-i Mebusan'ın tasdikine sunulması gereken bir düzenlemenin yürürlüğünün sürdürülmesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade etmesi dikkat çekicidir.⁴⁵ Dolayısıyla kanun-ı muvakkatlerin Kanun-i Esasi'ye aykırılığının, ilk olarak Şura-yı Devlet'te dile getirildiği kabul edilebilir.

Kanun-ı muvakkatlerle ilgili Kanun-i Esasi'ye aykırılık iddiaları, esas itibarıyla 36.

³⁷ Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi (MMZC), Devre: I, İçtima Senesi: I, C. III, 67. İnikat, 22 Nisan 1325 (M. 5 Mayıs 1909), s. 259.

³⁸ MMZC, Devre: I, İçtima Senesi: I, C. IV, 105. İnikat, 20 Mayıs 1325 (M. 2 Haziran 1909), s. 169.

³⁹ MMZC, Devre: III, İçtima Senesi: I, C. I, 12. İnikat, 30 Kanunuevvel Temmuz 1330 (M. 12 Ocak 1915), s. 166.

⁴⁰ Meclis-i Ayan Zabıt Ceridesi (MAZC), Devre: III, İçtima Senesi: III, C. I, 9. İnikat, 23 Teşrinisani 1332 (M. 6 Aralık 1916), s. 107.

⁴¹ MMZC, Devre: III, İçtima Senesi: I (İçtima-i Fevkalade), C. II, 37. İnikat, 5 Temmuz 1330 (M. 18 Temmuz 1914), s. 380.

⁴² MMZC, Devre: III, İçtima Senesi: IV, C. I, 29. İnikat, 7 Kanunusani 1334 (M. 7 Ocak 1918), s. 526.

⁴³ MMZC, Devre: I, İçtima Senesi: I, C. IV, 91. İnikat, 30 Mayıs 1325 (M.12 Haziran 1909), s. 331.

⁴⁴ MMZC, Devre: I, İçtima Senesi: I, C. I, 16. İnikat, 8 Kanunusani 1324 (M. 21 Ocak 1909), s. 291.

⁴⁵ MMZC, Devre: I, İçtima Senesi: I, C. II, 45. İnikat, 11 Mart 1325 (M. 24 Mart 1909), s. 425.

maddede öngörülen koşullar oluşmadan kabul edilmeleri hususunda ortaya çıkmış; İkinci Meşrutiyet döneminde Meclis açılmadan birkaç gün önce yürürlüğe giren kanun-ı muvakkatler hakkında da çeşitli tartışmalar yaşanmıştır.

1915 yılında bu şekilde kanun-ı muvakkat çıkarılmasının Kanun-i Esasi'ye uygun olmadığı ve reddi gerektiği Meclis'te dile getirilmiştir. Diyarbekir mebusu Feyzi Bey, Kanun-i Esasi'nin 36. maddesinin Hükümete bir hak verdiğini savunurken⁴⁶; yaklaşık bir ay sonra İzmit mebusu Ziya Bey, söz konusu kanun-ı muvakkatlerin doğrudan doğruya Kanun-i Esasi'ye aykırı düzenlenip yayımlandığını, Meclis'in bunları kabul etmesinin hükümetleri cesaretlendireceğini dile getirmiştir. Ancak Şam mebusu Faris el-Huri Efendi, içinde bulunulan I. Dünya Savaşı sona erdiğinde, Meşrutiyeti ihlal eden bu gibi durumlarla karşılaşmayacağını ümit ettiğini belirtirken, Kanun-i Esasi'ye uygunluk açısından araştırıldığında düzenlemelerin büyük çoğunluğunun reddedilmesi gerektiğini söyleyerek, çok önemli olmayan konuların dahi kanun-ı muvakkat ile düzenlenmesini, Meclis'in emrivakiyle karşı karşıya bırakılması olarak yorumlamıştır.⁴⁷

Benzer şekilde 1917 yılında Hukuk-ı Aile Kararnamesi, parlamentonun açılmasından birkaç gün önce yürürlüğe girmiş; Aydın mebusu Emanuel Emanuelidi Efendi, bu durumu eleştirirken; Kararname'nin, Kanun-i Esasi'nin gayrimüslim vatandaşların dinlerinin serbestçe icrasını ve cemaatlere tanınan birtakım ayrıcalıkları düzenleyen 11. maddesine aykırı olduğunu vurgulamıştır.⁴⁸

Kanun-ı muvakkatlerin Kanun-i Esasi'ye aykırılığı tartışmalarına literatürde de zaman zaman değinilmiş; Anayasa'da açıkça kanuna hasredilmiş olan vergi konusunda dahi, düzenlemelerin kanun-ı muvakkat olarak yapılması eleştirilmiştir.⁴⁹ Ancak Hükümetlerin zorunluluk halinde Kanun-i Esasi'ye açıkça aykırı şekilde çıkardıkları kanun-ı muvakkatlerin yürürlükte kalmaya devam etmelerine ülkenin içinde bulunduğu olağanüstü şartların neden olduğu vurgulanmıştır.⁵⁰

Meşrutiyet döneminin sonuna kadar kanun-ı muvakkat uygulaması, söz konusu tartışmalara ve eleştirilere rağmen aynı şekilde sürdürülmüş; yasama-yürütme ilişkilerinin anayasaya aykırılık da dahil olmak üzere birçok boyutunu gözler önüne sermiştir.

Kanun-i Esasi'de yargı konusundaki hükümler ışığında parlamentoda ileri sürülen anayasaya aykırılık iddialarına bakıldığında, örfi idare sürecinde Hükümete karşı geldiği iddia edilen kişilerin mahkemeye çıkarılmamaları⁵¹, yargılamanın aleniliği ve kanuni hakim ilkelerinin ihlali⁵² gibi iddialar ile olağanüstü mahkeme kurma yasağına aykırı düzenleme yapılmaması⁵³ gibi hususlar dikkat çekmektedir. Dolayısıyla Kanun-i Esasi'nin yargı ve özellikle yargısal güvenceler konusundaki kapsamlı içeriği, anayasaya aykırılık iddiaları için önemli bir dayanak oluşturmuştur.

Ancak yargı konusunda en önemli gelişme olarak, Meclis-i Mebusan'a sunulan ve kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması yönünde yapılan bir anayasa değişikliği teklifi gösterilebilir.

1916 yılında Halep mebusu Artin Boşgezenyan Efendi, Kanun-i Esasi'nin her davanın ait olduğu mahkemede görüleceğini düzenleyen 85. maddesinde bir değişiklik teklif etmiş; mahkemelerin Kanun-i Esasi ile kanunlar arasında bir ayrılık gördükleri takdirde, Kanun-i Esasi'yi uygulamayı tercih ederek hüküm vermeye mecbur olduklarına ilişkin bir fıkra eklenmesini önermiştir.⁵⁴

Ayrıca bir kanunun uygulanmasından dolayı zarara uğramış olan bir kişinin, mahkemeye vereceği dilekçeyle o düzenlemenin Kanun-i Esasi'ye aykırı olduğunu ileri sürmesi halinde,

⁴⁶ MMZC, Devre: III, İçtima Senesi: I, C. I, 42. İnikat, 15 Teşrinievvel 1331 (M. 28 Ekim 1915), s. 590.

⁴⁷ MMZC, Devre: III, İçtima Senesi: II, C. I, 7. İnikat, 26 Teşrinisani 1331 (M. 9 Aralık 1915), s. 129, 130.

⁴⁸ MMZC, Devre: III, İçtima Senesi: IV, C. I, 5. İnikat, 15 Teşrinisani 1333 (M. 15 Kasım 1917), s. 30, 31.

⁴⁹ MAZC, Devre: III, İçtima Senesi: III, C. I, 27. İnikat, 26 Kanunusani 1332 (M. 8 Şubat 1917), s. 381.

⁵⁰ KUZU, Burhan, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükümünde Kararnameler, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1985, s. 251.

⁵¹ MMZC, Devre: I, İçtima Senesi: I, C. IV, 105. İnikat, 20 Haziran 1325 (M. 3 Temmuz 1909), s. 165.

⁵² MMZC, Devre: III, İçtima Senesi: V, C. I, 16. İnikat, 21 Teşrinisani 1334 (M. 21 Kasım 1918), s. 179.

⁵³ MMZC, Devre: III, İçtima Senesi: V, C. I, 18. İnikat, 25 Teşrinisani 1334 (M. 25 Kasım 1918), s. 195.

⁵⁴ "Mahkemeler, rüyet eyledikleri hususatın mahihittatbiki olan mevadd-ı kanuniyye beyninde mübayanet görürlerse, Kanun-i Esasi ahkâmını sair kavanin ve nizamatin cümlesine ve kavanin-i saireyi evamir ve nizamata tercih eylemeye mecburdurlar. Ve bir kanun ve nizamı icrasından kendisini mutazarrır addeden şahıs, o kanun veya nizamın Kanun-i Esasi'ye mugayir olduğundan bahisle Mahkemeye istida verir ve Mahkeme dahi işbu iddiayı haklı görürse, Kanun-i Esasi'ye mugayir olan o kanunun müstedi hakkında icra olunmamasına karar vermekle mükelleftir".

iddiası haklı bulunursa, mahkeme söz konusu düzenlemenin dilekçe sahibi hakkında uygulanmaması yönünde karar vermekle yükümlü olacaktır.⁵⁵ Söz konusu teklif, incelenmek üzere Layiha Encümeni'ne sevk edilmiş; gündeme yaklaşık bir yıl sonra tekrar gelmiştir.

27 Ocak 1917 tarihli birleşimde Artin Boşgezenyan Efendi, teklifi hakkında konuşurken, Kanun-i Esasi'nin -Avrupa'daki anayasalarla benzer şekilde- kendi hükümlerinin doğru olarak uygulanmasını sağlayacak güvenceye sahip olmadığını, temel hakları ihlal edecek bir kanunun kabulü halinde mahkemelerin söz konusu kanunu uygulamakla yükümlü olduğunu, hakimlerin Kanun-i Esasi'ye uygunluğunu incelemeye yetkili olmadıklarını belirtmiştir.⁵⁶

Artin Boşgezenyan Efendi, konuyla ilgili çözümün Amerikan Anayasası'nda getirildiğini, mahkemelerin anayasaya aykırı buldukları kanunu yok saymaya yetkili ve mecbur olduklarını, anayasayı her türlü düzenlemeye tercih etmekle yükümlü olduğunu ifade etmiştir. Ancak verilen bu kararın genellik arz etmeyip, mahkemenin önündeki olayla sınırlı olduğunu, kanun hükmünün herkes için iptal edilmediğini vurgulamıştır.

Teklifin ele alındığı Layiha Encümeni adına birleşimde söz alan Bayazıt mebusu Mehmet Şefik Bey, mahkemelerin kanunları uygulamada ve yorumlamada serbest olduklarını, verecekleri kanuna aykırı bir karara karşı müdde-i umumiler ve ilgili kişiler tarafından kanun yollarına başvurma hak ve yetkisinin kanunla tanındığını açıklamıştır. Bu çerçevede hiçbir yasama organının bu şekilde bir düzenleme yapmayı tercih etmeyeceği belirtilirken, Encümen tarafından teklif hakkında görüşmeye gerek olmadığı görüşü paylaşılmış; mebuslar tarafından da bu durum onaylanarak, teklif ele alınmamıştır.⁵⁷

Görüldüğü üzere, Meşrutiyet dönemi boyunca farklı zamanlarda ortaya çıkan eleştirilere rağmen, 1917 yılında bir mebus tarafından gündeme getirilen söz konusu anayasa değişiklik teklifi, üzerinde görüşülmeye gerek bulunmadığından Genel Kurul'da ele alınmamıştır. Ancak bu tarihten yaklaşık on yıl sonra, farklı bir anayasanın çatısı altında, Türk hukukunda Amerikan modeli anayasa yargısı kurulup kurulamayacağına ilişkin yoğun bir tartışma gündemi oluşmuştur.

B. Temel Hak ve Özgürlükler

Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile başlayan kanunlaştırmaların yöneldiği amaçlardan biri, kanun önünde eşitliğin gerçekleştirilmesidir. Bu ilke, 1876 yılına kadar kanun düzeyinde ele alınırken; Kanun-i Esasi'de artık bir anayasa hükmü olarak 17. maddede ifade edilmiştir. Kırk yıla yaklaşan bu süreç, temel hak ve özgürlükler açısından yapılan anayasaya aykırılık iddiaları parlamentoda değerlendirilirken önemli bir birikim sağlamıştır.

Birinci Meşrutiyet döneminde kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık iddiası, ilk olarak Meclis-i Mebusan'ın toplanmasının üzerinden yaklaşık bir ay geçtikten sonra dile getirilmiştir. 7 Nisan 1877 tarihli birleşimde Vilayet Kanunu görüşülürken, vilayet idare meclislerinin eşit oranda Müslüman ve gayrimüslim vatandaşlardan oluşturulmasının, Kanun-i Esasi'nin Osmanlı vatandaşlığı ve eşitlikle ilgili hükümlerine aykırı olacağı, hükümde bu durumun din farkı belirtilmeden başka bir şekilde ifade edilmesi gerektiği, Yanya mebusu Çanaka Efendi tarafından ileri sürülmüştür.⁵⁸ Aynı tartışma, 14 Nisan'da tekrar gündeme gelmiş; bu kez İstanbul mebusu Vasiliki Bey, anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü söz konusu hükümde Müslüman-gayrimüslim ayırımına son verilmesini savunurken, Kanun-i Esasi'ye aykırı olup olmadığının ayrı bir tartışmada ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Ardından tartışmalar, Kanun-i Esasi'nin eşitlik ilkesini düzenleyen 17. maddesinde yoğunlaşmış; hatta 17 Nisan tarihli birleşimde, ilgili hükmün Meclis-i Ayan tarafından yorumlanması istenmiştir.⁵⁹

Benzer bir iddia, 14 Mayıs'ta bu kez İntihab-ı Mebusan Kanunu görüşmelerinde İstanbul mebusu Vasilaki Bey ve Yanya mebusu Kantarcı Efendi tarafından seçim bölgelerinin oluşturulması ve bölgelerdeki Müslüman-gayrimüslim seçmenlerin oranı üzerinden dile

⁵⁵ MMZC, Devre: III, İçtima Senesi: II, C. II, 35. İnikat, 15 Şubat 1331 (M. 28 Şubat 1916), s. 185.

⁵⁶ Söz konusu konuşmada temel hakların “hiçbir veçhile selb ve nez’i caiz olmayan hukuk-ı tabiiyesi cümlesinden” olduğu şeklindeki doğal hukuk vurgusu, ayrıca dikkat çekmektedir. MMZC, Devre: III, İçtima Senesi: III, C. II, 30. İnikat, 14 Kanunusani 1332 (M. 27 Ocak 1917), s. 31.

⁵⁷ MMZC, Devre: III, İçtima Senesi: III, C. II, 30. İnikat, 14 Kanunusani 1332 (M. 27 Ocak 1917), s. 31, 32, 33, 34.

⁵⁸ US, C. I, s. 83-87.

⁵⁹ US, C. I, s. 105, 107, 108, 123.

getirilmiştir.⁶⁰

Söz konusu Kanun tasarısıyla ilgili olarak ayrıca, Hazine'ye vergi borcu olanların mebus seçilememeleri hususu, Meclis-i Ayan tarafından seçilme hakkı açısından anayasaya aykırı olarak değerlendirilmiş ve Meclis-i Mebusan'a geri gönderilmiştir. Bu durumun Meclis-i Mebusan'da ciddi bir görüş ayrılığına yol açarak tartışma doğurduğu; ancak görüşme sonunda Meclis-i Ayan'ın önerdiği değişikliğin kabul edildiği anlaşılmıştır.⁶¹ Dolayısıyla seçme ve seçilme hakkı, Kanun-i Esasi'de açık bir şekilde düzenlenmemesine rağmen, itiraza konu edilerek siyasal denetimin gerçekleştirilmesi önemlidir. Bu durum, aynı zamanda Tanzimat'la başlayan yerel taşra meclislerinde edinilen seçim geleneğinin de bir sonucu olarak değerlendirilmelidir.

Görüldüğü üzere, ilk Osmanlı parlamentosunda temel hak ve özgürlükler önemle ele alınmıştır. Ancak parlamentonun tatil edilmesi ve otuz yıl boyunca kapalı olması, İkinci Meşrutiyet'in ilanının ardından açıldığında, parlamentoda temel hak ve özgürlükler konusunda güvence arayışını ortaya çıkarmıştır.

Bu açıdan 21 Ağustos 1909 tarihli anayasa değişiklikleri, gerek 113. maddede yargılama yapılmaksızın Padişahın sürgüne gönderme yetkisinin kaldırılması, gerek daha önce düzenlenmemiş toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, haberleşmenin gizliliği ve sansür yasağı gibi yeniliklerin getirilmesi açısından, temel hak ve özgürlükler konusunda İkinci Meşrutiyet dönemindeki en önemli gelişme olarak kabul edilmelidir. Ancak bu değişiklikler yürürlüğe girmeden önce dahi, Meclis-i Mebusan'da hem toplantı özgürlüğü, hem basın özgürlüğü konusunda anayasaya uygun hareket etme titizliği dikkat çekmektedir.

Örneğin, Tatil-i Eşgal Kanunu görüşmelerinde Erzurum mebusu Ohannes Varteks Efendi, Kanun-i Esasi'de yer verilen "*hürriyet-i şahsiye ile hürriyet-i içtimaiyye ve hürriyet-i sendikiyye hakları*"nın sendikayı yasaklamalarını engellediğini belirtmiş; aksi yönde karar aldıkları takdirde Kanun-i Esasi'ye aykırı davranmış olacaklarını vurgulamıştır.⁶²

Benzer şekilde Matbuat Kanunu görüşülürken Karahisar Şarki mebusu Ömer Feyzi Efendi, tasarıda şiddetli cezalarla basını sınırlamaya karşı olduğunu, Kanun-i Esasi'ye aykırılık doğurması ihtimalinin mutlaka değerlendirilmesi gerektiğini belirtirken, İzmir mebusu Seyyid Bey asayişin sağlanması açısından alınacak tedbirlerin Kanun-i Esasi'ye aykırılık oluşturabileceğini ileri sürmüştür.⁶³

Diğer taraftan, İkinci Meşrutiyet döneminde parlamentoda kanun önünde eşitlik kavramı üzerinden anayasaya aykırılık tartışmalarının, en çok "bedel-i askeriye" uygulamasıyla ilgili olarak yürütüldüğü görülmüştür.

Hükümet tarafından Tahsil-i Emval Kanunu tasarısında yer verilen bu vergi, Kanun-i Esasi'ye ve Meşrutiyet ruhuna aykırı bulunarak, Encümen tarafından tasarıdan çıkarılmış; ancak görüşmelerde ele alınırken Gümölcine mebusu İsmail Bey, Encümen'in görüşüne itiraz etmiştir. Şöyle ki, Kanun-i Esasi'nin 118. maddesinde açıkça yürürlükten kaldırılmayan kanun, teamül ve âdetlerin yürürlükte kalmaya devam edeceği şeklindeki ifadeye dayanarak, bedel-i askeriyenin geçerli bir örf ve teamül olarak Anayasa'ya aykırı olmadığını savunmuştur. Edirne mebusu Asım Bey ise, yapılacak düzenlemenin gayrimüslim vatandaşlar açısından bir imtiyaz doğurması halinde eşitlik ilkesine olduğu kadar, adalete de aykırı olacağını vurgulamıştır.⁶⁴ Bu arada Encümen üyesi bazı mebusların da, Kanun-i Esasi'ye aykırı gördükleri bazı noktalar nedeniyle mazbataya muhalefet şerhi koydukları belirtilmelidir.⁶⁵

Kanun önünde eşitlik açısından dikkat çekici bir ifade, 1917 yılında Meclis-i Ayan'da Damat Ferit Paşa tarafından dile getirilmiştir. Pasaport Kanunu görüşmelerindeki "*...Kanun-i Esasi mucibince bir erkeğin malik olduğu hakka bir Osmanlı kadını malik değil midir? Eğer malik ise, o Kanun-i Esasi'ye muhalif hareket edilmemek için bu maddelerin tadili iktiza eder*" şeklindeki sözleri⁶⁶, kanun önünde eşitlik ilkesinin parlamentoda ilk kez kadın-erkek eşitliği

⁶⁰ US, C. I, s. 250, 251.

⁶¹ US, C. I, s. 371, 387, 388.

⁶² MMZC, Devre: I, İçtima Senesi: I, C. V, 104. İnikat, 18 Haziran 1325 (M. 1 Temmuz 1909), s. 124.

⁶³ MMZC, Devre: I, İçtima Senesi: I, C. V, 119. İnikat, 14 Temmuz 1325 (M. 27 Temmuz 1909), s. 554.

⁶⁴ MMZC, Devre: I, İçtima Senesi: I, C. IV, 94. İnikat, 3 Haziran 1325 (M. 16 Haziran 1909), s. 413, 414, 421, 422.

⁶⁵ MMZC, Devre: I, İçtima Senesi: I, C. IV, 105. İnikat, 20 Haziran 1325 (M. 3 Temmuz 1909), s. 168-172.

⁶⁶ MAZC, Devre: III, İçtima Senesi: III, C. I, 30. İnikat, 2 Şubat 1332 (M. 15 Şubat 1917), s. 460.

açısından yorumlanmasıdır.

Bütün bu değerlendirmelerin yanında, Kanun-i Esasi'nin, dönemin anayasalarıyla karşılaştırıldığında son derece yeterli bir içeriğe sahip olmasına rağmen, söz konusu hak ve güvenceleri siyasi iktidara karşı koruyucu herhangi bir mekanizma getirmediği bilinmektedir.

Bu noktada Kanun-i Esasi'nin hak ve özgürlüklere ilişkin çeşitli maddelerinde kanunla düzenleme yapılacağı belirtilmişse de, özellikle Birinci Meşrutiyet döneminde yasama sürecinde Padişah iradesinin neredeyse tek belirleyici olması, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik herhangi bir önleyici tedbir ya da güvencenin varlığından da yoksun bırakmıştır.⁶⁷

İkinci Meşrutiyet döneminde ise temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması konusu, parlamentoda da vurgulanmış; örneğin kanuna dayanmayan her türlü aramanın konut dokunulmazlığını ihlal ederek anayasaya aykırılık doğuracağı dile getirilmiştir. Ancak aynı birleşimde Maliye Nazırı Cavit Bey, Kanun-i Esasi'de olduğu gibi, diğer ülkelerde ve İnsan Hakları Beyannamesi'ni ilan eden Fransa'da da, hiçbir hak ve özgürlüğün mutlak ve kesin olmadığını vurgulamış; mutlak olarak yalnızca işkence yasağının tanındığını, konut dokunulmazlığıyla ilgili olarak görüşülmekte olan maddenin "*Kanun-i Esasi'nin ne ruhuna, ne de lafzına muhalif olmadığını*" belirtmiştir.⁶⁸

Bu konuda dikkat çekici bir başka yorum, İzmir mebusu Nesim Mazelyah tarafından istimlak konusundaki bir kanun tasarısı görüşülürken yapılmış; mülkün bedelsiz alınması konusunda yapılacak işlemin kanunla düzenlenmesinin, anayasaya aykırı olduğu gerçeğini değiştirmediyini, Kanun-i Esasi'nin kendilerini bu şekilde kanun yapmaktan men ettiğini, yaptıkları takdirde Kanun-i Esasi'yi muhafaza ile yükümlü olan Meclis-i Ayan tarafından reddedileceğini dile getirmiştir.⁶⁹ Görüldüğü üzere, bir yandan kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimi vurgulanırken; diğer yandan, şekil açısından olduğu kadar, esas noktasında da anayasaya uygunluğun sağlanmasına dikkat çekilmiştir.

Parlamento görüşmelerinde temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak savaş hali de gözönüne alınmış; örneğin Meclis-i Ayan'daki bir görüşmede Ahmet Rıza Bey, gündemdeki layihanın Kanun-i Esasi'nin 24. maddesinde düzenlenen angarya yasağına aykırı olduğunu, savaş zamanıyla sınırlı olarak bazı tedbirler alınabilirse de, düzenlemenin savaş sonrasında da uygulanacak olmasından dolayı anayasaya aykırılık doğuracağını ileri sürmüştür.⁷⁰

Bu noktada kanun-ı muvakkat uygulamasıyla yürütme organına kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı kararlar alma yetkisi tanınarak, Kanun-i Esasi'de temel hak ve özgürlüklerin kanunla düzenlenmesi kuralına bir istisna getirildiğine dikkat çekilmiştir. Ancak Halep mebusu Hamit Bey, bu yoruma karşı çıkarak, kanun-ı muvakkatlerin temel hakları sınırlandırabileceğini kabul etmenin, Kanun-i Esasi'nin verdiği yetkiye aykırı olduğunu, Kanun-i Esasi'de tanınan eğitim-öğretim, basın, kişi hak ve özgürlüklerinin ancak kanunla sınırlandırılabilmesini savunmuştur.⁷¹

Benzer bir tartışma, ertesi yıl Meclis-i Ayan'da gündeme gelmiş; parlamento tarafından hala onaylanmamış bir kanun-ı muvakkat olarak yürürlüğünü sürdüren 1877 tarihli İdare-i Örfiye Kararnamesi'ne dayanarak, Hükümet tarafından basının teftiş ve muayeneye tabi tutulmasının Kanun-i Esasi'ye aykırı olup olmadığının incelenmesi hususunda Nuri Bey tarafından bir önerge verilmiştir.⁷²

Görüldüğü üzere, gerek Birinci Meşrutiyet, gerek İkinci Meşrutiyet dönemleri boyunca, temel hak ve özgürlükler konusunda anayasaya aykırılık iddiaları, Osmanlı parlamentosunda farklı açılardan dile getirilmiştir. 1921 Anayasası döneminde Kanun-i Esasi'nin temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümleri yürürlüğünü sürdürmü; 1924 Anayasası döneminde de, anayasanın üstünlüğü kabul edilmesine rağmen, temel hak ve özgürlüklerle ilgili koruyucu bir güvence mekanizması getirilmemiştir. Bu durumun, anayasaya aykırılık tartışmalarının süreklilik arz etmesi sonucunu doğurduğu düşünülebilir.

⁶⁷ Detaylı bilgi için bkz. Server TANİLLİ, Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş, 3. Baskı, Say Yayınları, İstanbul 1982; Münci KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.

⁶⁸ MMZC, Devre: III, İçtima Senesi: IV, C. I, 18. İnikat, 15 Kanunuevvel 1333 (M. 15 Aralık 1917), s. 289, 293, 294.

⁶⁹ MMZC, Devre: III, İçtima Senesi: I, C. I, 45. İnikat, 24 Teşrinievvel 1331 (M. 6 Kasım 1915), s. 673.

⁷⁰ MAZC, Devre: III, İçtima Senesi: III, C. II, 48. İnikat, 24 Mart 1333 (M. 24 Mart 1917), s. 337.

⁷¹ MMZC, Devre: III, İçtima Senesi: III, C. III, 52. İnikat, 10 Mart 1333 (M. 10 Mart 1917), s. 133, 134.

⁷² MAZC, Devre: III, İçtima Senesi: V, C. I, 15. İnikat, 12 Kanunuevvel 1334 (M. 12 Aralık 1918), s. 182-184.

IV. SONUÇ

Osmanlı Devleti'nde yüzyıllar boyunca İslam hukuku ve şeriata aykırı olmamak kaydıyla oluşturulan örfi hukuk uygulanmış; 1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanı'yla kanun yapım usulünde kaynak ve şekil açısından yeni bir yol izlenmeye başlanmıştır. Tanzimat Fermanı ve sonrasındaki anayasal belgelerde ifade edilen temel hak ve güvenceleri korumak ve düzenlemek için farklı hukuk alanlarında kanunlaştırma hareketleri gerçekleştirilmiş; 1876 yılında bir anayasanın kabulüyle Devletin işleyişi, temel organları, kişi hak ve özgürlükleri açısından yeni bir dönem başlamıştır. Ancak anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kabul edilirken, anayasada yer verilen esasların korunması ve bunlara aykırı düzenleme yapılmaması açısından etkili bir denetim mekanizması öngörülmemiştir. Padişah tarafından üyeleri belirlenen Meclis-i Ayan'ın Kanun-i Esasi'ye uygunluk açısından kanun tasarıları üzerinde siyasal denetim yapması kabul edilmişse de, dönemin ve ülkenin koşulları gereğince herhangi bir yargısal denetim kurulmamıştır.

Ancak kanunların yargısal denetimi konusunda 1803 yılında Amerika'da ortaya çıkan gelişmeye Osmanlı parlamentosunda zaman zaman değinildiği, benzer bir usulün benimsenmesi için anayasa değişiklik teklifi sunulduğu da görülmüştür. Söz konusu anayasa değişiklik teklifi parlamentoda kabul görmese de, Meşrutiyet dönemlerinde yasama ve yürütmenin anayasaya uygun hareket etmesi konusunda parlamento üyelerinin eleştirel yaklaşımları süreklilik göstermiştir.

Bununla birlikte, Osmanlı parlamentosunda yapılan tartışmaların anayasaya uygun bir yönetim anlayışının izlenmesindeki etkisinin sınırlı olduğu düşünülebilir de; farklı dönemlerde, farklı konulara ilişkin olarak kişi ve kurumların –az sayıda ve sınırlı kapsamda da olsa– bu konuda yaptıkları değerlendirmelere de rastlanmaktadır. Örneğin 1888 yılında Girit'te asayişin sağlanması için atılan adımların ve yapılacak düzenlemelerin Kanun-i Esasi'ye uygun olması gerektiği yönünde Hükümetin karar alması⁷³, 1908 yılında Dahiliye Nezareti'nin Kosova'da kan davalarının çözümüyle ilgili komisyon uygulamalarının Kanun-i Esasi'ye uygunluk açısından değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşü⁷⁴ veya Sadrazamlık yapmış bir devlet adamı olarak Kamil Paşa'nın 1911 yılında Kanun-i Esasi'ye uygun hareket edilmesi yönündeki değerlendirmesi⁷⁵ önemli sayılmalıdır.

Bu doğrultuda Cumhuriyetin kuruluş sürecinde Ziya Gökalp'in 18 Aralık 1922 tarihli bir yazısında vurguladığı hususlar da dikkat çekmektedir: “...Kanunların en mukaddesi de (Kanun-i Esasi)dir. Zira en büyük mefkureler bu kanunda tecelli etmiştir. O halde, en büyük hürmet ve itaat, bu kanuna gösterilmelidir... Bir milletin Kanun-i Esasisine olan hürmeti nasıl tezahür eder? Bütün kanunların Kanun-i Esasi'ye tevafuk etmesiyle. Halbuki, her millette Kanun-i Esasi'ye ruhan muhalif birtakım kanunlar vardır ki ya eskiden kalmış, yahut sonradan bilinmeyerek yapılmıştır. Bu gibi kanunların mevcudiyeti, Kanun-i Esasi'nin bütün kanunlara me'haz olması umdesini ihlâl etmez mi? Şüphesiz ki eder. Bir milletin kanunları arasında tenakus bulunması, bilhassa, hususî kanunlarla Kanun-i Esasi arasında hakikî tenakusların mevcudiyeti anarşilerin en büyüğüdür...”⁷⁶

Ziya Gökalp, aynı yazıda kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması için Türkiye'de de, Amerika'da olduğu gibi bir yüksek mahkeme kurulmasını önermiş ve “Bu mahkeme, hem hususî kanunların Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'na muvafık olup olmadığını, hem de nizamnamelerin ve talimatların hususî kanunlara muvafakatini tedkik vazifesiyle mükellef olmalıdır” diye belirtmiştir.⁷⁷ Ziya Gökalp'in kanunların anayasaya uygunluğunun merkezi bir yargı organı eliyle denetlenmesi düşüncesi, literatürde Türk hukuk sisteminde bu konudaki öncülerden biri olarak değerlendirilmektedir.⁷⁸

Ancak 1922 yılında ifade edilen bu görüşler, Meşrutiyet dönemi uygulama ve tartışmalarından etkilenmediği düşünülemeyeceği gibi; Cumhuriyetin ilanından ve 1924 Anayasası'nın kabulünden birkaç yıl sonra verilen mahkeme kararları ile yapılan teorik tartışmaların da, özellikle İkinci Meşrutiyet döneminde ortaya çıkan eleştirel yaklaşım göz ardı

⁷³ Fon Adı: Meclis-i Vükela Mazbataları (MV.), Dosya No: 36, Belge No: 13.

⁷⁴ Fon Adı: Dahiliye Nezareti Mektubî Kalemi (DH.MKT.), Dosya No: 2650, Belge No: 14-3.

⁷⁵ Fon Adı: Sadrazam Kamil Paşa Evrakı (Yıldız Esas Evrakına Ek) (Y.EE.KP.), Dosya No: 34, Belge No: 3322.

⁷⁶ ZİYA GÖKALP, “Yüce Mahkeme”, Küçük Mecmua, 1.Sene, S: 27, 18 Kanunuevvel 1338, s. 12.

⁷⁷ ZİYA GÖKALP, s. 13.

⁷⁸ ONAR, s. 196, 197.

edilerek değerlendirilmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

Arşiv Belgeleri ve Meclis Tutanakları

Fon Adı: Dahiliye Nezareti Mektubî Kalemi (DH.MKT.), Dosya No: 2650, Belge No: 14-3.

Fon Adı: Meclis-i Vükela Mazbataları (MV.), Dosya No: 36, Belge No: 13.

Fon Adı: Sadrazam Kamil Paşa Evrakı (Yıldız Esas Evrakına Ek) (Y.EE.KP.), Dosya No: 34, Belge No: 3322.

Meclis-i Ayan Zabıt Ceridesi (MAZC), TBMM Basımevi, Ankara, 1988-1991.

Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi (MMZC), TBMM Basımevi, Ankara, 1982-1992.

Kitap ve Makaleler

AHMED ŞUAYB: Hukuk-ı İdare, Birinci Kısım, Dersaadet, 1326-1328.

ALDIKAÇTI, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1982.

ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku: Genel Kısım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

ARMAĞAN, Servet: Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1967.

DEĞERLİ, Y.Selim: Anayasa Yargısında Ön-Denetim ve Türk Anayasa Yargısı, Yıldırım Bayezit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2019.

DESEURE, Brecht: “Constitutional Precedence and the Genesis of the Belgian Constitution of 1831”, in Müßig, Ulrike (ed.), Reconsidering Constitutional Formation II- Decisive Constitutional Normativity From Old Liberties to New Precedence, Springer, 2018, s. 211-256.

FEYZİOĞLU, T.: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1951.

GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.

GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.

GÜLSOY, M.T. : Türkiye’de Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994.

İBA, Ş.-KILIÇ, A.: Anayasa Yargısı Dersleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

İBRAHİM HAKKI: Hukuk-ı İdare, C. I, İstanbul, 1312.

KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

KUZU, Burhan: Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985.

M.ZİYAEDDİN: Hukuk-ı Siyasiye ve İdare, İstanbul, 1327.

MUSTAFA ASİM : Hukuk-ı İdare ve Hukuk-ı Esasiye (Hukuk-ı Esasiye-3.Kitab), İstanbul, 1334.

OKANDAN, R.G.: “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 33 (1-2), 1967, s. 3-21.

ONAR, Erdal: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Ankara, 2003.

ÖZKORKUT, N.: “1876 Anayasası’nın Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 53(1), 2004, s. 173-184.

TANİLLİ, Server: Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş, 3. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 1982.

TANÖR, Bülent: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 9. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002.

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

TUNAYA, T.Z.: Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975.

TUNÇ, Hasan: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

US, Hakkı Tarık: Meclis-i Mebusan 1293 (1877) Zabıt Ceridesi, C. I-II, İstanbul, 1939.

- ÜÇOK, Coşkun: “1876 Anayasasının Kaynakları, Özellikle 1851 Prusya Anayasası”, Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı, Haz.: Siyasi İlimler Türk Derneği, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1976, s. 1-25.
- ZİYA GÖKALP: “Yüce Mahkeme”, Küçük Mecmua, 1.Sene, S: 27, 18 Kanunuevvel 1338, s. 12-13.

KOVID-19 OLGUSU ÇERÇEVESİNDE, BİR SALGIN HASTALIĞIN MENŞEİ OLAN DEVLETİN ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKU KURALLARI BAKIMINDAN DURUMU^{doi}

IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMIC, THE SITUATION OF THE STATE THE
ORIGIN OF THE INFECTIOUS DISEASE WITH REGARD TO THE GENERAL RULES
GOVERNING THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES

Esra KATIMAN*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 28/05/2020
Kabul: 13/08/2020

Anahtar Kelimeler

Korona Virüs,
Salgın Hastalıklar,
Uluslararası Hukuk
Sorumluluk
Kuralları,
Çin Halk
Cumhuriyeti,
Birleşmiş Milletler
Örgütü,
Dünya Sağlık
Örgütü.

Article Info

Received: 28/05/2020
Accepted: 13/08/2020

Keywords

Coronavirus,
Epidemics,
International Legal
Responsibility Rules,
People Republic of
China,
United Nations
Organization,
World Health
Organization,

Özet

Dünya çapında eşi benzeri görülmemiş olan bir salgın hastalıkla (Kovid-19) mücadele devam ederken hastalığın uluslararası boyutu, hastalıkla mücadele sırasında devletler tarafından alınan önlemler, hastalık sebebiyle ortaya çıkan büyük insan kayıpları, doğan maddi ve manevi zararlar durumun uluslararası hukukta nasıl ele alınması gerektiğinin sorgulanmasına neden olucudur. Hastalığın çıkış yerinin belirli olması, konunun Dünya Sağlık Örgütü koordinasyonunda ele alınması, devletlerin acil önlemler almaya davet edilmesi ve konu ile ilgili uluslararası anlaşmaların varlığı gibi bir dizi unsur, hastalıkla ilgili önlemler ve salgının idaresi konusunu, uluslararası sorumluluk hukuku alanına sokmaktadır. Uluslararası sorumluluk hukuku kuralları çerçevesinde, Çin Halk Cumhuriyeti'nin salgın hastalığın ortaya çıktığı ülke olarak durumunun incelendiği bu çalışmada, sırasıyla, konu ile ilgili uluslararası sorumluluk hukuku kuralları, mevcut durumun sözkonusu kurallar çerçevesi içinde analizi ve muhtemel uluslararası ihtilaf çözüm yollarının neler olduğu saptanmaya çalışılmıştır. Henüz bu konuda ortaya çıkmış devletlerarası bir hukuki uyuşmazlık bulunmaması sebebiyle, çalışmada, spekülasyon çıkarımlar yapmaktan kaçınmak amacıyla, benzer durumlar için, mutatis mutandis, verilmiş uluslararası yargı kararları ve diğer uluslararası çözüm mekanizmalarının yine benzer durumlardaki kararları çalışmanın merkezine alınmıştır.

Abstract

While fighting an epidemic unprecedented worldwide, the international dimension of the disease (Covid-19), the measures taken by the states during the battle against the disease, the massive human losses caused by the disease, and the material and moral damages arising are causing a questioning on how the situation should be handled in international law. Several factors, such as the determination of the origin of the disease, the issue being tackled under the coordination of the World Health Organization, and the invitation of the states to take urgent measures, carry the issue of the emergence and spread of the epidemic to the area of international responsibility. In this study, examining the situation of the People's Republic of China as a country where the epidemic disease occurs within the framework of international liability law rules, it is tried to determine the international liability law rules related to the subject, the analysis of the current situation within the framework of these rules and the possible ways of international dispute resolution. Due to the lack of a legal dispute that has emerged on this issue yet, in order to avoid making speculative inferences in the study, mutatis mutandis, international judicial decisions, and other international solution mechanisms for similar situations are taken into the center of the study.

I. GİRİŞ

Henüz kesin tedavisi ve aşısı bulunamamış olan Kovid-19 hastalığına yol açan SARS-CoV2 virüsünün¹ dünya ülkelerine hızla yayılma süreci devam ederken virüsün ortaya çıktığı ülke olması sebebiyle, gözler bir yandan, Çin Halk Cumhuriyeti'ne² dönerken bir yandan da Dünya Sağlık Örgütü, dünya çapındaki bu salgın krizinin başlangıç aşamasından itibaren salgının yönetimi ve önlemlerin alınması konularında üstlendiği uluslararası düzenleyici rolü sebebiyle, yakından takip edildi. Bilgi amaçlı seyreden bu yakın takibin gerek Çin'e gerek Dünya Sağlık Örgütü'ne karşı itham edici iddialara dönüşmesi çok uzun sürmedi³.

Salgının geniş yayılım göstermesi, tüm dünya halklarının sağlığını tehdit etmesi, ulusal sağlık sistemlerini eşi benzeri görülmemiş bir defa karşında bırakmış olması sebepleriyle insan kayıplarının⁴ ve maddi zararın⁵ artış hızıyla birlikte gün geçtikçe belirginleşen vahim tablo gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde, devletlerin çeşitli alanlardaki sorumluluklarının kapsamı ve varsa sorumluların tespiti konusundaki tartışmayı da beraberinde getirdi. Ulusal düzeyde sağlık sistemlerinin yetersizliği, ulusal makamların salgın yönetimi öncesi ve sonrasında hazırlıkları, aldıkları kararlar ve uygulamaları, ulusal mercilerin sorumluluğu bağlamında tartışılmaya açıldı. Özellikle sosyo- ekonomik gelişmişlik düzeyi neredeyse aynı olan ülkeler arasında vaka/ölüm oranlarındaki belirgin farklılıklar, bu tartışmaların yerindeliğine destekleyici kanıtlar sundu⁶.

Bu tartışmalar içinde uluslararası düzeyde ilk öne çıkan konu, bir salgın hastalık olan Covid-19 hastalığının ortaya çıkması ve yayılması süreçlerinin genel olarak devletlerin uluslararası hukuksal sorumlulukları kapsamında ele alınıp alınamayacağı sorunu olmuştur.

Şu ana kadar Çin tarafından resmi olarak yadsınmadığına ve farklı bir bilgilendirme de kesin kanıtlarla getirilmediğine göre, virüsün çıkış yeri olarak, şimdilik, Çin Halk Cumhuriyeti'nin Wuhan eyaleti olduğunun kabulü, bu çalışmanın çıkış noktasıdır. Öte yandan, , spekülasyon değerlendirmelerden kaçınılarak soruna genel yaklaşım içinde kaleme alınmış olan işbu makalede kullanılmış olan değerlendirme ölçütlerinin ve bilgi kaynaklarının - hastalık çıkış yer ve koşulları daha sonra değişiklik gösterebilecek olsa dahi- muhtemel böylesi bir değişikliğe uyarlanabileceğinin altını çizmek gerekir. Bu çalışma, sorunun birbirinden farklı, önemli genişliğe sahip boyutlar içermesinden ötürü, uluslararası örgütlerin ve ulusal yetkililerin salgın sebebiyle doğan olası sorumluluk hallerini, zorunluluk nedeniyle vurgu yapılan sınırlı noktalar dışında, inceleme kapsamı dışında bırakmış; konu, sadece, salgın hastalığın menşei olan devlet bakımından uluslararası hukuk düzenlemeleri ve saptanan kuralların muhtemel sonuçları ile sınırlandırılmıştır⁷.

Bir salgın hastalığın ortaya çıktığı ülke için sorunu, ulusal sınırlar dışına taşıyan birincil etken, hastalığın başka ülkelere yayılma riskidir. Sağlık sorunu uzun zamandır uluslararası hukukun ele aldığı konular arasındadır⁸. Sağlık hukukunun uluslararası hukuk boyutu, uluslararası nitelikli belge ve anlaşmalarla birlikte uluslararası ilişkiler alanında devletlerarası iş birliği ve dayanışma başlıklarını açtığı gibi, uluslararası sorumluluk hukuku ve uluslararası insan hakları hukuku alanlarının da içinde yer alır.

¹ Covid-19 hastalığına sebep olan virüs, Dünya Sağlık Örgütü tarafından SARS-CoV2 olarak adlandırılmıştır. Bundan sonra, kısaca, "Korona virüsü" olarak anılacaktır.

² Bundan sonra kısaca, "Çin" veya "Çin Devleti" olarak anılacaktır.

³ 14 Nisan 2020 günü Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Donald Trump Dünya Sağlık Örgütü'nün salgının idaresinde ihmali olduğunu iddia ederek, Örgüt'ün bütçesine ABD'nin yapmış olduğu katkıyı durdurduğunu açıklarken, öte yandan başta ABD olmak üzere çeşitli ülkelerden hukukçular diğer Çin'in uluslararası hukuk sorumluluğunun dava edilebilirliğini tartışmaya başladılar. Bkz. <https://bitterwinter.org/coronavirus-ccp-beware-the-lawyers-are-coming/> <https://warontherocks.com/2020/03/china-is-legally-responsible-for-covid-19-damage-and-claims-could-be-in-the-trillions/>

⁴ <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/>

⁵ Sadece Avrupa Birliği ("AB") ülkeleri içinde, yeni tip Korona virüsüyle mücadeleyle yönelik önlemlerin, 3 trilyon avroya mal olduğu AB Komisyonu başkanı Ursula von der Leyen tarafından 15.04.2020 tarihinde yapılan bir basın açıklamasıyla duyurulmuştur.

⁶ Bkz. Fransa- Almanya karşılaştırması: Ülkelerarası salgın durumu tablosu için, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, <https://corona.cbddo.gov.tr/Home/DeathConfirmedRatio>. Ayrıca Dünya Sağlık Örgütü verileri için, bkz. <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/>

⁷ Yazarın notu: Bu tercih, somut olayda, uluslararası kuruluşların sorumluluğunun bulunmadığı anlamına varan üstü kapalı bir görüşün ifadesi değildir.

⁸ Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nın 12 Temmuz 1946 yılında kabul edilmişinden önce de uluslararası alanda sağlık alanında özellikle uluslararası bibliyografik çalışmalar bulunmaktaydı:

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70939/ICD_10_1957_v1_fre.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Devletlerin uluslararası hukuk kurallarına saygı sorumluluğu, uluslararası hukukun en temel kurallarından biri olup bu yükümlülük birçok temel uluslararası andlaşmada, başta Birleşmiş Milletler Şartı olmak üzere, genel sorumluluk niteliğinde andlaşma hükümlerine temel olmaktadır. Uluslararası hukukta devletlerin salgın hastalık alanında çok çeşitli sorumlulukları mevcuttur. Bu nedenle, bir salgın hastalığın menşei durumundaki ülkenin sorumluluklarının uluslararası hukuktaki yeri ve kapsamı, makalede ilk aşamada ele alınacak konuyu oluşturmaktadır (I). Tespit edilen alanda doğmuş olan sorumlulukların ihlalden kaynaklanan sonuçlar bakımından uluslararası hukukta hangi çözüm yollarının bulunduğu meselesi ise ikinci aşamada ele alınmıştır (II).

II. SALGIN HASTALIĞIN MENŞEİ DURUMUNDAKİ DEVLETİN ULUSLARARASI HUKUK ALANINDA SORUMLULUKLARI

Bir salgın hastalığın sınırlanması özellikleri, hastalığın önlenmesi, salgının yayılmasının durdurulması ve salgınla mücadele konularını uluslararası hukuk alanı içine dahil ederken bir yandan bu konuda yapılan andlaşmalar (A), diğer yandan devletlerin uluslararası sorumluluk hukuku kuralları (B), hastalığın menşei durumundaki devletin yükümlülüklerinin genel çerçevesini çizer.

A. Andlaşmadan Doğan Uluslararası Sorumluluk

Uluslararası sağlık hukukunun başlıca hukuk kaynağı sağlık alanında yapılmış olan uluslararası düzenlemelerdir ki en önemlisini Uluslararası Sağlık Tüzüğü⁹ (2005) oluşturur (1). Tüzük, devletlere sağlık alanında birçok yükümlülük getirirken salgının ortaya çıktığı devlete ise bazı özel yükümlülükler saptamıştır (2).

1. Uluslararası Sağlık Tüzüğü, hukuk kaynağı olarak bir uluslararası sözleşme (*sui generis*)

Devletlerarası örgüt niteliğindeki Birleşmiş Milletler'in özel uzman kuruluşu olarak oluşturulmuş Dünya Sağlık Teşkilatı'nın¹⁰ kuruluş metni olan Anayasası'na¹¹ göre amacı, "bütün milletleri mümkün olan en yüksek sağlık seviyesine ulaştırmaktır". Anayasa'nın giriş bölümünde, bütün milletlerin sağlığı, dünya barışının ve güvenliğinin esas şartı olarak görülmüş ve devletlerarası iş birliği ilkesine birçok paragrafta vurgu yapılmıştır. Akit devletlerin, bütün milletlerin sağlığını düzeltmek ve korumak için aralarında iş birliği yapmayı amaçlamaları sebebiyle Örgüt'ün Anayasası'nda belirtilen ilkeleri kabul ederek Örgüt'ün kurulmasına karar verdikleri ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, milletlerin sağlık alanda devletlerarası iş birliği Dünya Sağlık Örgütü'nün kuruluş sebeplerini özetleyen ana unsurdur.

22 Temmuz 1946 tarihinde örgüte kesin imza ile üye olan ülkelerin sayısı 59 olup, bugün Örgüt'e üye 193 devletin arasında Çin, Almanya, ABD, Fransa ve Türkiye bulunmaktadır¹². Sağlık hukuku alanında uluslararası hukuk kurallarının kaynağını oluşturan kuralları koyan Dünya Sağlık Örgütü, başta Anayasası olmak üzere, çeşitli uluslararası belgeler aracılığıyla üye devletlere dönük sağlık alanında çeşitli düzenlemeler öngörmüştür. Örgütün organlarından biri olan ve üye devlet temsilcilerinden oluşan Dünya Sağlık Meclisi, Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nın 19. maddesine göre üçte iki çoğunlukla uluslararası andlaşma ve anlaşma kabulüne yetkilidir. Dünya Sağlık Meclisi'nin bu özel yetkiye dayalı olarak kabul ettiği andlaşmalar ("*Traité*", "*Treaty*") ve anlaşmalar ("*Accord*" veya "*Agreement*") her üye devlet için, bu devletin kendi anayasa hükümlerine göre kabul edilmesinden sonra yürürlüğe girmektedir. 21. maddeye göre ise, Dünya Sağlık Meclisi sınırlı sayıda belirtilmiş konularda Tüzük ("*Reglement*") kabul etmeye yetkili kılınmıştır. 22.madde ile Meclis tarafından 21. madde çerçevesinde kabul edilen tüzüklerin üye devletlere usulüne uygun tebliğ edilmesi sonrası, bütün üye devletler için yürürlük kabul edileceği hükme bağlanmıştır. İstisnası, tebliğde belirtilen süre içinde devletlerin,

⁹ Bundan sonra, "Tüzük" veya kısaca "UST" olarak anılacaktır.

¹⁰ Bundan sonra "Dünya Sağlık Örgütü" veya kısaca "Örgüt" olarak anılacaktır.

¹¹ Dünya Sağlık Teşkilatı Anayasası (United Nations, *Treaty Series*, Vol. 14, s.185), New York'ta 19.06-22.07.1946 tarihleri arasında düzenlenen Dünya Sağlık Konferansı'nda, 61 devlet tarafından imzalanarak 22 Temmuz 1946 yılında kabul edilmiştir (*Off. Rec. Wld. Hlth. Org.* 2, 100). Bugün itibarıyla 193 devletin üye olduğu Dünya Sağlık Teşkilatı Anayasası'nın uluslararası hukuk alanında yürürlük tarihi, 7 Nisan 1948'dir. Türkiye bakımından, usulüne göre yürürlüğe konulması işlemleri (onaylama ve yayımlama) tamamlandıktan sonra 2 Ocak 1948 tarihinden itibaren bağlayıcılık kazanmıştır.

¹² BM, *Recueil des Traités*, Vol. 14, s.185.

Genel Direktör'e ret beyanlarını veya çekincelerini sunmaları durumudur.

Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ilk kabul edildiği 1951 yılından itibaren çeşitli değişikliklere uğramış bir uluslararası metindir¹³. Tüzük'ün en son 2005 yılında gözden geçirilmiş hali, "Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005)" adıyla, uluslararası hukukta 15 Haziran 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁴. UST, DSÖ bünyesinde, devletlerin kabul ve imzasına sunulmaksızın DSÖ Sağlık Meclisi'nde DSÖ Anayasası'nın 21 ve 22 maddeleri tarafından verilen yetkiye dayalı olarak kabul edilmiş bir uluslararası belge niteliğindedir. DSÖ Anayasası'nı imzalayıp onaylayan devletler, bu hükümlere dayalı çıkartılan tüzükleri verilen süre içinde ret veya ihtirazi kayıt koymamaları halinde kabul etmiş sayılacaklarından bu Tüzük, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre her ne adla anılırsa anılsın devletlerarası yapılmış ve uluslararası hukuk kurallarına tabi kılınmış ve devletlerin DSÖ Anayasası'na üyeliği ile, imza şartı önceden gerçekleşmiş sayılan *suus generis* bir uluslararası andlaşmadır¹⁵. Hukuki niteliği her ne kadar doktrinde tartışmalı olsa da¹⁶, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ("VAHS") kuralları ve uluslararası örf adet hukuku kuralları, bağlayıcılığı olan ve uluslararası hukukta hüküm doğuran bu belgenin yorum ve uygulanması konularında asli hukuk kaynaklarını oluşturmaktadır.

Tüzük, diğer birçok uluslararası andlaşma gibi kabul ve onay şartı aramadığından, Türkiye gibi düalist devletlerde gördüğümüz, iç hukukta geçerliliği için onanması ve yürürlüğe konulması şartlarının yerine getirilmesi beklenmeksizin, verilen süre içinde ret veya ihtirazi kayıt koymayan devletler bakımından uluslararası hukuk alanında yürürlüğe girmekte, bu devletler bakımından bağlayıcı olmaktadır. Bu nedenle, her ne kadar gözden geçirilmiş metin olan UST (2005), örneğin Türkiye'de, anayasal hükümler gereği bir onaylamanın uygun bulunması kanunu ile yürürlüğe girmiş olmasa da Dünya Sağlık Örgütü Anayasası ile bağlı olan Türkiye açısından Tüzük, uluslararası hukuk bakımından yürürlüktedir. Bu sonuç, Dünya Sağlık Örgütü'ne Taraf Devletler bakımından yükümlülük doğurur nitelikte olduğundan, tüm dualist ülkeler için geçerlidir. UST'ye, verilen süre içinde ret veya ihtirazi kayıt koymayan, diğer yandan, DSÖ Anayasası'nı imzalayıp onaylayan devletler Taraf Devlet statüsünde olduklarından Çin, ABD, Fransa gibi birçok ülke, adı "Tüzük" olan bu uluslararası andlaşmaya da taraf sayılmaktadır.

2. Salgının başlangıç yeri olan devletin asli sorumlulukları (değerlendirme, bildirim, denetleme ve iş birliği yükümlülükleri)

Salgın hastalığın başladığı bir devletin uluslararası hukuk alanındaki sorumlulukları öncelikle sağlık alanındaki özel nitelikli andlaşmalardan ve genel olarak devletlerin sorumluluğu kurallarından doğar.

UST'ye göre bildirim yükümlülüğü, madde 6'da ifadesini bulan¹⁷ üye devletler için bir özel yükümlülük halidir. Bu madde, her Taraf Devlete, Tüzük'ün eklerinde yer alan bir rapor tablosu aracılığıyla¹⁸ kendi ülkesi dahilinde meydana gelen olayları değerlendirme ve uluslararası önemi haiz, halk sağlığı acil durumuna yol açabilecek tüm olayları ve aynı zamanda bu olaylara ilişkin uygulanan herhangi bir sağlık önlemini 24 saat içinde, mümkün olan en etkin haberleşme araçları ile DSÖ'ye bildirme yükümlülüğü getirmektedir.

¹³ Dünya Sağlık Meclisi, 4. (1951). Uluslararası Sağlık Tüzüğü Kabulü (Dünya Sağlık Örgütü 2 numaralı Tüzüğü), *Actes off OMS*, 37, 335. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/92215>,

Tüzük sırasıyla 1955,1956,1960,1963,1965 yıllarında değişikliklere uğrayarak 1969 versiyonu üzerinden 2005 yılındaki haline kavuşmuştur. Türkiye bakımından 1969 versiyonu hakkında bkz. R.G: 25/4/1973, No: 14517, Cildi: 12, S.170. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.75578.pdf>

¹⁴ Özgün metin için, bkz. Règlement sanitaire international (2005) (avec annexes). Genève, 23 mai 2005 Entrée en vigueur : 15 juin 2007, conformément à l'article 59. Organisation mondiale de la santé, 31 mars 2008, Treaty Series UN, 2008, Volume 2509, I-44861, p 79.

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202509/v2509.pdf>

Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün (2005) türkçe çevirisi:

https://www.hssgm.gov.tr/content/documents/uluslararasi_antlasmalar/

¹⁵ VIGNES Claude-Henri: "Le règlement sanitaire international", *Annuaire français de droit international*, volume 11, 1965. pp. 649-667. <https://doi.org/10.3406/afdi.1965.1838>

www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1965_num_11_1_1838

¹⁶ SAMANCI, Uğur: "Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ve Hukuki Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, S:2, 2014 (Basım yılı: Şubat 2016), ss 113-169.

¹⁷ Bkz. UST (2005), Madde 6.

¹⁸ Bkz. Makale eki.

Taraf Devletin bildirim yükümlülüğü, uluslararası önemi haiz halk sağlığı acil durumuna yol açabilecek olaylar ve DSÖ'ye yüklenen görev ve sorumluluklar ile bağlantılıdır. Devletin bildirim yükümlülüğünden önce gelen bir diğer sorumluluğu ise uluslararası önemi haiz halk sağlığı acil durumuna yol açabilecek olayları değerlendirmesi gerekliliğidir. Devletlerin bu değerlendirmeyi yapmasını sağlayacak bir rapor tablosu UST'nin ekinde verilmiştir.

Devletlerin bildirim yükümlülüğünün en önemli sebebi DSÖ'nün, halk sağlığı acil durum tespiti (HSADT) ve bu durumun ilanındaki görevidir¹⁹. “Hastalığın uluslararası yayılma riski olması sebebiyle başka devletlerde halk sağlığı için risk oluşturan²⁰ ve bu nedenle uluslararası eşgüdümlü bir hareket gerektiren olağanüstü bir durum²¹” olarak tanımlanan “uluslararası ölçekli kamu sağlığı acil durumu” tespiti²² için devlet bildirimlerinin önemi çok açık bir durumdur. Bildirim sorumluluğundaki herhangi bir zaafiyet DSÖ'nün de görev ve sorumluluklarını, özellikle, madde 12 ile yetkilendirilmiş olduğu uluslararası kapsamda halk sağlığı acil durumu değerlendirme, saptama ve tavsiyeler verme konusundaki görevini²³ doğrudan etkileyen bir durum olacağından salgın hastalığın ortaya çıktığı devletin bildirim sorumluluğu birincil öneme sahiptir.

Bildirim yükümlülüğünün hangi anda başladığının tespitinde Tüzüğün ekinde yer alan karar alma aracı niteliğindeki algoritma belirleyici olacaktır. Tüzüğe Ek 2 belgesi²⁴, algoritma tablo içinde listeleme suretiyle, bir devletin, hangi salgın hastalık ve vaka durumları sözkonusu olduğunda durumu DSÖ'ye durumu bildirmesi gerektiğine dair açıklamalar içermektedir. Bu tespit aracının, salgın hastalık risklerinin değerlendirilmesi ve bildirim yükümlülüğünün doğması konusunda devletlere yol gösteren klavuz niteliğinde bir araç olmaktan çok, bildirim yükümlülüğünün esas şartlarının ve kapsamının tespitini sağlayan ve madde 6/1 düzenlemesi gereği, hastalığın ortaya çıktığı devlet tarafından kullanılması zorunlu bir belge niteliğinde olduğu görülmektedir.

Hastalığın görüldüğü devletin bildirim yükümlülüğünün kapsamı bu ilk bildirimden ibaret değildir. İkinci fıkraya göre, bir Taraf Devlet, bildirimde bulunulan olayla ilgili olarak elde edilen halk sağlığı bilgilerini bundan sonraki süreçte de zamanında, doğru ve yeterince ayrıntılı biçimde DSÖ'ye iletmeyi sürdürmelidir. Bu bilgilere, mümkün olduğu hallerde, vaka tanımları, laboratuvar sonuçları, riskin kaynağı ve tipi, vaka ve ölümlerin sayısı, hastalığın yayılmasını etkileyen koşullar ve uygulanan sağlık önlemleri gibi bir dizi veri dahildir.

Tüzükte, Taraf Devletlere, bağlayıcı sorumluluk yaratan başka hükümler de bulunmaktadır. Burada, özellikle genel sorumlulukların düzenlendiği madde 19/c anımlalıdır. Salgın hastalığın belirlediği devlete, hastalığın uluslararası yayılımı riskini taşıyan giriş noktalarındaki enfeksiyon ve yayılım kaynakları hakkında, yerinde ve uygun bilgileri, mümkün olduğu ölçüde DSÖ'ye bildirme yükümlülüğü getiren bu madde, bildirim yükümlülüğünün bir parçasıdır.

Madde 6'yı tamamlayıcı nitelikte olan 7. maddeye göre ise bir Taraf Devlet, kendi ülkesinde, kökeni veya kaynağı ne olursa olsun uluslararası önemi haiz halk sağlığı acil durumu oluşturabilecek nitelikte beklenmedik veya alışılmadık bir halk sağlığı olayına dair kanıtı sahip ise, DSÖ'ye, konuyla ilgili tüm halk sağlığı bilgilerini temin edecektir. Bu bilgilendirmenin 6. madde hükümleri tam olarak uygulanarak yapılacağı hususu da ayrıca madde metninde geçmektedir. Bu durumda üye devletin, Tüzüğe ek olan karar aracını bu halde de kullanmasını ve bildirim için yine 24 saatlik süreye riayet etmesi gerektiğini anlıyoruz. Tüzük'ün 19. maddesi ayrıca üye devletlere genel sorumluluk yükleyen bir madde olarak, kamu sağlığına dönük bir potansiyel tehlikeyle mücadele edebilmek için, DSÖ'nün istemesi üzerine enfeksiyon ve bulaşıcılık kaynakları konusunda uygun verileri sağlamakla yükümlü tutulmuştur.

¹⁹ UST madde 12 düzenlemesiyle, DSÖ için öngörülen en önemli yetkilerden birinin, uluslararası öneme sahip kamu sağlığı acil durumunun varlığının saptanması olduğu görülmektedir.

²⁰ UST tanımlar maddesine göre, UST anlamında kamu sağlığı konusunda risk, halk sağlığına zarar veren, özellikle doğrudan ve ağır tehlike oluşturan veya uluslararası yayılım gösteren bir durum ihtimali olarak tanımlanmaktadır.

²¹ Bkz. UST (2005), madde 1-Tanımlar.

²² Bu tanım ağır, ani, alışık olunmayan, beklenmedik şekilde ortaya çıkan salgın hastalığın ortaya çıktığı devletin ulusal sınırlarını aşarak kamu sağlığı üzerinde önemli sonuçlar doğuran ve derhal bir uluslararası bir hareket ve çalışma gerektiren duruma işaret etmektedir: <https://www.who.int/features/qa/39/ft/>

²³ UST, madde 1, 15, 17, 49.

²⁴ Bkz. Makale eki.

B. Bildirim ve Sağlık Önlemleri Alma Yükümlülükleri Çerçevesinde Covid 19 Olgusu

Yukardaki hükümler ışığında, Covid-19 salgın hastalığının menşei ülkesi durumunda gözükken ve Tüzüğe Taraf Devlet statüsünde olan Çin, UST madde 6'ya göre, DSÖ'ye bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Çin Devleti'nin, DSÖ'nün Çin'de bulunan bürosunu, 31 Aralık 2010 tarihinde bilgilendirdiği anlaşılmaktadır. Çin Devleti bir bildirim yapmış olduğuna göre, bu bildirim Tüzük'ün belirlediği şartlar içinde gerçekleşip gerçekleşmediği, UST'nin bildirim yükümlülüğüne Çin'in uygun şekilde davranıp davranmadığı sorusuyla, özellikle madde 6'da belirtilen süreye uygun bir bildirimde bulunup bulunmadığıyla doğrudan ilgilidir. Uygun bildirim, süresi içinde yapılacak bildirimdir ve bu süre, madde hükmünde "24 saat" olarak belirlenmiştir.

Bildirim yükümlülüğünde uyulması gereken süre konusu açık olmakla birlikte, sürenin başlangıç noktası konusunda madde metni çok açık hükümler ifade etmemektedir. Sürenin ne zaman başlaması gerektiği konusunu, maddenin araç olarak kullanımını zorunlu tuttuğu Ek 2 no'lu algoritma belirleyecektir. Bu noktada iki önemli hususun altını çizmek gerekir. Birçok rapor ilk vakianın Çin'in Wuahn eyaletinde Çin tarafından resmi olarak açıklanan tarihten önce ortaya çıktığına işaret etmesine rağmen, birçok bilimsel yayın ilk vürüse yakalanan vakianın tam olarak tespitinin mümkün olmadığını belirtmektedir. DSÖ resmî açıklamalarına göre olayların akışı şu şekilde gerçekleşmiştir:

31 Aralık 2019, Wuhan Belediye Sağlık Komisyonu Hubei bölgesinde (Çin) ilk kez bir grup pnömoni vakası saptamış²⁵ ve bu anda, DSÖ'nün Çin Bürosu bilgilendirilmiştir²⁶. Ulusal yetkililer yeni tip bir corono virüs belirlemişler ve 7 Ocak 2020 tarihinde virüsü izole etmişlerdir.

1 Ocak 2020, virüsün ortaya çıktığı yer olduğu düşünülen Wuhan balık pazarı kapatılmıştır.

Aynı gün DSÖ, hastalığın yükselişi ile mücadele edebilmek için Örgüt'ü acil duruma getirmiş ve olayın yönetimi için; merkezde, bölgesel bürolarda ve ülke bürosunda olmak üzere üç aşamalı bir destek ekibi oluşturmuştur.

4 Ocak'ta DSÖ, sosyal medya aracılığıyla, Hubei bölgesinde bulunan Wuhan'da, bir grup pnömoni vakasının varlığını duyurmuştur.

5 Ocak 2020, DSÖ yeni virüse ayırdığı bir bültenle salgının ulusal boyutta yükselişini bildirmiş; bilim insanlarına, sağlık personeline aynı zamanda tüm dünya kuruluşlarına dönük teknik bilgilerin yer aldığı bu bültende, risklerin değerlendirilmesi ve tavsiyelerle birlikte, Çin Devleti'nin DSÖ'ye hastaların durumu ve kamu sağlığı alanında alınan önlemlere dair verdiği bilgiler ele alınmıştır.

10 Ocak 2020, DSÖ hastalığın bulaşma riskleri ve alınacak önlemlerle ilgili teknik bilgileri içeren yayın yapmıştır.

11 Ocak 2020, Çin daha sonra COVID-19 olarak adlandırılacak hastalığın virüsünün genetik bilgilerini açıklamıştır.

11 ve 12 Ocak 2020, Çinli ulusal yetkililer tarafından DSÖ'ye verilen bilgilere göre, yeni korono virüs, ilk aşamada 41 vakianın saptandığı Wuhan'da ortaya çıkmıştır. Bildirilen 41 vakadan 7'si ağır olup 1 ölüm gerçekleşmiştir. Hastalığın semptomlarının 8 Aralık 2019 ile 2 Ocak 2020 arasında belirdiği belirtilmektedir.

14 Ocak 2020 tarihinde DSÖ teknik görevlisi, (41 tanı konmuş vaka içinde) virüsün insandan insana bulaşma ihtimalinin bulunduğunu ve büyük çapta bir ulusal salgın olduğunu basın açıklamasıyla bildirmiştir.

30 Ocak 2020 günü DSÖ, kamu sağlığı acil durumu ilanında bulunmuştur. Bu tarihte, Çin'de 7818 vaka ve diğer 18 ülkede 82 vaka tespit edilmiştir

11 Mart 2020 tarihinde ise DSÖ, Covid-19 hastalığının uluslararası salgın olarak nitelendirilebileceğini bildirmiştir.

Bu tarihsel sıralama, bildirim yükümlülüğü çerçevesinde Çin'in durumunu tahlile elverişli değildir. İlk bakışta, Çinli yetkililerin, ortaya çıkan vakaları DSÖ'ye bildirdiği anlaşılmakla

²⁵ <https://www.who.int/fr/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

²⁶ <https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/fr/>

birlikte, bu bildirim EK 2 nolu karar aracına uygun olarak yapıp yapılmadığı anlaşılabilir. Karar aracına göre örneğin, bir akut solunum yolu enfeksiyonu olarak açıklanan SARS, doğrudan doğruya alışılmadık/beklenmedik bir durum olarak değerlendirildiğinden, bu hastalığın kamu sağlığına ciddi etkisi olduğu peşinen kabul edilmiştir. Diğer iki gruptan farklı olarak hastalığın yayılma riski, halk sağlığına etkisinin ciddiliği soruları SARS için ayrıca bir değerlendirme gerektirmemektedir. Ek belgede yer alan karar aracı, SARS için, tek bir vakanın ortaya çıkmasını derhal bildirim için yeterli görmekte ve başka bir değerlendirme ölçütüne başvurmayı ve bu ölçütü ilgili ayrı bir değerlendirme yapmayı gerekli kılmamaktadır. Dolayısıyla, akut solunum yolu enfeksiyonu olan bir vakanın görülmesiyle birlikte, DSÖ'nün doğrudan doğruya 24 saat içinde bilgilendirilmesi gereklidir. Bu şart, Çin'in bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranmış olabileceği sorusunu akla getirmektedir. Görülen vakaların akut solunum yolu (SARS) hastalığına çok benzer olduğu düşünüldüğünde Çinli yetkililerden, daha ilk vakanın saptanmasıyla birlikte hastalığın SARS olduğu düşüncesiyle durumu 24 saat içinde DSÖ'ye bildirmiş olmaları beklenirdi. Çinli yetkililerin, hastalığın taşıdığı muhtemel salgın riski değerlendirmelerinden daha çok, hastalığın tam olarak ne olduğu sorusuyla meşgul oldukları ihtimal dahilinde gözükmektedir. DSÖ tarafından verilen tarihsel sıralamada, Çinli yetkililerin vaka bulgularıyla tam olarak hangi tarihte, hangi hastanede ilk kez karşılaştığı anlaşılabilir. 31 Aralık 2020 tarihi, bir grup pnömoni vakasının tespit edildiği tarih olarak verilmekle birlikte, ilk vakanın bu grup içinde olup olmadığı ve ilk vaka tarihi belirtilmemiştir. 41 vakanın aynı gün aynı saatte tespit edilmesi tabiki bir ihtimaldir, ancak tarihsel sıralamadaki yetersiz açıklamalar, bu konuda boşluk bulunduğu izlenimi vermektedir. Diğer yandan, dış basında yer alan kimi kaynaklara göre, DSÖ'yü ilk bilgilendiren ve Çin'den Tayvan tarafından açıklama istenmesine sebep olan kişi, hastalığın Çin'de varlığını 30 Aralık günü tespit eden Lua Yijun adlı Tayvanlı bir doktordur²⁷.

Ayrıca DSÖ, tarihsel olay sıralamasını yayınladığına göre, madde 11'de yer alan gizlilik koşulu ilk bakışta kaldırılmış gözükmektedir. DSÖ'nün bir Taraf Devlet tarafından yapılan bildirim veya danışma yoluyla ya da başka kaynaklardan elde ettiği bilgileri, diğer devletlerin genel erişimine açma yetkisi -ilgili devletin rıza gösterme durumu hariç- üç durum ile sınırlandırılmıştır: durumun halk sağlığı acil durumu oluşturması, hastalığın uluslararası düzeyde yayılımının epidemiyolojik ilkeler uyarınca DSÖ tarafından teyit edilmesi veya önlemlerin yetersizliği (salgının özellikleri/doğası sebebiyle)²⁸. Dolayısıyla DSÖ bilgi akışını belli bir süre ve belli bir aşamada, gizlilik temelinde sürdürme zorunluluğu altındadır. Ancak DSÖ, bu kronolojiyi yayınladığına göre, Çin Devleti'nin açıklanan noktalarda bilgi paylaşımına izin verdiği sonucu çıkmaktadır; zira DSÖ'nün Ocak ayının ilk iki haftası yaptığı açıklamalar sırasında, gizliliğin istisnası olan durumların hiç biri henüz mevcut değildir: DSÖ henüz halk sağlığı acil durumunu tespit etmemiş; hastalığın pandemi olduğu henüz DSÖ tarafından teyit edilmemiş; önlemlerin yetersizliği (salgının özellikleri/doğası sebebiyle) ya da devletin almış olduğu önlemler konusunda yetersizliğine herhangi bir vurgu yapılmamıştır. Dolayısıyla ifşa edilen bilgiler, Çin Devleti'nin izni ile yapılmış gözükmektedir. Buna karşın, madde 11 çerçevesinde, en azından, durumun halk sağlığı acil durumu oluşturduğunun saptanma anına ya da DSÖ tarafından Covid 19 pandemisi olarak (uluslararası salgın) ilanına kadar gizlilik kaydı altında korunan bilgilerin var olduğu ve bu bilgilerin gizliliğinin korunduğu da muhtemeldir. Eğer varsa, olayların tüm boyutlarıyla değerlendirilmesine engel olan bu durumun, istisna sebepleri artık oluştuğuna göre gecikmeden ortadan kaldırılması ve bilgilerin tam olarak kamuya açık hale getirilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan, Bilgi Hükümleri başlıklı 11. madde, DSÖ'ye hastalığın kaynağı olan devletten başka, diğer üye devletlerle ve hükümetlerarası kuruluşlarla bilgi paylaşımında bulunma sorumluluğu yükleyen bir hükümdür. Bu hüküm, maddenin 2. paragrafında düzenlenen gizlilik koşulu şartlarına bağlı olmak kaydıyla, Örgüt'e, 6. ve 7. maddeler çerçevesinde elde etmiş olduğu bilgileri, Taraf Devletlerin bir halk sağlığı riskine yanıt vermelerini sağlamak için mümkün olan en kısa sürede ve mevcut en etkin yollarla, tüm Taraf Devletlerle ve ilgili hükümetlerarası

²⁷ Le Monde, 27 Nisan 2020: "Les liaisons dangereuses entre l'OMS et la Chine ont marqué la crise du coronavirus" başlıklı haber, https://www.lemonde.fr/international/article/2020/04/27/les-liaisons-dangereuses-entre-l-oms-et-la-chine-ont-marque-la-crise-du-coronavirus_6037929_3210.html

²⁸ Bkz. UST madde 11/2.

örgütlerle paylaşma sorumluluğu yüklemektedir.

Uluslararası örgütlerin sorumluluğu konusu, bu çalışmanın kapsamına girmediğinden, bu incelemede, DSÖ'nün salgının büyük çaplı uluslararası salgın haline gelmesini önleyici tedbirleri UST'ye uygun şekilde alıp almadığı sorusunun ucu açık bir soru olarak bırakıldığına altı çizilmesi gereklidir. DSÖ'ye karşı, salgının ulusal boyutunu tespit etme ve önleyici tedbirleri duyurmada gecikme gösterdiği; salgının uluslararası bir salgına dönüşmesini engelleme, özellikle sınır kontrol noktalarında önlemler alma ve uluslararası toplumu uyarmaya dönük daha belirgin, açık ve etkin uyarılar yapmadığı yönünde eleştiriler yoğunudur. DSÖ'nün 4 Ocak 2020 tarihinde sosyal medya yolu ile yaptığı açıklamaların, en kısa sürede yapılıp yapılmadığının ve mevcut en etkin yol olup olmadığının, uluslararası örgütün sorumluluğu alanında tartışılmaya açık noktalardan birini oluşturabileceğinin altını çizmek önemlidir. Aynı şekilde, DSÖ'nün 12. madde çerçevesindeki uluslararası önemi haiz halk sağlığı acil durumunun tespit edilmesi²⁹ konusundaki sorumlulukları da uluslararası örgütlerin sorumluluğu alanında değerlendirilmeye açık noktalarından birini oluşturmaktadır.

Avustralya Başbakanı Scott Morrison'un mevkidaşlarıyla yaptığı görüşmelerin ardından, DSÖ ve Çin hakkında uluslararası bir soruşturma başlatılması girişimi, uluslararası toplumda şimdilik, soruşturmanın DSÖ'ye aleyhine değil, DSÖ örgütü bünyesinde yürütülmesi iradesinin belirlemesine yol açmıştır. Her ne kadar salgın hastalığın kaynağı ve Çin Devleti'nin muhtemel ihmali tutumları üzerinde yoğunlaşması görüşleri dile getirilse de Çinli üst düzey bir yetkili, Çin'in böyle bir uluslararası soruşturmaya izni vermeyeceğini peşinen bildirmişti³⁰.

Salgın hastalığın menşei olan ülke bakımından, önleme ve denetleme sorumluluğu olarak adlandırılabilir bir diğer yükümlülük, ilgili devlet tarafından alınması gereken tedbirlere ilişkindir. Konuya UST hükümlerinde geniş yer verilmektedir. Örneğin sınır giriş noktalarında alınması gereken önlemler, Tüzük'te önemli bir yer kaplamaktadır. Her ne kadar Çin Devleti'nin, salgın hastalığın ülke çapında yayılması konusunda çok ciddi, hatta oldukça sert tedbirler aldığı izlenimi mevcut olsa da salgının uluslararası salgına dönüşme riskini önleyici tedbirleri gerekli ve yeterli ölçüde alıp almadığı³¹ sorusu üzerinde tartışılacak konulardan birini teşkil etmektedir. Örneğin, Çin, salgın sırasında, uluslararası uçuşlara 26 Mart 2020 tarihine kadar bir sınırlama getirmemiştir. Fakat bu uygulama dahi tüzüğün amacını belirten 2. maddesine göre değerlendirilmelidir: hastalıkların uluslararası yayılmasını önlemek, bu hastalıklara karşı korunmak, yayılmalarını kontrol etmek ve halk sağlığı için gerekli yanıtlar verilirken gözetilen hedeflerden biri uluslararası trafik ve ticarete gereksiz müdahaleden kaçınmak ve halk sağlığı açısından ortaya çıkacak risk ile orantılı ve sınırlı olarak önlem almak.

Bir diğer önemli yükümlülük ise genel bir yükümlülük başlığı altında UST'nin 3. Maddesinde, tüm üye devletlere yüklenmiş bir sorumluluktur. Madde 3, UST'nin uygulanmasının, insan onuruna, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı içinde yapılmasını hükme bağlamıştır³². İlkeler başlıklı olan bu maddeye göre, gerek örgüt gerek üye devletler bakımından, Tüzük'ün yorum ve uygulamasında insan hakları kuralları daima gözönünde bulundurulması gerekli normlardır. Tüzük'e ait diğer maddelerde olduğu gibi bu hüküm de belgenin amaç ve hedefleri ışığında yorumlanacaktır³³. Genel nitelikli bir sorumluluk kuralı olan bu hüküm, Tüzük tarafından, özellikle salgın hastalık koşullarından faydalanılarak bir devlette kişi haklarını yok sayan otoriter bir yönetim oluşturma çabalarına izin verilmeyeceği anlamını taşır. Dolayısıyla alınacak tüm tedbir ve uygulamaların, hastalığın yayılma riski ve sonuçları ile bağlantılı ve ölçülü olması gerekmektedir. İçinde bulunduğumuz günlerde gerek Afrika Birliği'nden gerek ABD'den, Çin'e, Afrika kökenlilere karşı ırk temelinde ayrımcılık vakaları saptandığı iddiaları öne sürülmüş olsa da bildirilen olguların gerçekliği Çin tarafından

²⁹ Bkz. UST Madde 12.

³⁰ BBC yayın kuruluşunun 25.04.2020 tarihli "Coronavirus : La Chine rejette l'appel à une enquête sur les origines de la maladie" başlıklı haberi, <https://www.bbc.com/afrique/monde-52424747>

³¹ Bkz. https://www.liberation.fr/direct/element/vols-internationaux-pas-plus-dun-vol-hebdomadaire-depuis-la-chine-vers-un-pays-tiers_111313/.

³² Bir diğer hüküm de kişisel veriler hakkında gizlilik ilkesi ilkesidir (bkz. UST madde 45)

³³ UST (2005) Madde 3, paragraf 4. "Devletler, Birleşmiş Milletler Şartı ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak, kendi sağlık politikaları doğrultusunda yasa koyma ve bu yasaları uygulama egemenliğine sahiptirler. Bunu yaparken, UST'nin amaçlarını göz önünde bulundurmalıdırlar".

reddedilmiştir.

Uluslararası Sağlık Tüzük'üne (2005) Taraf Devletlerce, DSÖ'nün bağlayıcı olmayan³⁴ geçici veya daimî tavsiyeleri kapsamında alınacak önlemlerden başka, ulusal düzeyde, tavsiye kararlarıyla eşdeğerde veya daha yüksek seviyede bir sağlık korumasını sağlayan önlemler alabilme imkânı da verilmiştir. Ancak bu önlemlerin de Tüzük ile uyumlu olması ve Tüzük tarafından yasaklanmış konularda olmaması gerektiğinden³⁵, hastalığın belirdiği devlet tarafından alınan bu önlemlerin Tüzüğe uyumunun da ayrıca denetlenebilir olabileceği düşünülmelidir. Aynı sonucun tavsiye kararları çerçevesinde alınan önlemler için de geçerli olduğu söylenebilir.

Son olarak her Taraf Devlet gibi, Çin Devletinden de, Tüzük kapsamındaki olayların tespit edilmesi, değerlendirilmesi ve bunlara yanıt verilmesi konusunda, diğer Taraf Devletlerle mümkün olduğu ölçüde iş birliği girişimde bulunması beklenmektedir³⁶. Gelişen olaylar ışığında, herhangi bir Taraf Devletçe ya da DSÖ tarafından Çin'e doğrudan doğruya iş birliği yükümlülüğü konusunda bir eleştiri yöneltmediği, bugün için, eleştirilerin daha ziyade hastalığa dair bilgilerin saklanması ve geç açıklanması konularında ve dış politika ağırlıklı suçlamalar şeklinde olduğu görülmektedir³⁷.

III. SALGIN HASTALIĞIN MENŞEİ DURUMUNDAKİ DEVLETİN ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRILIKLARINDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Devletlerin sorumluluğu alanında birincil kurallar ("*primary rules*"), uluslararası hukuka aykırılık sebebiyle devletin uluslararası hukuk sorumluluğuna yol açmış ihlalin ana kaynağını oluşturan kurallardır. Bu nedenle, salgın hastalığın çıkış yeri olan devletin hangi türden birincil kurallarla bağlı olduğunun tespitini yapmak ve hukuka aykırı fiilin varlığını ve onun hukukî sonuçlarını belirleyen ikincil kurallar ("*secondary rules*") çerçevesinde dava edilebilirliğinin değerlendirilmesi bu bölümün konularını oluşturmaktadır.

Gerek UST (2005) hükümleri gerek uluslararası sorumluluk hukuku kuralları salgın hastalığın çıkış yeri olan devletin sorumluluklarının uluslararası hukukta bir uyuşmazlık olarak ele alınabileceğini göstermektedir (A). Özellikle, belirtmek gerekir ki, UST (2005)'in yükümlülükler bakımından hükümleri, ilgili Devlet bakımından, ne kadar açık ve kesinliğe sahipse, uluslararası sorumluluk hukuku kuralları bakımından uyuşmazlık ve yükümlülükler o ölçüde belirgin hale gelmektedir. Ancak Covid-19 olgusu için, muhtemel bir ihlalin varlığının tespiti ve hukuki sonuçlarının neler olabileceği konusu bugün için çok belirsizdir (B).

A. Salgın Hastalığın Menşei Durumunda Olan Devletin Uluslararası Hukuk Sorumluluk Kuralları Çerçevesindeki Durumu

Bu bölümde, Covid-19 salgın hastalığının yayılma süreci içinde salgının kaynağı olan Çin Devletinin uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği ve olası sorumluluğunun hangi şartlar altında ileri sürülebileceği değerlendirmeleri, sözü geçen kurallar ışığında ve uluslararası içtihat doğrultusunda değerlendirilmiştir³⁸.

Uluslararası Hukuka Aykırı Fiiller için Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler³⁹ metni⁴⁰ devletlerin uluslararası hukuka aykırılıklarından doğan sorumluluklarını

³⁴ "Daimî tavsiye" ve "geçici tavsiye" kavramları için bkz. UST (2005).

³⁵ Bkz. UST'nün 43. Maddesi.

³⁶ Bkz. UST'nin 44. Maddesi.

³⁷ Bkz. konu ile ilgili iddialar; dip not.30.

³⁸ DSÖ'nün muhtemel sorumluluğu makale konusu dışında kalmakla birlikte, DSÖ'nün sorumluluğunun değerlendirmesi konusunun, "Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu konusunda Taslak maddeler" (*Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales*, A/66/10 (2011) metnine göre değerlendirileceği açıktır (Annuaire de la Commission du droit international, 2011, II(2), Cinquième Partie, Responsabilité d'un État à raison du comportement d'une organisation).

³⁹ "Uluslararası Hukuka Aykırı Fiiller için Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Tasarısı". Özgün adı, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, A/56/10 (2001); bkz. *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001. Annuaire de la Commission du droit international, 2001, II(2), s.165.

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf (Erişim tarihi: 10.05.2020).

⁴⁰ İşbu makalede, ilgili başlık için, devletlerin haksız fiilden veya hukuka aykırı fiilden kaynaklanan sorumluluğu şeklinde çevrilmiş ifadelerle rastlanılmakla birlikte, haksız veya hukuka aykırı fiil daha çok eylem çağrıştıran bir adlandırma olması; kavramın farklı özelliklere sahip olmasına rağmen iç hukukta yer alan "Haksız Fiil" kavramı ile karıştırılabilme ihtimali dikkate alınarak özgün metinde yer alan "*fait internationalelement illicite*" ifadesi için,

düzenleyen kurallar bütünüdür⁴¹. “Uluslararası Hukuka Aykırı Fiiller için Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Tasarısı⁴² Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından son şekliyle 9 Ağustos 2001 tarihinde kabul edilmiştir. Taslak maddeler BM Genel Kurul’un 56/83 sayılı 12 Aralık 2001 tarihli kararına eklenerek Hükümetlerin dikkatine sunulmuştur⁴³. Her ne kadar BM Genel Kurulu tarafından, metni uluslararası andlaşmaya dönüştürme çabaları yaklaşık yirmi yıldır bir sonuç vermemiş ve konu, 2020 yılı itibarıyla hala Kurul gündemindeki yerini tutuyor olsa da⁴⁴ Taslak Maddelerin bir çoğunun, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları niteliğinde oldukları, Taslak Maddelere sıklıkla atıfta bulunan uluslararası yargı organları ve uluslararası hakem mahkemeleri kararlarıyla tescil edilmiş olduğundan⁴⁵ örf ve adet hukuku kurallarını doğrular özelliği ile bu belge, artık tartışmasız bir şekilde açıkça uluslararası hukuk kaynağı niteliğine sahiptir. Salgın hastalığın çıkış yeri olan devletin sorumluluğunun saptanması konusu, Taslak Maddeler ve uluslararası hukuk içtihadı ışığında iki önemli soru ile yanıt bulabilir: hangi durumlarda uluslararası salgın hastalığın başlangıcına sahne olan devletin uluslararası hukuka aykırı davrandığı ileri sürülebilir ve bu değerlendirmede hangi maddi hukuk kuralları devreye girebilir?

1. Uluslararası nitelikli salgın hastalıkla mücadele konusunda devlet sorumluluğunun birincil kuralı olarak bir usuli yükümlülük, “bildirim ve görüş alışverişi yükümlülüğü”

Taslak Maddelerin 1. maddesine göre, “Bir devletin uluslararası hukuka aykırı her fiili bu devletin uluslararası sorumluluğunu gerektirir”. Uluslararası sorumluluğu zarar ve kusur şartına bağlamayan bu tanım, açıkça uluslararası hukuk sükulerlerinden hak sahibi olanlar üzerinden değil, borç sahibi olanlar üzerinden yapılmış bir tanımdır.

Devletlerin sorumluluk hukuku, bir devletin hak sahibi oluşunu merkeze almayarak öncelikle devletlere ait sorumluluklara ve yükümlülükler yer veren bir tanımlamayla uluslararası hukuk düzeni içinde kendine yer açmıştır. Taslağın ilerleyen maddelerinde uluslararası hukuka aykırılığın birincil kurallarına açıkça verilmemiştir. Uluslararası hukuk sürekli gelişen ve değişen bir hukuk dalı olduğundan uluslararası hukuka aykırılıklar genelde örf ve âdet hukuku ve andlaşmalar yoluyla artarak belirginleştirmektedir.

Uluslararası hukuka aykırılık bir başka deyişle uluslararası kurallara aykırılıktır. Uluslararası kuralların kaynakları çeşitli olduğundan aykırılık kaynakları da çeşitlilik göstermektedir⁴⁶. Devletlerin sorumluluğu, andlaşmalardan, anlaşmalardan yani yazılı uluslararası hukuk kaynaklarından doğan sorumluluklarından kaynaklanabileceği gibi örf ve âdet hukuku kaynaklı da olabilir. Bu nedenle, andlaşma hükümlerinin ihlalinden doğan sorumluluk hali uluslararası hukukta sorumluluk türlerinden sadece birini oluşturmaktadır.

UST’nin, Dünya Sağlık Örgütü Anayasasına bağlı niteliği ile Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’ne göre “andlaşma” niteliği tartışmalı olsa da belgenin uluslararası hukukta devletler

aykırılıkların, eylem dışında başka hukuksal olguları da kapsamı sebebiyle, daha genel bir ifade olan “uluslararası hukuka aykırılık” ifadesi başlık ve adlandırma için tercih edilmiştir (Y.N.).

⁴¹Birleşmiş Milletler A/Res/56/83 (2001 Yılı) Belgesinin türkçe tercümesi için, bkz. Hakkı Hakan ERKİNER, Tercüme- Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri-Responsibility of States- Responsabilité de l’État, <https://marmara.academia.edu/Hakk%C4%B1HakanErkiner>

⁴² Genel olarak, devlet sorumluluğu hakkında kaynak kitaplar için, bkz. SHAW Malcolm N. Uluslararası hukuk, 8. Baskı, Çeviri Editörü İbrahim KAYA, Türkiye Bilimler Akademisi, 2018. CRAWFORD, James: The International Law Commission’s Articles on State Responsibility, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; CRAWFORD, James-PELLET Alain-OLLESON, Simon: The Law of International Responsibility, Oxford Commentaries on International Law, Oxford 2010; CHINKIN, Christine-BAETENS, Freya (Ed.): Sovereignty, Statehood and State Responsibility Essays in Honour of James Crawford, Cambridge University Press, Cambridge 2015.

⁴³ ONU, BMGK, 56/83 sayılı 12 Aralık 2001.

⁴⁴ BMGK Kararı, A/RES/74/180,27.12.2019.

⁴⁵ BM Genel Sekreteri Raporu, A/74/83, 12.07.2019.

⁴⁶ DÜLGER, Kenan: Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu, Beta Yayınevi, İstanbul 2015; ERDEM, Merve: “Özel Hukuk Kişilerinin Faaliyetlerinden Dolayı Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu: Bir Hukuk Jimnastiği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:143, 2019, s.309-330; ERTUĞRUL, Ümmühan Elçin: Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara Mayıs 2012. ERKİNER, Hakkı Hakan: “Bir Uluslararası Örgütün Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Davranışından Ötürü Bir Üye Devletin Uluslararası Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 32(2), 2017, s.61-86; ERKİNER, Hakkı Hakan: Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010; DUPUY, Pierre-Marie (Ed.): Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité Internationale des États, Paris, 2003.

bakımından haklar ve borçlar doğurduğunun tartışmalı olmadığı UAD içtihadı ile açıktır. UAD çeşitli kararlarında, mektup değişimi⁴⁷, toplantı tutanağı⁴⁸, ortak açıklama⁴⁹ ve ortak bildirimleri⁵⁰ uluslararası anlaşma (“*accord*”) olarak değerlendirmiş ve devletler bakımından bu anlaşmaların bağlayıcı olduğunu ifade etmiştir⁵¹. Bu nedenle salgın hastalığın çıkış yeri olan devletin sorumluluklarının, bu Tüzüğe ve bu Tüzüğün dayanak yeri olan Uluslararası Sağlık Örgütü Anayasasında yazılı olan kurallara bağlı olarak saptanacağını söylemek mümkündür.

Taslak Maddelere göre, icrai surette ortaya konan fiil ya da ihmali suretiyle işlenmiş bir davranış eğer bir devlete isnat edilebiliyor ve bir uluslararası yükümlülüğünün ihlali oluşturuyorsa o devletin bir uluslararası hukuka aykırı bir fiili var demektir⁵². Hukuka aykırılık tanımlamasında yegâne ölçüt, uluslararası hukuk olup ulusal hukuk kuralları, genel olarak, bu nitelendirmelerde rol oynamamaktadır.

Uluslararası hukuka aykırılıklar, sorumlulukların öngörülüp saptandığı şekilde yerine getirilmemiş olmasından ileri gelir. Bu aykırılıklar aynı zamanda usule dair yükümlülüklerden de kaynaklı olabilir. UST madde 6’da yer alan “bildirim yükümlülüğü” en başta bir usul yükümlülüğüdür. Ancak sınıraşımı kaynaklı bir zarar riski oluşturan faaliyetlerden etkilenebilecek devletlere bildirimde bulunma ve danışma/görüş alışverişinde bulunma yükümlülüğünün aynı zamanda uluslararası genel hukuk kuralı olduğu, UAD’nin *Nicaragua c. Costa Rica* davasında verdiği 16.12.2015 tarihli kararıyla açıklanmıştır⁵³. Bu durumda, UAD’ye göre, bildirim yükümlülüğü sınıraşan zarar riskinin varlığı halinde doğmaktadır.

Bildirim yükümlülüğü diğer taraftan bir anlaşma içinde özel biçimde saptanmış da olabilir. Bu takdirde yükümlülüğün kapsam ve unsurları bu özel hükme göre belirlenecektir. Bir diğer deyişle, uluslararası hukuka aykırı fiilin ortaya çıkıp çıkmadığı, ihlâl edildiği ileri sürülen yükümlülüğün gerekleri, amaçlarına bağlı olarak somut olayın ve uygulanma haline bakılarak değerlendirilecektir.

Her iki durumda da bildirim yükümlülüğüne uygun davranmayan devlet, uluslararası hukuktan kaynaklı bir usul yükümlülüğünü yerine getirmemiş sayılacağından bu ihmali fiili, uluslararası hukuka aykırı fiil olarak nitelendirilecektir. Dolayısıyla, Covid-19 hastalığına sebep olan virüsün ilk belirdiği ülke olan Çin’in, I. Bölümde açıklandığı üzere, özellikle UST’nin 6. madde de yazıldığı şekilde bir bildirim yapmamış olduğunun uygun ve yeterli delillerle ortaya konması durumunda, Çin’in uluslararası hukuka aykırılık taşıyan bu ihmali fiili sebebiyle uluslararası sorumluluk için gerekli uluslararası hukuk birincil kuralların ihlali ihtimali gündeme gelmektedir⁵⁴.

Çin Devletinin tutumunun, UST madde 6 hükmünün getirdiği yükümlülük uyarınca kendisinden istenen ve beklenen fiillere uygun olmadığı ortaya konduğunda, bir başka deyişle, gerek bildirim yükümlülüğünde süre vb. şekli şartlarında gerek görüş alışveriş sorumluluğunda eksiklik iddiaları ispatlandığında, yükümlülüğün kaynağı ya da niteliği ne olursa olsun⁵⁵, bir uluslararası yükümlülüğün ihlalinin ortaya çıktığı kabul edilecektir.

2. Uluslararası nitelikli salgın hastalıkla mücadele konusunda devlet sorumluluğunun birincil kuralı olarak bir maddi hukuk yükümlülüğü, “Önlem alma ve özen yükümlülüğü” (“*due diligence*”),

İhlalin kaynağını oluşturabilecek bir diğer birincil kural “özen yükümlülüğüdür”. Önlem

⁴⁷ UAD, *Différend territorial (Libye/Tchad)*, Recueil 1994, not., § 31.

⁴⁸ UAD, *Délimitation maritime et des questions territoriales entre le Qatar et Bahreïn*, Rec.1994, § 23.

⁴⁹ UAD, *Plateau continental de la Mer Egée*, Rec. 1978, §§ 95-98.

⁵⁰ UAD, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, Recueil 2002, § 263.

⁵¹ Bkz. I. Bölüm.

⁵² Bkz. Taslak Maddeler, md 2. Bkz. ayrıca, PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Yayıncılık, 18. Baskı, Ankara Kasım 2019; SUR Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul 2015; UZUN, Elif: *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara Mayıs 2016; RENÇBER, Kamuran: *Uluslararası Hukuk*, Dora Yayıncılık, Bursa 2016; NOLLKAEMPER, André-PLAKOKEFALOS, Illias: *Principles of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

⁵³ UAD, *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, 16.12.2015 tarihli karar, paragr. 44 ve devamı.

⁵⁴ Doc. ONU, A/8010/Rev 1, *Annuaire de la Commission du droit international 1970*, Vo. II, NY,1972.

⁵⁵ Bkz. Taslak Maddeler, md 12.

alma yükümlülüğünü de barındıran özen yükümlülüğü, kaynağı örf ve âdet hukuku olan uluslararası genel hukuk kurallarından biridir.

UAD, daha önce, *Argentine c. Uruguay*, davasında⁵⁶, önlem alma yükümlülüğünün bir devletin kendi ülkesindeki özen yükümlülüğünden kaynaklı olduğunu belirtmişti. Mahkeme, *Des Usines de pâte à papier ve Détroit de Corfou*⁵⁷ davasında ise önlem ve özen yükümlülüklerini tüm devletlere dair bir yükümlülük olarak devletin, başka devletlerin haklarına aykırılık oluşturacak fiillere kendi ülkesinde izin vermeme yükümlülüğü olarak tanımlamıştı.

Genel olarak çevre alanında, devletin kendi ülkesinde ve özellikle egemenlik yetkisi dahilinde gerçekleşen faaliyetlerin bir başka devletin ülke çevresine zarar vermemek için, sahip olduğu imkanlar dahilinde tüm önlemleri almakla yükümlü olduğu konusundaki içtihadını⁵⁸ UAD, *Nicaragua c. Costa Rica* davasında 16.12.2015 tarihinde verdiği kararla⁵⁹ daha da geliştirdi. Sözü edilen kararında Mahkeme, önlem alma ve özen yükümlülüğünün *Des Usines de pâte à papier* davasında olduğu gibi, sadece endüstriyel faaliyetler için değil, tüm sınıraşan zararları doğuracak filler için geçerli olduğunu vurguladı: “her ne kadar *Des Usines de pâte à papier* davasından Mahkemenin vardığı sonuç endüstriyel faaliyetleri hedef alsada da üstü kapalı olarak bu ilke (özen yükümlülüğü⁶⁰), genel olarak, sınıraşan çerçevede önemli zarar etkisine sahip girişilen tüm faaliyetleri kapsar”. UAD’nın bu içtihadı ışığında, özen yükümlülüğünün, sağlık alanında sınıraşan özelliğe sahip uluslararası salgın hastalık riski taşıyan durumlarda da geçerli olacağını söyleyebilmemiz gerekmektedir.

Bu durumda, Covid-19 hastalığına sebep olan virüsün en azından SARS hastalığına benzer semptomlarla ortaya çıktığı bilimsel açıklamalarla ortaya konmuş olduğundan, SARS hastalığına benzer bir vaka görülmesi halinde DSÖ’nün derhal bilgilendirilmesi yükümlülüğü, sadece usulî bir bildirim yükümlülüğü olmayıp aynı zamanda özen yükümlülüğü çerçevesinde bir maddi hukuk yükümlülüğüdür. Usulî nitelikte olan danışma ve bildirim yükümlülüğü (DSÖ) ile bir maddi hukuk yükümlülüğü olan özen yükümlülüğü arasındaki sıkı bağ UAD tarafından *Des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* kararında, davanın koşulları dahilinde, açıkça ifade edilmiştir: çevreyi koruma amacına sahip yükümlülükler sonuç değil (“*obligation of result*”), davranış yükümlülükleridir (“*obligation of conduct/means*”). Bir kuruluş aracılığı ile⁶¹ danışma ve bilgilendirme yükümlülüklerinin söz konusu olduğu durumlarda gereken önlemlerin alınabilmesinin ilk şartı, ilgili kurumla ortak dayanışmanın yapılması olacağından bu danışma/bilgi alışverişi yükümlülüğü (“*consultation*”), uluslararası hukukta devletlerin uyması gereken yükümlülüklerden biridir⁶².

Covid-19 olarak adlandırılan salgın hastalığa sebep olan virüsün resmi adı, Uluslararası Virüs Sınıflandırma Komitesi (*International Committee on Taxonomy of Viruses*), Fransızca “*Coronavirus 2 du syndrome respiratoire aigu sévère (SARS-CoV-2)*”, İngilizce « *severe acute respiratory syndrome coronavirus 2* » (*SARS-CoV-2*)⁶³ olarak adlandırılmış ve DSÖ’de ismin seçim sebebini, virüsün, SARS 2003 hastalığına sebep olan korona virüsü ile genetik bağının olmasıyla açıklamıştır. Bu nedenle, SARS ve Covid-19 hastalıklarının benzer semptomlara sahip (ağır akut solunum sendromu) oluşu konusunda bilimsel veri ve açıklamalar mevcut olduğuna göre, Çinli yetkililerin SARS olduğu kuşkusunu olan ağır akut solunum sendromu vakalarını, UST (2005) gereği, DSÖ’ye derhal bildirme (24 saat içinde) sorumluluğunda gösterdiği ihmal⁶⁴, Çin Devletinin aynı zamanda, başka bir devlet ülkesinde zarara sebep olmama yükümlülüğü

⁵⁶ UAD, *Des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, UAD, 20.04.2010, Recueil 2010 (I), p.55-56.

⁵⁷ UAD, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

⁵⁸ UAD, *Des Usines de pâte à papier ...op.cit.*

⁵⁹ UAD, *Construction d’une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan Nicaragua c. Costa Rica*, 16.12.2015 tarihli karar.

⁶⁰ Yazar tarafından eklenmiştir.

⁶¹ UAD, *Des Usines de pâte à papier ...op.cit.* Arjantin ve Uruguay arasında Uruguay nehrinin kullanım koşulları ve taraf devlet yükümlülüklerinin konu edildiği bu davada, iki Devlet kabul ettikleri bir Tüzük ile, kısa adı CARU olan bir kuruluş aracılığıyla, nehrin kullanım önlemleri konusunda görüş alışverişinde bulunmayı taahhüt etmekteydiler.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Bkz. DSÖ Resmi İnternet sitesi [https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it)

⁶⁴ Bkz. II bölüm.

çerçevesinde, aynı zamanda maddi hukuk yönüyle de uluslararası sorumluluğuna yol açabilir.

SARS-CoV-2 virüsünün ortaya çıkma sebep ve koşulları ayrıca, bu özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu çerçevede, Çin'den virüsün ortaya çıktığı mahal ve mevkide hijyen ve sağlık koşulları konusundaki önlem ve denetimleri de muhtemel bir soruşturma veya yargısal prosedür içinde sorgulanabilecek önemli noktaları oluşturmaktadır. Nasıl ki çevre alanında dikkat ve tedbirli olma, geri dönüşü olmayan özelliği sebebiyle çevre alanında kendini dayatıyorsa⁶⁵ sağlık alanında da durum farklı değildir.

B. Salgın Hastalığın Çıkışı ve Yayılması Konusundaki Uluslararası Hukuka Aykırılıkların Sonuçlarının Giderimine İlişkin Mevcut Hukuk Yolları

1. Tahkim yolu-Anlaşmadan doğan

Eğer uluslararası ölçekte kamu sağlığı acil durumu tespit edilirse DSÖ Genel Direktörü'nün Taraf Devletlere, uygulanacak uygun sağlık önlemlerine dair geçici ve/veya kalıcı tavsiyelerde bulunma yetkisi bulunmakla birlikte, uluslararası hukuk bakımından bu tavsiyelerin bağlayıcılığı söz konusu değildir. Dolayısıyla devletlerin UST hükümleri çerçevesinde verilmiş olan tavsiyelere uymamış olmasından ötürü “andlaşma hükmünün ihlalinin” söz konusu olması zor olmakla birlikte⁶⁶, bu tavsiyelerin uygunluğu konusu, DSÖ tarafından Tüzüğe uygun şekilde verilmemesi, Tüzükle bağlantılı olarak, uluslararası örgütlerin sorumluluk kuralları çerçevesinde ele alınabilecektir.

Yukarıda sayılan yükümlülükler aykırılıkların sonucu ve müeyyideleri Tüzük'te belirtilmemiştir. Tüzük, herhangi bir denetleme mekanizması öngörmüş değildir. Buna karşılık, UST (2005) ihtilafların çözümü başlıklı 56. maddesinde, Tüzüğün yorumu ve uygulanması ile ilgili olarak iki ya da daha fazla Taraf Devlet arasında bir ihtilaf olması halinde, ilgili Taraf Devletlerin ilk etapta müzakereler aracılığıyla uyuşmazlığı çözmeye çalışacakları belirtilmiştir. Müzakerelerin sonuç vermemesi halinde, dostane girişim, arabuluculuk veya uzlaştırma yöntemleri de dahil olmak üzere, Taraf Devletlerin kendi belirleyecekleri diğer barışçı yollara başvurmakta serbest bırakıldıkları hükme bağlanmıştır.

Tüzük'ün 1969 tarihli metninin 106. maddesinde geçen düzenlemede nihai uyuşmazlık çözüm yeri Uluslararası Adalet Divanı iken⁶⁷, UST (2005)'te bu mekanizma, zorunlu tahkim olarak belirlenmiştir. İhtilafın, dostane girişim, arabuluculuk veya uzlaştırma yöntemleri veya Taraf Devletlerin kendi belirleyecekleri diğer barışçı yollarla da çözümlenememesi durumunda Taraf Devletler ihtilafı, Genel Direktör'e havale etme konusunda mutabık kalabileceklerinden, süreç Genel Direktör tarafından yürütülecektir.

Bir Taraf Devlet, Tüzük'ün yorumu ve uygulanması ile ilgili olarak veya belirli başka bir ihtilaf ile ilgili zorunlu tahkimi kabul etmiş ise, zorunlu tahkimi kabul ettiğini Genel Direktör'e yazılı olarak herhangi bir zamanda bildirebilir. Daimî Hakemlik Mahkemesi'nin İhtiyari Tüzüğüne uygun olarak yürütülecek olan tahkim süreci sonucunda verilen tahkim kararı, zorunlu tahkimi kabul eden Taraf Devletler bakımından kesin olup bağlayıcıdır. Diğer yandan Tüzük, Taraf Devletlerin, taraf oldukları başka uluslararası anlaşmalarca öngörülen başka uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına başvurmalarına engel olmamaktadır.

Dolayısıyla, salgın hastalığın menşei durumunda olan Çin Devleti aleyhine UST (2005)'ye aykırılıklar sebebiyle yapılacak bir başvuru, ancak Çinli yetkili makamlar tarafından zorunlu tahkim yolunun kabul edilmesi ile mümkün olacaktır. Çin'in zorunlu tahkimi kabul etmesi zor olmakla birlikte, uluslararası toplum tarafından, ağırlıklı olarak ekonomik anlamda uygulanabilecek baskılarla tahkim yolunu kabul etmesinin ihtimal dahilinde olduğu

⁶⁵ UAD, *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros (Hongrie/Slovaquie)*, 25.09.1997.

⁶⁶ Önlem yetersizlikleri bu durumda anlaşmadan kaynaklı olarak değil ama bir genel kural olan özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilecektir (Y.N).

⁶⁷ Bkz. 1969 tarihli metinde 106. Madde şu şekilde düzenlenmişti: 1- Bu tüzüğün ya da her Ek Tüzüğün yorumlanmasına ya da uygulanmasına ilişkin herhangi bir sorun veya anlaşmazlık her ilgili Devletçe Genel Müdüre götürülebilir. Genel Müdür soruna ya da anlaşmazlığa çözüm bulmaya uğraşır.

Çözüm bulunmazsa, Genel Müdür kendiliğinden ya da her ilgili Devletin isteği üzerine sorunu veya anlaşmazlığı Örgütün yetkili komitesinin veya başka organın incelemesine sunar.

2- Her ilgili Devletin, bu komite ya da başka organ önünde temsil olunma hakkı vardır.

3- Bu yolla çözümlenmeyen her anlaşmazlık, yazılı dilekçe ile her ilgili Devletçe, karar için Uluslararası Adalet Divanına götürülebilir.

söylenebilir⁶⁸.

Tahkim yolunun kabulü halinde Daimî Hakemlik Mahkemesi (bundan sonra “DHM”) ihtilafı çözmeye yetkili makam olabilir. DHM, Birinci Lahey Barış Konferansı sırasında kabul edilen 1899 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne Dair Lahey Sözleşmesi ile kurulmuştur⁶⁹. 1899 tarihli Sözleşme’nin yerini, 1907 yılında düzenlenen İkinci Barış Konferansı sırasında kabul edilen 1907 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne Dair La Haye Sözleşmesi almış⁷⁰ ve DHM⁷¹ muhafaza edilmiştir⁷².

Covid-19 salgınının ileride devam eden etkilerinin uluslararası ticari boyutu dahilinde ihtilaflar yaratması halinde, Dünya Ticaret Örgütü uyuşmazlık çözüm mekanizmasının da ayrıca Dünya Ticaret Örgütüne taraf olanlarca müracaat edilerek kullanılabilmesi ihtimal dahilindedir. Bu noktada, Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde, sağlık alanında düzenlemeler olduğunu ve bugüne dek uluslararası ticarete sağlık önlemleri kapsamında getirilen sınırlamalar sebebiyle çok sayıda devletlerarası ihtilaf doğduğunu hatırlatmakta fayda vardır⁷³. UST (2005), taraf devletin diğer uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini etkilemeyeceğini ayrıca hükme bağladığından, böylesi bir uyuşmazlığın Dünya Ticaret Örgütü nezdinde belirmesi olanak dahilindedir.

Amerika Birleşik Devletleri Başkanı’nın 14.04.2020 tarihinde düzenlenmiş bir basın toplantısı sırasında, DSÖ’ye, Covid-19 salgınının yönetimi ile ilgili ağır eleştirileri ve bunu takiben ABD’nin almış olduğu DSÖ bütçesine katılım payını dondurma kararı gibi olguların Tüzük’ün yorumu ve uygulanmasıyla ilgili olduğu düşünülürse, DSÖ ile ABD arasında çıkması muhtemel resmi bir ihtilafın da, Tüzük tarafından 46. madde 5. bendi uyarınca yetkili kılınmış organ olan Sağlık Meclisi tarafından çözümlenmesi gerekecektir.

2. Yargısal dava yolu

Bir uluslararası hukuk kuralının ihlalden doğan sorumluluk için, her ne kadar zarar şartı bulunmasa da, mağdur devlet yargısal yola ancak, ancak ihlali yapılan yükümlülük bu devlete karşı bireysel olarak borç oluşturuyor ya da onun da dahil olduğu bir grup devlete karşı bir borç oluşturuyorsa gidebilir. Fakat her durumda mağdur devlete karşı bir borç yükümlülüğü ihlalden söz edebilmek için, özellikle ihlalin bu devleti etkilemesi gerekmektedir⁷⁴.

Şu ana kadar Covid-19 salgın hastalığının çok yüksek sayıda can kaybına yol açması ve açmaya devam etmesi karşısında ayrıca, hastalıkla mücadele, tedavi, bakım vb. masraflar ile sosyal izolasyon tedbirlerinin yol açtığı ve açmakta olduğu ekonomik kayıplar dikkate alındığında neredeyse tüm dünya devletlerinin mağdur sıfatına sahip olduğuna karşı aksi bir görüşün öne sürülmesi mümkün değildir. Bu mağduriyet hastalığın sınıraşan özelliği sebebiyle bütün devletler yönünden bireysel bir borç olarak mevcuttur. Diğer bir yönden, ihlali yapılan yükümlülüklerin, Çin Devleti’nin de içinde bulunduğu Dünya Sağlık Örgütü’ne üye bir grup devlete hatta küresel sonuçları itibarıyla uluslararası toplumun bütününe karşı bir borçtan kaynaklı olduğu da ayrıca

⁶⁸ Bkz. Tahkim yolu ile ilgili bir sonraki bölüm.

⁶⁹ Andlaşmanın 20. Maddesi DHM’nin kuruluşunu bildiren maddedir. Bkz. DHM resmî web sayfası: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2016/01/1899-Convention-FR.pdf>

⁷⁰ Özgün metne, Uluslararası Daimî Hakem Mahkemesi resmi web sayfasından ulaşılabilir: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2016/01/1907-Convention-FR.pdf>

⁷¹ Sürekli Hakem Mahkemesi olarak da anılmaktadır. Mahkeme, Uluslararası Adalet Divanı’nın da bulunduğu Hollanda’nın Lahey şehrinde faaliyet göstermektedir. 1907 tarihli Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollardan Çözümü Sözleşmelerinin hazırlık çalışmalarına katılmış olan Türkiye, 1899 tarihli Sözleşmede yer alan aynı çekinceyi tekrar ileri sürerek her iki Sözleşme’nin tarafı olarak 12 Haziran 1907 tarihinden itibaren Daimî Hakemlik Mahkemesi’ne⁷¹ (DHM) üyedir.

⁷² Türkiye, o tarihte Osmanlı imparatorluğu olarak, 1899 tarihli Sözleşmeyi çekince niteliğinde olan bir bildirimle imzalamıştır. Öne sürülen en ağır çekincelerden biri olan bu beyanla sadece zorunlu tahkime değil, zorunlu nitelikli dostane girişim, arabuluculuk ve soruşturma yollarına da çekince konulmuştur: Bardonnet Daniel: “L’état des ratifications des Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 sur le règlement des conflits internationaux”, *Annuaire français de droit international*, volume 7, 1961. pp.726-741. <https://doi.org/10.3406/afdi.1961.1116> www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1961_num_7_1_1116

⁷³ Bkz. Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlıkların Çözüm Mekanizması, Tanzania/AB, G/SPS/N/EEC/54, 4 Mart 1998. Bu başvuru Tanzanya tarafından, kolera salgını sonrası aleyhine, AB tarafından uygulanmış ticari ihracat sınırlamalarının SPS hükümlerine aykırılıkları ile ilgilidir. Başvuru sonrası AB sınırlamaları kaldırmak zorunda kalmıştır.

⁷⁴ Taslak Maddeler, md. 42.

söylenbilir. Birçok devlet mağdur sıfatıyla, ancak devletlerin taraf ehliyetine sahip oldukları Uluslararası Adalet Divanı önüne uyuşmazlığı götürme imkanına sahiptir. Aynı uluslararası haksız fiil ile birden çok devlet mağdur olduğundan, her mağdur devlet Çin Devleti aleyhine uluslararası haksız fiili işleyen devletin sorumluluğuna ayrı ayrı başvurabilecektir⁷⁵.

UAD'nin yargı yetkisi ancak uyuşmazlığın tarafı olan devletlerin UAD'nin yargı yetkisini tanımasıyla gerçekleşebilir⁷⁶. Bu tanımın değişik yolları bulunmaktadır; tek taraflı bir bildirim olabileceği gibi, uyuşmazlık tarafı olan devletlerin uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra uyuşmazlığı UAD'ya götürme konusunda bir anlaşma metni (tahkimname) UAD'nin yargı yetkisine sahip olmasını sağlayabilir⁷⁷.

Bir diğer ihtimal ise bir devletin, UAD'ye uyuşmazlıkla ilgili yapacağı bir başvuruya salgın hastalığın menşei olan ve uluslararası hukuka aykırılıkları sebebiyle uluslararası sorumluluğu doğduğu iddia edilen Çin Devletini mahkeme önüne çekmeye çalışarak, Divan'ın yargı yetkisini dolaylı yoldan kabul etmesini sağlamaktır. Bu yöntem hakkında UAD Statüsünde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak yargı yetkisine itiraz etmeyerek örneğin, esas hakkında savunma verilmesiyle, dolaylı yoldan yargı yetkisinin tanınması demek olan *Forum prorogatum* yolu için de sonuç itibarıyla Çin devletinin yargısal yola rıza göstermesi gerekmektedir. Çin Devleti, tek taraflı bildirimle UAD'nin yargı yetkisini kabul eden devletler arasında bulunmamaktadır⁷⁸. Diğer yandan Çin Devleti, aleyhine yöneltilmiş kasıt, ihmal ve benzeri iddiaları bugüne kadar resmi olarak ret etmiş; en son bazı devletlerin uluslararası soruşturma açılması fikrine sıcak bakmadığını üst düzey bir diplomat aracılığıyla kamuoyuna duyurmuştur. Bu sebeple, şimdilik Çin'in, Covid-19 salgın hastalığı ile ilgili olarak doğacak uyuşmazlıklarda UAD'nin yargı yetkisini tahkimname veya forum *prorogatum* yoluyla tanıması pek mümkün gözükmemektedir.

Böyle olmakla birlikte, UAD'nin yargı yetkisini harekete geçirme konusunda son bir yol daha mevcuttur. DSÖ Anayasası'nın 75. Maddesi “Müzakere yoluyla veya Meclis tarafından halledilmemiş olan ve işbu Anayasa'nın uygulanması veya açıklanması ile ilgili herhangi bir soru veya tartışma, ilgili taraflar başka bir anlaşma yolu bulamadıkları takdirde, Uluslararası Adalet Divanı'na Mahkemenin Tüzüğüne uygun olarak sevk edilir” hükmüne sahiptir. DSÖ Anayasası uluslararası hukuk alanında bir “andlaşma” niteliğine sahip olduğundan, 75. Madde, UAD Statüsü'nün 36 (1) maddesinde belirtilen ve UAD'nin yargı yetkisini doğuran⁷⁹ hallerden biri olarak yargı yetkisine bir hukuksal bir kaynak sunmaktadır. DSÖ Anayasası'nın 22. Maddesine dayanılarak kabul edilen bir metin olması sebebiyle UST'nin, DSÖ Anayasası birlikte okunmasını gerektirmektedir. UST (2205) ve DSÖ Anayasası arasındaki bu bağ, Covid-19 hastalığının önlenmesi ve yayılmasının engellenmesi konularındaki uluslararası hukuka aykırılıkları, Çin aleyhine, rıza gösterme şartı aranmaksızın UAD Statüsü'nün 36 (1) aracılığıyla, UAD önüne dava yoluyla getirilebilmesini sağlayabilecektir.

UAD'nin yargı yetkisi konusundaki güçlükler aşılsa bile, yargısal yolla Çin Devletinin sorumluluğunun tespiti önünde başka engeller de bulunmaktadır. Taslak metinde, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bazı haller sınırlı şekilde sayılmıştır: Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bu haller; rıza, meşru müdafaa, mücbir sebep, tehlike ve zaruret halidir. Çin Devletinin hangi durumlar için, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hangi sebeplere dayanacağı konusu tamamen spekülatif bir değerlendirme olacağından, konunun bu yönünün, sadece olası bir davanın olası bir aşaması olarak not edilmesiyle yetinilecektir.

Yargı yoluyla mağdur devletler, sorumluluğun hukuksal neticelerini talep etme hakkına UAD önünde sahiptir. Bu sonuçlar; yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesi, ihlale

⁷⁵ Taslak Maddeler, md. 46.

⁷⁶ Bkz. UAD Statüsü, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_f.pdf ; türkçe metin için, http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/adalet_divani.pdf

⁷⁷ *Gabcikovo Nagymaros Projesi (Macaristan v. Slovakya)* davasında olduğu gibi. UAD, *Gabcikovo Nagymaros Projesi Davası (Macaristan v. Slovakya)*, 25 Eylül 1997.

⁷⁸ Bkz. Yargı yetkisini tek taraflı bildirimle kabul eden devletlerin listesi, UAD web sitesi: <https://www.icj-cij.org/fr/etats-admis-a-ester>

⁷⁹ UAD 36/1: “Divan'ın yetki alanı tarafların kendisine sunacağı bütün işlerle Birleşmiş Milletler Andlaşması'nda ya da yürürlükteki andlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörülmuş bütün durumları kapsar”.

son verme ve tekrar etmeme ve onarımdır⁸⁰. İhlale neden olan yükümlülüğün, örneğin bildirim yükümlülüğü veya önlem yükümlülüğü gibi sorumlulukların anlık olduğu değerlendirilmesini yaparsak ihlale son verme talebi yersiz olacağından UAD önündeki muhtemel davada, daha çok Covid-19 hastalığına yol açan virüsün yayılması sonucu ortaya çıkan zararlar sebebiyle onarım/giderim konusu ileri sürülecektir.

UAD içtihadına göre tazmin yükümlülüğü, bir devletin uluslararası hukuka aykırılık oluşturan fiili ile bir diğer devletin oluştuğunu öne sürdüğü zarar arasında doğrudan ve kesin nedensellik bağının kurulmasına bağlıdır⁸¹. Dolayısıyla Çin Devletinin uluslararası hukuka aykırılık oluşturan fiili ile diğer devletlerin maruz kaldığı maddi ve manevi zararlar arasında nedensellik bağının doğrudan ve kesin şekilde kurulması gerekmektedir.

Giderim yükümlülüğü ile ilgili Uluslararası Hukuka Aykırı Fiiller için Devletlerin Sorumluluğuna ilişkin Taslak Maddeler iki önemli maddeye sahiptir. Madde 31, sorumlu devletin, uluslararası hukuka aykırı fiille sebep olunan zarar için, maddi manevi zararı kapsar şekilde, tam bir giderim yükümlülüğü olduğunu; madde 36 ise, uluslararası hukuka aykırı bir fiilden sorumlu devletin, sebep olduğu zararın eski hale getirme ile karşılanmayan kısmı için tazminat ödeme yükümlülüğü olduğunu hükme bağlamıştır. Diplomatik koruma hakkının konu edildiği *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*⁸² davasında UAD ilk kez, diplomatik koruma hakkını kullanan davacı devlet lehine, bir gerçek kişinin uğradığı zararları karşılamak (hukuka aykırı yakalama, tutma ve sınırdışı edilme işlemleri sebebiyle uğranılan maddi ve manevi zarardan doğan) ve ilgili kişiye ödenmek üzere tazminata hükmetmiştir. UAD bu kararıyla insan haklarının ihlal edildiği durumlarda devletlerarası davalarda hakkın gerçek mağdurlarına da UAD önündeki prosedürde tazminat ödenme yolunu açmıştır. Bu yenilikçi yaklaşımın en büyük etkisi, devletlerarası davalarda, uluslararası insan hakları hukukunda kişilerin tüketmek zorunda kaldıkları iç hukuk yollarına başvurma zorunluluğundan muafiyeti dolaylı olarak sağlaması olmuştur.

IV. SONUÇ

Kişilerin insan hakları ihlallerinde vatandaşı oldukları devletin diplomatik korumasından faydalanarak ihlale sebep olan devletten UAD önünde tazminat elde edebilmeleri devletler hukukunda önemli bir gelişmedir. Uluslararası yargı, uluslararası hukukta kişilerin uluslararası hukukun öznelerinden biri olduğunu tamamen yeni bir pencere içinden işleyerek insan hakları hukukunda üstlendiği görevi yerine getirmeyi bilmiştir. Bu durumda, Covid-19 hastalığının Çin'in uluslararası hukuk kurallarına aykırılığı sebebiyle küresel çapta bir salgına dönüştüğünün kanıtlanması halinde, milyonlarca kişinin maddi manevi zararının telafisi konusu, ilgili devletlerin konuya, kişi hakları objektifinden bakıp bakamayacağı ile doğrudan ilintili hale gelmiştir.

Dava yoluna gitmeyi planlayan devletler yönünden *onus probandi incumbit actori*, ilkesinin sarsılmayan yerini hatırlatmakta fayda vardır: İddia eden taraf, ispatlar⁸³. Delillerin niteliği çok çeşitli olabilir, uzman raporları, soruşturma raporları, bilimsel deliller vb.⁸⁴ birçok delil bugüne dek UAD tarafından kabul edilmiştir⁸⁵. Delillerin tespiti, toplanması ve değerlendirilmesi konusunda uluslararası sivil toplum kuruluşlarının da katkı sunabileceğinin unutulmamasında fayda vardır. Fakat hatırlamak gerekir ki sonuç olarak delillerin değerlendirilmesi konusu, UAD'nin münhasır takdir yetkisine giren bir alandır. Muhtemel davada, sağlam, uygun, uyumlu ve yasal delillerin olup olmaması, dava sonucunu doğrudan etkileyecektir. Bu anlamda, Covid-19 salgın hastalığının ortaya çıkışı ve yayılması konusunda

⁸⁰ GİŞİ Selçuk, "Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın Chorzow Fabrikası Kararı ve Uluslararası Sorumluluk", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XX(3-4), 2016, s.15-43.

⁸¹ Bkz. Ekolojik zararların dava konusu edildiği UAD, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* davası.

⁸² UAD, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, 19.06.2012.

⁸³ UAD, *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, Recueil 2009, s.86, par. 68; *Souveraineté sur Pedra Branca/ Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, Recueil 2008, s.31, par. 45; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie/Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Recueil 2007 (I), s.128, par. 204; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, Recueil 1984, s.437, par. 101.

⁸⁴ Delillerin niteliği ve türleri bakımından bkz. UAD, *Des Usines de pâte à papier ...op.cit.*

⁸⁵ *Ibidem.*

uluslararası bir soruşturma açılması ilk anda atılması gereken adımlardan biri olarak gözükmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Çin dışında salgın hastalıkla mücadele etmekte olan mağdur diğer devletlerin ulusal ölçekte kasıtlı ya da ihmalle zarara katkısı ayrıca hesaba katılacağından⁸⁶, gerek bu indirim gerek birden fazla devletin sorumluluğunun ortaya konması ihtimali, giderim konusunu muhtemel bir yargılama içinde oldukça karmaşık hale getirebilecektir.

⁸⁶ Taslak Maddeler, md 39.

KAYNAKÇA

- BARDONNET Daniel: “L'état des ratifications des Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 sur le règlement des conflits internationaux”, *Annuaire français de droit international*, volume 7, 1961. pp.726-741.
- CHINKIN, Christine-BAETENS, Freya (Ed.): *Sovereignty, Statehood and State Responsibility Essays in Honour of James Crawford*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.
- CRAWFORD, James: *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- CRAWFORD, James-PELLET Alain-OLLESON, Simon: *The Law of International Responsibility*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford 2010.
- DUPUY, Pierre-Marie (Ed.): *Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité Internationale des États*, Paris, 2003.
- DÜLGER, Kenan: *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.
- ERDEM, Merve: “Özel Hukuk Kişilerinin Faaliyetlerinden Dolayı Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu: Bir Hukuk Jimnastiği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:143, 2019, s.309-330.
- ERKİNER, Hakkı Hakan: “Bir Uluslararası Örgütün Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Davranışından Ötürü Bir Üye Devletin Uluslararası Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 32(2), 2017, s.61-86.
- ERKİNER, Hakkı Hakan: *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- ERTUĞRUL, Ümmühan Elçin: *Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara Mayıs 2012.
- GİŞİ, Selçuk: “Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın Chorzow Fabrikası Kararı ve Uluslararası Sorumluluk”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XX(3-4), 2016, s.15-43.
- NOLLKAEMPER, André-PLAKOKEFALOS, Illias: *Principles of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk*, Turhan Yayıncılık, 18. Baskı, Ankara Kasım 2019.
- RAGAZZI, Mairizio: *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, The Hague, 2005.
- RENÇBER, Kamuran: *Uluslararası Hukuk*, Dora Yayıncılık, Bursa 2016.
- SAMANCI Uğur: “Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ve Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(2), 2014 (Basım yılı: Şubat 2016), s.113-169.
- SHAW Malcolm N.: *Uluslararası hukuk*, 8. Baskı, Çeviri Editörü İbrahim KAYA, Türkiye Bilimler Akademisi, 2018.
- SUR, Melda: *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul 2015.
- UZUN, Elif: *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara Mayıs 2016.

ULUSLARARASI BELGE VE KARARLAR

UAD

- Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, 19.06.2012.
- Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, 16.12.2015.
- Délimitation maritime et des questions territoriales entre le Qatar et Bahreïn*, Rec.1994, § 23.
- Des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, UAD, Recueil 2010 (I), p.55-56.
- Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p.22.
- Différend territorial (Libye/Tchad)*, Recueil 1994, not., § 31.
- Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, Recueil 2002, § 263.
- Gabcikovo Nagymaros Projesi (Macaristan v. Slovaquia)* davasında olduğu gibi. UAD, *Gabcikovo Nagymaros Projesi Davası (Macaristan v. Slovaquia)*, 25 Eylül 1997.
- https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_f.pdf ; türkçe metin için,
http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/adalet_divani.pdf (ET.15.05.2020)
- <https://www.icj-cij.org/fr/etats-admis-a-ester> (ET.15.05.2020)
- Plateau continental de la Mer Egée*, Rec. 1978, §§ 95-98.

ONU

- Uluslararası Hukuka Aykırı Fiiller için Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Tasarısı*”. Özgün adı, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, A/56/10 (2001); bkz. *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001. *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, II(2), s. 165.

ONU, BMGK, 56/83 sayılı 12 Aralık 2001.

BMGK Kararı, A/RES/74/180,27.12.2019.

BM Genel Sekreteri Raporu, A/74/83, 12.07.2019.

Doc. ONU, A/8010/Rev 1, Annuaire de la Commission du droit international 1970, Vo. II, NY,1972.

https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/PeaceAndSecurity/ReparationsForCRSV_FR.pdf (ET. 15.05.2020)

DSÖ

Uluslararası sağlık tüzüğü. Özgün adı: Règlement sanitaire international (2005) (avec annexes). Genève, 23 mai 2005 Entrée en vigueur : 15 juin 2007, conformément à l'article 59. Organisation mondiale de la santé, 31 mars 2008, Treaty Series UN, 2008, Volume 2509, I-44861, p 79.

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202509/v2509.pdf>

Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) türkçe çevirisi:

https://www.hssgm.gov.tr/content/documents/uluslararasi_antlasmalar/

Dünya Sağlık Teşkilatı Anayasası (United Nations, *Treaty Series* , Vol. 14, s.185)

DSÖ Resmi İnternet sitesi: [https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it) (ET.15.05.2020)

<https://reliefweb.int/report/world/d-claration-sur-la-troisi-me-r-union-du-comit-d-urgence-du-r-glement-sanitaire> (ET.15.05.2020)

https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (ET.15.05.2020)

<https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unkown-cause-china/en/> (ET.15.05.2020)

DHM

<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2016/01/1899-Convention-FR.pdf> (ET.15.05.2020)

<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2016/01/1907-Convention-FR.pdf> (ET.15.05.2020)

DTÖ

Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlıkların Çözüm Mekanizması, Tanzania/AB, G/SPS/N/EEC/54, 4 Mart 1998.

DİĞER

<https://www.jurist.org/commentary/2020/04/devashsish-giri-china-covid19-reparations/> (ET.15.05.2020)

<https://www.justsecurity.org/69398/chinas-responsability-for-the-global-pandemic/> (T.15.05.2020)

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70939/ICD_10_1957_v1_fre.pdf?sequence=1&isAllowed=y

<https://warontherocks.com/2020/03/china-is-legally-responsible-for-covid-19-damage-and-claims-could-be-in-the-trillions/>

<https://henryjacksonsociety.org/wp-content/uploads/2020/04/Coronavirus-Compensation.pdf> (ET.15.05.2020)

<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7156574/> (ET.15.05.2020)

<https://www.justsecurity.org/69394/covid-19-and-international-law-must-china-compensate-countries-for-the-damage-international-health-regulations/> (ET.15.05.2020)

<https://moderndiplomacy.eu/2020/04/13/liability-of-china-for-covid19-outbreak-state-responsibility-and-jurisdictional-challenges/> (ET.15.05.2020)

<https://www.ejiltalk.org/taking-china-to-the-international-court-of-justice-over-covid-19/> (ET.15.05.2020)

<https://www.theguardian.com/world/2020/feb/02/chinas-reaction-to-the-coronavirus-outbreak-violates-human-rights> (ET.15.05.2020)

<https://theintercept.com/2020/04/02/coronavirus-europe-travel/> (ET.15.05.2020)

<https://doi.org/10.3406/afdi.1961.1116> (ET.15.05.2020)

www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1961_num_7_1_1116 (ET.15.05.2020)

AVRUPA BİRLİĞİ FİKRİ MÜLKİYET AĞI'NIN (ABFMA) BAZI ÜÇ BOYUTLU MARKALARA (ŞEKİL MARKALARI) İLİŞKİN NİSAN 2020 TARİHLİ ORTAK UYGULAMA METNİ (CP 9) HAKKINDA

ABOUT THE COMMON PRACTICE (CP 9) DATED APRIL 2020 OF THE EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY NETWORK (EUIPN) RELATED TO SOME THREE-DIMENSIONAL MARKS (SHAPE MARKS)

Ufuk TEKİN*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 26/05/2020
Kabul: 20/08/2020

Anahtar Kelimeler

Üç Boyutlu Markalar
(Şekil Markaları),
Markaların Ayırt
Edici Niteliği,
Avrupa Birliği Fikri
Mülkiyet Ağı
(ABFMA),
CP 9 Sayılı Ortak
Uygulama Kuralları.

Article Info

Received: 26/05/2020
Accepted: 20/08/2020

Keywords

Three-Dimensional
Marks (Shape Marks),
Distinctiveness of Trade
Marks,
European Union
Intellectual Property
Network (EUIPN),
Common Practice (CP)
9.

Özet

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ağı (ABFMA) tarafından Nisan 2020'de, bazı üç boyutlu markalar hakkında uygulanması amacıyla "CP 9" sayılı ortak uygulama kuralları kabul edilmiştir. Çalışmanın giriş bölümünde söz konusu ortak uygulama metninin ortaya çıkışı, Avrupa Birliği (AB) marka hukuku bakımından anlamı, kapsamı ve önemi ile bu metnin Türk hukuku bakımından muhtemel etkisi açıklanmaya çalışılmıştır. Giriş bölümünden sonra bu ortak uygulama metnindeki örnekler ve açıklamalar esas alınmak suretiyle bazı üç boyutlu markalar (şekil markaları) hakkında Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarında işaret edilen hususlar göz önünde bulundurularak oluşturulan genel ilkeler aktarılmıştır. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) amaçlarından biri AB mevzuatıyla uyumun sağlanması olup, markalar hakkındaki SMK hükümlerinin büyük ölçüde AB marka mevzuatı esas alınmak suretiyle hazırlandığı düşünüldüğünde, AB hukuku bakımından yol gösterici olan ve çalışmamızda ele alınan söz konusu ortak uygulama kurallarının Türk marka hukuku bakımından da uygulanma kabiliyeti olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu çalışma, özellikle bahsi geçen ortak uygulama metninde yer verilen örnekler ile oluşturulan genel ilkelerin üç boyutlu markalar hakkında Türk hukuku bakımından da yol gösterici ve uygulayıcılara yardımcı olabileceği düşüncesiyle kaleme alınmıştır.

Abstract

The common practice "CP 9" has been adopted by the European Union Intellectual Property Network (EUIPN) in April 2020 in order to be implemented about some three-dimensional marks. In the introduction part of this study, the emergence of the mentioned common practice, its meaning, scope and importance in terms of European Union (EU) trade mark law and the possible effect of this common practice principles in terms of Turkish trade mark law tried to be explained. After this introduction, based on the examples and explanations in aforementioned common practice text, general principles created by considering the issues pointed out in the decisions of the European Court of Justice (CJEU) on some three-dimensional trade marks will be evaluated. One of the objectives of Industrial Property Code (IPC) numbered 6769 is to ensure harmonization with EU legislations and considering that the regulations of IPC related to trade marks have been prepared in the light of the EU trade mark regulations, applicability of the principles of this common practice to Turkish trade mark law will also be explained. There is no doubt about its ability to be applied to Turkish trade mark law, therefore, this study has been written with the idea that general principles created especially with the examples given in the text is eligible to be considered as a guide for Turkish practitioners about three-dimensional brands.

I. GİRİŞ

Aralık 2015'te Avrupa Parlamentosu ve Konseyi AB marka reform paketini kabul etmiştir. Bu reform paketi 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü¹ (ABMT) ile 2015/2436 sayılı AB Marka Yönergesi² (ABMY) olmak üzere iki hukukî metin içermektedir. Bu metinler, marka hukukuna ilişkin içerdikleri yeniliklerin yanı sıra, Avrupa Marka ve Tasarım Ağı aracılığıyla üye devletlerin fikri mülkiyet ofisleri ve uluslararası kuruluşları arasındaki işbirliğini artırmayı amaçlamıştır³. Gerçekten, özellikle, üye devletlerin fikri mülkiyet ofislerinde farklı yaklaşımların söz konusu olmasının ayırt ediciliği düşük bazı işaretlerin marka olarak tesciline imkan tanınması riskini yaratması ve bu durumun da AB ortak pazarının yeknesaklaştırılması ile bozulmamış rekabetin sağlanması ilkelerine aykırı olacağı belirtilmek suretiyle ilgili kuruluşlar arasındaki işbirliğinin önemine vurgu yapılmıştır.

Avrupa Marka ve Tasarım Ağı, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi'nin (ABFMO) 2011-2015 yıllarına ilişkin ilk stratejik planında, Ofis ile ulusal/bölgesel ortakları arasındaki işbirliğinin bir sonucu olarak öngörülmüş ve hem kullanıcı kuruluşlar hem de uluslararası organizasyonlar tarafından desteklenmiştir⁴. Söz konusu Ağ, faaliyetlerine 2016-2020 yıllarına ilişkin stratejik plan kapsamında da devam etmiş, 2015/2424 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesiyle fikri mülkiyet alanındaki işbirliğinin ABFMO'nun ana faaliyetinin bir parçası haline gelmesinin de etkisiyle “Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ağı” adını almıştır⁵. Bu işbirliğinin beş uzantısı bulunmaktadır. Her uzantı, kullanıcılar, ulusal ve bölgesel fikri mülkiyet ofisi uzmanları ile ilgili uluslararası organizasyonlardan uzmanlardan oluşan bir çalışma grubu tarafından desteklenen asgari bir proje içermektedir⁶.

Bu projelerden biri de çalışmamızın konusunu teşkil eden ortak uygulama metnidir. Söz konusu ortak uygulama metni ABFMA'ya üye fikri mülkiyet ofislerinin Yakınsama Programı çerçevesindeki işbirliklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmış, sözel ve/veya şekli unsurlar içeren üç boyutlu markalarda⁷ (şekil markaları) şeklin kendisinin ayırt edici olmaması halinde bu markaların ayırt edici olup olmadığının belirlenebilmesi için asgari standartlar oluşturulması amacıyla hazırlanmıştır. Böylelikle özellikle marka başvurularının incelenmesi aşamasında Ağ üyesi kuruluşlar lehine şeffaflığı, hukukî belirliliği ve kesinliği sağlamanın amaçlandığı CP 9 ortak uygulama metni⁸ kamuya açıklanmıştır. Nitekim bu kurallar sayesinde üreticiler ve tüketiciler arasında daha açık bir pazar yaratmak suretiyle yenilikçilik teşvik edilmiş, rekabet daha adil hale getirilmiş ve müşterilerin kafa karışıklığı azaltılmış olacaktır. Bu ortak uygulama kurallarının kapsamı, üç boyutlu şekil markasını oluşturan şeklin kendisinin, ambalajının veya içerdigi diğer unsurların ayırt edici olmaması halinde, söz konusu üç boyutlu markanın kullanılan

¹ Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union trade mark, OJ L 154, 16.6.2017.

² Directive of the European Parliament and of the Council to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ L 336, 23.12.2015.

³ Üye devletlerin fikri mülkiyet ofisleri nezdindeki uygulamaların yeknesaklaştırılması ve bu ofisler arasındaki işbirliğinin artırılması ABMT m. 151 ve 152 hükümlerinde açıkça ifade edilmiştir.

⁴ https://www.tmdn.org/network/what_is_europeantmdn, 3.5.2020. Bu kuruluşlar arasında, AB üyesi ülkelerin fikri mülkiyet ofisleri, BENELUX Fikri Mülkiyet Ofisi, Dünya Sağlık Örgütü, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, Milletlerarası Ticaret Odası, Avrupa Marka Sahipleri Kuruluşu, Alman Fikri Mülkiyet Koruma Kuruluşu gibi uluslararası organizasyonlar yer almaktadır, <https://www.tmdn.org/network/other-members>, 3.5.2020.

⁵ https://www.tmdn.org/network/what_is_europeantmdn, 3.5.2020.

⁶ https://www.tmdn.org/network/what_is_europeantmdn, 3.5.2020.

⁷ ABMT'de çeşitli marka türleri hakkında herhangi bir tanım yapılmamış, bununla birlikte 2018/626 sayılı Uygulama Tüzüğü'nde [ABMUT, Commission Implementing Regulation laying down detailed rules for implementing certain provisions of Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council on the European Union trade mark, and repealing Implementing Regulation (EU) 2017/1431, OJ L 104, 24.4.2018] marka türleri tanımlanmış, sicilde gösterim esaslarına ilişkin detaylı hükümlere yer verilmiştir. Üç boyutlu markalar (şekil markaları) ABMUT m. 3(3)(c)'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre üç boyutlu markalar, ürünün kendisinden, görüntüsünden (şekli), kutusundan veya ambalajından oluşan yahut bunları içeren üç boyutlu işaretler şeklinde tanımlanmıştır.

⁸ ABFMA tarafından yayımlanan ortak uygulama metinleri, İngilizce “Common Practice” sözcüklerinin baş harfleri (CP) ve sıra numarası kullanılmak suretiyle ifade edilmektedir. Mayıs 2020 itibarıyla çıkarılan diğer sekiz ortak uygulama sırasıyla, marka sınıflandırmasına ilişkin uygulamanın uyumlaştırılması, sınıflandırma başlıklarının uyumlaştırılması, şekil markalarında mutlak ret sebepleri, siyah-beyaz markalarda koruma kapsamı, nispi ret sebepleri-karıştırılma ihtimali, tasarımların grafik gösteriminin uyumlaştırılması, ürün adlarının uyumlaştırılması, markanın tescil edildiği biçimden farklı kullanılması hakkındadır, <https://www.tmdn.org/network/converging-practices>, 3.5.2020. Çalışmamızın konusunu teşkil eden ortak uygulamanın tam adı ise, “Kendisi Ayırt Edici Olmayan Üç Boyutlu Markaların (Şekil Markaları) Sözel ve/veya Şekli Unsurlar İçermesi Halinde Ayırt Ediciliği” olup orijinal metni https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/News/cp9/CP9_en.pdf adresinden temin edilebilir.

diğer sözel ve/veya şekli unsurlar sonucunda ayırt edici nitelik kazanıp kazanmadığının mutlak ret sebepleri bakımından değerlendirilmesiyle sınırlıdır⁹. Bununla birlikte bu kuralların, üç boyutlu şeklin ayırt ediciliği; üç boyutlu markada yer alan unsurların tek başına ayırt edici olup olmadığı; nispi ret sebepleri; kullanım sonucu ayırt edicilik kazanılması; teknik bir sonucun elde edilmesi için zorunlu olan veya mala aslı değerini veren, malın kendi doğasından kaynaklanan şekil veya özellikler [ABMT m. 4(1)(e)] bakımından uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. Ortak uygulama metninin duyurulduğu ortak bildiri metninde, daha önceki ortak uygulamalarda olduğu gibi bu ortak uygulamanın da ortak bildirin yayımlanmasından itibaren 3 ay içinde yürürlüğe gireceği ifade edilmiştir¹⁰. Ağ üyesi ülkelerin uygulama kurallarının yeknesaklaştırılması için yol gösterici niteliği haiz bu kuralların, Türkiye'nin bir ABFMA üyesi olan Dünya Sağlık Örgütü ile Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'ne üye olması sebebiyle ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun¹¹ (SMK) amaçlarından birinin AB mevzuatıyla uyumun sağlanması olduğu¹² düşünüldüğünde, Türk hukuku bakımından da uygulanma kabiliyetinin bulunduğunu söylemek mümkündür.

Bu ortak uygulama, esas itibarıyla üye devletlerin fikri mülkiyet ofisleri tarafından hazırlanarak, ilkelerinin mümkün mertebe uygulanması ve somut durumların çoğunu kapsamaması amaçlanmıştır. Bununla birlikte, farklı ofislerin, kendisi ayırt edici olmayan şekillerin başkaca unsurları içermesi halinde ayırt edici olup olmadığını değerlendirirken öngörülebilir ve birbiriyle uyumlu kuralları ilke edinerek, her halükarda somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle bir sonuca varmaları gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu metinde ayrıca, üç boyutlu bir işaretin ayırt edici olmaması dışında başka sebeplerle de reddedilebileceği hatırlatılmıştır.

Ortak uygulamada üç boyutlu markaların, her şeyden önce ABMT m. 4 ve ABMY m. 3'te yer alan asgari şartları içermesi gerektiği belirtilmiştir. Şöyle ki, bu markalar diğer marka türlerinde olduğu gibi bir teşebbüsün mallarını diğer teşebbüsün mallarından ayırt etmeye elverişli olmalı; marka, sağlanan korumanın kapsamı kesin ve açık bir biçimde anlaşılabilir biçimde sicilde gösterilmelidir¹³. Üç boyutlu markalar genellikle üç kategoriye ayrılırlar:

- i. Mal ve hizmetle alakası olmayan şekiller,
- ii. Malların kendisinden ya da bir kısmından oluşan şekiller,
- iii. Ürünün ambalajının ya da kutusunun şekli¹⁴.

Bu kategorilerden ilki çoğunlukla ayırt edici olmakla birlikte, diğer iki kategorideki şekillerin yer aldığı üç boyutlu markaların ayırt ediciliğinin tespiti oldukça güçtür¹⁵.

Ortak uygulama metninde çoğunlukla ayırt edici olmayan şekiller üzerinden bir inceleme yapılmış; bu şekiller, çeşitli sözel ve/veya şekli unsurlar, tek bir renk ve renk kombinasyonu yahut birden çok unsurun kombinasyonu olmak üzere bir dizi faktör göz önünde bulundurulmak suretiyle bir bütün olarak ayırt edici olup olmadıkları bakımından değerlendirilmeye çalışılmıştır¹⁶. Bu değerlendirme yapılırken, markanın tescil edildiği mal ve/veya hizmetler için herhangi bir karıştırılma ihtimali olmaksızın tüketiciler tarafından ayırt edici olarak algılanıp algılanmadığı ve o mal ve/veya hizmetin ticari kökenini belirtmeye elverişli olup olmadığı incelenmelidir. Bu çerçevede, tüketicilerin o işarete ilişkin algısı değerlendirilirken makul ölçüde dikkatli ve düşünceli "hedef" tüketici kitlesi ölçütünden hareket edilmelidir. Ayrıca, mal ve/veya hizmetlerin müşterilere sunulduğu piyasanın gerçekliklerinin de ürünün kendisinden veya ambalajından oluşan bir işarete ilişkin tüketici algısını etkileyebileceği unutulmamalıdır. Tüm bunlardan hareketle, CP 9 ortak uygulama kurallarına göre üç boyutlu şekillerin ayırt ediciliği incelenirken iki aşamalı bir değerlendirme gerçekleştirilmelidir¹⁷:

1. Aşama: İşaretin unsurlarının nitelendirilmesi ve bunların ayırt ediciliklerinin değerlendirilmesi

Ofis, üç boyutlu markanın, ortak uygulama metninin amacına uygun olarak içerdiği sözel ve şekli unsurlar, müstakil renk veya renk kombinasyonu yahut tüm bu unsurların

⁹ Ortak uygulama, s. 5.

¹⁰ Ortak bildiri, s. 5.

¹¹ RG 10.1.2017, S. 29944.

¹² Bkz. Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı Genel Gerekeç ve Madde Gerekeçleri, TBMM Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı:1, Sıra Sayısı: 341, s. 5.

¹³ Keza bkz. ve karşı. Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m. 4.

¹⁴ Ortak uygulama, s. 4-5.

¹⁵ Ortak uygulama, s. 5.

¹⁶ Ortak uygulama, s. 5.

¹⁷ Ortak uygulama, s. 6-7.

kombinasyonunu göz önünde bulundurmalıdır. Üç boyutlu markanın sözel/şekli unsurlar içermesi halinde bu unsurların ayırt edici niteliği, onların üç boyutlu şekle nazaran boyutu/oranı, kontrastı (zıtlığı) ve konumu dikkate alınmak suretiyle incelenmelidir.

2. *Aşama: İşaretin bir bütün olarak ayırt edici olup olmadığının değerlendirilmesi*

Ayırt edicilik değerlendirmesi, üç boyutlu şekil ile içerdiği unsurların kombinasyonunun, söz konusu mallara ilişkin piyasa gerçeklerinden etkilenme potansiyeli bulunan tüketicilerde uyandırdığı genel izlenime dayanmalıdır.

II. İŞARETİN BİR BÜTÜN OLARAK AYIRT EDİCİLİĞİNİ ETKİLEYEN UNSURLAR¹⁸

Her şeyden önce, ayırt edici olmayan bir şekil ayırt edici bir unsur içerdiği takdirde bir bütün olarak ayırt edici hale gelecektir.



Örneğin, ayırt edici olmayan bir üç boyutlu şekil (şişe) ve bu şekli benzerlerinden açıkça ayırt etmeye elverişli şekli bir unsurdan (bir dala tutunmuş kahverengi goril figürü) oluşan yandaki şekil, şaraplar (33. sınıf) bakımından bir bütün olarak ayırt edici niteliği haizdir.

A. Sözel ve Şekli Unsurlar

Sözel/şekli unsurların boyutu ve oranı, üç boyutlu şekle kıyasen kontrastı (zıtlığı) ve üç boyutlu şekil üzerindeki konumları bir işaretin ayırt ediciliğinin değerlendirilmesindeki tüketici algısını etkileyebilecek faktörlerdendir.

1. Boyut/Oran

Unsurların boyutu ve oranı üç boyutlu bir markanın ayırt edici karakterinin değerlendirilmesinde dikkate alınacak faktörlerdendir. Bu değerlendirme yapılırken üç boyutlu şeklin boyutu değil sicildeki gösterimi esas alınmalıdır. Ayırt edici bir unsurun, markanın sicildeki gösteriminden açıkça anlaşılabilir bir büyüklükte olması yeterli olup ayırt edicilik için söz konusu ortak uygulama metninde belirli bir büyüklük oranına yer verilmemiştir. Netice itibarıyla, üç boyutlu şekil üzerinde yeterli büyüklükte yer verilen unsurlar bir bütün olarak o şekli ayırt edici hale getirecektir.



Yanda yer verilen örnekte olduğu gibi, güvenli dijital hafıza kartlarının (9. Sınıf) küçük yapılarına rağmen oransal bakımdan yeterli büyüklükte sözel bir unsura (Red Butterfly) yer verilmesi açıkça ayırt edici olarak kabul edilir ve o işareti bir bütün olarak ayırt edici hale getirir.

Bununla birlikte, üç boyutlu şekil üzerinde yer alan unsur yeterince büyük olmakla birlikte ayırt edici olmaktan uzaksa, bu unsurun şekle nazaran yeterli büyüklükte olması o işaretin bir bütün olarak ayırt edici sayılmasına yeterli olmayacaktır.



Yukarıdaki örneklerde, ayırt edici olmayan şekillerin (kozmetik ürünü tüpü ve ayakkabı kutusu) üzerinde yer alan ve ayırt edici olmayan büyük sözel/şekli unsurlara rağmen söz konusu şekiller bir bütün halinde ayırt edici sayılamaz. Zira bu işaretlerden biri, üzerinde kullanılan ürünler hakkında tasvirî (deskriptif) bilgi (SPF 50+); diğeri, ayırt edici niteliği bulunmayan basit bir geometrik şekil (üçgen) içermektedir.

¹⁸ Bu başlık altında yer alan açıklamalar büyük ölçüde çalışmanın konusunu oluşturan ortak uygulama metninin 8. ila 30. sayfalarının Türkçe'ye çevrilmesiyle oluşturulmuştur. Çalışmanın bu kısmı, zaman zaman metinde yer verilen örneklerdeki sözel/şekli unsurlara ilişkin yorumlar yahut söz konusu unsurlar hakkında kısa açıklamalar da içerdiğinden tam anlamıyla ilgili ortak uygulama metninin bire bir tercümesi niteliği taşımamaktadır.

Üç boyutlu şeklin içerdiği sözel/şeklî unsurların ayırt ediciliği değerlendirilirken belirli bir piyasanın gerçeklikleri de dikkate alınmalıdır. Şöyle ki, belirli ürünler üzerindeki küçük unsurlar, bu unsurların boyutu açıkça ayırt edici olmalarını sağladığı takdirde, işareti bir bütün olarak ayırt edici hale getirebilirler.



Yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, köken bildiren küçük işaretler (Red Gorilla ve GOR yazıları) kullandıkları ürünlerin yer aldığı piyasanın gerçeklikleri göz önünde bulundurulduğunda o şekli bir bütün olarak ayırt edici hale getirecektir. Gerçekten ilgili piyasanın gerçeklikleri düşünüldüğünde oransal olarak küçük bir biçimde gösterimin tüketiciler tarafından olağan karşılandığı ve genel izlenim bakımından bu unsurların ayırt edici algılandığını söylemek mümkündür.

Bunun dışında, sözel/şeklî unsurun üç boyutlu şekle nazaran ayırt edici olarak nitelendirilemeyecek kadar küçük olduğu hallerde bu durumun genel izlenim üzerinde etkisi bulunmayacağından üç boyutlu şekil bir bütün olarak ayırt edici sayılamayacaktır.



Yandaki örneklerde, sözel/şeklî unsurlar sicildeki gösterimlerinden anlaşılacak kadar küçük olduğundan ayırt edici nitelik taşımazlar. Dolayısıyla bu unsurların genel izlenim üzerinde herhangi bir etkisi ve üç boyutlu şekli bir bütün olarak ayırt edici hale getirme kabiliyeti bulunmamaktadır.

2. Kontrast (Zıtlık)

Bazı durumlarda kontrastın varlığı sözel/şeklî unsurların ayırt ediciliğini etkileyerek üç boyutlu şekli bir bütün olarak ayırt edici hale getirebilir. Kontrast, şekil üzerinde, farklı renk tonlarının kullanılmasıyla veya kabartmaya, oymaya yahut işlemeye yer vermek suretiyle elde edilebilir.

a. Renk Kontrastı

Bir unsurun sicildeki gösteriminde kontrastı daha düşük renklerin tercih edilmesi bile işareti ayırt edici hale getirerek üç boyutlu şeklin bir bütün halinde ayırt edici olmasını sağlayabilir. Bu unsurların ayırt ediciliği daha önce ifade edildiği üzere, tüketici nezdinde uyandırılan genel izlenime bağlıdır.



Yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, daha düşük kontrastlı renkler tercih edilmesine rağmen tüketiciler nezdinde uyandırılan genel izlenim dikkate alındığında üç boyutlu şeklin bir bütün olarak ayırt edici olduğunu söylemek mümkündür.

Unsurun sicilde kontrasta yer verilmeden gösterilmesi sebebiyle açıkça ayırt edilemediği

hallerde tüketicinin söz konusu üç boyutlu şekli ayırt etmesi zorlaşır.



Yandaki örnekte, üç boyutlu şekilde (futbol topu) yer alan unsurla (siyah goril) arka plan (siyah renk) arasında kontrastın bulunmaması sebebiyle yakından/detaylı incelenmeden söz konusu unsurun ayırt edici olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla bu kombinasyonun bir bütün halinde üç boyutlu şekli ayırt edici hale getirdiğinden söz edilemez.

b. Kazıma/Oyma/İşleme

Üç boyutlu şekil üzerinde yer alan unsurun söz konusu şeklin yüzeyinin oyulması yahut kabartılması suretiyle işlenmesi de mümkündür. Bazı durumlarda bu işlemler bir bütün olarak üç boyutlu şekle ayırt edicilik kazandırabilir.



Örneğin, yandaki içecek şişesinin üzerinde kabartma şeklinde işlenen sözel unsurlar ayırt edici olarak nitelendirilebilir ve bu sebeple söz konusu üç boyutlu şekli (şişeyi) bir bütün olarak ayırt edici hale getirir.



Benzer şekilde yandaki kalem kutusunun üst yüzeyine kazınan sözel unsur (Red Gorilla) ayırt edici olarak nitelendirilebilir ve bir bütün olarak söz konusu şekli (kalem kutusunu) ayırt edici hale getirir.



Üç boyutlu şekil üzerine kazınan sözel/şeklî unsurlar şekle nazaran yeterli kontrast olmadan kullanıldığında (beyaz ekmek kızartma makinesinin üzerinde beyaz renkte gösterim) markanın sicilindeki gösteriminden açıkça anlaşılabilir. Bu durum da o şeklin bir bütün olarak ayırt edici sayılmamasına yol açar.

Kural olarak, ayırt edici olmayan üç boyutlu bir şekil üzerine ayırt edici olmayan bir unsurun işlenmesi o şeklin ayırt edici hale gelmesi için tek başına yeterli değildir.



Yukarıdaki örneklerde yer alan içme suyu şişelerinin üzerinde yer alan ve ayırt edici olmayan unsur [basit geometrik şekil (daire) veya *sparkling* (maden suyu)] ayırt edici olmayan bir şekil (şişe) üzerine işlendiğinde o işareti bir bütün halinde ayırt edici hale getiremeyecektir. Zira burada, tüketiciler nezdinde yaratılan genel izlenim bir teşebbüsün mallarının diğer

teşebbüsün mallarından ayırt edilebilmesi için yeterli değildir.

3. Konum

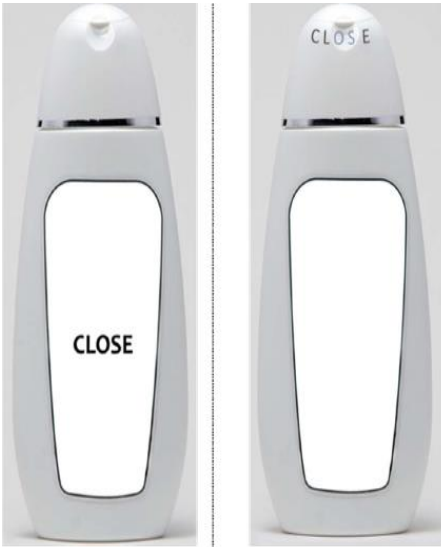
Üç boyutlu marka üzerinde yer alan unsurların konumu da o markanın ayırt ediciliğinin değerlendirilmesinde dikkate alınabilecek faktörlerdendir. Söz konusu unsurlar, sicilde açıkça ayırt edici bir biçimde gösterilmeleri kaydıyla bir bütün halinde o işareti ayırt edici hale getirecektir.



Yukarıdaki örneklerde sözel ve figüratif unsurlar, konumuna bakılmaksızın ayırt edici olarak kabul edilir ve böylece her şekli (ayırt edici olmasa da) bir bütün olarak ayırt edici hale getirir. Köken belirten işaretler genellikle içecek şişelerinin altında yer almasa da bu ihtimal göz ardı edilmemeli ve ayırt edici olmaları kaydıyla bu unsurların ilgili piyasanın gerçeklikleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle bir bütün olarak üç boyutlu şekli ayırt edici hale getirdiği sonucuna ulaşılmalıdır. Örneğin, ayakkabılar bakımından ayırt edici unsurun konumu genellikle ayakkabının içidir ve bu unsurlar ayırt edici oldukları takdirde normalde ayırt edici olmayan bir şekilde (ayakkabı) birlikte kullanıldığında o şekli bir bütün olarak ayırt edici bir üç boyutlu marka haline getirirler.



Yandaki örneklerdeki gibi üç boyutlu bir şekil üzerinde yer alan deskriptif (tasvirî) unsurlar (muhtemel üretim tarihi) o şekli bir bütün olarak ayırt edici hale getirmez. Bu ayırt edici olmayan deskriptif unsurların söz konusu ürünler bakımından olağan olmayan bir konumda (örneğin şişenin altında) kullanılması da o işaretin bir bütün olarak ayırt edici hale gelmesine yetmez.



Bazı durumlarda unsurlar tüketici tarafından ürünlerdeki konumu sebebiyle ayırt edici olarak algılanabilir ve bir bütün olarak üç boyutlu şekli ayırt edici hale getirebilir. Yandaki örneklerde görüldüğü gibi, kozmetik ürünleri bakımından o ürünün açılıp kapandığı yer dışında bir konumda (açılıp kapanmasıyla herhangi bir ilgisi olmayan bir yerde), örneğin söz konusu ürünün ortasında yer alan *close* (kapat) sözcüğü, üç boyutlu şekli ayırt edici hale getirirken (soldaki örnek); bu unsurun, ürünün kapağının yanında, onun ne şekilde açılıp kapanacağını gösterildiğini düşündürecek şekilde kullanılması, o şeklin ayırt edici hale gelmesini sağlayamayacaktır (sağdaki örnek).

B. Renkler

Bir rengin ayırt ediciliği değerlendirilirken aynı türde mal ya da hizmet sunan diğer teşebbüsler için de o renk üzerindeki genel menfaatin haksız yere sınırlandırılmamasına dikkat edilmeli ve soyut bir renk tek başına marka olarak tescil edilmek suretiyle bir kişinin tekeline bırakılmamalıdır¹⁹.

Renklerin mallara ayırt edicilik kazandırmadığı haller şunlardır:

- i. Çoğu durumda kaç renk kullanıldığına bakılmaksızın (bir ya da birden çok renk kullanılmış olabilir) kullanılan renklerin sadece dekoratif bir biçimde algılanması yahut renklerin tüketicilerin tercihin bir sonucu olması (tüketicinin bir arabanın beyaz rengini veya bir tişörtün kırmızı rengini tercih etmesi gibi),
- ii. Kullanılan rengin bir ürünün doğal rengi (tonları) olması (ahşap bir ürünün kahverengi olması gibi),
- iii. Rengün teknik sebeplerden kaynaklanması (yangın söndürme tüplerinin kırmızı, bazı elektrik kablolarının belirli renklerde olması gibi),
- iv. Belirli bir rengin ilgili sektör bakımından alışlagelmiş olması (yangın söndürme tüplerinin kırmızı olması gibi),
- v. Rengün malların niteliklerini belirtir şekilde anlaşılması [örneğin, aromayla özdeşleşmiş renklerin (limon aroması için sarı, çilek aroması için pembe rengin) yahut rüzgar tribünlerinin

¹⁹ Ayrıca bkz. 6.5.2003 tarihli C-104/01 sayılı Libertel kararı para. 60, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=00027F43FE3C9BF84BEBE48048C466D6?text=&docid=48237&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1483378>, 22.5.2020; 24.06.2004 tarihli C-49/02 sayılı Blau/Gelb kararı para. 41, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49315&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1483480>, 22.5.2020.

ekolojik doğasına atıfla yeşil rengin kullanılması gibi].

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından kabul edildiği üzere; tüketiciler, herhangi bir grafik veya sözel unsur olmadan salt malların rengine yahut ambalajlarının rengine dayanarak, o malları diğer teşebbüslerin mallarından ayırt etme alışkanlığına sahip değillerdir²⁰. Zira kural olarak, soyut bir rengin tek başına ticari köken belirtme fonksiyonu bulunmamaktadır. Bu sebeple, istisnai durumlar dışında bir renk tek başına mal ve hizmetler için ayırt edici olarak kabul edilmez. Ancak her durumda değerlendirme için somut olay bazında inceleme yapılması gerektiği unutulmamalıdır.

Kural olarak, herhangi bir ayırt edici sözel veya şekli unsur olmaksızın bir ürünü belirli bir renkte sunmak tek başına o şekli ayırt edici hale getirmez.



Yandaki örnekte, hafıza kartının sarı renkte sunulması, tüketiciler tarafından onun ticari kökenine ilişkin bir işaret şeklinde algılanmayacağından, söz konusu şekli bir bütün halinde ayırt edici hale getirmez.



Benzer şekilde, yandaki şeklin yeşil renkte olması onun ticari kökeni hakkında değil, niteliği (yeşil renkte yazdığı) hakkında bilgi verdiği için, işaretin bir bütün halinde ayırt edici olmasını sağlamaz.

Bununla birlikte, renklerin mallar için olağan olmayan ve genel olarak akılda kalıcı bir izlenim yaratacak biçimde bir araya getirilmesi işareti bir bütün olarak ayırt edici hale getirir.



Renklerin rüzgar tribünleri üzerinde yandaki gibi bir kombinasyonla kullanılması, ilgili piyasa bakımından alışılmış bir kullanım biçimi olmadığından tüketiciler nezdinde genel olarak akılda kalıcı ve ayırt edici bir izlenim uyandırır.



Garaj kapılarının açılıp kapanması için kullanılan bir motor üzerinde yandaki gibi bir renk kompozisyonunun kullanılması, tüketiciler nezdinde hatırlanması kolay bir izlenim uyandırır. Zira söz konusu ürün kullanım sırasında görünmeyen bir kısımda (iç mekanizmada) kullanılacağından, müşteriler bu kompozisyonu dekoratif bir gösterim yerine ayırt edici ve köken gösterici bir işaret olarak algılar.

²⁰ 6.5.2003 tarihli C-104/01 sayılı Libertel kararı para. 65, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=00027F43FE3C9BF84BEBE48048C466D6?text=&docid=48237&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1483378>, 22.5.2020.



Cep telefonu kılıfları için, renk kombinasyonlarının bu şekilde kullanılması piyasada oldukça yaygındır. Dolayısıyla tüketicilerin söz konusu kombinasyonları köken gösteren bir işaret olarak algılaması mümkün olmayıp, ayırt edici olmayan bu kompozisyonlar sadece dekoratif nitelik taşımaktadır.



Benzer şekilde yandaki renk kombinasyonunun, sandalyelerin ticari kökenini belirtmek yerine dekoratif bir mesaj içerdiğini ve bu sebeple şekli bir bütün olarak ayırt edici hale getirmeyeceğini söylemek mümkündür.

C. Birden Fazla Unsurun Kombinasyonu

Üç boyutlu bir markanın yukarıdaki unsurların birden fazlasını içerebileceği durumların yaşanması muhtemeldir. Her halükârda işaretin ayırt ediciliği bu unsurların kombinasyonu tarafından yaratılan genel izlenime bağlıdır.

Boyut, konum ve kontrast gibi çeşitli faktörler, sözel ve/veya şekli unsurların ayırt edicilik kazanabilmesi için yeterli açıklıkta gösterilmediği takdirde işarete ayırt edici bir genel izlenim kazandırmaz.



Üç boyutlu şekil üzerinde yer alan sözel unsurun (ECS kabartması) küçük bir boyutta, özellik taşımayan bir konumda ve kontrast olmaksızın kullanılması tüketiciler nezdinde ayırt edici bir genel izlenim uyandırmaz ve o işaretin bir bütün olarak ayırt edici hale gelmesini sağlamaz.



Keza yandaki örnekte olduğu gibi, üç boyutlu şekil üzerinde yer alan sözel ve/veya figüratif unsur, son derece küçük boyutu sebebiyle yakından (detaylı) bir inceleme yapılmadan fark edilemeyeceği için üç boyutlu bir şeklin diğerlerinden ayırt edilmesini sağlamaya elverişli değildir.



Bu örnekte ise üç boyutlu şekil üzerinde yer alan sözel unsur, boyutu ve yüksek kontrastı sebebiyle bir bütün olarak o şeklin ayırt edici hale gelmesini sağlar.

Ayırt edici olmayan bir şeklin tek başlarına ayırt edicilikten uzak sözel ve/veya şekli unsurlarla kombine edilmesi o şekli bir bütün olarak ayırt edici hale getirmeye yetmez.



Üzerinde kullanıldığı mallar hakkında tasvirî bilgiler (üretim yılı ve nitelik) içeren sözel/şeklî unsurlar, o şekli ayırt edici hale getirmez. Şeklin merkezinde bir yerde olmalarına, büyük boyutlarına ve yeterli kontrasta rağmen tüketiciler bu kombinasyonu köken belirten bir işaret olarak algılamayacaklarından söz konusu şeklin bir bütün halinde ayırt edici nitelik kazandığını söylemek mümkün değildir.



16. sınıftaki mallar (ambalajlar) üzerinde basit geometrik şekillerin (üçgen, daire ve dikdörtgen) gelişigüzel bir biçimde kullanılması ve 25. sınıftaki malların (ayakkabılar) tipik ambalajının (ayakkabı kutusu) kombinasyonundan oluşan üç boyutlu marka, tüketiciler bu kompozisyonu ticari köken belirten bir işaret yerine ambalajın muhtemel tasarımı şeklinde algılayacağından, genel izlenim olarak ayırt edici kabul edilemez.



Mısır gevreği kutusu üzerinde yer alan ayırt edici olmayan unsurlar (içerisinde mısır gevreği ve çilek parçaları bulunan bir kase görseli ve çeşitli tasvirî bilgiler) bir bütün olarak o şekli ayırt edici hale getirmeye elverişli değildir. Zira tüketiciler söz konusu unsurları o mala ilişkin olağan görseller ve nitelik belirten işaretler olarak algılamaktadır.



Benzer şekilde yandaki örnekte olduğu gibi, ayırt edici olmayan birden çok unsurun [çikolata yazısı ve bu çikolatanın niteliklerine ilişkin tasvirî bilgiler (bademli, sütlü ve %30 oranında kakao içermesi gibi)] (gelişigüzel bir biçimde) birlikte kullanılması da o şekli bir bütün olarak ayırt edici hale getirmez.

Bununla birlikte, ayırt edici olmayan bir şekil üzerinde yine tek başına ayırt ediciliği bulunmayan birden çok unsurun özellikli bir biçimde bir araya getirilmesi, tüketiciler nezdinde yaratılan algı sebebiyle bazı durumlarda o şeklin köken belirten bir işaret şeklinde anlaşılmasını sağlayabilir.



Bir ambalaj üzerinde yer alan tasvirî bilgilerin (sadece 100 kalori, sütlü, bademli, lezzetli, organik, 100 gram, %65 kakao, çikolata) özellikli bir biçimde (yandaki örnekteki gibi bir güneş yahut çiçek şeklinde) bir araya getirilmesi, onların tüketiciler tarafından köken belirten işaretler olarak algılanmasını ve bir bütün olarak şeklin ayırt edici hale gelmesini sağlar.



Birden çok kırmızı noktanın yüksek kontrast oluşturacak bir renk kombinasyonu, ilgili piyasa bakımından (şarap şişesi) olağan olmayan bir kompozisyon içerisinde müşterilere sunulması işareti bir bütün olarak ayırt edici hale getirir.



Birden çok kırmızı noktanın yüksek kontrast oluşturacak bir renk kompozisyonuyla kullanıldığı yandaki gibi bir örnekte ise, bu renk tasarımı dekoratif bir öge olarak algılanacaktır. Zira söz konusu görsel unsurların ilgili piyasada kullanılan ürünler (kahve kupası) üzerinde tasarım amacıyla kullanılması oldukça yaygındır ve dolayısıyla bu tasarım bir bütün olarak o işareti ayırt edici hale getirmeye elverişli değildir.



Genellikle, ayırt edici bir unsur (ECS) ayırt edici olmayan bazı unsurlarla (bademli, sütlü %30 Kakao, Çikolata) ayırt edici olmayan bir şekil üzerinde (alışılmış çikolata ambalajı) boyutu, konumu ve kontrastı sebebiyle diğer tüm unsurlar arasında açık bir biçimde rahatlıkla ayırt edilebildiği takdirde, üç boyutlu markayı bir bütün olarak ayırt edici hale getirebilir.

Bununla birlikte, normalde ayırt edici olan bir unsurun ayırt edici olmayan diğer unsurlar sebebiyle ve bunlar arasında tüketiciler tarafından hemen algılanamayacak bir biçimde kullanılması halinde, söz konusu kombinasyon bir bütün olarak ayırt edici hale gelmeyecektir.



Yandaki örnekte sözel unsur (bademlerin üzerinde yer alan küçük ve beyaz ECS yazısı) ayırt edici olmayan birçok unsur arasında kaybolmuş ve açıkça fark edilmeyecek bir biçimde kullanılmıştır. Söz konusu unsur, konumu, boyutu ve kontrast yokluğu sebebiyle tüketiciler tarafından dikkatli bir inceleme yapılmadan ayırt edilemeyeceğinden işareti bir bütün olarak ayırt edici hale getirmez.

III. SONUÇ

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ağı tarafından Nisan 2020’de açıklanan ve kendisi ayırt edici olmayan üç boyutlu şekillerin bazı sözel/şekli unsurlar eklenmek suretiyle ayırt edici nitelik kazanıp kazanamayacağına ilişkin genel ilkeleri ortaya koymanın ve Ağ üyesi ülkeler arasında uygulanan kuralları yeknesaklaştırmanın amaçlandığı ortak uygulama kurallarının (CP 9), özellikle içerdiği örnekler sayesinde son derece önemli değerlendirmeler içerdiğini söylemek mümkündür. Konu hakkında daha önce Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilen kararlar göz önünde bulundurularak hazırlanan söz konusu ortak uygulama metni, kendisi ayırt edici olmayan ve çoğu zaman malın olağan şeklini içeren üç boyutlu markaların, ayırt edici bazı sözel ve/veya şekli unsurlar kullanılmak suretiyle ayırt edici hale geleceğini belirtmektedir. Kullanılan bu sözel ve/veya şekli unsurların ayırt edici olup olmadığı belirlenirken onların boyutu, konumu ve kontrastı ile rengi yahut bunların birden fazlası dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Bu değerlendirmeler yapılırken, kullanılan tüm unsurların bir bütün halinde o üç boyutlu şekli ayırt edici hale getirip getirmediği, hedef tüketici kitlesi üzerinde yarattıkları genel izlenim ve ilgili malların ait olduğu piyasanın gerçeklikleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Son olarak belirtmek isteriz ki, her ne kadar Türkiye bir AB üyesi ve Türk Patent ve Marka Kurumu Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ağı’nın doğrudan bir üyesi olmasa da, AB marka hukuku bakımından yol gösterici nitelikteki bu ortak uygulama metni -Türk marka mevzuatının mehzarının büyük ölçüde AB marka mevzuatı olduğu düşünüldüğünde- Türk hukuku bakımından da uygulayıcılara yol gösterici nitelik taşıyacaktır.

KAYNAKÇA

- <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=00027F43FE3C9BF84BEBE48048C466D6?text=&docid=48237&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1483378>
- <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49315&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1483480>
- https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/News/cp9/CP9_en.pdf
- <https://www.tmdn.org/network/converging-practices>
- <https://www.tmdn.org/network/other-members>
- https://www.tmdn.org/network/what_is_europeantmdn

**CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE CUMHURBAŞKANININ
SORUMLULUĞU**


ACCOUNTABILITY OF THE PRESIDENT IN THE PRESIDENTIAL SYSTEM OF TURKEY

Bayram DOĞAN*  & İdris DOĞAN** **Makale Bilgi**Gönderilme: 04/05/2020
Kabul: 30/08/2020**Anahtar Kelimeler***Hükümet Sistemi,
Cumhurbaşkanlığı
Sistemi,
Cumhurbaşkanının
Sorumluluğu,
6771 sayılı Anayasa
Değişikliği Kanunu,
Soruşturma.***Özet**

6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklik sonrası Türkiye'de uygulanan parlamenter sistem yerini Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine bırakmıştır. Halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının 9 Temmuz 2018 tarihinde göreve başlamasıyla yeni hükümet sistemi bütün yönleriyle yürürlüğe girmiştir. Yeni sistemde Cumhurbaşkanı hem devletin başı hem de sorumlu bir siyasetçi statüsünde hükümetin tek yetkili kişisidir. Bu açıdan parlamenter sistemdeki sorumsuz ve sembolik yetkileri olan Cumhurbaşkanı veya devlet başkanından çok farklı bir sorumluluğu söz konusudur. Bu itibarla Cumhurbaşkanının sorumluluğu; siyasi, hukuki ve cezai sorumluluk olarak üç ana başlık altında incelenmelidir. Keza Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili ve kişisel sorumluluğu birbirinden ayrılarak değerlendirilmelidir. Bu çalışmada, 16 Nisan 2017 tarihli Anayasa değişikliği referandumu sonrası 9 Temmuz 2018 tarihinde Cumhurbaşkanının göreve başlamasıyla birlikte yürürlüğe giren Anayasa değişikliğinde Cumhurbaşkanının sorumluluğunun kapsamının nasıl düzenlendiği, söz konusu Anayasa değişikliği öncesi hükümler ile karşılaştırmalı bir analiz yapılarak Anayasa hukuku disiplini açısından özel ve sistematik yorum yöntemleri kullanılarak ele alınmıştır. Bu çerçevede, Cumhurbaşkanının TBMM karşısında siyasi sorumluluğunun olmadığı sadece halka karşı sorumlu olduğu görülmüş; keza görevi nedeniyle sahip olduğu yargısal korumanın görev sonrasında da görevle ilgili olmayan konuları kapsamı nedeniyle Cumhurbaşkanını adeta ömür boyu dokunulmaz kılabileceği sonucuna varılmıştır. Cezai sorumluluk yönünden ise, TBMM tarafından Cumhurbaşkanı hakkında soruşturma açılmasının çok güçleştirildiği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla soruşturmada TBMM'deki asgari yeter sayılar, sorumluluk prosedürünün işletilmesine bağlanan sonuçlar, Cumhurbaşkanına adeta koruyucu bir kalkan yapıldığı izlenimini uyandırmaktadır.

Article InfoReceived: 04/05/2020
Accepted: 30/08/2020**Keywords***Governmental System,
Presidential System,
Accountability of
President,
Law no 6771,
Investigation.***Abstract**

After amendments to the Constitution with Law No. 6771 replaced the parliamentary system implemented in Turkey has left the presidential system of government. The new government system came into force in all aspects with the election of the President elected by the people on July 9, 2018. In the new system, the President is both the head of the state and the sole authority of the government in the status of a responsible politician. In this respect, it has a very different responsibility than the President, who has irresponsible and symbolic powers in the parliamentary system. In this respect, the responsibility of the President; It should be examined under three main headings as political, legal and criminal responsibility. Likewise, the personal responsibility and personal responsibility of the President were separated from each other and evaluated. In this study, After the referendum on the April 16, 2017 Constitutional amendment and the President's office on July 9, 2018, how the scope of the responsibility of the President was regulated in the Constitutional amendment, which was put into effect, a comparative analysis was made with the pre-constitutional amendments and the verbal and systematic interpretation methods were used in terms of the Constitutional law discipline. In this framework, the President; It was seen that he was not responsible for the people only, he did not have political responsibility against the Turkish Grand National Assembly, and that the judicial protection he had for his duty included the subjects not related to the task after the duty, and that he could make the President virtually untouchable for life. In terms of criminal responsibility, it was evaluated that it is very difficult to open an investigation against the President by the Turkish Grand National Assembly. Therefore, the minimum quorum in the investigation and the results related to the operation of the responsibility procedure give the President the impression that a protective shield has been made.

 Bu eser Creative Commons Atf 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır

* Dr. Öğr. Üyesi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, İİBF Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri ABD.

** Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

I. GİRİŞ

“Kişinin kendi davranışlarının veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi, sorum, mesuliyet”¹ anlamına gelen sorumluluk, hukuki anlamda ise kişinin yaptığı işlem veya eylemler nedeniyle hukuk düzeni karşısındaki yükümlülüğünü ifade etmektedir.² Siyasi, cezai ve hukuki boyutu olan sorumluluk olgusu, Anayasa hukuku kapsamında, özellikle devlet başkanının kişisel veya görevi ile ilgili işlem ve eylemleri nedeniyle söz konusu olmakta ve hükümet sistemlerinin yapısına göre farklı özellikler göstermektedir.

Parlamente hükümet sistemlerinde, devlet başkanının göreve geliş tarzı ne olursa olsun, sorumsuzluğu esastır. Parlamento monarşilerde, kralın siyasi sorumsuzluğunun yanı sıra cezai sorumsuzluğu da mutlak olarak kabul edilmektedir. Nitekim bu husus parlamente sistemin anavatanı olan İngiltere’de, “*Kral kötülük yapmaz. Kral bir bakanı öldürürse, bundan Başbakan sorumludur, eğer Başbakanı öldürürse kimse sorumlu değildir.*” şeklinde ifade edilmektedir. Parlamento cumhuriyetlerde ise Cumhurbaşkanının cezai sorumsuzluğu mutlak olmayıp görevi ile ilgili suçlarla sınırlıdır. Cumhurbaşkanı, görevi ile ilgili olmayan kişisel suçlarından ise her vatandaş gibi sorumludur.³

Kuvvetlerin sert ayrımına dayanan başkanlık sisteminde ise devlet başkanının sorumluluğu, parlamente sistemlere göre farklılaşmaktadır. Öncelikle başkanlık sisteminde, devlet başkanı halk tarafından seçildiği için siyasi sorumluluğu da halka karşıdır. Başkanın parlamentoya karşı siyasi sorumluluğu bulunmamaktadır.⁴ Cezai sorumluluk bakımından ise devlet başkanının sorumluluğu tamdır. Bu sorumluluk impeachment adı verilen bir yasama meclisi soruşturması yoluyla işletilmektedir.⁵

Türkiye’de 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan Anayasa değişikliğiyle birlikte Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. Başkanlık sisteminin Türkiye’ye özgü bir uyarlaması olan⁶ Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, yürütmenin monist yapısı gereği yetkileri artan Cumhurbaşkanının sorumluluğu da buna paralel olarak artmıştır. Değişiklik öncesi, parlamente sistemin yapısına uygun olarak sorumsuz olan Cumhurbaşkanının yerini yeni sistemde, sorumlu ve hesap sorulabilen bir Cumhurbaşkanı almıştır.

2017 Anayasa değişikliği öncesinde, Cumhurbaşkanının sorumluluğu ile ilgili birçok konuda belirsizlik bulunmaktaydı. Özellikle Cumhurbaşkanının sorumsuzluğunun tek istisnası olan vatana ihanet kavramının içeriği, Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevinin sona erip ermeyeceği ve Cumhurbaşkanının yasama dokunulmazlığından yararlanıp yararlanamayacağı gibi hususlar, doktrinde sıklıkla tartışılan konular olmuştur.

Türkiye’de 9 Temmuz 2018 tarihinde bütün unsurlarıyla yürürlüğe giren yeni sistem ile birlikte Cumhurbaşkanının sorumluluğunu düzenleyen 105. maddede önemli değişiklikler yapılmıştır. Değişiklik öncesi “*sorumluluk ve sorumsuzluk hali*” başlığını taşıyan madde, “*Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu*” başlığıyla yeniden düzenlenmiş ve Cumhurbaşkanının özellikle cezai sorumluluğuna ilişkin birçok husus netleştirilmiştir. Ancak yeni sistemde de Cumhurbaşkanının siyasi ve hukuki sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı gibi cezai sorumluluğa ilişkin bazı hususlar tam olarak açıklığa kavuşturulmuş değildir. Bu bakımdan gerek Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna ilişkin yapılan düzenlemenin içeriğinin ve sınırlarının belirlenmesi gerek siyasi ve hukuki sorumluluğunun çerçevesinin çizilmesi önem arz etmektedir.

¹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <http://tdk.gov.tr>, (01.04.2020)

² YÜCEL, Bülent: “Devlet Başkanı Sorumsuzluğunun Hükümet Sistemine Yansımaları ve Türkiye Uygulaması”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Akar ÖCAL Armağanı), 2016, 3(Özel Sayı), s.124.

³ ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 19. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.309-310; TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.358-359.

⁴ TUNÇ, Hasan: Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s.181.

⁵ KÜÇÜK, Adnan: “Ak Parti’nin Başkanlık Sistemi Modelinin ABD’deki Başkanlık Sistemi Modelinden Farklılık Arz Eden Yönleri”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2016, 6(1), s.37; GÖZLER, Kemal: Devlet Başkanları, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2016, s.24-26.

⁶ KÜÇÜK, Adnan: “Yeni Anayasa Değişikliği İle Getirilmek İstenen Türkiye’ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler”, Liberal Düşünce Dergisi, 2017, (85), s.168; BİLİR, Faruk: “Türkiye’ye Özgü Yeni Bir Hükümet Modeli: Cumhurbaşkanlığı Sistemi”, Yeni Türkiye Dergisi (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı), 2017, S.94, s.527.

Bu amaçla hazırlanan bu çalışmada, Cumhurbaşkanının sorumluluğu, 2017 Anayasa değişikliği öncesi ve sonrası düzenlemeler karşılaştırılarak siyasi, cezai ve hukuki boyutta analiz edilmiştir. Bu kapsamda Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili sorumluluğu ve kişisel sorumluluğu ayrı ayrı incelenerek sorumluluğun kapsamı ve sınırları, doktrinde ileri sürülen görüşler ışığında değerlendirilmiştir.

II. CUMHURBAŞKANININ SİYASİ SORUMLULUĞU

Siyasi sorumluluk, yönetenlerin egemene karşı sorumluluğudur. Demokrasilerde egemenliğin sahibi halk olduğuna göre, siyasi sorumluluk da doğrudan halka veya halkın temsilcilerine karşıdır.⁷ Yönetenlerin siyasi sorumluluğu, sosyal, kültürel, ekonomik, idari veya askeri konularla ilgili olabilir veya yürütülen dış politikadan kaynaklanabilir. Başka bir deyişle yönetenlerin her türlü işlem ve eylemi, siyasi sorumluluğun konusu olabilir. Siyasi sorumluluğun yaptırımı ise sorumlu kişinin görevden alınmasıdır.⁸

Parlenter sistemlerde, devlet başkanının siyasi sorumluluğu bulunmamaktadır⁹. Dolayısıyla monarşilerde monark, yaşadığı sürece; cumhuriyetlerde de Cumhurbaşkanı, seçim dönemi içerisinde, görevden alınmazlar.¹⁰ Bu durum, parlenter sistemlerde yürütmenin düalist (iki başlı) yapıda olmasıyla ilgilidir. Kuvvetlerin yumuşak ayrılığına dayanan ve yasama ile yürütme organlarının işbirliği içerisinde bulunduğu parlenter sistemlerde¹¹, yürütmenin bir tarafında bakanlar kurulu diğer tarafında ise devlet başkanı (kral veya Cumhurbaşkanı) yer almaktadır.¹² Parlamentoya karşı sorumsuz olan devlet başkanının bütün işlemleri, parlamentoya karşı sorumlu olan Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanmaktadır. Karşı imza kuralı olarak ifade edilen bu kural, parlenter sistemin temel ilkelerinden birini oluşturmakta ve yürütme yetkisinin aslında devlet başkanında değil, yürütmenin sorumlu kanadı olan bakanlar kurulunda olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan, kamu hukukunun temel ilkelerinden olan yetki ve sorumluluğun birbirine paralel olması ilkesi gereğince, yetkisiz olan devlet başkanının siyasal sorumluluğu da yoktur.¹³ Bu nedenle parlenter sistemlerde, halkın veya parlamentonun devlet başkanını görevden alması mümkün değildir. Buna karşın yürütmenin yetkili ve sorumlu kanadı olan bakanlar kurulu, parlamento tarafından güvensizlik oyuyla her zaman görevden alınabilir.¹⁴

Başkanlık sistemi ise kuvvetlerin sert ayrılığına dayandığı için, yasama ve yürütme organları, hem göreve gelişleri hem de görevi sürdürmeleri açısından birbirinden tamamen bağımsızdır.¹⁵ Başkanlık sisteminde, yürütme organı monist (tekçi) yapıdadır. Sadece başkandan oluşan yürütme organı, halk tarafından seçilmektedir ve halka karşı sorumludur. Dolayısıyla halk tarafından seçilen başkanın, parlamentoya karşı siyasi sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle başkanın, parlamento tarafından görevden alınması söz konusu değildir.¹⁶ Başkanlık sisteminde, başkanın görevinin sona ermesi sonucunu doğurabilecek bir meclis soruşturması (impeachment) yolu bulunmaktadır ancak bu yol, aksi yönde görüşler olsa da, başkanın siyasi değil cezai sorumluluğu ile ilgilidir.¹⁷

2017 Anayasa değişikliğiyle birlikte Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesi üzerine, Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğu da yeni sistemin yapısına göre şekillenmiştir. Bu bakımdan Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğunu, 2017 Anayasa değişikliği öncesi ve sonrası olmak üzere, iki kısımda incelemek yerinde olacaktır.

⁷ GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019, s.855-856.

⁸ ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.300.

⁹ KÜÇÜK, Adnan: Türkiye’de Başkanlık Sistemi, Adres Yayınları, Ankara, 2020, s.201-203.

¹⁰ TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi:1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.349-350.

¹¹ ÖZER, Atilla: Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.147; KILIÇ, Abbas: “Siyasi Sorumluluk Kurumunun Hükümet Sistemleri Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, (8), s.281.

¹² GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.855-856; FENDOĞLU, Hasan Tahsin: “Başkanlık Sistemi Tartışmaları”, SDE Analiz, Ankara, 2010, s.10.

¹³ ÖZBUDUN, s.309-310; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.349-350.

¹⁴ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.328.

¹⁵ TUNÇ, Hasan: Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s.176; KILIÇ, s.281; ÖZER, s.185.

¹⁶ FENDOĞLU, Hasan Tahsin: Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.510-511; ÖZER, s.185; TUNÇ, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, s.176.

¹⁷ KÜÇÜK, Adnan: “Ak Parti’nin Başkanlık Sistemi ...”, s.37; YILDIZ, Abdulkadir: “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu Meselesi”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2019, 9(1), s.7.

A. 2017 Anayasa Değişikliği Öncesi

Türkiye’de, 2017 Anayasa değişikliğinden önce, Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğu, klasik parlamenter sistemdekine paralel olarak düzenlenmişti.¹⁸ 1982 Anayasası’nın değişiklikten önceki, “sorumluluk ve sorumsuzluk hali” başlıklı 105. maddesinin 1. fıkrasında, “Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.” hükmüne yer verilmişti. Bu hüküm, parlamenter sistemdeki karşı imza kuralı gereği, sorumluluğun Başbakan ve ilgili bakanda olduğunu göstermekteydi¹⁹. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının bu işlem veya kararlardan dolayı sorumluluğu bulunmamaktaydı.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, “Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamayacağı” düzenlenmişti. Ancak Anayasa’da, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin hangileri olduğu açıkça belirtilmemekteydi.²⁰ Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler karşı imza kuralına da tabi olmadığı için bu işlemler dolayısıyla ne Cumhurbaşkanının ne de Başbakan ve ilgili bakanın sorumluluğu bulunmaktaydı.²¹

Cumhurbaşkanının sorumsuzluğunun tek istisnası, 105. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmişti. Bu hükümde, “Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır.” denilmekteydi. Ancak bu sorumluluk da Cumhurbaşkanın siyasi sorumluluğundan çok cezai sorumluluğu ile ilişkiliydi.²²

Sonuç olarak 2017 Anayasa değişiklikleri öncesinde, Cumhurbaşkanının parlamentoya karşı siyasi sorumluluğu bulunmamaktaydı. TBMM’nin denetim araçları olan soru, genel görüşme, meclis araştırması ve gensoru da Cumhurbaşkanı hakkında kullanılamamaktaydı. Bu denetim araçları, parlamenter sistemde yürütmenin sorumlu kanadı olan bakanlar kurulunun denetlenmesine yönelikti. Dolayısıyla Anayasa’da Cumhurbaşkanının parlamento tarafından görevden alınmasına yönelik bir usul bulunmamaktaydı.²³

B. 2017 Anayasa Değişikliği Sonrası

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesi ile birlikte yürütmede tek ve yetkili makam olarak Cumhurbaşkanı belirlenmiştir. Dolayısıyla parlamenter sistemdeki karşı imza kuralı gereği, sorumluluğun Başbakan ve ilgili bakana ait olması durumu ortadan kaldırdığı gibi Anayasa’nın 125. maddesinde yapılan değişiklikle, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında olduğuna ilişkin hüküm de kaldırılmıştır.²⁴

Yeni hükümet sisteminde, başkanlık sisteminin mantığı gereği, Cumhurbaşkanının TBMM karşısında kural olarak siyasi sorumluluğu yoktur. Bu nedenle Cumhurbaşkanının TBMM veya halk tarafından görevinden uzaklaştırılması mümkün değildir. Dolayısıyla 5 yıllığına halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının, gerek TBMM gerek başkaca bir erk veyahut halk tarafından azledilmesi söz konusu değildir.²⁵ Ancak Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde,

¹⁸ AYKANAT, Tuba: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu, Adalet Yayınları, Ankara, 2019, s.94.

¹⁹ AYDIN, Abdullah/BELLİ, Aziz: “Cumhurbaşkanlığı ve Meşriyet Tartışmaları”, Türkiye Seçim Sistemindeki Değişim Cumhurbaşkanlığı Seçime ve Medya İletişim ve Siyaset Odaklı İncelemeler, (Ed.: Faruk Temel ve Onur Önürmen), Nobel Yayıncılık, Ankara, 2015, s.98.

²⁰ ÖZBUDUN, s.311-312; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.350-352.

²¹ DOĞAN, Bayram: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararlarının Yargısal Denetimi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 9(2), s.292-293; TAŞKIN, Ş. Cankat: “1982 Anayasası’nda Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu”, TBB Dergisi, 2011, (2), s.393; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.857-858.

²² YILDIZ, s.7.

²³ TUNÇ, Hasan: Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s.298-299; Gözler, 2007 Anayasa değişiklikleri ile cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi ve bir kişinin iki defa cumhurbaşkanı olabilmesinin mümkün kılınmasıyla, cumhurbaşkanının halka karşı siyasi sorumluluğunun ortaya çıktığını; birinci dönemdeki faaliyetleri beğenilmeyen cumhurbaşkanının halk tarafından ikinci dönem seçilmeyerek siyasi sorumluluğunun gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.328.

²⁴ GÜL, Cengiz: “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Dinamikleri ve Yürütmenin Yeni Konumu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 13(2), s.241; AYKANAT, s.96.

²⁵ KÜÇÜK, Türkiye’de Başkanlık Sistemi, s.202; TUNÇ, Türk Anayasa Hukuku, s.298-299; ATAR, s.299.

başkanlık sisteminden farklı olarak, hem yasama hem de yürütme organına seçimleri yenileyebilme yetkisi verilmiştir.²⁶ Anayasa'nın 116. maddesine göre, Cumhurbaşkanının seçimleri yenileme yetkisini kullanması halinde, Cumhurbaşkanlığı seçimi ile birlikte TBMM seçimi de yapılacaktır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı, meclisi feshettiğinde kendi görevi de sona erecek ve yeniden Cumhurbaşkanlığı seçimi yapılacaktır. Buna karşın TBMM'nin de üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararıyla seçimleri yenileme yetkisi bulunmaktadır. Bu durumda da Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yenilenmesi gerekecektir. Bu düzenlemeyle, yasama ve yürütme arasında bir denge ve denetim mekanizması oluşturularak, olası siyasi krizlerin önüne geçilmek istenmiştir.²⁷ İşte bu durumda TBMM, her ne kadar Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğuna dayanarak görevine son veremiyorsa da seçimleri yenileme yetkisini kullanarak, başarısız bulunduğu Cumhurbaşkanının yeniden seçime gitmek zorunda kalmasını sağlayabilecektir. Bu durumda halk tarafından da başarısız bulunan bir Cumhurbaşkanı tekrar seçilemeyecektir.²⁸ Dolayısıyla başkanlık sisteminde, başkan sadece halka karşı sorumluyken, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, Cumhurbaşkanı aynı zamanda meclise karşı da sorumlu hale gelmektedir.²⁹

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, Cumhurbaşkanı halk tarafından seçildiği için siyasi sorumluluğu da aslında halka karşıdır ve bu sorumluluk ancak seçimler yoluyla ortaya çıkarılabilir.³⁰ Dolayısıyla her Cumhurbaşkanlığı seçimi, siyasi sorumluluğa gidilebilmesi için bir araçtır.³¹ Gerek olağan görev süresinin sonunda gerek seçimlerin yenilenmesi neticesinde tekrar seçilmek için halkın karşısına çıkan Cumhurbaşkanı adayı, ilk döneminde gösterdiği performans halk tarafından beğenilmediği takdirde, tekrar seçilemeyecek ve bu şekilde halka hesap vermiş olacaktır.³² Bu durumun ikinci dönem için yeniden seçilmek isteyen Cumhurbaşkanı üzerinde daha fazla etkili olacağını, ikinci dönemini yaşayan Cumhurbaşkanı açısından ise etkisinin daha az olabileceğini söylemek mümkündür.³³ Ancak ikinci dönemini yaşayan Cumhurbaşkanının, kendisi seçilemeyecek dahi olsa, mensubu olduğu partinin siyasi itibarı ve seçimlerdeki başarısını düşünerek, halka hesap verme sorumluluğuyla hareket etmesi de söz konusu olabilecektir.³⁴

Sonuç olarak Cumhurbaşkanlığı sisteminde, yürütme yetkisinin tek elde toplanmış olması, TBMM'nin kendi seçimiyle birlikte Cumhurbaşkanı seçimlerini yenileme yetkisinin bulunması, Cumhurbaşkanının partili olması ve halk tarafından seçilmesi nedeniyle, parlamenter sistemdeki siyaseten sorumsuz Cumhurbaşkanının yerini siyasi sorumluluğu bulunan Cumhurbaşkanının aldığı kendine özgü bir sistem ve sorumluluk ortaya çıkmıştır.

III. CUMHURBAŞKANININ CEZAI SORUMLULUĞU

Cezai sorumluluk, Türk Ceza Kanunu (TCK) veya diğer kanunlarda suç olarak düzenlenen fiillerin işlenmesinden kaynaklanan sorumluluk olup yaptırımı ise hapis veya adli para cezasıdır. Ayrıca suç olarak nitelenen fiiller nedeniyle, bu yaptırımlara ek olarak müsadere ve hapis cezasının sonucu olarak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbirleri de uygulanabilmektedir.

Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu da bu kapsamda, görevden ayrılma sonucunu doğurabilecek nitelikte bir sorumluluk olup³⁵, önemi dolayısıyla Anayasa'da özel olarak

²⁶ ATAR, s.300.

²⁷ GÖNENÇ, M. Levent: "Uygulamada Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", TEPAV Politika Notu, Mayıs 2018, s.5, https://www.tepav.org.tr/upload/files/1526884486-7.Uygulamada_Cumhurbaşkanligi_Hukümet_Sistemi.pdf, (Erişim Tarihi: 03.04.2020).

²⁸ ATAR, s.300; Gözler, seçimleri yenilemek konusunda, cumhurbaşkanı ve TBMM'nin eşit konumda olmadığını, TBMM'nin seçimleri yenileyebilmesi için üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuna (360 üye) ihtiyacı olduğunu, bu nedenle TBMM'nin seçimleri yenilemeye karar verme ihtimalinin çok düşük olduğunu ifade etmektedir. GÖZLER, Kemal: "Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa: 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri", 23.12.2016, s.2, <http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.04.2020).

²⁹ GÖZLER, "Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa...", s.2; GÜL, s.394; BİLİR, s.528.

³⁰ ATAR, s.300.

³¹ AYKANAT, s.97.

³² GÜL, s.395; ATAR, s.299.

³³ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.856-857.

³⁴ GÜL, s.395.

³⁵ ATAR, s.300.

düzenlenmiştir.³⁶ Nitekim 1982 Anayasası'nın 2017 Anayasa değişikliği ile yeniden düzenlenen 105. maddesi, "Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu" başlığıyla, bu sorumluluğun mahiyetini ve sonuçlarını düzenlemektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının siyasi ve hukuki sorumluluğuna ilişkin Anayasa'da açık bir hüküm yer almazken, cezai sorumluluğun açıkça düzenlenmiş olması, bu sorumluluk türünün önemini ortaya koymaktadır.

Devlet başkanının siyasi sorumluluğu, cumhuriyet ve monarşilerde benzerlik göstermekte iken cezai sorumluluğu ise farklılaşmaktadır.³⁷ Geleneksel anlamıyla siyasal iktidarın veraset yoluyla elde edildiği monarşilerde, kral veya hükümdar egemenliğin sahibidir. Dolayısıyla kimseye hesap vermek durumunda olmayan kralın sorumluluğu da bulunmamaktadır.³⁸ Cumhuriyetlerde ise egemenliğin halka ait olması nedeniyle, devlet başkanının doğrudan halka veya egemenliği kullanan yetkili organlara karşı sorumluluğu bulunmaktadır.³⁹

Devlet başkanının cezai sorumluluğu, hükümet sistemlerine göre de farklı nitelikler göstermektedir. Parlamenter sistemde yürütmenin düalist yapısı ve karşı imza kuralı, Cumhurbaşkanını sorumsuz kılmakta; buna karşın sorumluluğu, yürütmenin diğer kanadı olan bakanlar kuruluna yüklemektedir.⁴⁰ Oysaki başkanlık sisteminde yürütmenin monist yapıda olması ve doğrudan halk tarafından seçilmesi, devlet başkanının işlem ve eylemleri dolayısıyla sorumluluğunu gerektirmektedir. Bu sorumluluk, genellikle cezai sorumluluk şeklinde ortaya çıkmakta ve başkanın görevinin sona ermesi sonucunu doğurabilen bir denge ve denetim aracı görevi görmektedir.⁴¹

Impeachment (suçlandırma) olarak adlandırılan bu denetim aracı, başkanlık sisteminde, parlamento tarafından başkana karşı kullanılabilen en önemli denetim mekanizmasıdır.⁴² Impeachment sorumluluk türü siyasi veya hukuki değil cezai niteliktedir. Dolayısıyla başkanların cezai açıdan suçlandırılarak soruşturulmasını sağlar. Bu denetim mekanizmasının Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında, suçlandırma yetkisi Temsilciler Meclisine, yargılama yetkisi ise Senatoya aittir. Başkan ancak vatana ihanet, rüşvet ve diğer ağır suçlardan dolayı suçlandırılabilir. Temsilciler Meclisinin oy çokluğu ile başkan hakkında olumsuz yönde karar vermesi halinde, yargılama, Yüksek Mahkeme (Supreme Court) Başkanı vasıtasıyla Senato yapılmaktadır. Senatonun üçte iki çoğunlukla mahkûmiyet kararı vermesi halinde başkanın görevi sona ermektedir.⁴³

Bu noktada, 1982 Anayasası'ndan önceki Türk Anayasaları'nda devlet başkanlarının sorumluluğu meselesinin düzenlenişine de kısaca değinmekte fayda vardır. 1876 Anayasası'nın 5. maddesinde, padişahın kişiliğinin kutsal ve sorumsuz olduğu ifade edilmiştir. Bu maddeden padişahın hem kişisel suçlarından hem de görevine ilişkin suçlarından dolayı ceza sorumluluğunun bulunmadığı çıkarılabilir.⁴⁴ 1921 Anayasası'nda ise (1923 değişikliklerine kadar) devlet başkanlığı makamı bulunmadığından devlet başkanının sorumluluğu meselesinden bahsetmek mümkün değildir. 1923 değişiklikleri ile gelen Cumhurbaşkanlığı makamı hakkında, bu makamda bulunan kişilerin cezai sorumlulukları hakkında özel bir hüküm getirilmemiştir. Dolayısıyla bu sorumluluğun genel hükümlere göre belirlenmesi gerektiği ifade edilebilir.⁴⁵

1924 Anayasası'na göre, Cumhurbaşkanının bütün kararları Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanır. Bu kararlardan doğan bütün sorumluluklar 41. madde gereği, kararı imzalayan Başbakan ve ilgili bakana aittir. Vatana ihanet halinde ise Cumhurbaşkanı, Meclis tarafından sorumlu tutulabilir. Cumhurbaşkanının kişisel cezai sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda ise Anayasa'nın milletvekili dokunulmazlığına ilişkin 17. maddesi uygulama

³⁶ AYKANAT, s.112.

³⁷ YILDIZ, s.7.

³⁸ ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.260.

³⁹ YILDIZ, s.7.

⁴⁰ ÖZTÜRK, Namık Kemal: Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.295.

⁴¹ GÜLENER, Serdar/İBİŞ, Nemi: "Cumhurbaşkanlığı Sistemi", SETA Analiz, 2017, (190), s.14.

⁴² TUNÇ, Türk Anayasa Hukuku, s.299-300.

⁴³ FENDOĞLU, Anayasa Hukuku, s.606-607; KÜÇÜK, "Ak Parti'nin Başkanlık Sistemi ...", s.37; ÖZTÜRK, Namık Kemal, "Amerikan Başkanlık Sistemi ve Bürokrasi", Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi: Kamu Yönetiminde Değişim, (Ed. Yüksel DEMİRKAYA), Hiperyayın, İstanbul, 2018, s.216.

⁴⁴ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.53.

⁴⁵ KESKİNSOY, Ömer: 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Statüsü ve Sorumluluğu, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013, s.68-69.

alanı bulur⁴⁶.

1961 Anayasası'nın 98. maddesine göre Cumhurbaşkanının bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanır. Bunlara ilişkin sorumluluk da kararda imzası bulunan Başbakan ve ilgili bakandır. Bu sorumsuzluğun istisnası 99. maddede belirtilmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı sorumludur. Bu sorumluluk, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az üçte ikisinin, Meclislerin birleşik toplantısında vereceği kararlar suçlandırılarak işletilir.⁴⁷ 1961 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olup olmayacağına ve dokunulmazlıktan yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu dönemde, doktrinde ağırlıklı olarak Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olması gerektiği ancak milletvekili dokunulmazlığından yararlanabileceği görüşü benimsenmişti.⁴⁸

Türkiye'de, 2017 Anayasa değişikliğiyle birlikte Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesi üzerine, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu ile ilgili hükümlerde de değişiklikler olmuştur. Değişiklik öncesi parlamenter hükümet sisteminin yapısına göre düzenlenmiş olan Cumhurbaşkanının sorumluluğu, Anayasa değişikliği ile birlikte başkanlık sistemindeki yapıya göre şekillendirilmiştir. Bu kapsamda Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunu 2017 Anayasa değişikliği öncesi ve sonrası olmak üzere iki kısımda incelemek yerinde olacaktır.

A. 2017 Anayasa Değişikliği Öncesi

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Kanun'dan önce Cumhurbaşkanının sorumluluğu, siyasi, cezai ve hukuki ayrımı yapılmaksızın, 105. maddede, “*sorumluluk ve sorumsuzluk hali*” başlığıyla düzenlenmişti.

Söz konusu düzenlemeye göre, Cumhurbaşkanı, görevi ile ilgili işlediği suçlarından dolayı, vatana ihanet suçu hariç, sorumlu değildi.⁴⁹ Bu suçlardan karşı imza kuralı gereği Başbakan ve ilgili bakan sorumluydu. Sorumsuzluğun tek istisnası olan vatana ihanet suçu ise ne TCK'da ne de başka bir ceza kanununda tanımlanmıştı.⁵⁰ Bu nedenle doktrinde, Anayasa'nın 38/1. maddesi ile TCK'nın 2/1. maddesindeki “*kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez*” hükmü gereği, hangi fiillerin vatana ihanet suçunu oluşturduğu kanunda açıkça düzenlenmediği sürece, Cumhurbaşkanının Yüce Divana sevk edilmesi halinde bile cezalandırılmayacağı ifade edilmekteydi.⁵¹ Bununla birlikte bu çalışmanın son kontrollerinin yapıldığı 25 Nisan 2020 tarihine kadar Türkiye'de hiçbir Cumhurbaşkanının, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesinde yargılanmadığını da belirtmek gerekir.

Değişiklikten önce Anayasa'da, vatana ihanetle suçlanan ve TBMM tarafından Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevine devam edip etmeyeceği ile ilgili açık bir hüküm de yoktu. Doktrinde ise, vatana ihanet iddiasıyla yargılanmasına karar verilen Cumhurbaşkanının görevinin kendiliğinden sona ereceği ifade edilmekteydi.⁵² Ancak Cumhurbaşkanının vatana ihanet suçu nedeniyle Yüce Divana sevk edilebilmesi için ulaşılması çok güç olan TBMM üye tamsayısının dörtte üç çoğunluğunun öngörülmesi, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun doğma ihtimalini oldukça azaltmakta idi.⁵³

2017 değişikliğinden önce Anayasa'da Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçlardan dolayı sorumsuzluğu düzenlenmiş iken, görevi dışındaki kişisel suçlarından dolayı sorumluluğuna dair bir düzenleme yapılmamıştı. Doktrinde Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olduğu konusunda genel bir kabul bulunmaktaydı.⁵⁴ Ancak Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı

⁴⁶ KESKİNSOY, s.70-75; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.86-87.

⁴⁷ FENDOĞLU, Anayasa Hukuku, s.246; KESKİNSOY, s.77-78.

⁴⁸ ÇOBAN, Ali Rıza/ERDAĞ, Ali İhsan: “Göreviyle İlgili Olmayan Kişisel Suçlarından Dolayı Cumhurbaşkanının Sorumluluğu ve Yargılanması”, TBB Dergisi, 2008, (75), s.182.

⁴⁹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.858-859.

⁵⁰ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.763; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞIZ, Pınar/TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s.179.

⁵¹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.859-860; GÜL, Cengiz, “Türkiye'de Cumhurbaşkanının Cezai ve Siyasi Sorumluluğu”, Atlas International Refereed Journal on Social Sciences, 2019, 5(19), s.391.

⁵² ÖZER, s.545; FENDOĞLU, Anayasa Hukuku, s.604-605.

⁵³ GÜL, s.391.

⁵⁴ FENDOĞLU, Anayasa Hukuku, s.604-605; ÖZER, s.544; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.764; ÖZBEK/DOĞAN vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.179.

sorumluluğunun işletilmesi konusunda, yasama dokunulmazlığından⁵⁵ yararlanıp yararlanamayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştü.⁵⁶ Bu konuda Özbudun, milletvekilleri ve milletvekili olmayan bakanlar için söz konusu olan dokunulmazlık kurumundan Cumhurbaşkanının evleviyetle yararlanması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁷ Gözler ise, Anayasa’da Cumhurbaşkanının dokunulmazlığına dair bir hüküm bulunmadığını, milletvekilleri için tanınan dokunulmazlığın kıyasen Cumhurbaşkanına da tanındığının söylenemeyeceğini, bu nedenle Cumhurbaşkanının yasama dokunulmazlığından yararlanamayacağını ifade etmiştir.⁵⁸ Kanaatimiz, Cumhurbaşkanının böyle bir suç isnadı karşısında yasama dokunulmazlığından yararlanması gerektiği yönündedir. Zira Anayasanın amacının, devletin ve yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanının basit bir suç şüphesiyle, sıradan bir soruşturma ve kovuşturulma usulüne tabi tutulması olduğunu söylemek güçtür. Çünkü Cumhurbaşkanını, vatana ihanet gibi önemli bir suçlamadan yargılayabilmek için bile TBMM üye tamsayısının dörtte üç çoğunluğunun kararını arayan Anayasa’nın, örneğin basit bir hakaret suçlaması nedeniyle herhangi bir özel yargılama yönteminin uygulanmadığı bir soruşturma ve kovuşturmayı amaçladığı düşünülemez.⁵⁹ Ayrıca kişisel suç iddiası da olsa, milletvekillere tanınan yasama dokunulmazlığının amacında olduğu gibi, Cumhurbaşkanının görevi esnasında bu tür iddia ve suçlamalarla meşgul edilmesi, görevini aksatma riskini doğurabilecektir. Bu bakımdan Cumhurbaşkanının işlediği iddia edilen kişisel suçları hakkında, görevi sona erdikten sonra gerekli soruşturma ve kovuşturma prosedürü yürütülmelidir.

B. 2017 Anayasa Değişikliği Sonrası

Türkiye’de 2017 Anayasa değişikliğine niçin gidildiğini, 2007 yılında 5678 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğinden itibaren ele alarak kısa da olsa açıklamak gerekmektedir. 2007 Anayasa değişikliğine giden süreç nasıl olmuştur? 1982 Anayasası’nda Cumhurbaşkanlığı makamına, klasik parlamenter sisteme pek de uygun olmayan birçok konuda geniş yetkiler verilmişti. 5678 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğine kadar Türkiye’de Cumhurbaşkanları doğrudan TBMM üyelerince seçilmekteydi.

11. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün 2007’de cumhurbaşkanlığı adaylığında yaşanan askeri e-muhtıra ile Anayasa Mahkemesinin 367 kararı⁶⁰ sonrası 21 Ekim 2007 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği referandumu ile Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi başta olmak

⁵⁵ Yasama dokunulmazlığı kurumu; milletvekillerinin yasama faaliyetlerini her türlü endişe ve baskıdan uzak, hür ve bağımsız bir şekilde yerine getirebilmeleri amacı doğrultusunda geliştirilmiştir. Bu nedenle yasama dokunulmazlığının amacı, milletvekillerinin şahsını değil, yasama fonksiyonunu güvence altına alarak milleti korumak ve kamu yararını sağlamaktır. Dolayısıyla yasama dokunulmazlığının varlık nedeni ve işlevi; milletvekilini halkın üstünde tutmak, milletvekiline suç işleme ayrıcalığı sağlamak ve cezadan kurtulma fırsatı vermek kesinlikle değildir. Dokunulmazlık; temsili demokraside, halkın temsilcileri olan milletvekillerinin hür bir ortamda konuşabilmeleri ve çalışabilmeleri, halkın ihtiyaç ve taleplerini millet meclisinde savunabilmeleri, hiçbir baskı ve zorlamaya maruz kalmadan oy kullanabilmeleri, söz söyleyebilmeleri, düşüncelerini serbestçe açıklayabilmeleri için düzenlenmiştir. Çünkü ceza tehdidi, bir halkın temsilcisi olan milletvekilleri, özellikle de muhalefet milletvekilleri için çok ciddi bir baskı aracı olabilir. İşte bu baskının önlenmesi, demokrasinin ve demokratik tartışma ortamının özgürce yaşanabilmesi, halkın ihtiyaç ve beklentilerinin milletvekilleri tarafından TBMM’de tartışılabilmesi amacıyla “*yasama dokunulmazlığı*” adında önemli bir kurum kabul edilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKTAŞ, Kadir: “Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı”, TBB Dergisi, 2009, (84), s.260-297; Anayasa m.83’te yasama dokunulmazlığı; “*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar. Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez. Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla yasama dokunulmazlığı kurumunun işletilmesi sürecinde Cumhurbaşkanının hukuki olarak herhangi bir rolü söz konusu değildir. Ancak Cumhurbaşkanının, siyasi olarak kendi partisinin milletvekilleri üzerinde, dolayısıyla komisyonlarda dolaylı bir etkisi olabilir.

⁵⁶ YILDIZ, s.8.

⁵⁷ ÖZBUDUN, s.311-312; Aynı yönde TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.335.

⁵⁸ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.862; Aynı yönde ÖZER, s.544; TUNÇ, Türk Anayasa Hukuku, s.273.

⁵⁹ ÇOBAN/ERDAĞ, s.186.

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, 01.05.2007, E. 2007/45, K. 2007/54; 367 kararı ve yaşanan süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., GÖZLER, Kemal: “Hukukun Siyasetle İmtihanı-2”, www.anayasa.gen.tr/ysk-imtihan.htm (Yayın Tarihi: 26 Temmuz 2019). (Erişim Tarihi 25.04.2020).

üzere Anayasa'nın bazı maddelerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Ancak Cumhurbaşkanının sorumluluğu ve karşı imza kuralını düzenleyen Anayasa'nın 105. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştı. Bununla birlikte anılan Anayasa değişikliğinde, Cumhurbaşkanının yetkileri konusunda da herhangi bir değişiklik yapılmadığını vurgulamak gerekir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının seçiminin halk tarafından yapılacağı düzenlenmesine karşın yetkileri ve sorumluluğu konusunda hiçbir değişiklik ve düzenleme yapılmamıştı. 10 Ağustos 2014 tarihinde ilk kez halk tarafından seçilen 12. Cumhurbaşkanının 28 Ağustos 2014 tarihinde göreve başlaması üzerine Cumhurbaşkanının sorumluluğu konusu tartışılır olmuştur.⁶¹ Kuşkusuz Cumhurbaşkanının 2014 seçimi sonrasındaki hukuki durumu ile fiili durumunun birbiriyle örtüşmediği de bir gerçektir. Zira artık hem yasal hem de siyasi zeminde, meşruiyetini doğrudan halktan alan ve geniş yetkilere sahip fakat sorumluluğu son derece sınırlı olan bir Cumhurbaşkanlığı makamı söz konusu olmuştur.

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu bakımından yukarıdaki tartışmalara büyük ölçüde son vermiştir.⁶² Nitekim “*Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu*” kenar başlığıyla yeniden düzenlenen 105. madde ile Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu açısından görevi ile ilgili suçlar ve kişisel suçlar ayrımı ortadan kalkmıştır. Anılan madde metninde geçen “*bir suç işlediği iddiasıyla*” ibaresi, Cumhurbaşkanının kişisel veya görevi ile ilgili bütün suçlarını kapsamakta, dolayısıyla Cumhurbaşkanının sorumluluk alanının genişlediğine ve bütün suç tipleri açısından sorumlu olduğuna işaret etmektedir.⁶³

Anayasa değişikliği ile birlikte Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna ilişkin usul ve esaslar, Anayasa'nın 105. maddesi ile TBMM İç Tüzüğü'nün 114. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun işletilme usulü ve buna bağlanan sonuçlar şu şekilde karşımıza çıkmaktadır:

Bir suç işlediği iddia edilen Cumhurbaşkanı hakkında, TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğu (301 üye) tarafından verilecek bir önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Verilen önerge, en geç bir ay içerisinde Mecliste görüşülür.⁶⁴ Görüşmenin tamamlanmasının ardından yapılacak gizli oylamada, TBMM üye tamsayısının beşte üçü (360 üye) kabul yönünde oy kullandığı takdirde, Cumhurbaşkanı hakkında soruşturma açılır.

Soruşturma açılmasına karar verildiği takdirde, on beş kişiden oluşan bir soruşturma komisyonu kurulur. Bu komisyonun üyeleri, Meclisteki siyasi partiler tarafından, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı kadar gösterilen adaylar arasından ad çekme usulüyle belirlenir (İç Tüzük m.114/4).⁶⁵ Komisyonun, soruşturma sonucuna ilişkin hazırladığı raporu Meclis Başkanlığına sunması için iki aylık bir süre bulunmaktadır. Soruşturma bu sürede tamamlanamadığı takdirde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir (İç Tüzük m.114/8).

Soruşturma komisyonunun hazırladığı rapor, Meclis Başkanlığına sunulduğu tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtım tarihinden itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür (İç Tüzük m.114/9).⁶⁶ Görüşmelerin tamamlanmasının ardından oylamaya geçilir ve bu oylama gizli usulde yapılır (İç Tüzük m.114/11). TBMM'nin Yüce Divana sevk kararı alabilmesi için üye

⁶¹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.856.

⁶² YILDIZ, s.11; GÜL, s.243; AYKANAT, s.125.

⁶³ TAŞDÖĞEN, Salih: “Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan), 2019, 21(Özel Sayı), s.1305; GÜL, s.392; YILDIZ, s.11.

⁶⁴Bu önerge derhal Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur; soruşturulması istenen Cumhurbaşkanına bildirilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulmasından başlayarak yedi gün sonraki birleşimin gündemine alınır (İç Tüzük m.114/2). Yapılacak görüşmede, sırasıyla, önergeyi veren üyelerden ilk imza sahibi ya da onun göstereceği başka bir imza sahibinin, şahısları adına üç milletvekilinin ve istediği takdirde, o sırada görevde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, soruşturulması istenen Cumhurbaşkanının konuşması dinlenir (İç Tüzük m.114/3).

⁶⁵ Soruşturma komisyonu çalışmalarını gizli olarak yürütür; üye tamsayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir (İç Tüzük m.114/6-7).

⁶⁶ Genel Kuruldaki görüşmede; komisyon üyelerine, şahısları adına altı milletvekiline ve o sırada görevde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın hakkında soruşturma açılması istenen Cumhurbaşkanına söz verilir. Görüşmede son söz hakkı Cumhurbaşkanına tanınmıştır ve konuşma süresi sınırlanmaz. Cumhurbaşkanı, istediği takdirde savunmasını yazılı olarak da verebilir. Bu savunma Genel Kurulda aynen okunur (İç Tüzük m.114/10).

tamsayısının üçte ikisinin (400 üye) kabul oyu gerekir.⁶⁷

Yüce Divanda yapılacak olan yargılamanın üç ay içerisinde tamamlanması gerekir. Yargılama, bu süre içerisinde tamamlanamadığı takdirde, bir kereye mahsus olmak üzere verilen üç aylık ek sürede, kesin olarak tamamlanır. Görüleceği üzere Cumhurbaşkanının yargılanması en fazla altı ay içerisinde tamamlanmalıdır.

Hakkında soruşturma açılması yönünde karar verilen Cumhurbaşkanı, seçimleri yenileme yetkisini kullanamaz. Yargılama sonucunda, hakkında seçilmeye engel bir suçtan mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, Cumhurbaşkanının görevi sona erer. Cumhurbaşkanının görev süresi içerisinde işlediği iddia edilen suçlarla ilgili olarak görevi bittikten sonra da yukarıda açıklanan usul uygulanır.

Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu ile ilgili bu düzenlemeler incelendiğinde, cezai sorumluluğun mahiyeti ve sonuçlarının, önceki düzenlemeye nazaran daha net olarak ortaya konduğunu belirtmek mümkündür. Öncelikle cezai sorumluluğun, önceki düzenlemede yer alan vatana ihanet gibi TCK'da tanımı bile olmayan bir suç yerine, ceza hukuku bakımından suç teşkil ettiği açıkça düzenlenen fiiller ile ilgili işletilebilecek olması, soruşturmanın hukukilik niteliğini ön plana çıkarırken, siyasi hesaplaşma aracı olarak kullanılmasını da önlemektedir.⁶⁸ Ayrıca Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile birlikte bakanlar kurulunun kaldırılmış olması, dolayısıyla yürütmenin monist yapısı gereği, Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili bütün işlem ve eylemlerinden sorumlu olması, yeni hükümet sisteminin mantığı ile de uyumludur.

Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olup olmadığı ile ilgili önceki düzenlemedeki belirsizlik, yeni düzenleme ile giderilmiştir. Yeni düzenlemede görev ile ilgili suç-kişisel suç ayrımı yapılmamıştır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının ceza hukuku bakımından suç teşkil eden bütün fiilleri nedeniyle sorumluluğu bulunmaktadır.⁶⁹ Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı yargılanması da Anayasa'nın 105. maddesindeki usule göre gerçekleştirilecektir. Başka bir deyişle Cumhurbaşkanı, kişisel suçlarından dolayı, artık genel hükümlere göre yetkili ve görevli ceza mahkemelerinde değil, Yüce Divanda yargılanacaktır.⁷⁰ Ancak bu düzenleme doktrinde, Cumhurbaşkanının genel mahkemeler yerine Yüce Divanda ve Anayasa'da öngörülen çoğunluğa ulaşılabilmesi halinde yargılanmasının, kişisel suçlarından dolayı yargılanabilmesini zorlaştırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁷¹ Özbudun'a göre, Cumhurbaşkanının görevle ilgili suçlarından dolayı Yüce Divanda yargılanması ne kadar normal ise, kişisel suçlarından dolayı genel mahkemeler yerine Yüce Divanda ve ağır nitelikli çoğunluk kurallarına göre yargılanması da bir o kadar yadırganacak bir durumdur.⁷²

Yeni düzenlemede görev ile ilgili-suç kişisel suç ayrımının kalkmış olması nedeniyle, Cumhurbaşkanının bütün suçları açısından yargılama Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır. Ancak Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddede, Mahkemenin Cumhurbaşkanını görevi ile ilgili suçlardan dolayı yargılayacağı belirtilmiş ancak kişisel suçlarla ilgili bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde bu hususun, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı Anayasa Mahkemesi tarafından yargılanması sürecinde tartışmalara yol açacağı ifade edilmektedir.⁷³ Kanaatimizce Anayasa değişiklikleri yapılırken 105. maddedeki değişikliğe paralel olarak 148. maddenin de yeniden düzenlenmesi gerekirdi. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin görevine ilişkin 148. madde hükmünün 105. maddeye uyumlu hale getirilmesi yerinde olacaktır.

Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna ilişkin usulde ise iki önemli değişiklik göze çarpmaktadır. Eski düzenlemede Cumhurbaşkanı hakkında soruşturma açılması için TBMM üye

⁶⁷ Komisyonun Yüce Divana sevkine ilişkin raporlarında ve Genel Kurul tarafından alınan Yüce Divana sevk kararlarında, dayanan ceza hükmü belirtilir (İç Tüzük m.114/12).

⁶⁸ ALKAN, Haluk: "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yasama Denetimi", Yeni Türkiye Dergisi (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı), 2017, (94), s.474.

⁶⁹ TUNÇ, Türk Anayasa Hukuku, s.303-305; ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.305.

⁷⁰ GÜL, s.392.

⁷¹ COŞKUN, Vahap: "16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 22(36), s.20; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.861-862.

⁷² ÖZBUDUN, s.312.

⁷³ ANAYURT, Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku), s.307-308; Coşkun, bu durumda, Mecliste usul ile ilgili engeller açılrsa dahi, Anayasa Mahkemesi'nin cumhurbaşkanını kişisel suçlardan dolayı yargılamayacağını ifade etmektedir. COŞKUN, s.21.

sayısının üçte birinin teklifi yeterli iken yeni düzenleme ile birlikte soruşturma açılması için TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun teklifte bulunması gerekecektir. Dolayısıyla soruşturma açılması için önerge verilmesi, önceki düzenlemeye göre zorlaştırılmıştır.⁷⁴ Buna karşın yeni düzenlemede, Yüce Divana sevk kararı için önceki düzenlemeye göre daha az bir çoğunluk aranmaktadır. Nitekim önceki düzenlemede Yüce Divana sevk için aranan çoğunluk TBMM üye tamsayısının dörtte üçü iken yeni düzenlemede üçte iki çoğunluk yeterli görülmüştür. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının yargılanmasının önceki düzenlemeye göre kısmen de olsa kolaylaştığını söylemek mümkündür.⁷⁵

Yeni düzenlemede Yüce Divan tarafından yapılacak yargılamanın süresine ilişkin de sınır getirilmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi, süre uzatımı dâhil altı ay içinde yargılamayı sonuçlandırmak zorundadır. Yargı sürecine getirilen bu süre kısıtlaması ile olası siyasi krizlerin ve Cumhurbaşkanının meşruiyetine ilişkin yaşanabilecek tartışmaların uzamasının önlenmesi hedeflenmektedir.⁷⁶ Ancak delillerin toplanması, yeni delillerin ortaya çıkması veyahut hertürlü baskıdan uzak bağımsız ve tarafsız bir yargılama yapılabilmesi için bu kısıtlı süre makul olmayabilir.

Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna ilişkin önemli hususlardan biri de hakkında soruşturma açılmasına karar verilen Cumhurbaşkanının seçim kararı alamayacak olmasıdır. Bu hükümle Cumhurbaşkanının, seçimleri yenileme yetkisini bir koz olarak kullanmak suretiyle, hakkında soruşturma açılması konusunu görüşen TBMM'ye baskı yaparak, Yüce Divana sevk kararı alınmasını engelleyebilmesinin önüne geçilmiştir.⁷⁷ Bu düzenleme ile yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesinin de işlerliği/etkinliği artmış olacaktır.

Yeni düzenlemede Cumhurbaşkanının Yüce Divana sevk edilmesi halinde görevinin sona erip ermeyeceği de açıklığa kavuşturulmuştur. Değişiklikten önceki düzenlemede Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevinin sona erip ermeyeceği hususu düzenlenmemiştir. Bu nedenle doktrinde bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştü.⁷⁸ Yeni düzenlemede bu konuya açıklık getirilmiş ve Cumhurbaşkanı hakkında seçilmeye engel bir suçtan mahkûmiyet kararı verilmesi halinde görevinin sona ereceği belirtilmiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının Yüce Divana sevk edilmesi, tek başına, görevinin sona ermesi sonucunu doğurmayacağı gibi seçilmeye engel teşkil etmeyen bir suçtan mahkûm olması halinde de görevi sona ermeyecektir. Bu husus, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun kapsamının genişletilmesinin de doğal bir sonucudur.⁷⁹ Yeni düzenlemede Cumhurbaşkanının herhangi bir suçtan dolayı yargılanabilmesi mümkündür. Ancak Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi gibi yürütmeyi oldukça güçlendiren ve bunun karşısında yeterince denge ve denetleme mekanizmasının olmadığı bir sistemde Yüce Divana gönderilen bir Cumhurbaşkanının hala görevine devam ediyor oluşu, siyasi meşruiyet tartışmalarını alevlendirebilecektir. Böyle bir durumun sisteme ilişkin hukuki ve politik meşruiyet krizi yaratması, oldukça güçlü bir olasılıktır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yeterince denge ve denetleme mekanizmasının olmaması kuşkusuz bu krizi derinleştirecektir. Hatta bu mekanizmaların olması halinde dahi özellikle politik meşruiyet krizi, kendisini güçlü bir şekilde gösterebilecektir. Zira Cumhurbaşkanı, sıradan bir kişi veya sıradan bir kamu görevlisi değildir. Kaldı ki herhangi bir kamu görevlisi hakkında dahi soruşturma açıldığında, ilgili kişinin soruşturmanın selameti açısından, soruşturma bitene kadar görevden uzaklaştırılması söz konusu olmaktadır. Bu nedenle yapılan düzenlemenin yerinde olmadığı değerlendirilmektedir.

Doktrinde ise bu düzenlemeye ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Esen'e göre, üçte iki çoğunlukla Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanı, Meclisin büyük çoğunluğunun güvenini kaybedecek, dolayısıyla meşruiyetini yitirmiş olacaktır. Meşruiyetini yitirmiş bir Cumhurbaşkanının Meclisin büyük çoğunluğunun kararına rağmen görevine devam etmesi, ülkede bir rejim krizi yaşanmasına sebebiyet verebilecektir. Dolayısıyla böyle bir düzenleme,

⁷⁴ KÜÇÜK, Adnan: "Yeni Anayasa Değişikliği İle Getirilmek İstenen Türkiye'ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler", Liberal Düşünce Dergisi, 2017, (85), s.164; YILDIZ, s.11; AYKANAT, s.127.

⁷⁵ GÜL, s.392; YILDIZ, s.12; AKÇAKAYA, Murat/ÖZDEMİR, Abdulkadir: "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Siyasal İstikrar", Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi, 2018, 53(3), s.931.

⁷⁶ ALKAN, s.474.

⁷⁷ GÜL, s.392.

⁷⁸ Bu konuda ileri sürülen görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AYKANAT, s.165 vd.

⁷⁹ ALKAN, s.474.

demokratik rejimin ruhuyla bağdaşmayacaktır.⁸⁰ Belirtmek isteriz ki 2007 yılında 5678 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği sonrası Cumhurbaşkanı seçiminin halk tarafından yapılacağı hükmüyle birlikte, Cumhurbaşkanının meşruiyeti, artık TBMM tarafından desteklenmesi üzerine kurulu değil aksine doğrudan halkın güveni ve desteği üzerine kuruludur. Şu halde TBMM tarafından Yüce Divana sevk edilen bir Cumhurbaşkanının meşruluğu bu anlamda tartışılmayacaktır.

Coşkun ise, kişisel bir suçtan dolayı Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevinin sona ermemesinin yerinde olduğunu ancak görevi ile ilgili bir suçtan dolayı Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevde kalmasının doğru olmadığını ifade etmektedir.⁸¹ Kanaatimizce bu durum, Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının otomatik olarak suçlu olduğunun kabulü sonucunu doğurur ki bu da yargısız infaz anlamına gelir, bunu da hukuk devleti ilkeleriyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Hangi suçların Cumhurbaşkanı açısından seçilmeye engel suç teşkil ettiği hususunda, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı adaylığını düzenleyen 101. maddesi yol gösterici olacaktır. Söz konusu maddede, Cumhurbaşkanı seçilmeye engel suçlar sayılmamış ancak Cumhurbaşkanı seçilebilmek için milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olunması gerektiği belirtilmiştir. Anayasa'nın milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 76. maddesi ise şu şekildedir:

“Taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.”

Dolayısıyla bu maddede belirtilen suçların dışındaki bir suçtan bir yıldan az süreyle hapis cezasına mahkûm olan veya taksirli bir suçtan dolayı mahkûm olan Cumhurbaşkanının görevi sona ermeyecektir.

Yargılama sonucunda herhangi bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanının, bu mahkûmiyet hükmünün infazının ne zaman yerine getirileceğine dair bir düzenlemeye Anayasa'da yer verilmemiştir.⁸² Seçilmeye engel bir suç nedeniyle hakkında mahkûmiyet kararı verilen Cumhurbaşkanının görevi sona ereceğine göre, hükmedilen cezanın infazının derhal yerine getirilmesi mümkündür. Ancak seçilmeye engel olmayan bir suçtan dolayı hüküm giyen Cumhurbaşkanının görevi sona ermeyeceği için Cumhurbaşkanı hakkında hükmedilen cezanın infazının ne zaman ve ne şekilde yerine getirileceğinin Anayasa'da açıkça düzenlenmesi yerinde olurdu. Bu hususta, Anayasa'nın 83/3. maddesinde, milletvekilleri için, *“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.”* hükmü düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı için de Anayasa'da benzer bir düzenlemenin yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Anayasa'nın 105. maddesinde, *“Cumhurbaşkanı hakkında bir suç işlediği iddiasıyla soruşturma açılmasının istenebileceği”* belirtilmiş ancak Cumhurbaşkanı olmadan önce işlenen suçlar ile ilgili bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde, madde metninde *“Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla”* ibaresinin, suçun işleniş zamanı ile ilgili bir sınırlama getirmediği, bu nedenle Cumhurbaşkanı seçilmeden önce işlenen suçların da madde kapsamında olduğu ifade edilmektedir.⁸³ Tunç ise, bir kişinin işlediği suçun Cumhurbaşkanı seçildikten sonra ortaya çıkabileceğini veya hakkında ceza soruşturmasına başlanan bir kişinin bu süreçte Cumhurbaşkanı seçilebileceğini; böyle bir durumda 105. maddede düzenlenen usulün uygulanmasının Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olacağını belirtmektedir.⁸⁴

Son olarak yeni düzenleme ile getirilen önemli değişikliklerden biri de Cumhurbaşkanının görev süresi içerisinde işlediği iddia edilen suçlarla ilgili görevi son erdikten sonra da 105. maddede öngörülen usulün uygulanacak olmasıdır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının görevde bulunduğu süre içerisinde işlediği suçlar için görevi bittikten sonra yargılama yapılabilmesi,

⁸⁰ ESEN, Selin: “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2016, (4), s.65.

⁸¹ COŞKUN, s.21.

⁸² TAŞDÖĞEN, s.1316.

⁸³ TUNÇ, Türk Anayasa Hukuku, s.304-305; KÜÇÜK, “Yeni Anayasa Değişikliği İle Getirilmek İstenen...” s.163-164; AYKANAT, s.132.

⁸⁴ TUNÇ, Türk Anayasa Hukuku, s.305-306.

TBMM tarafından Yüce Divana sevk edilmesi halinde mümkün olabilecektir. Kanaatimizce halkın seçtiği ve yürütmenin bütün yetki ve sorumluluğunu taşıyan Cumhurbaşkanının, görevini yerine getirirken yaptığı işlem ve eylemlerle ilgili, görev süresi bittiğinde yargılanacağı endişesini taşıması, yürütmenin etkililiği ve verimliliğini engelleyecektir. Bu nedenle Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçları açısından söz konusu düzenleme yerinde olmuştur.⁸⁵ Ancak Cumhurbaşkanının kişisel suçları açısından görevi bittikten sonra da bu usulle yargılanacak olması eşitlik ilkesine uygun düşmemiştir. Bu nedenle Cumhurbaşkanının görev süresi içerisinde işlediği suçlar bakımından bir ayrıma gidilmesi; görevi ile ilgili suçlar açısından görevi bittikten sonra da yargılamanın 105. maddedeki usule göre Yüce Divanda yapılması; kişisel suçları açısından ise görevi bittikten sonra yargılamanın genel hükümlere göre yürütülmesi, hukuk devleti ilkesine daha uygun olacaktır.⁸⁶

IV. CUMHURBAŞKANININ HUKUKİ SORUMLULUĞU

Hukuki sorumluluk, Cumhurbaşkanının özel hukuk alanına ilişkin sorumluluğudur. Dolayısıyla medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku gibi özel hukuk alanlarına ilişkin davalarda Cumhurbaşkanının davalı konumunda olabilmesi ve bu davalar sonucu Cumhurbaşkanı hakkında hukuki yaptırım uygulanabilmesi, onun hukuki sorumluluğu ile ilgilidir.⁸⁷ Başka bir deyişle Cumhurbaşkanının işlem ve eylemleri nedeniyle zarar görenlerin tazminat talep edemeyecekleri, hukuki sorumluluğun konusunu oluşturmaktadır.⁸⁸

Anayasa'nın Cumhurbaşkanının sorumluluğunu düzenleyen 105. maddesinde sadece cezai sorumluluk ile ilgili hükümler yer almaktadır. Hukuki sorumluluk ile ilgili Anayasa'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada Cumhurbaşkanının hukuki sorumluluğunu, görevi ile ilgili hukuki sorumluluğu ve kişisel işlem ve eylemleriyle ilgili sorumluluğu olarak iki farklı şekilde değerlendirmek gerekmektedir.

A. Görevi İle İlgili Hukuki Sorumluluğu

2017 Anayasa değişiklikleri öncesinde Anayasa'da Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili işlem ve eylemlerden dolayı sorumlu olmadığı kabul edilmiştir.⁸⁹ Nitekim Aziz Nesin'in dönemin Cumhurbaşkanı Kenan Evren hakkında, kişilik haklarına saldırıda bulunduğu gerekçesiyle açtığı manevi tazminat davası, Yargıtay tarafından "*Cumhurbaşkanının yurt gezisi sırasında yaptığı açık hava toplantılarındaki görüş açıklamalarının görevi ile ilgili olduğu*" gerekçesiyle reddedilmiştir.⁹⁰ Anayasa'nın 105. maddesinde, parlamenter sistemin yapısına uygun olarak Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili işlem ve eylemlerinden dolayı herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı, bu işlem ve eylemler nedeniyle sorumluluğun Başbakan ve ilgili bakana ait olduğu kabul edilmiştir.⁹¹ Dolayısıyla Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili işlem ve eylemlerinden dolayı zarar görenlerin Cumhurbaşkanına karşı dava açması mümkün olmayıp ancak Başbakanlığa veya ilgili bakanlığa karşı dava açabilmeleri mümkündür.⁹² Ayrıca 105. maddede, "*Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamayacağı*"; 125. maddede de "*Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında olduğu*" belirtilerek, Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili tek başına yaptığı işlem ve eylemlerinden dolayı da sorumsuz olduğu ifade edilmiştir.⁹³

2017 Anayasa değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanının sorumsuzluğunu düzenleyen hükümler kaldırılmış ve Cumhurbaşkanı görevi ile ilgili işlem ve eylemlerden dolayı sorumlu hale gelmiştir.⁹⁴ Anayasa'nın yeni hali, başkanlık sisteminin getirdiği düşünceye uygun olarak Cumhurbaşkanının hukuki sorumluluğunu gerektirmektedir.⁹⁵ Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ve karşı imza kuralına tabi işlemler

⁸⁵ Aynı yönde bkz. TAŞDÖĞEN, s.1318.

⁸⁶ TUNÇ, Türk Anayasa Hukuku, s.306-307; TAŞDÖĞEN, s.1318.

⁸⁷ AYKANAT, s.104.

⁸⁸ ATAR, s.301; USLU, Ferhat: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2019, s.241.

⁸⁹ TUNÇ, Türk Anayasa Hukuku, s.276.

⁹⁰ Yargıtay 4. HD, 27.04.1987, E. 1987/2865, K. 1987/3701. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s.332.

⁹¹ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.358-359; TUNÇ, Türk Anayasa Hukuku, s.307-308.

⁹² TAŞKIN, s.393.

⁹³ DOĞAN, s.292-293; YILDIZ, s.14; TUNÇ, Türk Anayasa Hukuku, s.308-309.

⁹⁴ AYKANAT, s.104.

⁹⁵ TUNÇ, Türk Anayasa Hukuku, s.307-308.

ayrımı bulunmadığı gibi yürütmenin monist yapısı gereği, yetki Cumhurbaşkanına aittir. Dolayısıyla sorumluluğun da Cumhurbaşkanına ait olması tabiidir.⁹⁶

Anayasa'nın 125. maddesinde “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” ve “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” hükümleri yer almaktadır. 104. maddede ise “Cumhurbaşkanı devletin başıdır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir.” denilmektedir. Dolayısıyla idarenin de başı olan Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili işlem ve eylemleri nedeniyle zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesi gerekmektedir. Bu tazmin sorumluluğu, idare hukukundaki idarenin sorumluluğu kurallarına tabi bir sorumluluktur. Bu nedenle Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili hukuka aykırı işlem ve eylemlerden ortaya çıkan zararlardan kişisel olarak Cumhurbaşkanı değil, idare sorumludur. Cumhurbaşkanının kişisel kusur ya da hizmet kusuru teşkil eden işlem ve eylemlerinden dolayı zarara uğrayan kişiler bu zararlarının tazmini için Cumhurbaşkanının şahsına karşı adli yargıda değil, Cumhurbaşkanlığına karşı, dolayısıyla idare aleyhine idari yargıda tam yargı davası açabilecektir.⁹⁷

Atar'a göre, Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili işlediği suçlar (görevi kötüye kullanma gibi) veya gerçekleştirdiği işlemler dolayısıyla devlet hazinesinin zarara uğraması durumunda, bu zararların da tazmini gerekmektedir. Bu durumda zararların tazmini, Cumhurbaşkanına karşı, genel hükümlere göre hukuk mahkemelerinde açılacak davalar yoluyla gerçekleştirilir.⁹⁸ Gözler'e göre ise, teorik olarak Cumhurbaşkanının görevi esnasında yine görev kapsamındaki birtakım eylem ve işlemleri “hizmet kusuru” değil aksine “kişisel kusur” sorumluluğunu doğurabilir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında, zarara uğrayan kişinin veya tüzel kişiliğin, Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri çerçevesinde adli yargıda tazminat davası açabilmesi teorik olarak mümkündür ancak Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası buna engeldir.⁹⁹

B. Kişisel İşlem ve Eylemleri İle İlgili Hukuki Sorumluluğu

Cumhurbaşkanının kişisel işlem ve eylemleri ile ilgili hukuki sorumluluğu konusunda, 6771 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği öncesine göre bir fark bulunmamaktadır.¹⁰⁰ Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili olmayan, kişisel işlem ve eylemlerinden doğan hukuki sorumluluğu, diğer gerçek kişiler gibi tamdır.¹⁰¹ Dolayısıyla Cumhurbaşkanı da her vatandaş gibi Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu ve özel hukuka ilişkin diğer mevzuat hükümlerine göre bir işlem, eylem veya sözleşme ilişkisi içine girdiği takdirde, bu hukuki ilişkiden kaynaklanan sorumluluğu üstlenmiş olacaktır.¹⁰²

Örneğin Cumhurbaşkanı, aile hukuku ile ilgili bir davada mahkeme kararıyla nafaka ödemekle yükümlü tutulabilir veya yapmış olduğu bir kira sözleşmesi ile ilgili borcunu yerine getirmediği takdirde, kendisine karşı dava açılabilir. Aynı şekilde Cumhurbaşkanı, haksız fiil teşkil eden davranışları nedeniyle başkasına zarar verdiği takdirde bu zararı gidermekle yükümlüdür. Örneğin Cumhurbaşkanının otomobiliyle bir yayaya çarpması halinde, kusuru varsa, ortaya çıkan zarardan sorumludur. Cumhurbaşkanı zararı gidermediği takdirde, kendisine karşı hukuk mahkemesinde dava açılabilir ve hakkında tazminata hükmedilebilir.¹⁰³

V. SONUÇ

Anayasa hukukunda Cumhurbaşkanının sorumluluğu üç başlık altında incelenmektedir: Siyasi, hukuki ve cezai sorumluluk. Öncelikle siyasi sorumluluk açısından 16 Nisan 2017 değişikliği öncesi Anayasa'daki düzenlemeye göre, Cumhurbaşkanı, yetkilerini karşı imza kuralına göre Başbakan ve ilgili bakanın imzası ile birlikte kullanmaktaydı. Dolayısıyla yürütme organı tarafından yapılan herhangi bir sorumluluğa neden olacak işlem veya karar nedeniyle, TBMM'ye karşı sorumlu statüde olan Başbakan ve ilgili bakandı. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde ise, yürütme Cumhurbaşkanlığı makamında birleşmiştir ve yeni hükümet sistemi gereği, Cumhurbaşkanının TBMM karşısında siyasi sorumluluğu söz konusu değildir. Zira

⁹⁶ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.865-868.

⁹⁷ KÜÇÜK, Türkiye'de Başkanlık Sistemi, s.213; GÖZLER, Devlet Başkanları, s.113-114; ATAR, s.302; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.868.

⁹⁸ ATAR, s.302.

⁹⁹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.867-868.

¹⁰⁰ YILDIZ, s.14; AYKANAT, s.109; TUNÇ, Türk Anayasa Hukuku, s.307-308.

¹⁰¹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.865.

¹⁰² ATAR, s.302; USLU, s.242.

¹⁰³ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.865.

Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğu halka karşıdır. Hukuki sorumluluk ise Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde de parlamenter sistemde olduğu gibi aynı şekilde devam etmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının hâlâ kişisel veya özel hukuku ilgilendiren konularda herhangi bir vatandaş gibi sorumluluğu söz konusudur.

Cezai sorumluluk yönünden ise, TBMM tarafından Cumhurbaşkanı hakkında soruşturma açılması mümkündür. Şöyle ki Anayasa'nın 105. maddesinde yapılan değişikliğe göre, bir suç işlediği iddia edilen Cumhurbaşkanı hakkında, TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğu tarafından verilecek bir önergeyle soruşturma açılması istenebilecektir. Meclis, bu önergeyi en geç bir ay içinde görüşecek ve üye tam sayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilecektir. Dolayısıyla en az 301 milletvekilinin vereceği önerge sonucu soruşturma açılması istenebilecektir ki bu rakama ulaşmak çok güçtür. Keza soruşturma komisyonunun kurulması için, üye tam sayısının beşte üçünün, yani asgari 360 milletvekilinin soruşturma açılmasını istemesi gerekmektedir. Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, TBMM'deki siyasi partilerin sandalye oranlarına göre temsil edildiği 15 kişilik komisyon tarafından hazırlanan rapor, TBMM Genel Kurulunda görüşülecektir. Bu görüşme sonrası TBMM, üye tam sayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilecektir. Dolayısıyla TBMM, ancak 400 milletvekilinin oyuyla, Cumhurbaşkanı Yüce Divana sevk edebilecektir.

Hakkında soruşturma açılması yönünde karar verilen Cumhurbaşkanı, seçimleri yenileme yetkisini kullanamayacak ve yargılama sonucunda, hakkında seçilmeye engel bir suçtan mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, Cumhurbaşkanının görevi sona erecektir. Ayrıca, Cumhurbaşkanının görev süresi içerisinde işlediği iddia edilen suçlarla ilgili olarak görevi bittikten sonra da 105. maddede öngörülen usul uygulanacaktır.

Cezai sorumluluğa ilişkin düzenleme değerlendirildiğinde; parlamenter sistemde, Cumhurbaşkanının yalnızca vatana ihanet suçlamasıyla yargılanabiliyor olması, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde ise işlediği tüm suçlardan dolayı sorumlu tutulabilmesi ve hakkında soruşturma açılmasına karar verilen Cumhurbaşkanının seçim kararı alamayacak olması, hukuk devleti adına önemli gelişmelerdir.

Bununla birlikte; Cumhurbaşkanının görevde olduğu süre içerisinde işlediği kişisel suçları hakkında, görev süresi sona erdikten sonra da Anayasa'daki göreve ilişkin yargılamayı düzenleyen maddenin uygulanacak olması; başka bir deyişle Cumhurbaşkanının görevi nedeniyle sahip olduğu yargısal korumanın görev sonrasında da görevle ilgili olmayan konuları kapsamaması, Cumhurbaşkanı adeta ömür boyu dokunulmaz kılınabilecektir. Hukuk devleti gereği, görevi sona eren Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili olmayan suçlarından dolayı bu denli zor bir yargılamaya tabi olması, demokratik hukuk devleti ilkesi yönünden eleştirebilecektir.

KAYNAKÇA

- AKÇAKAYA, Murat/ÖZDEMİR, Abdulkadir: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Siyasal İstikrar”, Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi, 2018, 53(3), s.922-944.
- AKTAŞ, Kadir: “Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı”, TBB Dergisi, 2009, (84), s.260-297.
- ALKAN, Haluk: “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yasama Denetimi”, Yeni Türkiye Dergisi (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı), 2017, (94), s.471-476.
- ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku), 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- AYDIN, Abdullah/BELLİ, Aziz: “Cumhurbaşkanlığı ve Meşruiyet Tartışmaları”, Türkiye Seçim Sistemindeki Değişim Cumhurbaşkanlığı Seçime ve Medya İletişim ve Siyaset Odaklı İncelemeler, (Ed.: Faruk Temel ve Onur Önürmen), Nobel Yayıncılık, Ankara, 2015, s.87-102.
- AYKANAT, Tuba: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu, Adalet Yayınları, Ankara, 2019.
- BİLİR, Faruk: “Türkiye’ye Özgü Yeni Bir Hükümet Modeli: Cumhurbaşkanlığı Sistemi”, Yeni Türkiye Dergisi (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı), 2017, (94), s.525-530.
- COŞKUN, Vahap: “16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 22(36), s.3-30.

- ÇOBAN, Ali Rıza/ERDAĞ, Ali İhsan: “Göreviyle İlgili Olmayan Kişisel Suçlarından Dolayı Cumhurbaşkanının Sorumluluğu ve Yargılanması”, TBB Dergisi, 2008, (75), s.177-189.
- DOĞAN, Bayram: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararlarının Yargısal Denetimi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 9(2), s.273-298.
- ESEN, Selin: “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2016, (4), s.45-73.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin: Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin: “Başkanlık Sistemi Tartışmaları”, SDE Analiz, Ankara, 2010.
- GÖNENÇ, M. Levent: “Uygulamada Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, TEPAV Politika Notu, Mayıs 2018, https://www.tepav.org.tr/upload/files/1526884486-7.Uygulamada_Cumhurbaskanligi_Hukumet_Sistemi.pdf, (Erişim Tarihi 03.04.2020).
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019.
- GÖZLER, Kemal: Devlet Başkanları, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2016.
- GÖZLER, Kemal: “Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa: 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri”, 23.12.2016, <http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf>, (Erişim Tarihi 10.04.2020).
- GÖZLER, Kemal: “Hukukun Siyasetle İmtihani-2”, www.anayasa.gen.tr/ysk-ımtihan.htm (Yayın Tarihi: 26 Temmuz 2019). (Erişim Tarihi 25.04.2020).
- GÜL, Cengiz, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Dinamikleri ve Yürütmenin Yeni Konumu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 13(2), s.235-262.
- GÜL, Cengiz, “Türkiye’de Cumhurbaşkanının Cezai ve Siyasi Sorumluluğu”, Atlas International Refereed Journal on Social Sciences, 2019, 5(19), s.390-396.
- GÜLENER, Serdar/İBİŞ, Nemi: “Cumhurbaşkanlığı Sistemi”, SETA Analiz, 2017, (190), s.7-25.
- KESKİNSOY, Ömer: 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Statüsü ve Sorumluluğu, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013.
- KILIÇ, Abbas: “Siyasi Sorumluluk Kurumunun Hükümet Sistemleri Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, (8), s.269-299.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- KÜÇÜK, Adnan: Türkiye’de Başkanlık Sistemi, Adres Yayınları, Ankara, 2020.
- KÜÇÜK, Adnan: “Ak Parti’nin Başkanlık Sistemi Modelinin ABD’deki Başkanlık Sistemi Modelinden Farklılık Arz Eden Yönleri”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2016, 6(1), s.25-64.
- KÜÇÜK, Adnan: “Yeni Anayasa Değişikliği İle Getirilmek İstenen Türkiye’ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler”, Liberal Düşünce Dergisi, 2017, (85), s.157-189.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 19. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ÖZER, Atilla: Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- ÖZTÜRK, Namık Kemal: “Amerikan Başkanlık Sistemi ve Bürokrasi”, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi: Kamu Yönetiminde Değişim, (Ed. Yüksel DEMİRKAYA), Hiper yayın, İstanbul, 2018, s.199-247.
- ÖZTÜRK, Namık Kemal: Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- TAŞDÖĞEN, Salih: “Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan), 2019, 21(Özel Sayı), s.1293-1324.
- TAŞKIN, Ş. Cankat: “1982 Anayasası’nda Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu”, TBB Dergisi, 2011, (2), s.384-418.
- TUNÇ, Hasan: Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- TUNÇ, Hasan: Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.
- USLU, Ferhat: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2019.
- YILDIZ, Abdulkadir: “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu Meselesi”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2019, 9(1), s.1-20.

AŞKIN ZARARIN İSPATI 

PROOF OF EXCESSIVE DAMAGE

Yıldırım KESER*  **Makale Bilgi***Gönderilme: 05/05/2020*
*Kabul: 15/09/2020***Anahtar Kelimeler***Aşkın Zarar,*
Borçlunun Kusuru,
Temerrüt Faizi,
Soyut Yöntem,
*Somut Yöntem.***Article Info***Received: 05/05/2020*
*Accepted: 15/09/2020***Keywords***Excessive Damage,*
Debtor's Fault,
Default Interest,
Substantial Method,
*Concrete Method.***Özet**

Para borçları, borçlanılan tutarı ifade eder. Borçlu, borçlandığı nominal değeri öderse, para borcunu ifa etmiş sayılır. Para borçlusu temerrüde düşerse, temerrüt faizinden sorumlu olur. Paranın satın alma gücünün zamanla azaldığı ekonomik düzenlerde temerrüt faizi ile karşılanmayan zararlar ortaya çıkmaktadır. Temerrüt faizi ile karşılanamayan zararlar, aşkın zarar olarak nitelendirilir. Aşkın zararın varlığını alacaklı ispat etmelidir. Aşkın zararın ispatında hangi yöntemin uygulanması gerektiği konusunda yasal bir düzenleme yoktur. Bu zarar türünün ispatında somut ve soyut yöntem olmak üzere iki farklı ispat yöntemi vardır. Somut yöntemde, alacaklı zararını somut olarak ispat etmek zorundadır. Soyut yöntemde ise, alacaklı, paranın değer kaybetmesini gerekçe göstererek zararını talep edebilir. Bu yöntemde alacaklının fiili karinelerden yararlanarak zararının miktarını ispat edebilmesi mümkündür. Türk Hukuku'nda aşkın zararın ispatı konusunda hangi yöntemin uygulanması gerektiği konusunda görüş birliği yoktur. Yöntemlerin uygulanmasında ilkelerin geliştirilmesi gerekir. Bu nedenle de borcun kaynağı üzerinde durulmalıdır. Somut yöntem, sözleşmeden doğan para borçlarının temerrüdü hâlinde ortaya çıkan aşkın zarar iddiasının ispatında uygulanmalıdır. Soyut yöntem ise haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan borçlardan kaynaklanan aşkın zararın ispatı için uygulanması gereken yöntemdir.

Abstract

Pecuniary debts signify the amount of money that has been owed. If the debtor pays the nominal value, he fulfils his debt. If the debtor goes into default, he becomes responsible of the interest. In economic systems, where the value of money decreases in time, damages that can not be covered by the default interest may occur. Those damages are considered to be excessive damages. The burden of proof for the existence of such damage is on the debtee. There is no legal regulation stating which method will be used to prove such damage. To prove such damages there are two different methods, namely substantial method and concrete methods. According to the concrete method the debtee has to prove his damage. According to the substantial method however, the debtee may claim his damages on the grounds of erosion of money. In this method the debtee may prove the amount of the damage using the presumptions of fact. In Turkish law, there's no consensus on which method shall be used to prove the excessive damage. Principles on the usage of methods have to be developed. Therefore the source of the debt has to be emphasized. Concrete method should be applied to prove the excessive damage, when the damage occurs in case of default of pecuniary debts arising from conventional obligation. Substantial method however, should be applied to prove the excessive damage caused by debts arising from tort, unjust enrichment and notional negotiorum gestio.

I. GİRİŞ

Paranın çeşitli nedenlerden dolayı değer kaybetmesi önemli bir ekonomik sorundur. Para borcunu ifada temerrüde düşen borçlu işlemiş temerrüt faizinden sorumludur. Temerrüt faizi ile karşılanmayan zararlar şartları varsa aşkın zarar kapsamında değerlendirilebilir.

Aşkın zararın ispatı, Türk Hukuku'nda uzun yıllardır tartışmalı olan bir konudur. Anayasa Mahkemesi'nin 21.12.2017 tarihli ve 2014/2267 E. sayılı kararından sonra aşkın zararın ispatı konusunda Yargıtay Hukuk Daireleri arasında görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Mevcut durum uygulama açısından belirsizliklere sebep olmaktadır.

Aşkın zararın ispatında somut ve soyut yöntem olmak üzere iki farklı yöntem vardır. Bu yöntemlerin hangi hallerde uygulanması gerektiğine ilişkin temel ilkelerin belirlenmesi gerekir.

II. AŞKIN ZARARIN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞARTLARI

A. Tanımı

Aşkın zarar, temerrüt faizini aşan zararları ifade eder. Aşkın zarar, yalnızca para alacaklarından kaynaklanır. Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte hiçbir kusuru olmadığını ispat ederse, aşkın zararı tazmin borcundan kurtulur (TBK md 122, eBK md 105). Aşkın zarar, borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı, alacaklının mal varlığının durumu ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan ve oluşan durum arasındaki farktır¹. Aşkın zarar, borçlunun temerrüt tarihi ile fiili ödeme tarihi arasındaki doğmuş zararı ifade etmektedir².

B. Hukuki Niteliği

Aşkın zarar, müsbet zararın bir türüdür³. Müsbet zarar, alacaklının, borcun gereği gibi ifa edilememesinden dolayı borcun ifasındaki çıkarının gerçekleşmemesi yüzünden uğradığı zarardır⁴. Aşkın zarar sadece fiili zarardan ibaret değildir⁵, yoksun kalınan kâr da aşkın zararın konusunu oluşturabilir⁶. Aşkın zarar, temerrüt faizi ile karşılanamayan zarara ilişkin olduğundan asıl alacaktan bağımsız⁷ ve ek zarar niteliğindedir⁸. Sözleşmesel faizi aşan veya sözleşmesel faizle karşılanmayan zararlar aşkın zarar kapsamına girmez⁹. Bu zararın hukuki nedeni asıl alacağın temerrüde uğramasıdır¹⁰. Aşkın zarara dayalı talep hakkı, esas itibarıyla bir alacak hakkıdır¹¹. Aşkın zarar, kaynağı ne olursa olsun bütün para borçları için söz konusu olabilir¹².

¹ ERDOĞAN, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gazi Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2019, s.240, YAVUZ, Nihat: Borçlar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.418, Y. 15. HD., E. 2018/3499, K. 2018/4739, T. 28.11.2018, (www.yargitay.gov.tr, ET: 01.02.2020), Y. 15. HD., E. 2014/6172, K. 2015/3745, T.29.06.2015 (www.yargitay.gov.tr, ET: 01.02.2020).

² KILIÇOĞLU, Ahmet M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.897.

³ AYRANCI, Hasan: Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.116, TEKİNAY, Selâhhattin Sulhi/AKMAN, Servet/BURCUOĞLU, Hâluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.941.

⁴ OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s.386.

⁵ Aksi yönde karar için bakınız. Y. HGK, E. 2007/11-668, K. 2007/798, T.31.10.2007. (www.yargitay.gov.tr, ET:02.01.2020). "Bu konuda kanıtlanması gereken, muayyen paranın gününde ödenmemesinden doğan zarardır. Diğer bir deyimle alacaklı davacı, fiilen uğradığı zararın ne olduğunu ve miktarını kanıtlamak durumundadır. Doğaldır ki bu zarar, paranın zamanında ödenmemesinden dolayı mahrum kalınan "muhtemel kâr" ya da "farz edilen gelir" değildir. Bu zarar, davacının öz varlığından, ekonomik ve sosyal faaliyetlerinden, toplum içerisindeki statüsünden, başına gelen olaylardan kaynaklanan, somut olgular nedeniyle uğramış olduğu fiili zarardır"

⁶ KILIÇOĞLU, s.894. Yazara göre, aşkın zararın hukuki niteliği her somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir. Müsbet zarar da olabilir menfi zararda olabilir.

⁷ Y. 11. HD, E. 2018/1512, K. 2019/3201, T. 29.04.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET. 15.03.2020). "Munzam zarar borcunun hukuki sebebi, asıl alacağın temerrüde uğraması ile oluşan hukuka aykırılıktır. O nedenle, borçlunun munzam zararı tazmin yükümlülüğü (TBK md. 122), asıl borç ve temerrüt faizi yükümlülüğünden tamamen farklı, temerrüt ile oluşmaya başlayan asıl borcun ifasına kadar zaman içinde artarak devam eden, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borçtur".

⁸ ALTAŞ, Hüseyin: "Munzam Zararda İspat Sorunu", AÜHFD, 50(1), 2001, s.121, ÖÇAL, Akar: "Munzam Zarar", Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Ocak 1967, 3(1), s.148, Y. 15. HD., E. 2014/6172, K. 2015/3745, T. 29.06.2015 (www.yargitay.gov.tr, ET: 01.02.2020).

⁹ KILIÇOĞLU, s.897.

¹⁰ Y. 11. HD., E. 2012/5385, K. 2013/5377, T. 19.03.2013, (www.yargitay.gov.tr, ET. 15.03.2020).

¹¹ Y.11. HD., E. 2012/5385.K. 2013/5377, T. 19.03.2013, (www.yargitay.gov.tr, ET. 15.03.2020).

¹² ALTAŞ, s.121, AYRANCI, s.121, DUMAN, Özgür: "Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi", 2018, (12), s.408-409, ERDOĞAN, s.240, KILIÇOĞLU, s.893.

C. Şartları

1. Temerrüt faizini aşan bir zarar olmalıdır.

Para iktisadi açıdan bir değişim aracıdır. Mal ve hizmet bakımından da değer ölçüsüdür¹³. Para borcu bir “tutar borcudur”¹⁴ ve nominal değerdir¹⁵. Bu nedenle de borçlu, borçlandığı tutarı öderse, borcunu ifa etmiş olur. Borçlu borçlandığı borcu ödeyeceği zaman, paranın değeri artsa da azalsa da borçlandığı tutarı ödeyecektir¹⁶. Para borcu, ancak temerrüt halinde değer borcuna dönüşür¹⁷. Paranın değer borcuna dönüşmesinin nedeni, paranın satın alma gücünün düşmesini engellemektir. Para, rakamla belirlenmiş bir değer olduğundan bir mal değildir¹⁸. Para borçlarında imkânsızlık söz konusu olamaz¹⁹.

Temerrüt faizi, para borçlarına ilişkin faiz türüdür²⁰ ve para borcuna bağlı ferî bir haktır²¹. Para borçlarında temerrüde düşen borçlu, temerrüt faizi ödemek zorundadır (TBK md 120, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun md 2). Temerrüt faizi kanundan doğmaktadır. Temerrüt faizi talep etmek için zararın varlığı gerekmez²².

Temerrüt faiz oranı tespit edilirken asıl amaç temerrüdü önlemektir. Temerrüt faiz oranı, borçluyu ifaya mecbur edecek nitelikte olmalıdır²³. Kanun koyucu, eBK’ dan farklı olarak temerrüt faizinin üst sınırını belirlemiştir. Temerrüt faizinin sözleşme ile kararlaştırılması halinde temerrüt faizi oranı, yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenen temerrüt faizi oranının en fazla iki katı olabilir (TBK md 120/f.2).

Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’na göre faiz ödenmesi gereken hallerde faiz oranı sözleşme ile tespit edilmemişse 3095 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Faiz oranı belirlenirken borçlunun zayıf durumda olma ihtimâli de dikkate alınarak menfaatlerinin korunması gerekir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu’nda sözleşmesel faiz oranı için de temerrüt faizi için de sınırlama getirilmiştir. Sözleşmesel faiz oranı, yürürlükte olan mevzuat hükümlerinde düzenlenen faiz oranının yüzde ellisinden fazla olamaz (TBK md 88/f.2). Taraflar sözleşmede sözleşmesel faiz oranını belirlemiş fakat temerrüt faiz oranını belirlememiş olabilirler. Bu durumda, kararlaştırılan faiz oranı yürürlükteki temerrüt faizinden yüksekse temerrüt halinde sözleşmesel faiz uygulanır. Aksi halde 3095 sayılı Kanun’da düzenlenen temerrüt faiz oranı uygulanır (TBK md 120/f.son).

Tarafların temerrüt faizi kararlaştırmaları aşkın zararı talep etme haklarını kullanamayacakları anlamına gelmez²⁴. Taraflar temerrüt faizini belirlerken, mevzuattaki faiz oranını iki katına çıkarmışlarsa bu durumda aşkın zararın talep edilip edilemeyeceği hususu üzerinde de durulması gerekir. Türk Borçlar Kanunu’nda yürürlükten kalkan eBK’ dan²⁵ farklı olarak temerrüt faizi için belirlenecek üst sınır düzenlenmiştir ve ilgili hüküm emredici niteliktedir (TBK md 120/f.2). İlgili hükmün “ticari işlerde” de uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır. Türk Ticaret Kanunu gereğince, “ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir”

¹³ BARLAS, Nami: Para Borçlarının İfâsında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Sonuçlar, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1992, s.5, NOMER, Haluk: “Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK md 115/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi”, İÜHFİM, LVII(1-2), 1999, s.242.

¹⁴ BARLAS, s.13, SEROZAN, Rona: “Para Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılansında Eşitsizlikler”, İÜHFİM, C.20, 1996, s.42.

¹⁵ ZEYTİNOĞLU, Erol: “Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, (8), Güz 2005/2, s.254.

¹⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.782. Yazarların, itibarî değer teorisi olarak nitelendirdikleri teori, kanaatimizce paranın tutar borcu olduğunu açıklamaktadır.

¹⁷ SEROZAN, s.242.

¹⁸ NOMER, s.243.

¹⁹ SEROZAN, s.41.

²⁰ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s.1099, HELVACI, Mehmet: Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s.44, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.929-930.

²¹ BUZ, Vedat: “Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı”, Yargıtay Dergisi, (3), 1998, s.369, HELVACI, s.30.

²² BARLAS, s.191, DUMAN, s.410, ERDOĞAN, s.239, KAYA, Aslan: “Adi ve Ticari İşlerde Faiz”, İÜHFİM, 54(1-4), 1994, s.357, KILIÇOĞLU, s.894.

²³ BUZ, s.393.

²⁴ ÖÇAL, s.156.

²⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.944. Yazarlar, eBK döneminde şu görüşü dile getirmişlerdir: “Alacaklı, borçlunun temerrüdü nedeniyle parasını bu şekilde değerlendiremediğine göre, onun ek (munzam) zararının vadeli banka hesabına uygulanan faiz oranına eşit olduğu bir karine olarak kabul edilmelidir”.

(TTK md 8/1). Yasal düzenlemede ifade edilen “serbestinin sınırının” nasıl belirleneceği konusunda kanun koyucu, doğrudan bir oran öngörmemiştir. Sadece, “kanuni, anapara ile temerrüt faizi” hakkında, ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.(TTK md 9/1). “İlgi mevzuat hükümlerinden”, ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre²⁶, TBK’ da faize ilişkin getirilen emredici düzenlemede borçlunun niteliği bakımından ayrım yoktur. Ayrıca, ticari iş sayılan sözleşmelerden doğan borçların tarafı tacir olmayabilir. Bu nedenle de TBK’da faize ilişkin getirilen emredici düzenlemeler ticari işler için belirlenen faiz oranları için de geçerlidir. Diğer görüş²⁷ ise, TTK’da düzenlenen hükümlerin TBK’ya göre özel hüküm niteliğinde olduğunu ve bu nedenle de “ticari işlerde faize” ilişkin TBK’nın hükümlerinin uygulanamayacağını ifade etmektedir. Kanaatimizce de, TTK’ da faize ilişkin getirilen hükümler özel hüküm niteliğinde olduğundan TBK’nın hükümlerinin “ticari işlerde” uygulanabilmesi mümkün değildir.

Alacaklı ve borçlu temerrüt faizine ilişkin özel oran tespit etmişlerse, aşkın zararın varlığından bahsedilebilmesi için kararlaştırılan faiz oranını aşan zararın varlığı gerekir. Bir diğer ifade ile temerrüt faizine ilişkin özel oran kararlaştırılması aşkın zarar iddiasının ileri sürülmesine engel olmaz²⁸.

2. Borçlunun Kusurlu Olması Gerekir

Temerrüde düşen borçlu, bu sonucu bilerek ve isteyerek meydana getirmişse borçlunun kastından bahsedilir²⁹. Eğer borçlu, gerekli özeni göstermeyerek temerrüde neden olmuşsa borçlunun ihmâinden bahsedilir. İhmâl, ağır ve hafif olmak üzere ikiye ayrılır. Ağır ihmâlde, makul bir insanın davranışı ölçü alınır ve makul bir insanın alması gereken en basit önlemin alınmaması söz konusu olur³⁰. Hafif ihmâlde ise, dikkat ve özen gösteren insan davranışı ölçü alınır ve hafif ihmâl ölçü alınan kişinin göstermesi gereken davranışın gösterilmemesi şeklinde ortaya çıkar³¹.

Temerrüde düşen borçlu karine gereğince kusurlu sayılır (TBK md 118). Bu nedenle borçlu kusursuz ise kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekir aksi hâlde kusurlu kabul edilir. Temerrüde düşen borçlu kusursuz olduğunu ispat ederse aşkın zararı ödemekten kurtulur. (TBK md 122/f.1). Hafif düzeyde bile kusurun varlığı hâlinde borçlu kusursuz olduğunu ispat edemez.

Yargıtay’a göre³² borçlu, alacaklının bir zarara uğramadığını ya da borcunu zamanında ifa etmiş olsa dahi alacaklının değeri düşmeyecek bir yatırım yapmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

²⁶AYDOĞDU, Murat: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler”, DEÜHF, 12(1), 2020, s.95.

²⁷ATAMER, Yeşim M./SANLI, Kerem Cem: “Borçlar Kanunu’ndaki Faiz Serbestisini Sınırlayan Hükümlerin Uygulama Alanı: Hukuk, Ekonomi ve Davranışsal Ekonomi Perspektifinden Bir İnceleme”, YD, 42(3), Temmuz 2016, s.435-436, OĞUZMAN/ÖZ, s.494, YAĞCI, Kürşad: “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK M.88 ve TBK M.120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK M.8 ve TTK.M.9 Bakımından Uygulanabilirliği)”, İÜHFM, 71(2), 2013, s.432, YHGK, E.2017/1650, K.2019/507, T.02.05.2019 (ET:08.07.2020). “Anılan hükümde sözü edilen ilgili mevzuatın 3095 sayılı Kanun hükümleri olduğunun, akdi faiz oranı yönünden bir sınırlama getirmediğinin ve 6102 sayılı TTK’nın 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olup ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinin, başka bir anlatımla 6098 sayılı TBK’nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağını kabulü gerekir”.

²⁸ BARLAS, s.191, KILIÇOĞLU, s.897.

²⁹ EREN, s.1061, OĞUZMAN/ÖZ, s.405, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.874.

³⁰ EREN, s.580.

³¹ EREN, s.580.

³² Y. 15. HD., E. 2013/3885, K. 2014/4268, T. 19.06.2014. (www.yargitay.gov.tr, ET: 01.04.2020). “Bu görüş doğrultusundaki uygulamaları gösterir örnek kararlar olarak; Y. HGK. 19.10.1996 gün, 96/5-144 Esas ve 1996/503 sayılı kararı; 17.12.1999 gün, 99/19-73 Esas ve 99/106 Karar sayılı ilâmı, 08.11.2001 tarih, 2000/5-1611 Esas ve 2000/1636 Karar sayılı ilâmı; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 08.02.2000 gün, 1999/19708 Esas ve 2000/1451 sayılı Kararı, 15. Hukuk Dairesi’nin 26.11.1998 gün, 1998/4379 Esas ve 98/4426 sayılı ilâmı ve 27.01.1995 gün, 94/4985 Esas ve 1995/363 sayılı Kararı, 19. Hukuk Dairesi’nin 02.10.1997 gün, 97/4815 Esas ve 97/7979 sayılı kararı, gösterilebilir”.

3. Nedensellik Bağı

Aşkın zarar ile borçlunun temerrüdü arasında nedensellik bağının olması gerekir. Uygun nedensellik bağının varlığını alacaklı ispat etmelidir³³. Nedensellik bağının varlığı, kullanılacak soyut veya somut ispat yöntemine göre farklılık göstermektedir³⁴.

4. Alacaklının Talep Etmesi Gerekir.

Temerrüt faizinde olduğu gibi aşkın zarar için de alacaklının talebi gerekir. Asıl borç, ifa ya da başka bir sebeple sona erdiği takdirde asıl alacağa bağlı faiz de sona erer (TBK md 131/f.1). Asıl alacağa bağlı olarak işlemiş faizi isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılıyorsa, işlemiş faiz talep edilebilir (TBK md 131/f.2). Aşkın zararın talep edilebilmesi için asıl alacağın faizi ile birlikte tahsili amacıyla açılan icra takibinde veya davada saklı tutulmasına gerek yoktur³⁵. Çünkü, aşkın zarar, temerrüt faizi ile karşılanamayan zarara ilişkin ve asıl alacaktan bağımsız³⁶ olup ek zarar niteliğindedir³⁷.

III. AŞKIN ZARARI BELİRLEME YÖNTEMLERİ

Aşkın zararın varlığını ispat külfeti, aşkın zararın varlığını iddia edene düşer³⁸. Aşkın zararı hangi yöntemle göre ispat edeceğini, zarar gören seçecektir. Kanun koyucu hangi yöntemin uygulanacağına ilişkin bir düzenlenmeye yer vermemiştir. Bu nedenle de aşkın zararın ispatında hangi yöntemin uygulanabileceği yargı kararlarıyla şekillenmektedir. Zarar miktarı hesaplandıktan sonra varsa indirim sebepleri dikkate alındıktan sonra tazminata hükmedilir.

Zarar miktarının hesaplanabilmesi için iki yöntem vardır. Birincisi somut yöntem, ikincisi ise soyut yöntemdir³⁹.

A. Somut Yöntem

Somut yöntemin uygulanması durumunda, zararın varlığını iddia eden, somut vakıalar ile zararının varlığını ispat etmelidir. Ayrıca temerrüt ile zarar arasındaki nedensellik bağını da ispat etmek zorundadır.

Bu yöntemde fiili karinelere yola çıkarak zararı ispat etmek mümkün değildir⁴⁰. Öğretilerde bazı yazarlar, aşkın zararın somut olarak ispat edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar⁴¹. Diğer yazarlara göre⁴², enflasyon gibi ekonomik olumsuzluklar sebebiyle para değerindeki düşüş oranının temerrüt faiz oranından yüksek olması başlı başına aşkın zarar sebebidir.

AYRANCI'ya göre⁴³, somut yöntem daha çok fiili zararlar için söz konusu olabilir.

³³ ALTAŞ, s.123, BARLAS, s.192. Y. 21. HD., E. 2016/6419, K. 2017/6419, T. 21.11.2017, (www.yargitay.gov.tr, ET: 01.04.2020). “Bu ek (munzam) zarar alacaklısı öncelikle temerrüde uğrayan asıl alacağın varlığını, bu alacağının geç ifa edilmesinden dolayı faizle karşılanamayan zararını ve miktarını zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki uygun illiyet bağını ispat etmek durumundadır”

³⁴ Bakınız. “II, A ve B”.

³⁵ ERDOĞAN, s.240, Y. 15. HD., E.2018/3499, K. 2018/4739, T. 28.11.2018. (www.yargitay.gov.tr, ET: 01.04.2020). “Asıl alacağın faizi ile birlikte tahsiline yönelik icra takibinde veya davada munzam zarar hakkının saklı tutulduğunu gösteren bir ihtirazî kayıt dermeyerine da gerek bulunmamaktadır”.

³⁶ Y. 11. HD, E. 2018/1512, K. 2019/3201, T. 29.04.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET: 15.03.2020). “Munzam zarar borcunun hukuki sebebi, asıl alacağın temerrüde uğraması ile oluşan hukuka aykırılıktır. O nedenle, borçlunun munzam zararı tazmin yükümlülüğü (TBK md. 122), asıl borç ve temerrüt faizi yükümlülüğünden tamamen farklı, temerrüt ile oluşmaya başlayan asıl borcun ifasına kadar zaman içinde artarak devam eden, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borçtur”.

³⁷ ALTAŞ, Hüseyin: “Munzam Zararda İspat Sorunu”, AÜHFD, 50(1), 2001, s.121, ÖÇAL, Akar: “Munzam Zarar”, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Ocak 1967, 3(1), s.148, Y. 15. HD., E. 2014/6172, K. 2015/3745, T. 29.06.2015 (www.yargitay.gov.tr, ET: 01.02.2020).

³⁸ EREN, s.1108, OĞUZMAN/ÖZ, s.500, YAVUZ, s.461.

³⁹ SEROZAN, s.45. Yazar, iki yöntemin ayrımını şu şekilde yapmaktadır: “Küçükler, paralarını genelde elde tuttukları veya harcadıkları için somut zararlarını inandırıcı kılabilme yolunda terlerken, büyükler tipikleştirilmiş soyut ve nesnel zarar hesabının kolaylıklarında serinler”.

⁴⁰ ALTAŞ, s.124.

⁴¹ ALTAŞ, s.123, KAYA, s.349, ZEYTİNOĞLU, s.262.

⁴² ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, V(1,3), Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2019, s.530, BARLAS, s.210, HELVACI, s.88, KILIÇOĞLU, s.911, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.943-944, YAVUZ, s.461.

⁴³ AYRANCI, s.144.

Somut zarar çeşitli şekillerde karşımıza çıkar. Borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının yüksek oranlı faiz ile kredi kullanması, ödemediği kredi dosya masrafları, alacaklının temerrüt nedeniyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı cezai şart ve sahibi olduğu paraya çevrilecek malvarlığı değerlerini ucuza satmak zorunda kalması, bu zarar türüne örnek olarak gösterilebilir.

Somut yöntemin uygulanmasını bir örnek üzerinden açıklayalım. Tacir A, Tacir B'ye 100.000 TL borç vermiştir. Borcun vadesi 02.01.2013 olmasına rağmen B, A'ya olan borcunu ödememiştir. A, B'ye karşı dava açmış ve açtığı dava lehine sonuçlanmıştır. A, alacağını cebri icra ile 02.01.2020 tarihinde tahsil edebilmiştir. Taraflar arasında temerrüt faizi kararlaştırılmadığı için ve 3095 sayılı Kanun gereğince ticari avans faizi uygulanacaktır. A, B'nin borcunu zamanında ifa etmediğini ve bu nedenle de kredi kullanmak zorunda kaldığını belirtmiştir. A'nın iddiasına göre, bankaya ödemek zorunda kaldığı sözleşmesel faiz ve kredi dosya masrafları temerrüt faizini aşmaktadır. Bu nedenle de B'ye karşı aşkın zararın tahsili için dava açtığını ve açılan davada B'nin, kusursuz olduğunu ispat etmediğini kabul edelim. Bu davada, A'nın bankadan kredi kullanmasından kaynaklanan faiz ve masrafların varlığı dışında B'nin temerrüdü ile A'nın davaya konu maliyetlere katlanması arasında nedensellik bağının olduğunu ispat etmesi gerekir. Bu nedenle de, Bay A'nın, işletmesinin faaliyet alanı, B ile arasındaki borç ilişkisine konu olan borcun miktarı, A'nın sermaye gücü, Bay A'nın B'den olan alacağı dışında zamanında tahsil edemediği alacaklarının olup olmadığı, kullanılan banka kredisinin zorunlu olup olmadığı, kredi maliyetlerinin teamüllere uygun olup olmadığı gibi verilerin de ayrı ayrı incelenmesi gerekir. A'nın, aşkın zararının varlığından bahsedebilmek için mevcut veriler ile zarar arasında uygun nedensellik bağının kurulması gerekir. Hayatın olağan akışı gereğince, alacağını zamanında alamayan alacaklının para alacağını geç almasından kaynaklanan zarar ile borçlunun temerrüdü arasında nedensellik bağını ispat etmesi güçtür. Çünkü nedensellik bağı değerlendirilirken birçok faktörün değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yargıtay'ın kararına konu olan bir olayda⁴⁴ davalı banka, davacı kuyumcunun pos cihazı ile yaptığı satışa haksız bloke koymuştur. Davacının davalı aleyhine açtığı dava, davacı lehine sonuçlanmıştır. Davacı alacağını tahsil etmesine rağmen altın fiyatlarındaki artıştan dolayı temerrüt faizini aşan zararı olduğu gerekçesiyle aşkın zararın tahsili amacıyla dava açmıştır. Yargıtay, kuyumculuk işi yapan davacının, alacağını davalı bankadan geç almasından dolayı açılan aşkın zarara ilişkin davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Gerekçede davacı kuyumcunun, alacağını zamanında alması halinde hayatın olağan akışı ve mesleği gereğince altın alacağının kabulü gerektiği vurgulanmıştır.

Yargıtay kararlarına bakıldığında ispat ölçüsü olarak genellikle somut yöntemin uygulanması gerektiği görülür. Yargıtay'a göre⁴⁵, enflasyon ve devalüasyon artışlarının varlığı, aşkın zararın ispatlandığı anlamına gelmemektedir. Alacaklının kanıtlanması gereken husus, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödemediği dolaylı uğradığı zarardır.

⁴⁴ Y. 11. HD., E. 2014/731, K. 2014/19357, T. 09.12.2014. (www.yargitay.gov.tr, E.T. 13.04.2020). Y.19.HD., E. 2017/5217, K. 2019/5474, T. 09.12.2019. "Davacının davalılardan tahsil ettiği anapara ve faiz toplamının, davacının sattığı malı yeniden tedarik etmesi için ödemesi gereken bedelle kıyaslayıp arada davacı aleyhine bir fark varsa davacının munzam zararının bu olduğunun kabulü ile sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Ancak hükme esas alınan bilirkişi raporu bu ilkelere uygun düzenlenmemiştir. Eksik soruşturmayla hüküm kurulamaz, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir".

⁴⁵ Y. 19. HD., E. 2014/6154, K. 2015/3225, T. 09.03.2015. (www.yargitay.gov.tr, E.T 01.04.2020). Y. 11. HD., E. 2014/13418, K. 2014/19400, T. 10.12.2014. (www.yargitay.gov.tr, E.T 01.04.2020). "Her ne kadar davacı, döviz faizini aşan bir zararı olduğu iddiasıyla davayı açmış ise de, zararın ne şekilde oluştuğunu somut olarak ispat etmiş değildir. Bu durumda, HGK'nun 2001-19/1086 E, 2002/371 K. sayılı kararı da göz önünde bulundurulduğunda davanın bu sebeple reddi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi isabetli değil ise de, sonucu itibarıyla doğru olan kararın HUMK 437/7. maddesi gereğince açıklanan bu gerekçe ile onanmasına karar vermek gerekmiştir".

Y. 5. HD., E. 2014/10900, K. 2014/26089, T. 13.11.2014. "Kamulaştırma Kanunu uyarınca belirlenen bedele faiz uygulanması şeklinde bir çözüm getirildiğinden, artık munzam zarar talebinin değerlendirilmesi söz konusu olamaz. Aksi düşünülse bile munzam zarar hükmedilebilmesi için davacı alacaklının zararının faizle karşılanmadığını, bunun üstünde zararının oluştuğunu, maddi vakıalarla ve belgelerle kanıtlanması gerekir".

Y. 15. HD., E. 2011/7614, K. 2012/1895, T. 26.03.2012. (www.yargitay.gov.tr, E.T 01.04.2020). "Yüksek enflasyon dolar kurundaki artış serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı kanıt yükünden kurtaramaz. Zira davacı para alacağını zamanında alması halinde ne şekilde kullanacağını kanıtlayamamıştır". Y. 13. HD., E. 2016/10665, K. 2019/6982, T. 30/05/2019. (www.yargitay.gov.tr, E.T 01.04.2020). "Ülkede yaşanan ekonomik kriz nedeniyle paranın döviz karşısında hızlı değer kaybı, yüksek enflasyon gibi genel afaki ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen umumi ekonomik konjonktürel olgular BK'nın 105. (T.B.K. 122.) maddesinde sözü edilen munzam zararın varlığını göstermez".

B. Soyut Yöntem

Soyut yöntem ile alacaklıya ispat kolaylığı sağlanmaktadır, çünkü zarar soyut olarak hesaplanmaktadır⁴⁶. AYRANCI' ya göre⁴⁷soyut zararın hesaplanması genellikle yoksun kalınan kârın hesaplanmasında kullanılabilecek bir yöntemdir. Bu yöntemde belli ekonomik göstergeler dikkate alınarak değerlendirme yapılır. Alacaklı bu yöntemde uğradığı zararı somut vakıalarla ispat etmek zorunda değildir. Temerrüt faizi ile karşılanmayan zararın varlığını başta enflasyon, devalüasyon, altın fiyatlarındaki artış, tüketici fiyat endeksi, üretici fiyat endeksi ve asgari ücret artış oranlarındaki artıştan yola çıkarak ispat edebilir.

YHGK' nın 31.10.2007 tarihli ve 2007/11-688 E.⁴⁸ sayılı kararında, soyut ispat yönteminin neden uygulanamayacağı aşağıdaki gerekçelerle açıklanmıştır.

-Kanun koyucu, ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik durumu dikkate alarak faizi düzenlemiştir.

-Ülkenin içinde bulunduğu enflasyon, yüksek faiz gibi ekonomik olumsuzluklar, aşkın zararın ispat vasıtaları olarak kabul edilemez. Ekonomik olumsuzluklar, gerçek zarar olarak gösterilemez.

-Ekonomik verileri değerlendirip sonuçlarına ilişkin faize dair yasal düzenleme yapma yetkisi Anayasa gereğince, yasama organına aittir.

-Aşkın zararın ispatı, maruf ve meşhur olgulara göre değil, somut vakıalara göre yapılır.

ALTAŞ' a göre⁴⁹, alacaklının somut zararına bakılmaksızın enflasyon oranında bir zarara uğradığını kabul etmek, kanun koyucunun yerine geçerek yasal temerrüt faiz oranını enflasyon oranına çıkarmak anlamına gelir.

YHGK, 13.06.2012 tarih ve 2011/18-730 E.⁵⁰ sayılı kararında kamulaştırma bedelinin geç ödenmesinden doğan aşkın zarar iddiasının soyut yöntemlere dayanılarak ispat edileceğine hükmetmiştir. Karara göre, alacaklı zararını ispatlarken yüksek enflasyon gibi bilinen vakıalara dayanabilir ve bu şekilde üzerine düşen ispat külfetini yerine getirilebilir. Somut olay itibarıyla, davacılar taşınmazlarının kamulaştırma bedelini uzun süre alamamışlardır. Bu nedenle de tahsil edilmeyen bu bedelin dava tarihindeki satın alma gücü dikkate alındığında, davacıların zararlarını kanıtlamış olduklarının kabulü gerekir.

Aşkın zararın ispatında soyut yöntem, somut yöntemle göre daha elverişlidir. İspat sorununun bu yöntemle göre çözülmesi varılan sonucun mutlaka adalete uygun olduğunu göstermez. BUZ' a göre bu yöntem, "hukuki çaresizlik içerisinde tutunacak son bir dal, çalınacak son kapı olarak değerlendirilmelidir". ANTALYA ise⁵¹, bu yöntemin farazi karaktere sahip olduğu için sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadır.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ KARARINA GÖRE AŞKIN ZARARIN İSPATI

Kamu kurumuna iş yapan ve para alacağını zamanında alamadığı için dava açan ve açtığı dava kısmen lehine sonuçlanan inşaat şirketi, temerrüt faizi ile karşılanmayan zararı olduğu gerekçesiyle aşkın zararın tahsili için dava açmıştır. Somut olayda davacıya 62.969,69 TL asıl alacağı yanında 348.027,70 TL tutarında faiz ödemesi yapılmıştır.

Başvuru sahibinin, aşkın zarara ilişkin davası reddedilmiştir ve ret kararına karşı başvuru kanun yollarından sonuç alınmamış ve karar kesinleşmiştir. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında vurgulanan hususları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Para, ekonomik bir değişim vasıtasıdır ve sahibine çeşitli yararlar sağlar. Paradan mahrum kalınması hâlinde mahrum kalınan dönemde, para enflasyon ve devalüasyondan dolayı değer kaybeder.

⁴⁶ BUZ, s.404.

⁴⁷ AYRANCI, s.144.

⁴⁸ Y. HGK, E. 2007/11-668, K. 2007/798, T. 31.10.2007. (www.yargitay.gov.tr, ET:02.01.2020).

⁴⁹ ALTAŞ, s.128.

⁵⁰ YHGK, E. 2011/18-730 E, K. 2012/373, T. 13.06.2012. (www.yargitay.gov.tr, ET:18.01.2020).

⁵¹ ANTALYA, s.530.

- Para alacağını geç almak alacaklının zararına borçlunun yararına sonuçlar doğurmaktadır. Paranın tahsili için yargı yoluna başvurulduğunda, yargıdaki iş yükü nedeniyle davalar uzamakta bundan dolayı yargıya duyulan güven azalmaktadır. Bu durum kendiliğinden hak alma düşüncesini yaygınlaştırarak kamu düzenini bozmakta, kişi ve toplum güvenliği sarsılmaktadır.
- Yargılamada geçen süre nedeniyle paranın enflasyon sonucu değer kaybetmesi mülkiyet hakkının ihlâlidir. Bu değerlendirmeye ilişkin bir başka ilke kararına atıf yapılmıştır. (Abdulhalim Bozboğa, B. No:2013/6880, 23/03/2016)
- Alacaklar da mülkiyet hakkı kapsamındadır. Devlet tarafından alacakların geç ödenmesi hâlinde enflasyon oranları altında olmayan bir faiz ödenmesi, gerek bireyin hakları gerekse de kamu düzeni bakımından önem taşır. Bu nedenle de kişilerin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen alacaklarının, kamu kurumlarınca makul olmayan bir sebeple geç ödenmesi yüzünden değer kaybına uğratılması mülkiyet hakkının ihlaline yol açar.
- Başvurucunun alacağı, enflasyon karşısında önemli bir değer kaybetmiştir. Bu tespiti rağmen başvurucunun, ayrıca zarara uğradığını ispat etmesi şeklindeki katı yorum nedeniyle, kamu yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil denge, başvurucu aleyhine bozulmuştur.
- Karar oy çokluğu ile verilmiştir. Karşı oyda gerekçe olarak, söz konusu davanın bir alacak davası değil tazminat davası olduğu, başvurucunun tazminat talep etmeyeceği yönünde sözleşmede hüküm olduğu dikkate alındığında mülkiyet hakkının ihlâl edildiği yönündeki iddianın yersiz olduğu belirtilmiştir. Başvurucunun zarara uğradığını ayrıca ispat etmesi gerektiği belirtilmiştir.

V. YARGITAY HUKUK DAİRELERİNİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARI SONRASI AŞKIN ZARARIN İSPATINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELERİ

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi⁵², Yargıtay 5. Hukuk Dairesi⁵³, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi⁵⁴ kararları incelendiğinde, aşkın zararın ispatında somut yönteminin uygulanması gerektiğinin belirtildiği görülmektedir. Kararlarda, enflasyon ve devalüasyon gibi ekonomik verilerin soyut veriler niteliğinde olduğu ve aşkın zararın varlığının somut olarak ispat edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi⁵⁵, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi⁵⁶, Yargıtay 17. Hukuk

⁵² Y. 13. HD., E. 2016/10665, K. 2019/6982, T. 30.05.2019. (www.yargitay.gov.tr, E.T 01.04.2020). “Ülkede yaşanan ekonomik kriz nedeniyle paranın döviz karşısında hızlı değer kaybı, yüksek enflasyon gibi genel afaki ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen umumi ekonomik konjonktürel olgular BK'nın 105. (TBK. 122.) maddesinde sözü edilen munzam zararın varlığını göstermez”.

⁵³ Y. 5. HD., E. 2017/17121, K. 2019/604, T. 21/01/2019. (www.yargitay.gov.tr, E.T 01.04.2020).” Kanun koyucu para borcunun geç ödenmesi ya da ödenmemesi halinde bir zararın mevcut olduğunu kural olarak benimsemiştir. Diğer bir deyişle temerrüt faizi miktarınca alacaklının zarara uğradığı yasal bir karine olarak kabul edilmiştir. Bunun dışında davacının herhangi karineden istifade etme olanağı yasal olarak mevcut değildir.

Davacı; para alacağını zamanında tahsil etmesi halinde ne şekilde kullanacağını, paranın zamanında verilmemesi nedeniyle faiz dışında ne gibi maddi zararlarının oluştuğunu; somut delillerle ispat edemediğinden munzam zarar istemine ilişkin davanın reddi yerine yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi..”

⁵⁴ Y. 19. HD., E. 2018/1690, K. 2019/2185, T. 02.04.2019. (www.yargitay.gov.tr, E.T. 01.04.2020). “Mücerret enflasyon, döviz kurlarındaki yükselme veya bankaların uyguladığı faiz oranlarındaki artışlar tek başına munzam zararın gerçekleştiği veya kanıtlandığı anlamına gelmez. Alacaklının kanıtlanması gereken husus yukarıda açıklanan genel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödemediği dolaylı zarar gördüğü keyfiyettir. Mahkemece, açıklanan hususlar gözetilmeden eksik inceleme ile düzenlenen bilirkişi raporuna göre karar verilmesi doğru olmamıştır”.

⁵⁵ Y. 4. HD., E. 2017/154, K. 2019/5415, T. 20/11/2019. (www.yargitay.gov.tr, E.T 01.04.2020). “Bu nedenle denkleştirici adalet ilkesi gereğince güncelleme yapılırken, satış bedeli olarak verilen paranın dava tarihi itibarıyla enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artışlar, memur maaş ve işçi ücretlerindeki artışlar gibi çeşitli ekonomik etkenlerin ortalamaları alınmak sureti ile uygulama sonucu ulaşacağı alım gücü, belirtilen ilke ve esaslar dikkate alınarak bu konu da uzman bilirkişi veya kurulundan Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak belirlenmeli ve bu yolla belirlenecek miktara hükmedilmelidir.” şeklinde belirlemelere yer verilmiştir”

⁵⁶ Y. 11. HD., E. 2018/193, K. 2019/4929, T. 27.06.2019. (www.yargitay.gov.tr, E.T: 01.04.2020). “ Munzam zararın tespit edilebilmesi için dava konusu senedin vade tarihinden, icra takibine konu alacağın temlik edildiği 07.06.2012 tarihine kadar geçen süre içerisinde her yıl itibarı ile gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranı, bu oranın eşya fiyatlarına yansımada durumu, mevduat ve Devlet tahvillerine verilen faiz oranları, Türk Lirası karşısında döviz kurlarına ilişkin değişiklik listeleri davacıdan istenmek, gerektiğinde bunları ilgili resmi kurum veya kuruluşlardan araştırmak, bu sahada uzman bilirkişi görüşünden de yararlanılmak suretiyle bu süre içerisindeki para değerinin düşmesi, alım gücü azalması nedeniyle alacaklının maruz kaldığı zarar miktarının yukarıda değinilen unsurların toplanıp, ortalamaları bulunarak belirlenmek ve istenilen alacağın temel hukuki yapısı nedeniyle bir tazminat alacağı niteliğinde olduğundan ve bu zararın oluşmasında ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal ortamın da etkili bulunduğu ve bundan ülkede yaşamını sürdüren gerçek veya tüzel kişilerin etkilenmemesinin kaçınılmaz olduğu ve nihayet her somut olayın

Dairesi⁵⁷ kararları incelendiğinde aşkın zararın ispatında soyut yöntemin uygulanması gerektiği yönünde hüküm tesis edildiği görülmektedir. Kararlarda, enflasyon, devalüasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın kurlarındaki artışlar, memur maaş ve işçi ücretlerindeki artışlar gibi çeşitli ekonomik etkenlerin ortalamalarının alınması için konuya ilişkin bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği belirtilmektedir.

VI. AŞKIN ZARARIN İSPATINDA DİKKATE ALINMASI GEREKEN İLKELER

Aşkın zararın ispatında hangi yöntem uygulanırsa uygulansın hukukî tartışmaları sona erdirecek bir çözüm olmayacaktır⁵⁸. Bu nedenle yöntemlere ilişkin genel ilkeler ve ilkelerin istisnalarının neler olduğunun belirlenmesi gerekir.

Uzun süren davalar nedeniyle para alacaklarının geç tahsil edilmesi sıkça karşımıza çıkan bir sorundur. Yıllardır meydana gelen kur artışları, enflasyon oranları, altın gibi emtiaların artış oranlarına bakıldığında paranın değer kaybettiği görülmektedir. Bu nedenle de zararın uygulanmasında hangi yöntemin uygulanacağına tespiti büyük önem taşımaktadır.

Zarar gören, zararını ispatlarken hangi yönteme dayandığını kendisi seçecektir. Zarar görenin yapacağı bu seçim ilke kararları ile şekillendirilmelidir.

A. Somut Yöntemin Uygulanması

Somut yöntem, her borç ilişkisinde uygulanabilmesi mümkün olan bir yöntemdir. Alacaklının ispat zorluğu yaşayacağı bir yöntemdir. Bu yöntem niteliği gereğince, sözleşmeden kaynaklı para borçlarından kaynaklanan aşkın zarar iddiasına ilişkin davalarda uygulanması gereken yöntemdir.

Sözleşmeden doğan para borçlarından kaynaklı olarak aşkın zarar talep edildiğinde tazminat belirlenirken somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Şöyle ki, sözleşmeden doğan para borcu için vade kararlaştırılmışsa, her vadeli borç, alacaklı için zamanında ödenmeme riskini de içerir. Alacaklının, sözleşmenin kuruluşu aşamasında borçlunun ödeme kabiliyetini araştırmaması da tazminatın değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır. Tazminat belirlenirken, TBK md 114/f.2'nin yaptığı yollama gereğince, TBK md 51' de ifade edilen "mevcut durumun" özelliklerinin dikkate alınması gerekir. "Vadenin belirlenmesi", "borçlunun ödeme güçsüzlüğünün dikkate alınmaması" ve bunun gibi hususlar hükmedilecek tazminattan ayrı ayrı indirim sebebi yapılmalıdır. Alacaklının, temerrüde düşen borçluya uzun bir süre icra takibi yapmaması ya da dava açmaması da alacaklının kusuru olarak değerlendirilebileceğinden bu durum da TBK md 52 gereğince, "kusura" dayalı indirim yapılmasını gerektirir.

Somut yöntemin uygulanması konusunun iki farkını, aşağıdaki örnek üzerinden açıklayalım.

Birinci ihtimalde, A, evini, B' ye satmıştır. Yapılan anlaşma gereğince, A, B'ye tapuyu devredecektir ve B de tapu devrinden üç ay sonra A' ya 150.000 TL ödeyecektir. Temerrüt hâlinde de uygulanacak temerrüt faiz oranı, yürürlükte bulunan temerrüt faizi oranının iki katı olacaktır. A, B'ye tapuyu devretmiş olmasına rağmen, B ödemesi gereken parayı A' ya ödememiştir. Bunun için A, B'ye alacak davası açmış, dava altı yıl sürmüş ve sonunda A, B'den anaparayı ve işlemiş faizi tahsil etmiştir. A, temerrüt faizi ile karşılanamayan zararı olduğu iddiası ile B' ye dava

özellikli de dikkate alınarak, bulunacak miktarın TBK'nun 51 ve 52. (mülga BK'nun 42 ve 43.) maddeleri çerçevesinde değerlendirmeye de tabi tutularak belirlenmesi ve bundan sonra bulunan bu zarar miktarından asıl alacak tahsil edilirken alınan temerrüt faizi miktarı düşülerek hasil olacak sonuç çerçevesinde davacı ...'nin munzam zararının olup olmadığı ve miktarı tayin ve tespit edilmesi gerektiğinden..."

⁵⁷ Y. 15. HD., E. 2018/1494, K. 2019/932, T. 04.03.2019, (www.yargitay.gov.tr, ET:01.04.2020). "Öncelikle munzam zarar talep edilen alacakla ilgili temerrüt tarihinden tahsil tarihine kadar geçen süredeki enflasyon verilerini gösterir TEFİ, TÜFE-ÜFE oranları, banka vadeli mevzuat faiz oranları, döviz kurları, devlet tahvil faiz oranları, işçi ücretleri ve diğer yatırım araçları ile ilgili getiri bilgilerinin resmi kurumlardan sorulup tespit edildikten sonra, yeniden oluşturulacak munzam zarar hesabı konusunda uzman bilirkişi kurulundan, tahsiline karar verilen davacılar alacağının temerrüt tarihinde bu yatırım araçlarından oluşacak sepete yatırılması ve değerlendirilmesi halinde tahsil tarihlerinde asıl alacakla birlikte getirisinin ulaşabileceği miktar ile tahsiline hükmedilen asıl alacak ve bu alacak için temerrüt tarihinden tahsil tarihlerine kadar davacıların tahsil edebilecekleri ve tahsil ettikleri faiz miktarı ve toplam miktar ve bu şekilde bulunacak toplam miktarlar arasındaki fark konusunda gerekçeli, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınıp değerlendirilerek faizle karşılanamayan zarar konusunda sonucuna uygun bir karar verilmesi yerine eksik inceleme ile davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur".

⁵⁸ BUZ, s.406.

açmıştır. Kanaatimizce, bu davada aşkın zararın varlığından söz edilebilmesi için taraflarca kararlaştırılan “özel temerrüt faiz” oranını aşan zararın varlığı gerekir.

İkinci ihtimalde A, evini B' ye vadeli olarak satmıştır. A, evini vadeli olarak sattığı için piyasa koşullarına göre iyi sayılabilecek bir fiyata B'ye satmış olduğunun kabulü gerekir. Aksi halde A'nın, evini vadeli olarak satma ihtimali çok düşüktür. Yapılan sözleşme gereğince B, A'ya satış tarihinden bir yıl sonra 150.000 TL ödeyecektir. Ayrıca B, küçük esnaf olup ödeme kabiliyeti çok yüksek biri değildir. A, B' den olan alacağını zamanında alamamıştır ve bu nedenle de alacak davası açmıştır. Alacak davası, altı yıl sürmüş ve dava sonunda A, alacağını faizi ile birlikte tahsil etmiştir. Temerrüt faizi ile karşılanmayan zararı olduğu gerekçesiyle aşkın zarar davası açmıştır. A, aşkın zarar miktarını somut yönetime göre ispat etse bile, durumun özelliği dikkate alınarak tazminattan indirim yapılmalıdır. Satışın vadeli olması ve alacaklının, borçlunun sözleşme kurulurken ödeme kabiliyetini araştırmaması gibi hususlar mevcut durumun özelliği olarak değerlendirilip, tazminattan indirim sebepleri yapılabilir. Ayrıca alacaklıya kusur atfediliyorsa kusura dayalı olarak ayrıca bir indirim yapılabilmesi de mümkündür.

B. Soyut Yöntemin Uygulanması

Soyut yöntemin uygulanması hâlinde, aşkın zarar iddiası bilinen vakıalar aracılığıyla ispat edilebilir.

Soyut yöntemin her para alacağının geç ödenmesi hâlinde uygulanacağı kabul edilirse; hemen hemen her uzun süren dava sonucunda yeni bir dava da açılacak ve aşkın zarar talebi gündeme getirilecektir. Bu durum ticari hayatı olumsuz etkileyecek olup yargıda aşırı iş yüküne neden olacaktır. Ayrıca unutulmamalıdır ki; aşkın zararın hiçbir zaman temerrüt faizini, ille de enflasyon ya da devalüasyon oranına çıkarma amacı yoktur. Bu nedenle de soyut yöntemin uygulanmasında borcun kaynağı önemlidir.

Özellikle sözleşmeden doğan para borçlarından kaynaklanan aşkın zararlar da bu yöntemin uygulanmaması gerekir. Sözleşme, iradeye bağlı bir borç ilişkisidir. Konusu para olan bir sözleşmede alacaklı, borçlunun temerrüde düşme ihtimalini, paranın ekonomik olumsuzluklar nedeniyle değer kaybedebileceğini öngörebilir ve kanun koyucunun belirlemiş olduğu faiz sistemini bilebilecek durumdadır.

Bu unsurların varlığına rağmen para borcuna ilişkin vadeli bir borç ilişkisi yaratılmışsa ve aşkın zarar iddiası ileri sürülüyorsa, aşkın zararın ispatında uygulanması gereken yöntem, soyut yöntem olmamalıdır. Aksi durumun varlığında para alacağının geç tahsilinden kaynaklanan her davadan sonra aşkın zarara ilişkin ayrı bir dava açılması söz konusu olur. Oysaki, aşkın zararın faiz sisteminin getirmiş olduğu olumsuz sonuçları giderme fonksiyonu yoktur. Sözleşmeden doğan para borcunun temerrüdünden dolayı eğer aşkın zarar iddiası ileri sürülmüşse zararın varlığı somut yönetime göre belirlenmelidir.

Sözleşmenin diğer tarafının kamu kurumları ya da bankalar gibi özel izin ve imtiyaza dayalı kurumlar olması halinde alacaklının temerrüt faizini aşan zararının varlığını soyut yönetime dayalı olarak ispat edebilmesi mümkün olmalıdır. Örneğin bankalar birer güven kuruluşudur. Bankanın borcunu zamanında ödememesi ve alacaklının bankadan alacağını tahsil etmesi için zaman harcaması durumunda eğer temerrüt faizini aşan zarar varsa bu zararın ispatında soyut yöntem uygulanmalıdır. Bu yöntemin uygulanmasının nedeni, alacaklının hayatın olağan akışı gereğince borçlunun şahsına duyduğu güvendir.

Yargıtay, uzun yıllardır genellikle soyut ispat yöntemini uygulamamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 21.12.2017 tarihli ve 2014/2267 E. kararında kamu kurumundan para alacağını zamanında alamayan kişinin, uğradığı zararının ispatında soyut ispat yönteminin uygulanması gerektiği belirtildikten sonra Yargıtay Hukuk Daireleri arasında görüş ayrılıkları çıkmıştır. Görüş ayrılığının temel nedeni, ekonomik olumsuzlukların doğrudan aşkın zarara sebep olup olmadığından kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce, sorunun çözümü için, somut ve soyut yöntemin hangi kriterlere uygulanacağını belirlemek gerekir. Soyut yöntem, alacaklının iradesi olmaksızın ortaya çıkan borç ilişkilerinde uygulanmalıdır. Alacaklının iradesine bağlı olmaksızın doğan borçlarda, alacaklının borçluyu seçme imkânı olmadığı gibi borç ilişkisinin içeriğini belirlemesi de mümkün değildir. Bu nedenle haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan borçlardan kaynaklı aşkın zarar tazminatlarında uygulanmalıdır. Soyut yöntemin uygulanmasını bir örnek üzerinden açıklayalım.

Bir ilçe belediyesi tarafından A'ya ait arsaya ilişkin kamulaştırma yapılmadan, arsa ilçenin yoluna katılmıştır. Bir diğer ifade ile A'nın taşınmazına kamulaştırmasız el atılmıştır. Kamulaştırmasız el atma tarihinin, 02.01.2006 olduğunu kabul edelim. A'nın, 03.01.2006 tarihinde dava açtığını, davanın 03.01.2016 tarihinde karara çıktığını, tazminatın 100.000 TL olarak belirlendiğini, dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiz ile davalıdan tahsiline karar verildiğini ve karar sonrasında hemen davalı ilçe belediyesinin ödemeyi yaptığını varsayalım. 3095 sayılı Kanun gereğince, dava tarihi ile paranın ödendiği dönem arasında yasal faiz oranı hiç değişmemiştir. Yasal faiz oranı, %9' dur. On yılda işlemiş faiz oranı, toplam %90'dır. A, temerrüt faizi ile karşılanmayan aşkın zararı olduğu gerekçesiyle dava açmıştır. Bay A'nın açtığı davada, "kamulaştırmasız el atmadan kaynaklanan tazminat bana dava tarihi itibarıyla ödenseydi ben altın yatırımı yapacaktım"; demesine gerek var mıdır? Kanaatimizce, A'nın böyle bir iddiaya dayalı talepte bulunmasına gerek yoktur. "Ödenmesi gereken tazminat zamanında ödenmedi ve bu nedenle de temerrüt faizi ile karşılanmayan zararım var" demesi yeterli görülmelidir. A'nın bu talebi değerlendirilirken ekonomik veriler ayrı ayrı değerlendirilmeli ve ortalama bir artış oranı belirlenmelidir. Bu ortalama değer, temerrüt faizinden yüksekse aşkın zararın varlığı kabul edilmelidir. Hangi ekonomik verilerin değerlendirileceği hususu ekonomik bir sorun olduğundan mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır. Bilirkişi raporunda dikkate alınması gereken ekonomik veriler, enflasyon, devalüasyon, TEFE- TÜFE oranları, asgari ücret artış oranı, altın vb emtia artış oranları, dikkate alınarak ortalama bir artış oranı belirlenmelidir.

VII. SONUÇ

Para alacaklarının zamanında ifa edilmemesinden dolayı temerrüt faizi ile karşılanamayan zararlar ortaya çıkabilmektedir. Para borçlarında, temerrüt faizi ile karşılanamayan zararlar, aşkın zarar olarak ifade edilmektedir. Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispat ederse, bu zararı gidermekle yükümlü değildir.

Aşkın zararı, talep edenin ispat etmesi gerekir. Aşkın zararın ispatına yönelik olarak, somut ve soyut yöntem olmak üzere iki farklı yöntem vardır. Türk Yargısı'nda uzun yıllardır aşkın zararın genellikle somut yönetime dayalı olarak ispat edilmesi gerektiği belirtilmekteydi.

Anayasa Mahkemesi'nin 21.12.2017 tarihli ve 2014/2267 E. sayılı kararında, para alacağının mülkiyet hakkı kapsamında olduğu belirtilerek soyut yönetime dayalı olarak aşkın zararın ispat edileceği yönündeki ilke kararından sonra ispat yöntemleri konusunda Yargıtay Hukuk Daireleri arasında görüş ayrılıkları çıkmıştır.

Aşkın zararı talep eden hangi yönetime dayalı olarak zararını ispat edeceğini kendisi belirler. Somut yönetime dayalı olarak zararın varlığını ispat etmek genellikle çok zordur. Soyut ispat yönteminde fiili karinelere dayanarak zararın varlığını ispat etmenin kolaylığı söz konusudur.

Soyut zarar yönteminin uygulanmasında dikkat edilmesi gereken temel husus, borcun kaynağıdır. Alacaklının iradesi aranmaksızın ortaya çıkan borç ilişkilerinde soyut yöntemin uygulanması gerekmektedir. Örneğin, kamulaştırmasız el atmadan kaynaklanan davalarda taşınmaz sahibinin iradesi aranmaksızın borç ilişkisi doğmaktadır. Kamulaştırmasız el atmadan kaynaklı tazminatın geç ödenmesi durumunda bedelin ödeninceye kadarki süreçte gerçekleşen enflasyonist etkilere taşınmaz sahibinin katlanmaması gerekir. Bu nedenle de taşınmaz malikinin aşkın zarara ilişkin iddiasını enflasyon artışı gibi fiili karinelere dayanarak ispat edebilmesi mümkün olmalıdır.

Sözleşmeden doğan borçlarda soyut ispat yöntemi uygulanmamalıdır. Sözleşme, tarafların birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Sözleşme kurulurken taraflar, sözleşmeye konu edimi, vadeyi, sözleşmeye bağlı teminatları ve diğer birçok hususu belirleyebilirler. Her sözleşme beraberinde geç ifa riskini de taşır. Aksi durumun varlığında alacağın geç tahsiline sebep olan her borçluya karşı ayrıca aşkın zarar davası açılması durumu söz konusu olur. Bu durum ekonomik ilişkilerde belirsizliklere yol açabileceği gibi aşırı yargı yüküne de sebep olur. Oysaki, kanun koyucunun aşkın zararı düzenlemesinin nedeni, yürürlükte bulunan temerrüt faizi oranını enflasyon oranı seviyesine çıkarmak değildir.

Sözleşmenin diğer tarafının kamu kurumu ya da bankalar gibi özel izinle kurulmuş güven kuruluşları olması halinde; sözleşmenin diğer tarafının aşkın zarar iddiasını, soyut yönetime dayalı ispat edebilmesi mümkün olmalıdır. Bu tarz sözleşmesel ilişkilerde kamu kurumu veya banka

gibi bir kuruluş ile borç ilişkisi kuranın, ifanın zamanında yerine getirilmesi yönündeki haklı beklentisi korunmalıdır.

Sözleşmeden doğan para borçlarından kaynaklı olarak aşkın zararın varlığı iddia edildiğinde somut yöntem uygulanabilir. Bu yöntem uygulanırken “durumun gereği” dikkate alınmalıdır. Bu nedenle de öncelikle sözleşmeden doğan bir borcun vadeye bağlanması hâlinde alacaklının üstlenmiş olduğu risk dikkate alınmalıdır. Diğer borç ilişkilerinden farklı olarak sözleşmesel ilişkilerde alacaklının çoğu zaman borçluyu seçme imkânı da vardır. Alacaklının borçluyu seçerken göstermiş olduğu dikkat ve özen de dikkate alınmalıdır. Ödeme güçlüğü çeken bir borçlu ile sözleşme yapan alacaklının, hayatın olağan akışı gereğince alacağını zamanında alamaması doğaldır ve dolayısıyla bu durum talep edilebilecek aşkın zarardan bir indirim sebebi olarak değerlendirilmelidir. Kanun koyucu, eBK’den farklı olarak TBK’da temerrüt faizinin üst sınırının mevzuatta öngörülen temerrüt faizinin iki katı olabileceğini emredici olarak belirlemiştir. Yasal sınır çerçevesinde tarafların özel temerrüt faizi belirlediği durumda, aşkın zararın varlığından bahsedilmesi için belirlenen özel temerrüt faizini aşan zararın varlığı gerekir.

Haksız fiillerden, sebepsiz zenginleşmeden ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan borç ilişkilerinde, kural olarak alacaklının iradesi aranmadığı için soyut yonteme dayalı olarak aşkın zarar belirlenebilir. Durumun gereğince de hesaplanan aşkın zarardan ancak somut verilere dayalı olarak indirim yapılabilir.

KAYNAKÇA

- ALTAŞ, Hüseyin: “Munzam Zararda İspat Sorunu” AÜHFD, 50(1), 2001, s.121-130.
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, V(1,3), Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2019.
- ATAMER, Yeşim M./SANLI, Kerem Cem: “Borçlar Kanunu’ndaki Faiz Serbestisini Sınırlayan Hükümlerin Uygulama Alanı: Hukuk, Ekonomi ve Davranışsal Ekonomi Perspektifinden Bir İnceleme”, YD, 42(3), Temmuz 2016, s.397-460.
- AYDOĞDU, Murat: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler”, DEÜHF, 12(1), 2020, s.85-136.
- AYRANCI, Hasan: Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- BARLAS, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Sonuçlar, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1992.
- BUZ, Vedat: “Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı”, Yargıtay Dergisi, (3), 1998, s.369-410.
- DUMAN, Özgür: “Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (12), 2018, s.401-462.
- ERDOĞAN, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gazi Kitabevi, 4.Baskı, Ankara 2019.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- HELVACI, Mehmet: Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, Beta Yayınevi, İstanbul 2000.
- KAYA, Aslan: “Adi ve Ticari İşlerde Faiz”, İÜHFM, 54(1-4), 1994, s.347-366.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- NOMER, Haluk: “Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK md 115/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi”, İÜHFM, LVII(1-2), 1999, s.241-264.
- OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 14.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- ÖÇAL, Akar, “Munzam Zarar” Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Ocak 1967, 3(1), s.144-158.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Servet/BURCUOĞLU, Hâluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- SEROZAN, Rona: “Para Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılansında Eşitsizlikler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.20, 1996, s.41-48.
- ZEYTİNOĞLU, Erol: “Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, (8), Güz 2005/2 s.253-263.
- YAĞCI, Kürşad: “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK M.88 ve TBK M.120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK M.8 ve TTK.M.9 Bakımından Uygulanabilirliği”, İÜHFM, 71(2), 2013, s.421-437.
- YAVUZ, Nihat: Borçlar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

BİR İNSAN HAKLARI İHLALİ VE AYIRIMCILIK BİÇİMİ OLARAK TOPLUMSAL CİNSİYET ROLLERİ VE KALIPYARGILARI: CEDAW ÇERÇEVESİNDE BİR İNCELEME^{doi}

GENDER ROLES AND STEREOTYPES AS A HUMAN RIGHTS VIOLATION AND A FORM OF
DISCRIMINATION: A REVIEW IN THE FRAMEWORK OF THE CEDAW

A. Aslı ŞİMŞEK*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 07/06/2020
Kabul: 14/09/2020

Anahtar Kelimeler

Toplumsal Cinsiyet
Rolleri,
İnsan Hakları
Hukuku,
CEDAW.

Article Info

Received: 07/06/2020
Accepted: 14/09/2020

Keywords

Gender Stereotypes,
Human Rights Law,
CEDAW.

Özet

Cinsiyetlerin, farklı fiziksel, biyolojik, cinsel, sosyal fonksiyonlarına göre toplumsal ve kültürel olarak inşası, toplumsal cinsiyete dayalı kalıpyargıları ve rolleri oluşturmaktadır. Bu roller ve kalıpyargılar, bir insan topluluğunun özellikleri, rolleri, nitelikleri hakkındaki önyargılardan oluştuğundan, bazı durumlarda insan haklarından eşit şekilde istifade etmeyi engellemekte ve insan hakları ihlallerine yol açmaktadır. Kalıpyargıların ve rollerin özel bir görünümü olan toplumsal cinsiyet temelinde bir sorunsallaştırma ve kavramsallaştırma yapılması gerekmektedir. Buna karşın konu, ulusal hukuk literatürü ve uygulamasında yeterli ilgiyi görüp tartışılmamıştır. Uluslararası ve bölgesel insan hakları koruma mekanizmaları bu konuyu gündeme getirme ve tartışma olanağı sunmaktadır. Bu çalışmanın amacı da Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırimcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (CEDAW)'nin dönüştürücü etkisi çerçevesinde toplumsal cinsiyete dayalı kalıpyargıları ve rolleri bir insan hakları ihlali ve ayırimcilik biçimi olarak kavramsallaştırarak bunlarla mücadelede hukuki bir yol haritasını tartışmaya açmaktır. Bu kapsamda toplumsal cinsiyet rolleri ve kalıpyargıları, tanımlanmış, devletin yükümlülükleri açıklanmış, uygulamada karşılaşılan zorluklar ve çözüm önerileri incelenmiştir.

Abstract

Gender stereotypes and roles are social and cultural constructions of genders according to their different physical, biological, sexual, social functions. Because these stereotypes and roles consist of assumptions about the characteristics, roles or qualities of a group or community, in some cases they prevent equal enjoyment of human rights and lead to human rights violations. Thus, it is essential to conceptualize the specific form of stereotyping based on gender. Despite the fact that international and regional human rights mechanisms have been highlighting the importance of the subject, there is not enough attention at the domestic level. Accordingly this paper aims to bring the concept of gender stereotypes and roles as a type of human rights violation and a form of discrimination in the framework of the transformative impact of the CEDAW into question. Furthermore, the analysis will consider the definition of the gender based stereotypes and roles, the obligations of states, the challenges in human rights practice and how to contest them.

I. GİRİŞ

Bu çalışmanın konusunu hukuk sisteminde oluşturulan ve pekiştirilen toplumsal cinsiyet rollerinden ve kalıpyargılarından¹ (TCRK) kaynaklanan insan hakları ihlallerini ve ayırıcılık biçimlerini tartışmak oluşturmaktadır. Literatürde uzunca bir süre “human rights” (insan hakları) kavramı yerine “rights of men” (erkeklerin hakları) kavramının kullanılmasında ısrar edilmesi, hatta İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi tasarısında “human” (insan) sözcüğü yerine “man” (erkek) sözcüğünün kullanılmak istenmesi, insan hakları hukukunda da erkek egemenliğine dayalı hiyerarşinin kemikleşmiş olduğunu göstermektedir.²

Aynı zamanda TCRK kavramının mahkeme kararlarında da yeterli ölçüde tartışılmadığı görülmektedir.³ Buna karşın TCRK’yi tanımlayabilmek, TC kaynaklı hak ihlallerini ve ayırıcılığı görmemizi sağlayacaktır. Dolayısıyla bu çalışmada nötr ve tarafsız olduğu izlenimini veren hukuka TC gözlüğüyle bakılmakta ve yönetsel olarak hukukun eşitsizliklere yol açan eril dilini açığa çıkarmak amaçlanmaktadır.⁴ Hukukun taşıyıcısı olduğu önyargıların ve kalıpyargıların neler olduğu sorusundan yola çıkılarak bu çalışmada TCR’nin yol açtığı eşitsizliğin ve ayırıcılığın bir fotoğrafı çekilmeye çalışılmaktadır. Bu fotoğraf çekilirken konuya hak temelli yaklaşım⁵ çerçevesinde bakılmakta olup feminist hukuk kuramı perspektifinden bir değerlendirme yapılmaktadır. Türkiye’nin de tarafı olduğu CEDAW’ın cinsiyetçilikle mücadelede öngördüğü yol haritası takip edilmektedir. Yine Avrupa bölgesi insan hakları rejimindeki gelişmelerden istifade edilmektedir. Bu noktada ilk olarak TCRK’nin ne demek olduğu, insan hakları ve ayırıcılıkla ilişkisi ele alınarak kavramsal çerçeve ortaya konulmaktadır. TCRK’nin yol açtığı ihlaller karşısında, ihlallerin önlenmesinde devletin yükümlülükleri incelenmekte; mevzuatta ve yargılamada hak temelli yorumun nasıl olması gerektiği tartışılmaktadır. Yapılan tespitler kapsamında olanaklar, zorluklar ve çözüm önerileri üzerinde durulmaktadır.

II. TOPLUMSAL CİNSİYETE DAYALI ROLLER, KALIPYARGILAR VE BUNLARIN İNSAN HAKLARI İLE İLİŞKİSİ

Genel olarak kalıpyargılar, insanlar için sınıflandırma ve dünyayı anlama kolaylığı sunsa da (örneğin basketbol oyuncularının uzun boylu olur)⁶; bazı durumlarda toptancı ve insan harcanmasına yol açıcı önyargılara dayandığından kişinin biricikliğinden bağımsız olarak bu rollere göre değer biçmelere maruz bırakmakta, ayırıcı pratiklere dönüşmekte (örneğin Romanlar hırsız olur), kişileri belli rollere girme baskısı altına almaktadır (fazla kilolu insanlar tembeldir⁷, kadınlar dedikoducudur).

İnsanların ve grupların ırk, etnisite, cinsiyet, dış görünüş, yaş, tutum ve davranış gibi çeşitli özelliklerine göre zihinde bir gruba/kümeyle dahil edilmesi söz konusu olabilir. Bu durum, insan zihninin sınıflandırarak değerlendirme yapmasıyla ilgilidir. Ancak yapılan araştırmalar, özellikle hukuk eliyle yeniden üretilen kalıpyargıların bir kısmının insan hakları ihlallerine yol açtığını göstermektedir. Çalışmanın bu bölümünde kalıpyargıların ve rollerin özel bir görünümü olan TC temelinde sorunsallaştırma ve kavramsallaştırma yapılmıştır.

¹ Çalışmanın bu kısmından itibaren devamında “toplumsal cinsiyet rolleri” ve “toplumsal cinsiyet kalıpyargıları” kavramları birlikte kullanıldığında TCRK, toplumsal cinsiyet kavramı TC, toplumsal cinsiyet eşitliği kavramı TCE şeklinde kısaltılmıştır. Kavramların ayrı ayrı kullanıldığı yerlerde ihtiyaç duyulduğunda toplumsal cinsiyet rolleri TCR, toplumsal cinsiyet kalıpyargıları TCK şeklinde kısaltılmıştır.

² DİNÇKOL, Bihterin Vural: “Kadının İnsan Hakları”, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, Dinçkol, Bihterin Vural (der.), İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul 2003, s.14-15.

³ Avrupa İnsan Hakları Rejimi bakımından bu konuda bir tespit için bkz. TIMMER, Alexandra: Strengthening the Equality Analysis of the European Court of Human Rights: The Potential of the Concepts of Stereotyping and Vulnerability (Strengthening the Equality Analysis), Dissertation submitted in order to obtain the degree of Doctor of Law, Ghent University Faculty of Law, February 2014, s.59.

⁴ BARTLETT, Katharine T.: “Feminist Legal Methods”, Harvard Law Review, 103(4), 1990, s.837; SCALES, Ann: “Feminist Legal Method: Not So Scary”, UCLA Women’s LJ, 2(1), 1992, s.10-11.

⁵ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği: “Principles and Guidelines for A Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies”, HR/PUB/06/12, İsviçre 2006, s.9 ve 17.

⁶ TIMMER, Alexandra: “Judging Stereotypes: What The European Court Of Human Rights Can Borrow From American and Canadian Equal Protection Law” (Judging Stereotypes), The American Journal of Comparative Law, 63(1), 2015, s.240.

⁷ TIMMER, Strengthening the Equality Analysis, s.47.

A. İnsan Hakları Bağlamında TCRK'nin Tanımı ve Niteliği

Toplumsal cinsiyet ve ilgili diğer kavramlar, yaklaşık altmış yıldır hukuk gündeminde olmasına karşın, özellikle ülkemizde ne norm koyulması ne de yorumlanması aşamasında yerleşmiş bir kavram seti oluşmuştur. Aynı zamanda hem genel olarak hukuk literatüründe hem de belirli olarak insan hakları literatüründe yeterince tartışılmış bir kavram olmaması, hukuk sistemimizin halen kavrama ve terminolojiye yabancı olduğunu göstermektedir.⁸

Genel olarak kalıpyargı veya stereotip bir insan topluluğunun özellikleri, rolleri ve nitelikleri hakkındaki önyargılar olarak ele alınmaktadır.⁹ Kadınlığa ve erkeklığe ilişkin kalıpyargılar ise cinsiyetçi tutum ve davranışlara dönüşebilmekte ve TCR olarak icra edilebilmektedir. Saha araştırmaları göstermektedir ki bu roller, kadının erkeğe göre hiyerarşik olarak daha aşağıda ve erkeğin ise kadına göre daha avantajlı bir yerde konumlandırılmasıyla sonuçlanmaktadır.¹⁰ Bir cinsiyetin diğerine göre TCRK aracılığıyla erkek egemenliğinin kurulmasında baskılanması, farklılıklarının vurgulanarak değersizleştirilmesi veya nesneleştirilmesi şeklinde düşmanca söz, davranış veya tutumlar olabileceği gibi; TCRK'ye bağlı olarak erkeğin kadını anne veya eş olarak koruması, kadınların erkeklere göre farklılıklarının abartılarak kutsallaştırılması veya kadına cinselliğe dayalı olarak bağlılık ve sevgi duyma şeklinde korumacı söz, davranış ve tutumlar da söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla toplumsal veya bireysel olarak TCRK, düşmanca veya korumacı cinsiyetçilik olarak karşımıza çıkabilmektedir.¹¹

İnsan hakları hukuku bakış açısıyla TCRK'yi ele alan Cook ve Cusack, kalıpyargıyı “belirli bir insan topluluğu tarafından sahiplenilen, icra edilen veya etmeleri beklenen niteliklere veya özelliklere ilişkin genelleştirilmiş görüş veya önyargılar” olarak tanımlamaktadırlar.¹² İşte belirli gruplara atfedilen bu roller ve nitelikler, o grubun mensuplarının kişisel özelliklerinden bağımsız olarak, söz konusu grup üyelerinin her birine atfedilmektedir.¹³ Dolayısıyla bireyi benzersiz veya biricik yapan kişiliğine ilişkin tüm yönler, o bireyin içinde tanımlandığı gruba atfedilen genelleştirmeler ve önyargılar lensi tarafından filtrelenmektedir.¹⁴

Bu durumda TCR, kadınların ve erkeklerin farklı fiziksel, biyolojik, cinsel ve sosyal fonksiyonlarına göre toplumsal ve kültürel olarak inşasıyla ilgilidir.¹⁵ Konumuz bakımından bireylerin özelliklerini, kabiliyetlerini, ihtiyaçlarını, taleplerini ve içinde buldukları koşulları, temel hak ve özgürlüklerini inkar edecek şekilde görmezden gelmeye yol açmakta ve TC hiyerarşileri yaratmakta ise TCR'nin sorunsallaştırılması gerekmektedir.¹⁶

Toplumsal cinsiyet de dahil olmak üzere kalıpyargılara dayalı rollerin mutlaka olumsuz çağrışım yaptığına, negatif veya istatistiksel olarak geçersiz olduğuna ilişkin yaygın bir kanı hakimdir. Ancak kalıpyargıların mutlaka negatif veya geçersiz olması gerekmemektedir. Literatürde negatif ve pozitif kalıpyargılar¹⁷ gibi ayrımlardan söz edilmektedir. Timmer,

⁸ UYGUR, Gülriz/ÖZDEMİR, Nadire: “Giriş”, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Uygur, Gülriz/Özdemir, Nadire (ed.), 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.7.

⁹ TIMMER, Alexandra: “Gender Stereotyping in the Case Law of the EU Court of Justice” (Gender Stereotyping in the Case Law), European Equality Law Review, (1), 2016, s.37.

¹⁰ GLICK, Peter, et al: “Why Do Women Endorse Honor Beliefs? Ambivalent Sexism and Religiosity As Predictors”, Sex Roles, 75(11-12), 2016, s.545; SAKALLI UĞURLU, Nuray: “Çelişik Duygulu Cinsiyetçilik Ölçeği: Geçerlik ve Güvenirlik Çalışması” (Çelişik Duygulu Cinsiyetçilik Ölçeği), Türk Psikoloji Dergisi, 17(49), 2002, s.48.

¹¹ SAKALLI UĞURLU, Çelişik Duygulu Cinsiyetçilik Ölçeği, s.49. Bir saha araştırmasının sonuçları için bkz. ŞİMŞEK, A. Aslı/SONGUR, Damla: “Cinsiyetçilik, Cinsel Taciz ve Saldırıya Karşı Kadın Çalışma Merkezlerinin İşlevi: Bir Saha Çalışmasının Düşündürdükleri”, Üniversitelerde Cinsel Taciz ve Saldırıyla Mücadele: CTS Çalışmaları, Uygur, Gülriz/Şimşek, Hülya, Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınevi, KKTC 2018, s.25- 43.

¹² COOK, Rebecca J./CUSACK, Simone: Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives (Gender Stereotyping), University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2010, s.9.

¹³ TIMMER, Gender Stereotyping in the Case Law, s.38.

¹⁴ COOK/CUSACK, Gender Stereotyping, s.9.

¹⁵ COOK/CUSACK, Gender Stereotyping, s.20. 2010'lardan itibaren küresel düzeyde hukuk aracılığıyla TC kaynaklı insan hakları ihlallerini ortadan kaldırmaya ilişkin normatif standartları belirlemeye yönelik çalışmalar yürüten Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği de aynı tanımları benimsemektedir. Bkz. http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/OnePagars/Gender_stereotyping.pdf, (Erişim Tarihi: 01.04.2020).

¹⁶ COOK/CUSACK, Gender Stereotyping, s.20.

¹⁷ PERLIN, Michael: “My Sense of Humanity Has Gone Down The Drain’ Stereotypes, Stigma and Sanisms”, Stereotypes and Human Rights Law, Brems Eva/Timmer, Alexandra (ed.). Intersentia, UK 2016, s.98.

çalışmasında karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak dörtlü bir ayırım yapıldığından bahsetmektedir¹⁸: Kalıba/role sokma (role-typing), yanlış kalıpyargılar (false stereotypes), istatistiksel kalıpyargılar (statistical stereotypes) ve buyurucu kalıpyargılar (prescriptive stereotypes). Örneklendirmek gerekirse; “kadınlar evi çekip çevirir, erkekler ise ekmek parası kazanır”, bir kalıba sokmadır. Buna göre kalıba sokma, bir gruba dahil olan insanların uyması beklenen uygun rol ve davranışlara ilişkin varsayımlardır. Yanlış kalıpyargılar, bilinçli veya bilinçsiz olarak sahip olunan önyargılara dayanmaktadır; negatif olup olmadıkları tam olarak söylenemese de ampirik olarak geçersizdirler. Örneğin “kadınlar ateşli silahları kullanmaktan acizdirler” veya “kadınlar kürtaj yaptırdıkları takdirde pişman olurlar”. İstatistiksel kalıpyargılar ise bir grubun bütünü hakkında istatistiksel bir gerçeği yansıtmakla beraber, kişinin bireyselliğini ve kendine özgü durumunu tam olarak yansıtmamaktadır. Örneğin “kadınlar evde bakım işlerinin çoğunu üstlenirler”, “erkekler fiziksel olarak kadınlardan daha güçlüdür”. Buyurucu kalıpyargılar ise bireylerin, ilişkili oldukları ve azınlıkta kalanı asimile etme potansiyeli olan baskın grubun kurallarına uyum sağlamaları için bu bireylere şart koşulan belirli davranış veya görünüm biçimidir.¹⁹ Örneğin “hava hosteslerinin yaşı kırkı geçtiğinde işlerine otomatik olarak son verilmelidir” yargısında olduğu gibi kadınların güzel görünüşlü olması gerektiğine ve kırk yaşından sonra (yaş aldıklarında) güzelliklerini kaybettiklerine ilişkin bir kalıpyargı söz konusudur.²⁰

Pek çok kalıpyargı eşzamanlı olarak birden fazla biçim altında sınıflandırılabilir. Örneğin “kadınlar ev içi işlerden sorumlu iken erkekler evin geçimini sağlarlar” kalıpyargısı eşzamanlı olarak kalıba sokma, buyurucu ve istatistiksel bir yargıdır. Adı geçen dört tür kalıpyargı da kesişimsel olabilir. Diğer bir deyişle toplumsal cinsiyet, başka baskı sistemleriyle belirli kalıpyargıları üretmek üzere kesişir. Örneğin sadece genç kadınlar çekici olur²¹, engelli kadınlar aseksüeldir, seks işçisi kadınlar tecavüz suçuna maruz kalan olmaz, lezbiyenler erkek kılıklı olur gibi. Türü ne olursa olsun, bu toptancı yaklaşımlar, insanın kendine özgü değerinin görmezden gelinmesine yol açmaktadır. Bu da gündelik hayat ilişkilerinden devlet politikalarına kadar her düzeyde hak ihlallerine ve insan harcanmasına neden olmaktadır.

Özetlemek gerekirse TCK, “kadınlar ve erkeklerin icra etmesi gereken veya icra ettikleri, sahip olmaları beklenen veya sahip oldukları özellikler veya nitelikler hakkındaki önyargı veya genelleştirilmiş görüş” tür. TCR ise “kadın veya erkek bir bireye belirli özellikleri, nitelikleri veya rolleri sadece o bireyin kadın veya erkek sosyal grubuna dahil olmasından ötürü atfetme pratiği”dir.²² Kalıpyargılar, basmakalıp inanış ve klişeler olarak karşımıza çıkmaktayken roller, pratikte sergilenen tutum ve davranışlarla ilgilidir.

B. Bir Ayırmıcılık Biçimi Olarak TCRK’nin Görünümleri

Ayırmıcılık, insan hakları hukukunda “ayırmıcılık yasağına hak” bağlamında değerlendirilen, eşitlik ilkesiyle birlikte düşünülen, fakat belirli noktalarda ondan farklılaşan bir insan hakları ihlali biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır.

“Herkesin, tüm verili koşullarıyla eşit olduğu varsayımından yola çıkan, eşit durumda olanların eşit muamele görmesini ve ayırmıcılık yapılmadığı sürece mevcut durumun korunmasını eşitliğin varlığı için yeterli sayan”²³ eşitlik anlayışına göre ayırmıcılık yapılmadığı sürece eşitlik mevcuttur. Eşitlik ilkesi ve ayırmıcılık yasağına yüklenen yaygın anlam bu olmakla birlikte; böyle bir “şekli eşitlik” anlayışı, ayırmıcılığı ayırksı bir olay olarak değerlendirirken yapısal eşitsizlikleri göz ardı etmektedir.²⁴ Bu bağlamda eşitlik ilkesinin salt şekli eşitlik olarak yorumlandığı her somut olayda “var olan uygulamalarda yapısal herhangi bir değişiklik öngörme”nin gerekli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Eşitliğin asgari ölçüsünün yasa önünde eşitlik olarak anlaşıldığı şekli eşitlik anlayışına göre ayırmıcılık yasağı zorunludur. Fakat

¹⁸ TIMMER, Judging Stereotypes, s.255.

¹⁹ TIMMER, Judging Stereotypes, s.258.

²⁰ TIMMER, Gender Stereotyping in the Case Law, s.38.

²¹ TIMMER, Gender Stereotyping in the Case Law, s.38.

²² CUSACK, Simone: Gender Stereotyping as a Human Rights Violation, United Nations Human Rights, Office of the High Commission, Año 2013, s.8-9.

²³ GÜL, İdil Işıl/KARAN, Ulaş: Ayırmıcılık Yasağı: Kavram, Hukuku, İzleme ve Belgeleme (Ayırmıcılık Yasağı), Yeşiladali, Burcu/Ayata, Gökçeçiçek (ed.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s.6.

²⁴ GÜL/KARAN, Ayırmıcılık Yasağı, s.5-6.

eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için gerekli olan, buna karşın devletin “dokunması/karışması/müdahalesi” olarak değerlendirilen bir yükümlülük olarak geçici özel önlemler alınması nosyonu yerleşik ve kurumsal hale gelememiştir.²⁵

Konumuz bakımından TCR, farklı özelliklere, kabiliyetlere, ihtiyaçlara, koşullara sahip insanları baskın TCK’ye göre şekillenen rollere uymaya zorlamaktadır. Bu anlamda şeklen eşit haklara sahip bireyler, gerçekte ayırmacılıklara maruz kalmaktadır. TCR, bir ayırmacılık ve eşitsizlik biçimi olarak (örneğin, hukuk kuralları veya politikalar babaların çocuk bakım izni alması konusunda cesaret kırıcı nitelikteyse), ayırmacılığın meşrulaştırılmasında (örneğin, devletler, anneyle çocuk arasında özel bir bağ olduğu ve çocuk bakımından öncelikle annelerin sorumlu olduğu gerekçesiyle ilk örnekteki hukuku ve politikayı haklılaştırıyorsa) veya daha sonra ortaya çıkacak eşitsizliği pekiştiren bir husus şeklinde (örneğin, anneyle çocuk arasında özel bir bağ olduğundan hareketle kadınların öncelikli işinin çocuk bakımı olmasına sürekli biçimde zorlanmaları) karşımıza çıkabilmektedir.²⁶

Liberal demokratik geleneğin taşıyıcısı olan modern hukuk sistemleri, bugüne kadar eşitliği, cinsiyetten dolayı sistematik ikincilleştirmeden özgürlük yerine, cinsiyeti dikkate almaksızın muamele edilmesine ilişkin bir özgürlük olarak anlamıştır.²⁷ Cinsiyetin dikkate alınmadığı “soyut birey” anlayışı ise tarihsel olarak “insan”a değil, “*iktidar ilişkileri içinde egemen olanı temsil eden somut ‘erkek, burjuva ve beyaz’ insan*”a gönderme yapmaktadır.²⁸ Fakat statülere dayalı hiyerarşiyi redde dayanan liberalizmin şekli eşitlik anlayışı, gerçek hayatta cinsiyete dayalı hiyerarşiler inşa eden ataerkiyle mücadele etmede yeterli olmamaktadır.²⁹ Örneğin, hamilelik gibi kadınlığa özgü durumlar, işgücünde eşit işe eşit ücretin ihlaliyle sonuçlanan cinsiyete dayalı ayırım gibi yapısal sosyal dezavantajlar veya dünya genelinde sistematik olarak tolerans gösterilen kadına yönelik şiddet gibi gerçek hayat zorluklarının üstesinden gelmekte şekli eşitlik anlayışı yeterli olmamaktadır.³⁰

Kadına karşı ayırmacılığı düzenleyen CEDAW m.1’e göre ayırmacılık iki türlü karşımıza çıkar: (i) Kadın-erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran *toplumsal cinsiyete dayalı* herhangi bir “*ayırım, dışlama veya kısıtlama*”nın varlığı durumunda veya (ii) bir yasa, politika veya uygulama *görünüşte nötr olmakla birlikte, aslında toplumsal cinsiyete dayalı bir kalıpyargının taşıyıcısı* ise kadın-erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma etkisi yarattığı durumda kadına karşı ayırmacılık meydana gelmektedir.³¹

O halde CEDAW’da mahiyeti ortaya konulan ayırmacılığın “*ayırım, dışlama veya kısıtlama*” şeklinde ifade edilen görünümüne değinilmelidir. Çünkü uygulamada yasanın, politikanın veya idari pratiğin bir ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelip gelmediğinin tespit edilebilmesi gerekmektedir. İnsan hakları açısından kabul edilemez bir ayırım dendiğinde, evli kadınların işe alınmasını veya işinde yükselmesini yasaklayan istihdam politikasının benzer bir kısıtlamayı erkekler için de öngörmemiş olması, hamilelik veya doğum sürecinde sadece kadınların ihtiyaç duyduğu sağlık hizmetlerini ihmal eden veya görmezden gelen yasa, politika veya uygulama örnekleri düşünülebilir.³² Kadınların dışlanmasına örnek olarak belirli mesleklere ve işlere kadınların girişini yasaklayan yasalar gösterilebilir. Ayırmacılık anlamına gelen

²⁵ GÜL/KARAN, Ayırmacılık Yasağı, s.6; FINEMAN, Martha Albertson: “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, Yale Journal of Law and Feminism, 20(1), 2008, s.2.

²⁶ TIMMER, Gender Stereotyping in the Case Law, s.39.

²⁷ EDWARDS, Alice: Violence Against Women Under International Human Rights Law, Cambridge University Press, New York 2011, s.142-143.

²⁸ DİNÇKOL, “Kadının İnsan Hakları”, s.14; DEMİR, Nazlı Hilal: Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal Bir Hukuk Arayışı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.126.

²⁹ ROMANY, Celina: “State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law”, Cook, Rebecca (ed.), Human Rights of Women: National and International Perspectives, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1994, s.87.

³⁰ EDWARDS, Alice: “Violence Against Women as Sex Discrimination: Judging The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Treaty Bodies”, Texas Journal of Women and the Law, 18(1), 2008, s.16.

³¹ COOK/CUSACK, Gender Stereotyping, s.105.

³² COOK/CUSACK, Gender Stereotyping, s.108.

kısıtlamalar dendiğinde annenin velilik hakkını babanın ölümü sonrasında tanıyan yasa hükmü, kadınların sağlık hizmetlerine erişimini kısıtlayan norm veya uygulama, kadına karşı şiddet vakalarında özen yükümlülüğüne aykırı uygulama gibi örnekler karşımıza çıkmaktadır.³³

Ayrımcılığın ikinci görünüm biçimi ise yasa, politika veya uygulamanın görünüşte nötr ve fakat toplumsal cinsiyete dayalı bir kalıpyargının taşıyıcısı olması durumudur. Buna göre devletin yasama, yürütme veya yargı organlarının, kadınların ve erkeklerin nasıl davranmaları veya toplumda hangi rolleri icra etmeleri gerektiğine ilişkin bir tercihi olabilir; ancak eşitliğe ve ayrımcılık yasağına hak, devlete herhangi bir organının bu tercihleri yasa, politika veya uygulamalar aracılığıyla kadın veya erkek hiç kimseye dayatmama yükümlülüğü getirmektedir. Eşitliğe ve ayrımcılık yasağına hak, yasa, politika ve pratikler tarafından kadınların ve erkeklerin hem kadınlık ve erkeklik konusundakiler de dahil kendi yaşamlarına ilişkin tercihlerine saygı gösterilmesini hem de katı bir kadınlık veya erkeklik anlayışına mahkum edilmemelerini kapsamaktadır.³⁴

Devletlerin kadına karşı ayrımcılık yasağı konusundaki yaklaşımlarının nasıl olması gerektiğini ortaya koyan CEDAW Komitesi'nin 25 Numaralı Genel Tavsiye Kararı'na göre ayrımcılık, hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık olarak anlaşılmalı ve kadınların toplumdaki *de facto* durumlarının iyileştirilmesini de içermelidir.³⁵ CEDAW'ın eşitlik ilkesini dönüştürücü kendine özgü yaklaşımını, kendi bünyesindeki insan hakları alanına uygulayan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 16 Numaralı Genel Yorum'unda cinsiyete dayalı ayrımcılığın, örneğin hamilelik gibi biyolojik farklılıklarından dolayı kadınları işe almaktan imtina etme veya kadınların erkeklere göre işlerine bağlılık konusunda daha zayıf oldukları gibi basmakalıp varsayımlardan dolayı kadınları erkeklere göre daha düşük statülü işlerde çalıştırma gibi farklı muameleden kaynaklanabileceğini kabul etmektedir.³⁶

Önyargılar ve kalıpyargılardan kaynaklanan farklı muamele, her zaman ayrımcılık oluşturmayabilir. Bu durumda CEDAW m.5/a'ya bakmak faydalı olacaktır. Buna göre *“her iki cinsiyetten birinin aşağı veya üstün olduğu veya erkeklerle kadınların basmakalıp rollere sahip oldukları düşüncesine dayanan bütün önyargılar ve geleneklerle her türlü uygulamayı tasfiye etmek amacıyla erkeklerin ve kadınların sosyal ve kültürel davranış tarzlarını değiştirmek”* konusunda tedbirler alınması gerekmektedir. Dolayısıyla TCR, bir ayrımcılık biçimi oluşturmuyorsa aşağılayıcı muamele anlamına geliyor veya kadınların ayrımcılık yasağına hak dışındaki insan haklarını ve temel özgürlüklerini ihlal ediyor olabilir.³⁷ Bu noktada uluslararası insan hakları hukukuna daha yakından bakmak faydalı olacaktır.

III. TCRK'YE KARŞI BİR İNSAN HAKLARI HUKUKU: CEDAW'IN DÖNÜŞTÜRÜCÜ YAKLAŞIMI

Yapısal eşitsizliklere karşı proaktif bir tutum, insan haklarına uygunluk denetimi yapan organların eşitlik analizlerinin güçlendirilmesi³⁸ ve devletin yükümlülüklerinin açık şekilde ortaya konulması³⁹ şeklinde iki türlü karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası düzeyde insan haklarına bakışta toplumsal cinsiyet eşitliği (TCE) lehine gözlemlenen değişimde CEDAW'ın getirdiği kendine özgü yaklaşım etkili olmuştur. Bu yaklaşıma göre CEDAW, ayrımcılığın tasfiye edilmesi için yasa önünde eşitlik yanında fiili eşitliğin gerçekleşmesi amacına yönelmiş olan⁴⁰, toplumsal destekle sosyo-kültürel unsurları dönüştüren; medeni, siyasi haklarla ekonomik, sosyal

³³ COOK/CUSACK, Gender Stereotyping, s.109-110.

³⁴ COOK/CUSACK, Gender Stereotyping, s.112.

³⁵ COOK/CUSACK, Gender Stereotyping, s.104.

³⁶ COOK/CUSACK, Gender Stereotyping, s.105.

³⁷ COOK/CUSACK, Gender Stereotyping, s.105.

³⁸ TIMMER, Strengthening the Equality Analysis, s.20.

³⁹ CUSACK, Simone: “Building Momentum Towards Change: How the UN's Response to Stereotyping is Evolving” (Building Momentum), Stereotypes and Human Rights Law, Brems, Eva/Timmer, Aleandra (ed.), Intersentia, UK 2016, s.34.

⁴⁰ DİNÇKOL, Bihterin: “Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4, 8(2), Güz 2005, s.108.

hakları ilişkilendiren; eşitlik ilkesiyle ayrımcılık yasağını birlikte ele alan TC bakış açısı ve bütüncül yaklaşım sunmaktadır.⁴¹

CEDAW Komitesi'nin yorumu ve kararları, TC ile insan hakları ilişkisi konusunda Sözleşme'nin yaşayan bir metin olduğunu göstermektedir. Komite'nin daha eski kararlarında eğitim, çalışma, evlilik, aile alanlarında TCR'nin etkisine odaklandığı söylenebilir. Bu kararlarda Komite, siyasi ve kamusal yaşamdaki belirli rollerin kadınları sınırlandırdığı veya dışladığı; benzer şekilde kadınlar tarafından gerçekleştirilen geleneksel işlerin değersizleştirildiği yolunda görüşünü açıklamaktadır.⁴² Yine Komite, eğitim ve medya aracılığıyla programlar ve kampanyalar düzenleyerek kalıpyargılarla mücadele edilmesini tavsiye etmektedir. Ancak bu aşamada henüz devletlerin CEDAW'ı yerine getirmek için TCR konusundaki yükümlülüklerinde açık bir yol haritası çizilmemiştir.⁴³

Zamanla kadına karşı ayrımcılıkla mücadelede ve kadınların insan haklarının gerçekleşmesinde uluslararası çerçeveyi oluşturan temel metinlerle birlikte uzmanlaşmış kurumlar oluşturulmuş ve var olanların kapsamaları genişletilmiştir. CEDAW Komitesi'nin yanı sıra, BM Kadına Yönelik Şiddet, Sebep ve Sonuçları Özel Raportörü'nün çalışmaları, BM İnsan Hakları Konseyi bünyesinde kurulmuş olan tematik çalışma grubu yer almaktadır. CEDAW Komitesi de odağını genişleterek yaşamın farklı alanlarında TCR'nin etkisini incelemeye, devletlere mücadelede daha kapsamlı ölçütler getirmek için ısrarlı tavsiyelerde bulunmaya başlamıştır.

Komite'nin CEDAW'ı TCRK'nin tasfiyesi konusunda geniş yorumlamasıyla TCR'ye ilişkin ayrıntılı ve kapsamlı bir strateji geliştirilmesi⁴⁴, zararlı kalıpyargıların dönüşümünü hızlandırmak için geçici özel önlemler alınması⁴⁵, sığınmacıların ve mültecilerin tanınmasında toplumsal cinsiyete dayalı kalıpyargılardan hareket edilmediğinin güvence altına alınması⁴⁶ Sözleşme kapsamında değerlendirilmiştir.⁴⁷ Tematik çalışma grubu ise 2012 yılında hukukta ve uygulamada kadına karşı ayrımcılık meselesi üzerine bir rapor yayımlanmıştır. Bu rapora göre yasaların, örf-adet hukukunun, dini veya ahlaki kuralların ayrımcı şekilde yorumlanmasından dolayı mevzuatta veya içtihatla doğrudan veya dolaylı ayrımcılıklara yol açan hükümlerle mücadele etmek devletlerin yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır.⁴⁸ 2013 yılında ise BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Kadınların Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Bölümü, kadınların insan haklarının ve TCE'nin gerçekleşmesi bağlamında TCRK üzerine bir araştırma yapmayı kararlaştırmıştır. Bu kapsamda Simone Cusack tarafından 2013'te "*Bir İnsan Hakları İhlali Olarak Toplumsal Cinsiyet Rollerini*" (Gender Stereotyping as a Human Rights Violation) başlıklı rapor ve 2014'te ise bu rapora dayanarak "*Yargısal Klişeleri Ortadan Kaldırmak: Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddet Vakalarında Kadınların Adalete Eşit Erişimi*" (Eliminating Judicial Stereotyping: Equal Access to Justice for Women in Gender-based Violence Cases) başlıklı bir politika belgesi hazırlanmıştır.

Bu gelişmelerin ortaya çıkmasında; (i) kadınların insan haklarının tanınması, uygulanması ve bu haklardan istifade edebilmeleri için TCR ile mücadele edilmesi, ancak bu mücadelede klişe, rol biçme ve önyargıların ortadan kaldırılmasındaki güçlüğü yeterli derecede anlaşılmaması

⁴¹ HELLUM, Anne/SINDING AASEN, Henriette: "Introduction", Women's Human Rights CEDAW in International, Regional and National Law, Hellum, Anne/Sinding Aasen, Henriette (ed.), Cambridge University Press, UK 2013, s.2-3; ODER, Bertil Emrah: "Giriş: Kadınların İnsan Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması", Kadın Hakları: Uluslararası Hukuk ve Uygulama, Yeşiladalı, Burcu (der.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s.24-25

⁴² CEDAW Komitesi: Genel Tavsiye Kararı No. 21: Evlilikte ve Aile İlişkilerinde Eşitlik, UN Doc. A/49/38 at 1, 1994, para. 11, 12; CEDAW Komitesi: Genel Tavsiye Kararı No. 23: Siyasi ve Kamusal Yaşam, UN Doc. A/52/38/Rev1 at 61, 1997, para. 12, 20(c), 20(d), 27, 28, 44.

⁴³ CUSACK, Building Momentum, s.15.

⁴⁴ CEDAW Komitesi: Sonuç Gözlemleri: Rusya, UN Doc. CEDAW/USR/CO/7, 2010, para. 21; CEDAW Komitesi: Sonuç Gözlemleri: Arnavutluk, UN Doc. CEDAW/ALB/CO/3, 2010, para. 25; CEDAW Komitesi: Sonuç Gözlemleri: Birleşik Arap Emirlikleri, UN Doc. CEDAW/ARE/CO/1, 2010, para. 25.

⁴⁵ CEDAW Komitesi: CEDAW m.4/1'de Düzenlenen Geçici Özel Önlemler Hakkında Genel Tavsiye Kararı No. 25, UN Doc. A/59/138, 2004, para. 38.

⁴⁶ CEDAW Komitesi: Kadınların Mülteci Statüsü, Sığınması, Vatandaşlığı ve Devletsizliğinin Toplumsal Cinsiyetle İlgili Boyutları Hakkında Genel Tavsiye Kararı No. 32, UN Doc. CEDAW/C/GC/32, 2014, para. 44.

⁴⁷ CUSACK, Building Momentum, s.15.

⁴⁸ BM İnsan Hakları Konseyi: Report of the Working Group on the Issue of Discrimination Against Women in Law and in Practice, A/HRC/20/28, 2012, s.7.

olması, (ii) bu rollerin gerekli ve yeterli ölçüde bir insan hakları meselesi olarak anlaşılması, (iii) bu konunun içeriğiyle devletlerin yükümlülükleri arasında yeterli düzeyde ilişki kurulmamış olmasıyla devletlerin düşük düzeydeki farkındalıkları etkili olmuştur.⁴⁹ Görüldüğü üzere uluslararası insan hakları hukukunda kadınların insan haklarından eşit şekilde istifade edebilmesi için TCRK'nin ortadan kaldırılmasına ilişkin son yıllarda konsensüs oluşmuştur.

CEDAW Giriş/Paragraf 14, m.5/a, m.2/f ile m.10/c, Sözleşme'nin TCRK konusundaki hukuki çerçevesini çizmektedir. Bu noktada devletlerin uluslararası insan hakları hukuku bakımından yükümlülüklerini CEDAW'ın ve CEDAW Komitesi'nin çizdiği çerçevede anlamak gerekmektedir. CEDAW Komitesi, tüm kalıpyargılar ve bunlardan kaynaklı rollerle değil, temel hak ve özgürlüklerin ihlaline neden olanlarla ilgilenmektedir. Bu çerçevede Komite, Karen Tayag Vertido v. Filipinler, V.V.P. v. Bulgaristan ve R.K.B. v. Türkiye kararlarında hangi TCRK'nin tasfiyesinin gerekli olduğu konusundaki görüşünü ortaya koymuştur. Buna göre taraf devletlerin “zararlı toplumsal cinsiyet kalıpyargısı”⁵⁰ (harmful gender stereotypes) ile “hatalı toplumsal cinsiyet rolü”nü⁵¹ (wrongful gender stereotyping) değiştirmek ve dönüştürmekle yükümlü olduklarını belirtmektedir.

Zararlı toplumsal cinsiyet kalıpyargısı, “kadınlar ve erkekler tarafından sahip olunan veya sahip olunması gereken niteliklere veya özelliklere ya da kadınlar ve erkekler tarafından icra edilmesi gereken rollere ilişkin genelleştirilmiş görüş veya önyargıdır.” Böyle bir kalıpyargı, bireylerin kişisel yeteneklerini geliştirme kabiliyetini kısıtlar, profesyonel kariyerlerinde de onları takip eder, yaşamları ve planları hakkında onlar yerine tercihlerde bulunur. Zararlı kalıpyargılar hem düşmanca veya negatif (kadınlar irrasyoneldir gibi) hem de görünüşte korumacı ve iyiniyetli (kadınlar anaçtır gibi) olabilir. Bu nedenle BM insan hakları mekanizmaları, negatif kalıpyargılardan ziyade; negatif veya değil, zararlı kalıpyargılara odaklanmaktadır.⁵²

Hatalı toplumsal cinsiyet rolü ise “kadın veya erkek bir bireye belirli bir niteliği, özelliği veya rolü o birey sadece kadın veya erkek grubu üyesi olduğu için atfetme pratiğidir.” Bu pratik, temel hak ve özgürlüklerin ihlali veya ihlalleriyle sonuçlanır. Zarar, kişilerin hak ve özgürlüklerinin tanınmasını, bunların ifa edilmesini veya bunlardan yararlanılmasını olumsuz olarak etkileyecek biçimde basmakalıp/kişe bir inanışın bireye uygulanmasından kaynaklanır (devletin kadınlara veya erkeklere ilişkin belirli TCR'yi hukuken yürürlüğe koyması gibi).⁵³

Bölgesel düzeyde CEDAW'ın dönüştürücü yaklaşımını kararlarına yansıtan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin Konstantin Markin v. Rusya kararında⁵⁴ devletin, annelerin çocukların bakımından sorumlu olduğu varsayımı dolayısıyla babalara ebeveynlik izni vermemesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.8'in m.14. ile birlikte ihlal edildiğine ilişkin kararı önemli bir dönüm noktasıdır. Bu kararda Strazburg Mahkemesi, zararlı kalıpyargıları tespit ederken “kalıpyargının kendisinin bir insan hakları ihlalini içinde barındırdığı”nı ortaya koymuştur. Çünkü iç hukukta ebeveynlik izni, sadece “annelik izni” olarak düzenlenmiştir. Yine V.C. v. Slovakya kararında⁵⁵ incelediği Roman kadınların yüksek doğum oranlarına sahip olması kalıpyargısıyla Romanların sosyal yardımlarla geçindikleri kalıpyargısının keşmesinin yol açtığı hak ihlali olarak başvuru Roman kadının zorla kısırlaştırılması meselesini inceleyen AİHM, Roman kadınlara ilişkin kesişimsel ve ayırıcı “kalıpyargının insan hakları ihlaline yol açan bir etken olduğu”nu tespit etmiştir.⁵⁶ Burada ise ihlal, TCRK'ye dayalı ayırıcı uygulamadan kaynağını almaktadır.

Bu önemli kararlara karşın AİHM'nin de bazı kararlarında TCRK temelli gerekçelendirme yapması gerekirken bunu göz ardı ettiği vakalar da mevcuttur. Strazburg Mahkemesi, çalışma yaşamında cinsiyet ayırıcılığını AİHS m.14 kapsamında değerlendirdiği Hülya Ebru Demirel v.

⁴⁹ CUSACK, Gender Stereotyping as a Human Rights Violation, s.5.

⁵⁰ Karen Tayag Vertido v. Filipinler, No:18/2008, 16.7.2010; V.V.P. v. Bulgaristan, UN Doc. CEDAW/C/53/D/31/2011, 24.11.2012, para. 9.6.

⁵¹ R.K.B. v. Türkiye, UN Doc. CEDAW/C/51/D/28/2010, 13.04.2012, para. 8.8; V.V.P. v. Bulgaristan, para. 9.6.

⁵² CUSACK, Gender Stereotyping as a Human Rights Violation, 2013, s.17-18.

⁵³ CUSACK, Gender Stereotyping as a Human Rights Violation, 2013, s.19.

⁵⁴ Konstantin Markin v. Rusya, Başvuru No. 30078/06, AİHM, 22.03.2012.

⁵⁵ V.C. v. Slovakya, Başvuru No. 18968/07, AİHM, 8.02.2012.

⁵⁶ BREMS, Eva/TIMMER, Alexandra: “Introduction” (Introduction), Stereotypes and Human Rights Law, Brems Eva/Timmer, Alexandra (ed.), Intersentia, UK 2016, s.4.

Türkiye⁵⁷ ve Emel Boyraz v. Türkiye⁵⁸ kararlarında ayrımcılık yasağını Sözleşme m.8 ile birlikte ele alarak ihlal kararı vermiştir. Buna karşın Mahkeme, Konstantin Markin v. Rusya kararında yaptığı gibi TCRK temelinde bir tartışma yürütmemiştir. Her iki kararda da devletin açık şekilde TCR bağlamında incelenebilecek iddialarının mevcut olduğu görülmektedir. Adı geçen her iki kararda güvenlik görevliliği mesleğine giriş başvurularını değerlendiren TEDAŞ tarafından “ateşli silah kullanma” ve “gece çalışma”, sadece erkeklere özgülenmiş nitelik ve özellikler olarak değerlendirilerek başvuranlar işe almamıştır. Kadınların erkeklere göre zayıf olduklarına ilişkin “yanlış kalıpyargı”dan ve zorlu kabul edilen işlerde çalışamayacaklarına ilişkin “role/kalıba sokma”dan kaynağını alan silah kullanamayacakları ve gece vakti çalışamayacakları yargısına dayanılması ihlalin gerekçesini oluşturmaktadır. Ancak AİHM, TCRK’ye açıkça atıfta bulunmamıştır.⁵⁹ Bu kararlar, ülkemiz açısından, özellikle TEDAŞ’ın iktisadi devlet teşekkülü olduğu da hesaba katıldığında, kadınların çalışma yaşamında karşılaştıkları TCRK’nin geleneksel kadınlık rollerine dayalı ihlaller olmasını göstermesi bakımından oldukça önemlidir. AİHM tarafından CEDAW’ın dönüştürücü yaklaşımına atıf yapılmamış olması ise bölgesel düzeyde halen TCRK’ye ilişkin yaklaşımın kurumsallaşmamış olduğunu da göstermektedir. Bu noktada devletin, TCRK’nin tasfiyesi konusunda yükümlülüklerine ve bu yükümlülüklerin sınırına bakmak gerekmektedir.

IV. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA TCRK’YE KARŞI DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Bir insan hakları meselesi olarak TCRK’ye ilişkin devletlerin yükümlülüklerinin ne olduğunun tespit edilmesi önem taşımaktadır. Bu tespit yapılabilmesi için öncelikle kavramların doğru şekilde tanımlanarak anlaşılması gerekmektedir CEDAW Komitesi, 28 Numaralı Genel Tavsiye Kararı’nda Sözleşme’nin lafzının cinsiyete dayalı ayrımcılığa atıf yaptığını, fakat Sözleşme m.1, m.2/f ve m.5/a birlikte ele alındığında, bir başka ifadeyle Sözleşme’nin ruhuna bakıldığında bu hükmün toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığı da içerdiğini tespit ederek “toplumsal cinsiyet”i şu şekilde tanımlamaktadır:

*“[K]adın ve erkek için toplum tarafından biçimlendirilen kimlikleri, özellikleri, rolleri ve kadın ve erkek arasında hiyerarşik farklılıkların doğmasına ve güç ve hakların erkeğin lehine ve kadının aleyhine olacak şekilde dağıtılmasına yol açacak şekilde toplumun bu biyolojik farklılıkları sosyal ve kültürel açıdan anlamlandırmasıdır.”*⁶⁰

CEDAW Komitesi’nin 28 Numaralı Genel Tavsiye Kararı’na göre CEDAW’da yer alan cinsiyet ve cinsiyet ayrımcılığı kavramları biyolojik temelde anlaşılmakta; ancak Komite CEDAW’ı, toplumsal cinsiyeti kadınlar ve erkekler arasındaki iktidar dağılımı, güç ve kontrol mekanizmaları aracılığıyla hiyerarşik ilişkiler inşa eden bir kavram olarak toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığı da içeren şekilde yorumlamaktadır.⁶¹

İnsan haklarına ilişkin devletin yükümlülükleri konusunda uluslararası standartlar açıkça ortaya konulmuştur.⁶² Bu standartlar, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin eşitlik ilkesi hakkındaki 16 Numaralı Genel Yorum’unda (i) saygı gösterme, (ii) koruma, (iii) gereğini yerine getirme yükümlülükleri olarak ifade edilmektedir.⁶³ Yine 28 Numaralı Genel Tavsiye Kararı’nda devlet kudretinin ve bu kudretin her üç (yasama-yürütme-yargı) kolunu oluşturan kuvvetlerin saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülükleri toplumsal cinsiyete dayalı roller bakımından da geçerlidir.⁶⁴ Bu üçlü yükümlülük tasnifi, her bir

⁵⁷ Hülya Ebru Demirel v. Türkiye, Başvuru No. 30733/08, AİHM, 03.12.2018.

⁵⁸ Emel Boyraz v. Türkiye, Başvuru No. 61960/08, AİHM, 02.12.2014.

⁵⁹ Emel Boyraz v. Türkiye, para. 52; Hülya Ebru Demirel v. Türkiye, para. 34. Aynı yönde bir eleştiri için bkz. TIMMER, Alexandra: “Of Firearms and Weak Women: Sex Discrimination in Hülya Ebru Demirel v. Turkey”, 31 Temmuz 2018. <https://strasbourgobservers.com/2018/07/31/of-firearms-and-weak-women-sex-discrimination-in-hulya-eburu-demirel-v-turkey/>, (Erişim Tarihi: 04.03.2020).

⁶⁰ CEDAW Komitesi: CEDAW m.2 Çerçevesinde Devletlerin Temel Yükümlülüklerine İlişkin Genel Tavsiye Kararı No. 28, UN Doc. CEDAW/C/GC/28, 2010, para. 5.

⁶¹ UYGUR, Gülriş: “Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir”, Ankara Barosu Dergisi, (4), 2015, s.123.

⁶² BYRNES, Andrew C./GRATEROL, Maria Herminia/CHARTRES, Renee L.: “State Obligation and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, UNSW Law Research Paper No. 2007-48, 19.07.2007, s.24, para. 53; COOK/CUSACK, Gender Stereotyping, s.76.

⁶³ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Kullanmada Erkeklere ve Kadınlara Eşit Hak Sağlanmasına İlişkin Genel Yorum No. 16, UN Doc. E/C.12/2005/4, 2005, para. 17-21.

⁶⁴ CEDAW Komitesi: CEDAW m.2 Çerçevesinde Devletlerin Temel Yükümlülüklerine İlişkin Genel Tavsiye Kararı No. 28, para. 39.

hakkın özelliğine göre değerlendirme yaparak edimleri belirleme olanağı sunmaktadır. Dolayısıyla proaktif davranması gereken devletin, bazı haklar konusunda pasif davranmasını, bazı hakları ihmal etmesini veya haklar konusundaki yükümlülüklerine sadece negatif-pozitif edim gibi dar bir çerçeveden bakmasını engellemektedir.

Hatalı TCR'nin tasfiyesinde de bu üç yönlü yükümlülük geçerlidir. Belirtilen birinci yükümlülük bakımından devlet, tüm organlarıyla herhangi bir hatalı TCR'yi hukuk, politika veya pratik haline getirmekten kaçınmalı, eğer böyle bir düzenleme veya uygulama var ise bunu uygun şekilde değiştirmelidir. Bu yükümlülük her üç kuvvet için de geçerlidir. 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin 5. fıkrasındaki hüküm dolayısıyla yargı erkinin yükümlülüğüne burada ayrıca değinmekte fayda vardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki toplumun diğer kesimleri gibi yargıçlar da toplumdaki yaygın önyargılardan ve klişelerden muaf değildir. Hüküm kurarken önyargılarından hareket eden yargıcın o vakada açık görüşlü olmadığı için gerçekleri doğru değerlendiremediği görülmektedir. Bu durumda yargıcın tarafsızlığından söz edilememektedir.⁶⁵ CEDAW çerçevesinde tarafsızlık, devletin saygı gösterme yükümlülüğü bağlamında yargıcın her vakada herhangi bir hatalı TCR'ye dayanmadan karar vermesini ifade etmektedir.⁶⁶ Yargıcın tarafsızlığını zedeleyen “yargı eliyle rol biçme”, bireye belli bir sosyal gruba aidiyetinden dolayı belirli nitelikler, özellikler veya roller atfeden ve/veya yargı organlarının rol biçmeyle mücadelede başarısızlığından ötürü zararlı rolleri kalıcı hale getiren yargı pratikleridir.⁶⁷ Yargı eliyle rol biçme konusunda CEDAW m.2/f ve m.5/a, devletin temel yükümlülüklerini oluşturmaktadır. Yine Engelli Bireylerin Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşme (EBHUS) m.8/1/b'de devletin bu konudaki yükümlülüğüne değinilmektedir.⁶⁸ EBHUS m.4/1/b de bu hükmü güçlendirici etkiye sahiptir. Buna göre yargıçlar, rol biçmekten imtina etmeli (saygı gösterme); rol biçmenin, insan haklarını ihlal etmediğini güvence altına almalı (koruma) ve kadınların haklarını hatalı TCR'den arı bir şekilde kullanabilmelerini ve haklarından yararlanabilmelerini güvence altına almalıdır (gereğini yerine getirme).⁶⁹

İkinci yükümlülük ise devletin üçüncü kişilerin ihlallerine karşı bireyi korumasını kapsamaktadır. Bu bağlamda devletin kadınları üçüncü kişilerden gelebilecek hatalı bir TC kalıbına sokmaya ilişkin ihlallerine karşı yükümlülükleri, kadınlara karşı peşin hüküm ve yanlılığa karşı bilinç yükseltmeyi sağlamak, önleyici mevzuat, politika ve programları uygulamak, üçüncü kişilere karşı başvuru yollarında etkili usuller geliştirmek, hatalı TCR'yi telafi edici nitelikte hukuki çözüm yollarını yürürlüğe koymak şeklindedir.⁷⁰ TCR'ye karşı koruma yükümlülüğü özellikle erken yaşta evlendirmelerde karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir evlilik kararı özel alanda aile (üçüncü kişi) tarafından alınmakta, kız çocukları görücü usulü (önceden ayarlanmış) evliliklere göre hazırlanmakta ve TCR'ye uygun olarak itaatkar eş rolüne adapte edilmektedir. Evlilik töreni ise yerel veya ulusal resmi makamlar önünde gerçekleşmekte, bazı durumlarda yargıç onayıyla kız çocuklarına evlenme izni verilmektedir. Bu vakalarda devlet hem resmi makamların hem de ailenin ihlaline kaşı gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.⁷¹

Kadınların hatalı TCR'den özgür olmaları için devletin gereğini yerine getirme yükümlülüğü ise ayrımcılığa vücut veren kalıpyargıları tasfiye edici pozitif edimlerini kapsamaktadır. Bu edimlere örnek olarak bebek bezi değiştirme odalarının/ünitelerinin kadınların olduğu kadar erkeklerin kullanımına açık yerler olarak tasarlanması gibi bebek bakımıyla sadece kadınların ilgilenebileceğine ilişkin kalıpyargıyı yıkmak için önlemler almak, ulusal eğitim programları ve kamu personeline yönelik meslek içi eğitimler aracılığıyla TCR'ye ilişkin farkındalığı teşvik etmek gösterilebilir.⁷²

⁶⁵ L'HEUREUX-DUBÉ, Claire: “Beyond the Myths: Equality, Impartiality, and Justice”, *Journal of Social Distress and the Homeless*, 10(1), 2001, s.92.

⁶⁶ COOK/CUSACK, *Gender Stereotyping*, s.78.

⁶⁷ CUSACK, Simone: *Eliminating Judicial Stereotyping: Equal Access to Justice for Women in Gender-Based Violence Cases (Eliminating Judicial Stereotyping)*, Geneva: Final Paper Submitted to the Office of the High Commissioner for Human Rights, 2014. s.2.

⁶⁸ Belirtmek gerekir ki bu Sözleşme'yle ilk kez TCR'ye karşı devletin yükümlülüğü açıkça bir insan hakları sözleşmesinde düzenlenmiştir.

⁶⁹ CUSACK, *Eliminating Judicial Stereotyping*, s.7.

⁷⁰ COOK/CUSACK, *Gender Stereotyping*, s.81.

⁷¹ COOK/CUSACK, *Gender Stereotyping*, s.81-82.

⁷² COOK/CUSACK, *Gender Stereotyping*, s.82.

CEDAW Komitesi, mültecilik, yoksulluk ve TC gibi kesişimsel baskıları da dikkate alarak devletlerin gerçek yaşamda var olan yapısal eşitsizliklere karşı önlemler almasını öngörmektedir. Dolayısıyla devletlerin sadece pozitif hukuklarında, bir başka ifadeyle “kağıt üstünde” birtakım değişiklikler yapması yeterli değildir. Toplumsal dönüşümü gerçekleştirmek için devletlerin maddi eşitliği sağlaması gerekmektedir. Komite, TCE’yi, eşitlik ilkesinin bir parçası olarak görmektedir. 25 Numaralı Tavsiye Kararı’nda Komite, TCE’nin sağlanmasında devletin yükümlülüklerini açıkça ortaya koymuştur. Buna göre (i) kadınlara karşı doğrudan veya dolaylı herhangi bir ayrımcılık yapılmamasını güvence altına almak, (ii) somut ve etkili politikalar ve programlar uygulayarak kadınların *de facto* konumunu iyileştirmek, (iii) süregelen TC ilişkilerini ve toplumsal cinsiyete dayalı kemikleşmiş kalıpyargıları sorun olarak ele almak şeklinde devletin üç yükümlülüğünün olduğu belirtilmektedir.⁷³ Yine Komite’ye göre devletler, toplumda hüküm süren toplumsal cinsiyete dayalı ilişkiler ve kalıpyargılarla mücadele etmelidir.⁷⁴

Bu noktada CEDAW da açık bir şekilde TCRK’ye karşı devleti toplumsal bir değişimi gerçekleştirmekle yükümlü kılmıştır. Önyargıların ve geleneklerin tasfiye edilmesi başlığını taşıyan CEDAW m.5/a’ya göre;

“*Taraf Devletler aşağıdaki konularda gerekli tedbirleri alırlar:*

a) *Her iki cinsten birinin aşağı veya üstün olduğu veya erkekler ile kadınların basmakalıp rollere sahip oldukları düşüncesine dayanan bütün önyargılar ve gelenekler ile her türlü uygulamayı tasfiye etmek amacıyla erkeklerin ve kadınların sosyal ve kültürel davranış tarzlarını değiştirmek.”*

Buna göre devletin iki tür yükümlülüğü karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki TCRK’ye ilişkin önyargılar ve geleneklerle her türlü uygulamayı tasfiye etmektir. Bunu gerçekleştirmenin çeşitli yollarından bahsetmek mümkündür. Örneğin medya ve reklamcılık alanında kullanılan kadın ve erkek temsillerinin, olumsuz imaj ve görüntüleri yeniden üretmesi engellenmelidir.⁷⁵ Bu yükümlülüğe CEDAW Komitesi’nin yorumu ışığında bakacak olursak devlet, aynı zamanda TCRK’nin tasfiyesine yardımcı olmak üzere etkili şekilde okul kitaplarında gerekli değişikliklerin yapılması, reklam ve kampanya çalışmaları, bu alanda çalışan kuruluşlara mali destek verilmesi, yanlış rolleri pekiştiren reklamları şikayet usulü getirilmesi gibi eğitim ve kamu bilgilendirme programları başlatmalıdır.⁷⁶

Birinci yükümlülüğün bireysel farkındalık düzeyinde kalması dolayısıyla sınırlılığı karşısında ikinci yükümlülük kurumsal dönüşüme yöneliktir. Buna göre toplumsal yapı ve kurumlarda bir dönüşüm için hukukta ve kamu politikalarında toplumsal cinsiyete dayalı kalıpyargıların tasfiye edilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük, TCE’nin sağlanması için yerine getirilmesi gereken kadınların *de facto* konumunu iyileştirme göreviyle birlikte düşünülerek devletin getirdiği önlemlerin her birinin, kadınların yaşam koşullarında ve insan haklarında olumlu bir etkiye sahip olup olmadığının denetlenmesini içermektedir. Bu yükümlülük, hukukta ve uygulamada devlete sadece zararlı kalıpyargılardan kaçınmak gibi negatif bir edimde bulunma yükü getirmemektedir. Aynı zamanda kadınların ve erkeklerin geleneksel veya basmakalıp roller dışında bir yaşam tarzı benimseyebilmelerini güvence altına almak gibi pozitif edimde bulunma yükü getirdiği de hesaba katılmalıdır.⁷⁷ Kaldı ki “zararlı kalıpyargılardan kaçınma” yükümlülüğü, evleviyetle hukuk ve uygulamada mevcut olanları ortadan kaldırmayı da içermektedir.

Onaylayan devletler bakımından Komite’ye bireysel başvuruları kabul ve inceleme yetkisi veren Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin İhtiyari Protokol, BM çatısı altında TCR’yi daha görünür kılmış ve Komite’yi güçlendirmiştir. Artık Komite, bireysel başvuru yoluna giden her bir kadın bakımından TCR’nin bireysel haklar üzerindeki etkisini ve devletin yükümlülüklerini inceleyebilecektir.⁷⁸ Örneğin, CEDAW’ın ihlalini tespit ettiği L.C. v. Peru kararında Komite, üreme haklarını incelemiştir. Buna göre kadınların

⁷³ CEDAW Komitesi: CEDAW m.4/1’de Düzenlenen Geçici Özel Önlemler Hakkında Genel Tavsiye Kararı No. 25, para. 7.

⁷⁴ CEDAW Komitesi: Genel Tavsiye Kararı No. 25, para. 7.

⁷⁵ HOLTMAAT, Rikki: Towards Different Law and Public Policy: The Significance of Article 5a CEDAW for the Elimination of Structural Gender Discrimination (Towards Different Law and Public Policy), Ministry of Social Affairs and Employment in the Netherlands, Reed Business, Hollanda 2004, s.76-77.

⁷⁶ CEDAW Komitesi: Eğitim ve Halkı Bilgilendirme Programlarına İlişkin Genel Tavsiye Kararı No. 3, 6. oturum, 1987, para. 1.

⁷⁷ HOLTMAAT, Towards Different Law and Public Policy, s.77.

⁷⁸ CUSACK, Building Momentum, s.16.

anne olmasına ilişkin kalıpyargının ve buna dayanan kadınların kendi yaşamlarından, sağlıklarından ve seçecekleri veya yerine getirecekleri diğer rollerden önce çocuk doğurmanın ve yetiştirmenin görevleri olduğu varsayımının, tecavüze maruz kalmış ve intihar girişiminde bulunmuş bir kız çocuğu hakkında karar verirken hekimleri ne yönde etkilediği incelenmiştir. Üreme sağlığına ilişkin bahsedilen bu TCRK'den hareket eden hekimler, çocuğa tedavi amaçlı kurtaj yapılmasını reddetmişler ve cerrahi müdahaleyi ertelemişlerdir.⁷⁹

R.K.B. v. Türkiye kararında ise istihdamda ayrımcılığı inceleyen Komite, Sözleşme'nin tam anlamıyla yerine getirilmesi için devletlerin yükümlülüğünün süreklilik gösteren ve toplumda hüküm süren hatalı TCR'nin ortadan kaldırılmasını, TCK'nin değiştirilmesi ve dönüştürülmesini içerdiğini belirtmektedir.⁸⁰ Dolayısıyla Komite, bireysel başvurular aracılığıyla kamu hizmeti gören meslek elemanları yanında özel sektörde işçi-işveren ilişkisinde de TCRK'nin ortadan kaldırılmasını devletin yükümlülükleri arasında görmektedir.

Yine mahkemelerin, önlerine gelen uyuşmazlıkta hüküm kurarken TCRK'ye dayanmama yükümlülükleri kapsamında Karen Tayag Vertido v. Filipinler kararına⁸¹ bakmak gerekir. Komite, dava yargıcının tecavüzle suçlanan sanığı, hukuka veya vakaya değil, TCK'ye dayanarak beraat ettiren hüküm kurma biçiminden dolayı taraf devleti sorumlu tutmuştur. İnsan haklarına aykırılık, bir tecavüz vakasında yargıcın TC kalıplarına dayanarak kadınların belirli bir şekilde davranmasına, örneğin tecavüze karşı fiziksel direnç göstermesi gerektiğine yönelik hükme ilişkindir. Dolayısıyla devletlerin, yargıcının TCRK'ye dayanmasının ayrımcılık yasağını ve adil yargılanma hakkını ihlal etmesinden de yükümlü oldukları tespit edilmiştir.⁸²

Komite, devletlerin bir insan hakları ihlali olarak kadına yönelik şiddetin önlenmesine ilişkin yükümlülüklerini ortaya koyarken TCRK'nin, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin kaynaklarından biri olduğunu da tespit etmiştir. Devletler, bu tür şiddetin önlenmesi için TCRK ile de mücadele etmelidir.⁸³ Devletler tarafından şiddet iddialarına ilişkin soruşturmaların kalıpyargılara dayanmaksızın yürütülmesi de TCRK ile mücadele kapsamında değerlendirilmektedir. Yargılamanın her aşamasında TCRK'nin, hayatta kalanların adalete erişimini tehlikeye atıp atmadığı gözetilmelidir.⁸⁴ Komite, ev içi şiddete ilişkin *Ángela González Carreño v. İspanya* kararında çocuğun velayetine ve ziyaretlere ilişkin hüküm kurulurken TCR'nin, şiddet faili erkeğin haklarına, hayatta kalanların hakları karşısında öncelik verilmesine yol açmaması gerektiğinin altını çizmiştir.⁸⁵

V.K. v. Bulgaristan kararında ise devletlerin yargı kararları aracılığıyla CEDAW'ı ihlal etmekten de yükümlü olduğunu vurgulayan Komite, rol biçiminin kadınların adil yargılanma hakkını etkilediğini, bu noktada yargı organının, ev içi veya toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti inşa eden yerleşmiş önyargılı eğilimlerden temelini alan katı standartlar yaratmaması gerektiğini ifade etmektedir. Komite'ye göre CEDAW m.2/d ve f ile m.5/a'da öngörülen TCR'nin ortadan kaldırılmasına ilişkin hükümler, V.K. vakasında yargı organının toplumsal cinsiyete duyarlılık seviyesinin dikkate alınıp değerlendirilmesini gerekli kılmıştır.⁸⁶ Bu bağlamda Komite, yargı organının, Bulgaristan iç hukukuna göre ev içi şiddete maruz kalanın koruma talebi için öngörülen bir aylık süreyi eşlerin birlikte yaşayıp yaşamadığının kontrolü olarak anlamasını, dolayısıyla ev içi şiddeti devletin önlemesi gereken bir mesele olarak değil, bir özel hayat meselesine

⁷⁹ L.C. v. Peru, Başvuru No. 2212009, UN Doc. CEDAW/C/50/D/22/2009, 2011, para. 8.15; CUSACK, Building Momentum, s.18.

⁸⁰ R.K.B. v. Türkiye, para. 8.8.

⁸¹ Karen Tayag Vertido v. Filipinler, Başvuru No:18/2008, 16.7.2010, para. 8. 5-8.6, 8.9.

⁸² CUSACK, Building Momentum, s.17. Tecavüz suçunda rızanın yokluğunun ne şekilde belirleneceğinde gündeme gelen tecavüz mitleri konusunda bölgesel insan haklarını koruma mekanizmaları da TCRK'den bağımsız hüküm kurmaya başlamıştır. Örneğin AIHM, içtihatlarında TCR'yi pekiştiren kalıpyargı ve önyargılara başvurmamakta, tecavüz de dahil cinsel şiddet tanımını değiştirmektedir. Tecavüz suçu, pek çok ulusal yargılamada mağdurun direnmesini önlemek için fiziksel güç kullanması gerektiği yönünde tanımlanmaktadır. Ancak AIHM'in 2003 tarihli M.C. v. Bulgaristan kararında tecavüzü tanımladığı ve mağdurun fiziksel direnmesinin söz konusu olmadığı durumlarda da rızası dışında cinsel bir davranışa maruz kalabileceğini kabul ettiği görülmektedir. Bkz. M.C. v. Bulgaristan, Başvuru No. 39272/98, AIHM, 04.03.2004.

⁸³ CEDAW Komitesi: Kadına Karşı Şiddet Hakkında Genel Tavsiye Kararı No. 19, UN Doc. A/47/38, at 1, 1993, para. 11-12, 21, 23, 24(e), 24(f), 24(t) ve (ü); CUSACK, Building Momentum, 2016, s.17.

⁸⁴ Isatou Jallow v. Bulgaristan, Başvuru No. 32/2011, UN Doc. CEDAW/C/52/D/32/2011, 2012, para. 8.6.

⁸⁵ *Ángela González Carreño v. İspanya*, Başvuru No. 47/2012, UN Doc. CEDAW/C/58/D/47/2012, 2014, para. 9.4.

⁸⁶ V.K. v. Bulgaristan, Başvuru No. 20/2008, UN Doc. CEDAW/C/49/D/20/2008, 2011, s.19.

indirilmesi ve ev içi şiddetten sadece fiziksel şiddeti anlayan dar bakış açısını toplumsal cinsiyete duyarlı olmayan bir yargısal yorum biçimi olarak tespit etmektedir.⁸⁷

CEDAW Komitesi, eğer TCRK'nin tasfiyesine ilişkin yükümlülüklerden Sözleşme'de açıkça değinilmemiş olanlar tespit edilir ise "Nihai Gözlemleri" ve "Genel Tavsiye Kararları"nda belirli bir konuyu düzenleyen her bir hükmü incelerken bu konuyu ayrıca ele almaktadır.⁸⁸ Örneğin 19 Numaralı Genel Tavsiye Kararı'nda Komite, kadına yönelik şiddet konusunu ele alırken bu şiddetin, erkekler karşısında kadınları ikincilleştiren veya ev içi şiddet ve istismar da dahil TCRK'ye ilişkin yaygın pratikler olarak karşımıza çıkan geleneksel tutumları da kapsadığının altını çizmektedir.⁸⁹

V. SONUÇ YERİNE: ZORLUKLAR, OLANAKLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

TCRK'den kaynaklanan insan hakları ihlallerinin ortadan kaldırılması için hukukun sunduğu iki önemli enstrüman olan hukuk kuralı ve kuralın muhakemesi üzerinde durulmalıdır. CEDAW gereği TCRK'yi pekiştiren ve yeniden üreten mevcut hukuk kuralları ayıklanmalı, şekli eşitlik anlayışının ötesinde farklılıkları gözeterek, yapısal sosyal dezavantajları ve ikincilleştirmeyi engelleyecek bir eşitlik anlayışı ve ayırıcılık yasağına uygun düzenlemeler getirilmelidir.⁹⁰

Belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler yasa hükmündedir. Bu sözleşmeler hakkında anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz ve sözleşmelerle yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda sözleşme hükümleri esas alınır. Yine Anayasa'nın 11. maddesine göre CEDAW hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.⁹¹ Konumuz bağlamında CEDAW ışığında mevzuat, toplumsal cinsiyete ilişkin önyargıların, kalıpyargıların ve rollerin taşıyıcısı olamaz. Bir uluslararası insan hakları sözleşmesine aykırı böyle bir hukuk kuralı yürürlükte ise mahkemeler, Sözleşme hükmünü esas almalıdır. Bunun yanı sıra somut olaya uygulanacak kuralın anayasaya aykırılığıyla itiraz yoluna da gidilebilir.

Yine mahkemelerin hukuk kuralını yorumlarken kadını ikincilleştiren, aşağılayan ayırıcı kültürel kod, yargı ve klişelere başvurmaması gerekmektedir. Özellikle şiddet gören kadınların şikayetçi oldukları davalarda tecavüz mitlerine, şiddete maruz kalanı suçlama eğilimine mahkeme kararlarının gerekçelerinde yer verildiği görülmektedir. Yargı makamlarının bu gibi klişelere başvurmaları, TC temelli şiddete maruz kalarak hakları ihlal edilenin, ikinci bir mağduriyet yaşamasına yol açmaktadır. Yargıç, kadının ev içinde şiddet görmesinin kabul edilebilir olduğu ataerki geleneklere göre TCRK'den hareket ederse şiddet uygulayandan yana tavır almış olur ve tarafsızlığını yitirir.⁹²

Bu noktada Becker, şiddete maruz kalan kadınların, mahkemeler dahil kamu otoriteleri önünde yaşadıkları sorunları iki temel başlıkta toplamaktadır. İlki şiddete maruz kalmış kadınların duygularını anlamadaki sistematik başarısızlık; ikincisi ise ev içi şiddetin sonuçlarının, kadının doğuştan getirdiği kişilik özelliğine, kendi hatasına ve başkasının işlediği şiddet fiilinden kadının sorumlu olduğuna ilişkin bir kanıt olarak görülmesi, bunun ev içi şiddete maruz kalanı suçlamaya yönelik bir eğilime dönüşmesidir.⁹³

Hem cinsel saldırı hem de ev içi şiddet vakalarında adalete erişimin her aşamasında (karakol, savcılık, şiddet önleme merkezleri, mahkeme, sığınma evi vb. tüm kamu otoriteleri

⁸⁷ V.K. v. Bulgaristan, 2011, s.19.

⁸⁸ ACAR, Feride: "Kadınların İnsan Haklarında Ulusüstü Standartlar ve Denetim: CEDAW Örneği Bağlamında Bazı Gözlemler", Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar, Durudoğan, Hülya/Gökşen, Fatoş/Oder, Bertil Emrah/Yükseker, Deniz (der.), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.190.

⁸⁹ COOK/CUSACK, Gender Stereotyping, s.75; CEDAW Komitesi: Kadına Karşı Şiddet Hakkında Genel Tavsiye Kararı No. 19, UN Doc. A/47/38, at 1, 1993, para. 10-11.

⁹⁰ UYGUR, Gülriç: "İstanbul Sözleşmesi Işığında Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Temel Yaklaşımı", Şiddetin Cinsiyetli Yüzleri, Yarar, Betül (der.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul s.2015, s.197.

⁹¹ BAKIRCI, Kadriye: "İstanbul Sözleşmesi", Ankara Barosu Dergisi, (4), 2015, s.136.

⁹² ÇAĞLAR GÜRGEY, Fatma İrem: "Ev-İçi Şiddet Davalarında Yargıcın Tarafsızlığı", Ankara Barosu Dergisi, (4), 2015, s.65.

⁹³ BECKER, Mary E.: "Access to Justice for Battered Women", Washington U. Journal of Law & Policy, 12(63), 2003, s.63-64.

dahil) eğer şiddete maruz kalan kadın basmakalıp bir şekilde “dehşete düşmüş”, “sarsılmış” kadın rolüne uygun davranmazsa kadının nasıl bir risk düzeyiyle, korkuyla, tehditle, şiddetle veya şiddet tehlikesiyle karşı karşıya olduğunun tayin edilmesinde hatalar yapılabilmektedir.⁹⁴ Çeşitli vakalarda şiddete maruz kalanın nerede olduğu, ne giydiği, cinsel geçmişi, uyuşturucu/uyarıcı bir madde etkisinde olduğu, kendini koruyacak güçte olduğu, direnmediği takdirde fiile rızasının olduğu, kendi söz ve davranışlarının şiddete vücut verdiği gibi “mağdur suçlayıcılık” anlamına gelen iddialar hem fail veya vekili hem de yargının aktörleri tarafından kullanılmaktadır.⁹⁵

Benzer şekilde cinsel saldırıdan şikayetçi olan kadınların mahkemede güvenilirlikleri, itibarları, kimin daha “gerçek kurban”⁹⁶ olduğuna ilişkin kalıpyargılar yüzünden sarsılmaktadır. Bu kalıpyargılar, hukuk uygulamasında kimin “iyi kurban” olup hukuki korumayı hak ettiğine, kimin “kötü kurban” olup başına geleni hak ettiğine ve hukuki korumayı hak etmediğine ilişkindir. Örneğin seks işçileriyle evli kadınlar (eşler) itibar ve güvenilirlik konusunda iki uçta algılanmalarına karşın, cinsel saldırı şikayetlerinde her iki grup da cinsel birlikteliğe sürekli rıza gösterdikleri kalıpyargısından hareket edildiğinden iddialarının geçersiz olduğu varsayılmaktadır.⁹⁷ Özellikle hukuk sistemindeki aktörlerin, “kötü kurban”ların seks işçisi olması veya anaakım ırk/etnisite/dine mensup olmaması gibi durumları alkol/uyuşturucu madde kullanıp kullanmaması, yalan söyleyip söylememesi, önceki ilişkileri, cinsel geçmişi hakkındaki önyargı ve kalıpyargılarla özdeşleştirilmesi, hayatta kalan üzerinde çifte baskı ve mağdur suçlayıcılık oluşturmaktadır.⁹⁸

TCRK’ye dayalı bu gibi insan hakları ihlallerinin önlenmesi için yargıda TCRK ile mücadele eden bir muhakeme öncelikle bu rolleri sorunsallaştırmalı, bir başka ifadeyle sorunu doğru adlandırmalı, ikinci olarak bunlara açıkça karşı çıkmaya dayanmalıdır. Çünkü doğru adlandırılmayan bir olgu değiştirilemez. TCRK, doğru adlandırılarak her bir somut olayda teşhis edilirse, “doğal ve kaçınılmaz” olarak görülme riskinde uzaklaşılır, ayırmacılık ve eşitsizlik görünür hale gelir.⁹⁹ Dolayısıyla sorunu doğru adlandırarak ve teşhis ederek hukukun objektiflik iddiası içine gizlenmesi önlenmiş olur. Sorun doğru şekilde tespit edildikten sonra ise açıkça karşı çıkmak için her vakaya TC gözlüğüyle bakılabilmeli, TCE muhakemede bir gösterge olarak değerlendirilmelidir.

Bu noktada AİHM ve Anayasa Mahkemesi gibi temel hak ve özgürlüklere uygunluk denetimi yapan mahkemelerin ne yapması gerektiği sorulmalıdır. Mahkemelerin iki temel rolünden söz edilebilir: Birincisi bu mahkemeler kendi gerekçelerinde zararlı TCK’ye dayanmamalıdır, ikincisi ise iç hukuklarda var olan TCRK’yi sorunsallaştırıp tespit ederek insan haklarına zarar veren bir ayırmacılık biçimi olarak değerlendirmelidir.¹⁰⁰ Yine insan hakları hukuku çerçevesinde zararlı kalıpyargıların yol açtığı ihlalleri belirlemede karşılaşılan zorlukların neler olduğu üzerinde durulmalıdır.¹⁰¹

CEDAW Komitesi, devletlerin TCRK’ye karşı mücadele etme yükümlülüğüyle yapısal ayırmacılık arasındaki bağlantıyı 25 Numaralı Tavsiye Kararı’nda açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre taraf devletlerin üç temel yükümlülüğü söz konusudur: (i) ayırmacılık içeren hükümleri ayıklamak ve üçüncü kişilerin ayırmacılıklarına karşı kadınları korumak; (ii) somut ve etkili politikaların doğrudan doğruya uygulayıcısı olarak kadınların fiili durumunu iyileştirmek; (iii) sadece bireysel davranışlardan kaynaklanmayan aynı zamanda yasal, toplumsal veya kurumsal

⁹⁴ RANDALL, *Ideal Victims*, s.427-428.

⁹⁵ RANDALL, *Ideal Victims*, s.430.

⁹⁶ Feminist literatürde “kurban” ve “kurbanlaştırma” söylemi de eleştirilmekte, bunun yerine “hayatta kalan” kavramı tercih edilmektedir. RANDALL, Melanie: “Sexual Assault Law, Credibility, and ‘Ideal Victims’: Consent, Resistance, and Victim Blaming” (*Ideal Victims*), *Canadian Journal of Women and the Law*, 22(2), 2010, s.407-408.

⁹⁷ RANDALL, *Ideal Victims*, s.407-409.

⁹⁸ RANDALL, *Ideal Victims*, s.413-414.

⁹⁹ TIMMER, *Gender Stereotyping*, s.44.

¹⁰⁰ TIMMER, Alexandra: “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 11(4), 2011, s.717; ODER, Bertil Emrah: “Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası”, *Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar, Durudoğan, Hülya/Gökşen, Fatoş/Oder, Bertil Emrah/Yükseker, Deniz (der.)*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.200-201.

¹⁰¹ BREMS/TIMMER, *Introduction*, s.4.

yapılarda kadınları etkileyen hakim TC ilişkilerini ve kemikleşmiş TCR’yi bir sorun olarak ele almak.

Her ne kadar Komite, zararlı TCRK’yi bir ihlal ve/veya ayrımcılık olarak tanımlayıp bu konuda CEDAW’ı oldukça geniş yorumlasa da¹⁰² devletlerin geleneksel, dinsel ve kültürel saiklerle Sözleşme’yi uygulamaktan imtina etme eğiliminde oldukları görülmektedir. Bu eğilimi kültürel değişimi hedefleyen CEDAW’ın icrai kabiliyeti haiz olup olmaması açısından değerlendirmek mümkündür. Konumuz bağlamında Sözleşme m.5/a’nın hem devletlere yüklediği yükümlülüğün sınırının belirsiz olması hem de bu yükümlülüğün icra edilebilirliği TCRK’nin ortadan kaldırılmasında bir zorluk olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰³ Bu nedenle amaç, insan haklarından cinsiyet fark etmeksizin herkesin eşit şekilde istifade edebilmesi ise iç hukuklarda yürürlüğe girecek her bir kuralın TC perspektifinden değerlendirilerek ayrımcılığa yol açmadığının ortaya konulması gerekmektedir.

Bu bakımdan TC etki analizinin periyodik olarak yapılması ve yürürlüğe giren yasaların izlenmesi önem taşımaktadır. Bu izlemeyi yapmayı sağlayacak enstrümanların başında BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından hazırlanan, Simone Cusack tarafından kaleme alınan ve toplumsal cinsiyete dayalı rollerle mücadele etme stratejilerini gösteren “*Yargısal Klişeleri Ortadan Kaldırmak: Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddet Vakalarında Kadınların Adalete Eşit Erişimi*” (Eliminating Judicial Stereotyping: Equal Access to Justice for Women in Gender-based Violence Cases) başlıklı bir politika belgesi gelmektedir. Bu gibi araçların yaygınlaşması ve kullanılabilir hale gelmesi için hem literatürde TCRK’nin yargıda tespitine yönelik araştırmalar artmalı hem de yargı organları bizzat kararlarında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını incelerken TCRK’nin bir ihlal oluşturup oluşturmadığını tartışmalıdır.

CEDAW Komitesi’nin TCRK’nin yol açtığı insan hakları ihlallerini tespit ettiği ve gerekçelendirdiği kararları, BM içindeki diğer mekanizmaları da bu konuda harekete geçmeye teşvik etmiştir. Örneğin BM Özel Raportörü, 2013 tarihli aşırı yoksulluk ve insan hakları üzerine kaleme aldığı raporunda ücretsiz bakım emeği, eşitsizlik ve kadınların insan hakları arasındaki ilişkiyi incelemiştir. Raporda ücretsiz bakım emeğinin kadın ve erkek arasında bölüşülmesinde CEDAW’a ve Komite’nin kararlarına atıfla toplumsal cinsiyete dayalı kalıpyargıların (örneğin erkekler eve ekmek getiren, kadınlar ise bakan/besleyendir) kadınları nasıl ayrımcılığa maruz bıraktığı ve yoksulluğa mahkum ettiği belirtilmektedir. Özel Raportör, ücretsiz bakım sorumluluklarının cinsiyetlendirilmiş eşitsiz bölüşümüne yol açan kalıpyargıların dönüştürülmesinin önemini vurgulamaktadır. Devletlerin yükümlüğünün, bakım emeğini sadece kadınların sorumluluğunda gören veya belirli bir tip aile modelini, diğerlerini dışlayarak teşvik eden yaklaşımları tercih edip dayatmaksızın ücretsiz bakımın önemini anlamak ve bu emeğin değerini ortaya koymak olduğu ifade edilmektedir.¹⁰⁴

İnsan haklarına uygunluk denetimi yapan ulusal ve uluslararası denetim organlarının eşitlik ilkesi analizlerinde hukuki akıl yürütmenin güçlendirilmesi için TCRK’nin doğru şekilde değerlendirilmesi önem taşımaktadır. TCRK meselesi, sadece hukuku ve daha özelde yargıyı ilgilendiren bir mesele değildir; aynı zamanda eğitim¹⁰⁵, medya¹⁰⁶ gibi hukuk dışındaki alanlarda da bu mesele hakkında araştırma, çalışma ve faaliyetler yapılmalıdır ve yapılmaktadır.¹⁰⁷ Hukukun dönüşmesi tek başına toplumun dönüşmesini, daha eşit ve özgür olmasını sağlamayacaktır; ancak bu dönüşümün, toplumun dönüşmesine büyük katkısı olacaktır.

¹⁰² COOK/CUSACK, Gender Stereotyping, s.75.

¹⁰³ HOLTMAAT, Towards Different Law and Public Policy, s.78.

¹⁰⁴ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği: Report by Special Rapporteur (Magdalena Sepúlveda Carmona) on Extreme Poverty and Human Rights, UN Doc. A/68/293, 09.08.2013, 2013; CUSACK, Building Momentum, s.19.

¹⁰⁵ Örneğin Türkiye’de yükseköğretim alanındaki çalışmaların bir değerlendirmesi için bkz. SANCAR, Serpil: “Üniversitede Feminizm: Bağlam, Gündem ve Olanaklar”, Toplum ve Bilim Dergisi, (97), 2003, s.164-182.

¹⁰⁶ Örneğin kadına yönelik şiddet haberlerinde medyada basmakalıp yargılardan uzak durulması gerekirken “iyi veya kötü, köle veya efendi, kurban veya fail” gibi TCRK’yi pekiştirici bir dilin hakim olduğu görülmektedir. DURSUN, Çiler: “Kadına Yönelik Şiddet Karşısında Haber Etiği,” Fe Dergi, 2(1), 2010, <http://cins.ankara.edu.tr/cdursun.html>, (Erişim Tarihi: 04.03.2020). Benzer şekilde şiddete maruz kalanın yanı sıra fail de özellikle medya aracılığıyla bir salgın, anonim bir sapıklık, fiziksel bir formu olmayan cinsiyetsiz bir varlık gibi yansıtılmaktadır. Örneğin “şiddet ve tecavüz kadınları takip ediyor”, “aile içi şiddet kadınların peşini bırakmıyor” başlıkları şiddet faili erkekleri hem görünmez kılmakta hem de şiddeti gerçekleştiren değil, fakat buna maruz kalanla ilişkisi üzerinden temsil edilmektedir. RANDALL, Ideal Victims, s.423-425.

¹⁰⁷ TIMMER, Strengthening the Equality Analysis, s.49.

muhakkaktır. Bu açıdan toplumsal cinsiyetin anaakımlaştırılması için hukuk da dahil tüm alanlarda bütüncül politikalar geliştirilmesine ihtiyaç vardır. Ulusal ve uluslararası hukuktaki gelişmelere bakıldığında TCRK konusunda çalışan hukukçuların iddiası, tüm genellemeleri veya varsayımları ortadan kaldırmak değil¹⁰⁸; insan hakları ihlali ve ayrımcılık biçimi olduğundan bahisle ortadan kaldırılması gereken roller ve kalıpyargıları tespit ederek bunlarla mücadele etmektir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Feride: “Kadınların İnsan Haklarında Ulusalüstü Standartlar ve Denetim: CEDAW Örneği Bağlamında Bazı Gözlemler”, *Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar*, Durudoğan, Hülya/Gökşen, Fatoş/Oder, Bertil Emrah/Yükseker, Deniz (der.), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.185-195.
- BAKIRCI, Kadriye: “İstanbul Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, (4), 2015, s.134-204.
- BARTLETT, Katharine T.: “Feminist Legal Methods”, *Harvard Law Review*, 103(4), 1990, s.829-888.
- BECKER, Mary E.: “Access to Justice for Battered Women”, *Washington U. Journal of Law & Policy*, 12(63), 2003, s.63-98.
- BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi: *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Kullanmada Erkeklerle ve Kadınlara Eşit Hak Sağlanmasına İlişkin Genel Yorum No. 16*, UN Doc. E/C.12/2005/4, 2005.
- BM İnsan Hakları Konseyi: *Report of the Working Group on the Issue of Discrimination Against Women in Law and in Practice*, A/HRC/20/28, 2012.
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği: “Principles and Guidelines for A Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies”, HR/PUB/06/12, İsviçre 2006.
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği: *İnsan Hakları Yüksek Komiserliği*, http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/OnePaggers/Gender_stereotyping.pdf, (Erişim Tarihi: 01.04.2020).
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği: *Report by Special Rapporteur (Magdalena Sepúlveda Carmona) on Extreme Poverty and Human Rights*, UN Doc A/68/293, 09.08.2013, 2013.
- BREMS, Eva/TIMMER, Alexandra: “Introduction” (Introduction), *Stereotypes and Human Rights Law*, Brems Eva/Timmer, Alexandra (ed.), Intersentia, UK 2016, s.1-11.
- BYRNES, Andrew C./GRATEROL, Maria Herminia/CHARTRES, Renee L.: “State Obligation and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, *UNSW Law Research Paper No. 2007-48*, 19.07.2007.
- COOK, Rebecca J./CUSACK, Simone: *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2010.
- CUSACK, Simone: “Building Momentum Towards Change: How the UN’s Response to Stereotyping is Evolving”, *Stereotypes and Human Rights Law*, Brems, Eva/Timmer, Aleandra, Intersentia, UK 2016, s.11-39.
- CUSACK, Simone: *Eliminating Judicial Stereotyping: Equal Access to Justice for Women in Gender-Based Violence Cases*, Geneva: Final Paper Submitted to the Office of the High Commissioner for Human Rights, 2014.
- CUSACK, Simone: *Gender Stereotyping as a Human Rights Violation*, United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, Año 2013.
- ÇAĞLAR GÜRGEY, Fatma İrem: “Ev-İçi Şiddet Davalarında Yargıcın Tarafsızlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, (4), 2015, s.57-75.
- DEMİR, Nazlı Hilal: *Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal Bir Hukuk Arayışı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- DİNÇKOL, Bihterin: “Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 8(2), Güz 2005, s.101-117.
- DİNÇKOL, Bihterin Vural: “Kadının İnsan Hakları”, *İnsan Hakları Hukuku ve Kadın*, Dinçkol, Bihterin Vural (der.), İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul 2003, s.13-20.
- DURŞUN, Çiler: “Kadına Yönelik Şiddet Karşısında Haber Etiği,” *Fe Dergi*, 2(1), 2010, <http://cins.ankara.edu.tr/cdursun.html>, (Erişim Tarihi: 04.03.2020).
- EDWARDS, Alice: *Violence Against Women Under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, New York 2011.
- EDWARDS, Alice: “Violence Against Women as Sex Discrimination: Judging The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Treaty Bodies”, *Texas Journal of Women and the Law*, 18(1), 2008, s.1-59.

¹⁰⁸ TIMMER, Strengthening the Equality Analysis, s.49.

- FINEMAN, Martha Albertson: “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism*, 20(1), 2008, s.1-23.
- GLICK, Peter, et al: “Why Do Women Endorse Honor Beliefs? Ambivalent Sexism and Religiosity As Predictors”, *Sex Roles*, 75(11-12), 2016, s.543-554.
- GÜL, İdil Işıl/KARAN, Ulaş: *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuku, İzleme ve Belgeleme, Yeşiladalı, Burcu/Ayata, Gökçeçiçek (ed.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.*
- HELLUM, Anne/SINDING AASEN, Henriette: “Introduction”, *Women’s Human Rights CEDAW in International, Regional and National Law*, Hellum, Anne/Sinding Aasen, Henriette (ed.), Cambridge University Press, UK 2013, s.1-25.
- HOLTMAAT, Rikki: *Towards Different Law and Public Policy: The Significance of Article 5a CEDAW for the Elimination of Structural Gender Discrimination*, Ministry of Social Affairs and Employment in the Netherlands, Reed Business, Hollanda 2004.
- L’HEUREUX-DUBÉ, Claire: “Beyond the Myths: Equality, Impartiality, and Justice”, *Journal of Social Distress and the Homeless*, 10(1), 2001, s.87-104.
- ODER, Bertil Emrah: “Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası”, *Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar*, Durudoğan, Hülya/Gökşen, Fatoş/Oder, Bertil Emrah/Yükseker, Deniz (der.), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.195-225.
- ODER, Bertil Emrah: “Giriş: Kadınların İnsan Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması”, *Kadın Hakları: Uluslararası Hukuk ve Uygulama, Yeşiladalı, Burcu (der.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s.23-53.*
- PERLIN, Michael: “My Sense of Humanity Has Gone Down The Drain’ Stereotypes, Stigma and Sanisms”, *Stereotypes and Human Rights Law*, Brems Eva/Timmer, Alexandra (ed.). Intersentia, UK 2016, s.95-119.
- RANDALL, Melanie: “Sexual Assault Law, Credibility, and ‘Ideal Victims’: Consent, Resistance, and Victim Blaming”, *Canadian Journal of Women and the Law*, 22(2), 2010, s.397-433.
- ROMANY, Celina: “State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law”, *Cook, Rebecca (ed.), Human Rights of Women: National and International Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1994, s.85-116.
- SAKALLI UĞURLU, Nuray: “Çelişik Duygulu Cinsiyetçilik Ölçeği: Geçerlik ve Güvenirlik Çalışması”, *Türk Psikoloji Dergisi*, 17(49), 2002, s.4-58.
- SANCAR, Serpil: “Üniversitede Feminizm: Bağlam, Gündem ve Olanaklar”, *Toplum ve Bilim Dergisi*, (97), 2003, s.164-182.
- SCALES, Ann: “Feminist Legal Method: Not So Scary”, *UCLA Women's LJ*, 2(1), 1992, s.1-34.
- ŞİMŞEK, A. Aslı/SONGUR, Damla: “Cinsiyetçilik, Cinsel Taciz ve Saldırıya Karşı Kadın Çalışma Merkezlerinin İşlevi: Bir Saha Çalışmasının Düşündürdükleri”, *Üniversitelerde Cinsel Taciz ve Saldırıyla Mücadele: CTS Çalışmaları*, Uygur, Gülriz/Şimga, Hülya, Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınevi, KKTC 2018, s.25-43.
- TIMMER, Alexandra: “Of Firearms and Weak Women: Sex Discrimination in Hülya Ebru Demirel v. Turkey”, 31 Temmuz 2018. <https://strasbourgobservers.com/2018/07/31/of-firearms-and-weak-women-sex-discrimination-in-hulya-eburu-demirel-v-turkey/>, (Erişim Tarihi: 04.03.2020).
- TIMMER, Alexandra: “Gender Stereotyping in the Case Law of the EU Court of Justice” (Gender Stereotyping in the Case Law), *European Equality Law Review*, (1), 2016, s.37-48.
- TIMMER, Alexandra: “Judging Stereotypes: What The European Court Of Human Rights Can Borrow From American and Canadian Equal Protection Law” (Judging Stereotypes), *The American Journal of Comparative Law*, 63(1), 2015, s.239-284.
- TIMMER, Alexandra: *Strengthening the Equality Analysis of the European Court of Human Rights: The Potential of the Concepts of Stereotyping and Vulnerability*, Dissertation submitted in order to obtain the degree of Doctor of Law, Ghent University Faculty of Law, February 2014.
- TIMMER, Alexandra: “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 11(4), 2011, s.707-738.
- UYGUR, Gülriz/ÖZDEMİR, Nadire: “Giriş”, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Uygur, Gülriz/Özdemir, Nadire (ed.), 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.7-17.
- UYGUR, Gülriz: “İstanbul Sözleşmesi Işığında Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un Temel Yaklaşımı”, *Şiddetin Cinsiyetli Yüzleri*, Yarar, Betül (der.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul s.2015, s.193-211.
- UYGUR, Gülriz: “Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir”, *Ankara Barosu Dergisi*, (4), 2015, s.121-132.

KARARLAR

- Ángela González Carreño v. İspanya, Başvuru No. 47/2012, UN Doc. CEDAW/C/58/D/47/2012, 2014.
CEDAW Komitesi: CEDAW m.2 Çerçevesinde Devletlerin Temel Yükümlülüklerine İlişkin Genel Tavsiye Kararı No. 28, UN Doc. CEDAW/C/GC/28, 2010.
CEDAW Komitesi: CEDAW m.4/1’de Düzenlenen Geçici Özel Önlemler Hakkında Genel Tavsiye Kararı No. 25, UN Doc. A/59 138, 2004.
CEDAW Komitesi: Eğitim ve Halkı Bilgilendirme Programlarına İlişkin Genel Tavsiye Kararı No. 3, 6. oturum, 1987.
CEDAW Komitesi: Genel Tavsiye Kararı No. 21: Evlilikte ve Aile İlişkilerinde Eşitlik, UN Doc. A/49/38 at 1, 1994.
CEDAW Komitesi: Genel Tavsiye Kararı No. 23: Siyasi ve Kamusal Yaşam, UN Doc. A/52/38/Rev1 at 61, 1997.
CEDAW Komitesi: Kadına Karşı Şiddet Hakkında Genel Tavsiye Kararı No. 19, UN Doc. A/47/38, at 1, 1993.
CEDAW Komitesi: Kadınların Mülteci Statüsü, Sığınması, Vatandaşlığı ve Devletsizliğinin Toplumsal Cinsiyetle İlgili Boyutları Hakkında Genel Tavsiye Kararı No. 32, UN Doc. CEDAW/C/GC/32, 2014.
CEDAW Komitesi: Sonuç Gözlemleri: Arnavutluk, UN Doc. CEDAWC/ALB/CO/3, 2010.
CEDAW Komitesi: Sonuç Gözlemleri: Birleşik Arap Emirlikleri, UN Doc. CEDAWC/ARE/CO/1, 2010.
CEDAW Komitesi: Sonuç Gözlemleri: Rusya, UN Doc. CEDAWC/USR/CO/7, 2010.
Emel Boyraz v. Türkiye, Başvuru No. 61960/08, AİHM, 02.12.2014.
Hülya Ebru Demirel v. Türkiye, Başvuru No. 30733/08, AİHM, 03.12.2018.
Isatou Jallow v. Bulgaristan, Başvuru No. 32/2011, UN Doc. CEDAW/C/52/D/32/2011, 2012.
Karen Tayag Vertido v. Filipinler, Başvuru No:18/2008, 16.7.2010.
Konstantin Markin v. Rusya, Başvuru No. 30078/06, AİHM, 22.03.2012.
L.C. v. Peru, Başvuru No. 2212009, UN Doc. CEDAW/C/50/D/22/2009, 2011.
M.C. v. Bulgaristan, Başvuru No. 39272/98, AİHM, 04.03.2004.
R.K.B. v. Türkiye, UN Doc. CEDAW/C/51/D/28/2010, 13.04.2012.
V.C. v. Slovakya, Başvuru No. 18968/07, AİHM, 8.02.2012.
V.K. v. Bulgaristan, Başvuru No. 20/2008, UN Doc. CEDAW/C/49/D/20/2008, 2011.
V.V.P. v. Bulgaristan, UN Doc. CEDAW/C/53/D/31/2011, 24.11.2012.

MANDATORY MEDIATION IN THE LIGHT OF HIGH COURT DECISIONS IN TURKISH LAW^{doi}

TÜRK HUKUKUNDA YÜKSEK YARGI KARARLARI İŞİĞİNDE ZORUNLU ARABULUCULUK

Derya BELGİN GÜNEŞ*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 19/03/2020
Kabul: 17/10/2020

Anahtar Kelimeler

Zorunlu
Arabuluculuk,
Dava Şartı,
İş Uyuşmazlıklarında
ve Ticarî
Uyuşmazlıklarda
Arabuluculuk,
Menfi Tespit Davası,
İtirazın İptali Davası

Article Info

Received: 19/03/2020
Accepted: 17/10/2020

Keywords

Mandatory Mediation,
Cause of Action,
Mediation in Labor
Disputes and
Commercial Disputes,
Negative Declaratory
Action,
Action for Annulment of
Objection.

Özet

Türk hukukunda 2017’de iş uyuşmazlıklarında, 2018 yılında ise ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru, dava açmadan önce zorunlu hale getirilmiştir. 2018 yılında aynı zamanda, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na eklenen 18/A maddesi ile zorunlu arabuluculuk hakkında genel bir düzenleme de yapılmıştır. Bu çalışmada, söz konusu yeni kanunî düzenlemelerden sonra yüksek mahkeme kararlarına yansımış olan sorunlar ele alınmaktadır. Öncelikle kanun koyucu tarafından kullanılan “dava şartı olarak arabuluculuk” kavramının yerine “zorunlu arabuluculuk” kavramını neden tercih ettiğimiz açıklanmıştır. Kavram sorunundan sonra, yeni getirilen düzenlemelerin içeriği konusunda genel bir bakış yapılmıştır. Daha sonra Anayasa Mahkemesi’nin, iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk hükümlerinin anayasaya aykırılığı iddiası ile yapılan başvuruyu reddettiği kararı irdelenmiştir. Ardından da, itirazın iptali davası, menfi tespit davası, hem tüketici uyuşmazlığı hem de ticarî uyuşmazlık niteliğindeki davalar, davaların yığılması ve karşı dava bakımından arabuluculuğa başvurunun zorunlu olup olmadığı hakkında verilen Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay kararları işlenmiştir. Belirtilen yüksek mahkeme kararlarından yola çıkarak bu hususlarda zorunlu arabuluculuğa başvurunun mümkün olup olmaması hakkındaki kanaatlerimiz de belirtilmiştir.

Abstract

In Turkish Law, referral to mediation prior to bringing an action was made mandatory for labor disputes in 2017, for commercial disputes in 2018 and lastly, for consumer disputes in 2020. In 2018, with Article 18/A added to the Law on Mediation in Civil and Commercial Dispute, a general regulation was made regarding mandatory mediation. In this study, problems related to the decrees issued by the high court following the new legal regulations under question are addressed. To start, an explanation is provided of why we prefer the concept of “mandatory mediation” to that of the concept of “mediation as a cause of action”, the latter of which is the concept used by legislators. After addressing this issue of concept, an overview of the content of new regulations is provided, followed by an examination of the Constitutional Court’s decree on mandatory mediation in labor disputes in cases of rejection of application based on the allegation of contradiction of provisions for mandatory mediation in the constitution. In addition, the decrees of the Court of Appeal and Court of Cassation issued regarding whether referral to mediation is mandatory or not in terms of action for annulment of objection, negative declaratory action, actions having the quality of both consumer disputes and commercial disputes, concentration of actions, and counter-action were reviewed. Lastly, we offer opinions on whether referral to mandatory mediation on these matters is possible or not based on the issued high court decrees.

I. INTRODUCTION

Legal regulations regarding mediation were first issued under Turkish law with the Law on Mediation in Civil and Commercial Disputes¹ no. 6325. The said law regulates the principles, process and minutes for voluntary mediation. In recent years, mediation in certain disputes has started to be made mandatory with the aim of reducing the number of actions in the field of private law and easing the workload of judiciary. Following the placement of labor disputes under mandatory mediation, commercial disputes were also added to this process. Current legislation refers to mandatory mediation as “mediation as cause of action”.

In the present study, after examining the problems related to the concept of mandatory mediation, we turn our attention to the new legal regulations issued regarding mandatory mediation in labor, commercial and consumer law. Next, we address our opinions on the problems reflected in the decrees issued by the high court as the result of initial practices of mandatory mediation.

As mandatory mediation in disputes regarding labor law and commercial law have been shown to significantly reduce the workload of courts, the possibility of using the application of mandatory mediation in other disputes has attracted interest. Therefore, addressing the problems related to the procedural laws arising from the initial practices of mandatory mediation will help light the way for future legal regulations and practices.

II. THE PROBLEM OF CONCEPT

In current legislation, mediation in labor, commercial and consumer law disputes is referred to as “mediation as cause of action”. There is no information on the justification of why this particular concept of mediation is preferred. Yet, it could be argued that the concept of “cause of action” as a quality of mediation has been preferred as a measure to prevent potential negative reactions from arising over the connotation of mandatory mediation.

With the regulations set in place, there are exceptions to the voluntary feature of voluntary mediation included in the Law on Mediation in Civil and Commercial Disputes. Referral to mediation prior to bringing an action in labor, commercial and consumer law disputes is a legal “obligation”. The concept of “cause of action” only applies in terms of either making or not making this referral. Thus, “mandatory mediation” may be referred to as a special cause of action². In our opinion, despite the current legislative use of the concept of “mediation as cause of action”, mediation in disputes regarding labor, commercial and consumer law nonetheless has the quality of “mandatory mediation”³. Therefore, throughout this article, “mandatory mediation”, as opposed to the legislative use of “mediation as a cause of action”, was used.

III. OVERVIEW OF LEGAL REGULATIONS REGARDING MANDATORY MEDIATION

A. In Labor Disputes

In Turkish Law, the concept of mandatory mediation was first introduced in labor disputes under the new Labor Courts Law⁴ no. 7036. Mandatory mediation in labor law disputes is extensively regulated under paragraph 22 of Article 3 of the Labor Court Law.

Labor disputes for which referral to mediation is mandatory generally involve actions litigated over the request of receivables and indemnities of workers or employers, reinstatement based on law, and personal or collective labor agreements (LCL Art. 3/I). On the other hand, referral to mediation for pecuniary and non-pecuniary damages arising from work accidents or occupational health hazards as matters of labor dispute, and declaratory actions, actions of objections and actions of recourse with respect to these have not been made obligatory (LCL Art.

¹ OG, 22.6.2012, No. 28331.

² For the view that mandatory mediation in Turkish Law is not a cause of action but rather, an impediment of action by its legal characteristic, see ATALI, Murat/ERDOĞAN, Ersin: “A New Model in Legal Dispute Resolution: Mandatory Mediation”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 23, 2018, p.249.

³ ERDOĞAN, Ersin: “Mandatory Mediation Anticipated in Law Courts Law with no 7036, and Its Assessment in terms of Right to Legal Remedies”, *Journal of Legal Labor Law and Social Security Law*, 14(55), 2017, p.1213.

⁴ OG, 25.10.2017, No. 30221.

3/III)⁵. Mediation for these disputes in question is, however, not completely prohibited, as referral to voluntary mediation is optional⁶.

In the case an agreement cannot be made by the end of the mediation process, it is mandatory that the original relevant final minutes, or a copy of these minutes approved by the mediator be attached to the petition of action. If this obligation is not fulfilled, a summons including the warning that it is required for the final minutes to be submitted to the court within a peremptory term of one week otherwise the action will be dismissed without prejudice is sent to the claimant by the court. If the requirements specified in this warning are not fulfilled, the action is dismissed without prejudice and without serving the petition of action to the other party. Finally, in cases where it is understood that the action had been litigated without referral to mediation, a dismissal of action without prejudice is decreed due to the absence of cause of action (LCL Art. 3/II).

In terms of referral to mandatory mediation, labor disputes related to personal labor agreements, collective labor agreements, or the law may arise. Labor disputes over the law do not necessarily pertain only to Labor Law; they may arise in relation to provisions of the Turkish Code of Obligations regarding contract of service (TCO Art. 393 etc.), the Press Labor Law or the Maritime Labor Law (LCL Art. 3/XX)⁷.

In terms of action of reinstatement, being an action specific to labor law, regulation of mandatory mediation had also been made individually in Labor Law. According to the amendment⁸ made in paragraph 1 of Article 20 of the Labor Law, “*In accordance with the provisions of the Labor Courts Law, a worker whose labor contract has been terminated is required to refer to mediation with the request of reinstatement within one month as from the service of notice of termination, under circumstances where there is allegation that no reason was indicated in the notice of termination, or that the indicated reason is not valid. In the case an agreement cannot be made by the end of the mediation activity, an action can be litigated in the labor court within two weeks as from the date of issuance of the final minutes. If the parties come to an agreement, the dispute may be referred to a special mediator instead of labor court within the same time period. In the case of dismissal of action without prejudice due to directly opening an action without referral to a mediator, the decree of dismissal is served to the parties ex officio. It can be referred to mediator within two weeks as from the ex officio service of the finalized decree of dismissal.*”

In cases where there is no provision in the Labor Court Law, the provisions of the Law on Mediation in Civil and Commercial Disputes are applied to the extent it conforms to the quality of the case (LCL Art. 3/XXI).

B. In Commercial Disputes

Following the legislative institution of mandatory mediation in labor disputes, referral to mediation in commercial disputes, under the heading of “mediation as cause of action”, was made mandatory under Article 5/A⁹ of the Turkish Code of Commerce no. 6102. According to this new article “(1) *In commercial actions, being specified in Article 4 of this Law, or in other laws, it is cause of action to refer to a mediator prior to bringing an action for requests of receivable and indemnity whose subject is the payment of an amount of money. (2) The mediator concludes the application within six weeks as from her/his appointment. If necessary, this period may be*

⁵ “...According to paragraph 3/3 of Law no.7036, the provision in paragraph 1 states that mediation is not applied for actions of pecuniary and non-pecuniary damages arising from work accident or occupational health hazards, or for declaratory actions, actions of objections and actions of recourse with respect to these...” Adana CA, 8. CD, 30.11.2018, M. 2018/3117, D. 2018/1924 [Lexpera Law Information System: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat>, (Date of Access: 21.10.2019)].

⁶ KÖME AKPULAT, Ayşe: Features of Trial at Labor Courts, Istanbul, 2018, p.360; ATALI/ERDOĞAN, p.245.

⁷ KÖME AKPULAT, p.355; ÖZEKES, Muhammet: Pekcanitez Procedural Law-Dinamik Kitap, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/v-is-uyusmazliklarinda-zorunlu-dava-sarti-olan-arabuluculuk-9786051524832-1/1> (Date of Access: 28.01.2020), § 23, 5, B; ERDOĞAN, p.1214; ATALI/ERDOĞAN, p.245; ÇİL, Şahin: Mediation in Labor Disputes, Ankara, 2018, p.25; ÇİÇEK, Mustafa: Mandatory Mediation in Labor Law, 2. ed., Ankara, 2019, p.101; SENYEN-KAPLAN, E.Tuncay: Individual Labor Law, 9. ed., Ankara, 2018, p.43.

⁸ Amendment made by Labor Court Law with no. 7036, OG, 25.10.2017, No. 30221

⁹ The article was added to Article 20 of the Law on Procedure of Starting Legal Proceedings Regarding Pecuniary Claims Arising from Subscription Contract with no. 7155 (OG, 19.12.2018, No. 30630).

extended for at most two weeks by the mediator.”

In the Turkish Code of Commerce, as distinct from the Labor Courts Law, procedural rules regarding mandatory mediation are not included, as the procedure to be applied in mandatory mediation in commercial disputes is subject to Article 18/A of the Law on Mediation in Civil and Commercial Disputes no. 6325¹⁰. Article 18/A, which was added to Law on Mediation in Civil and Commercial Disputes no. 7155¹¹, features a very long regulation of 20 paragraphs. As this article regulates the general provisions to be applied for mediation as cause of action (LMCCD Art. 18/A/I), legal regulations regarding mandatory mediation in cases of private law has been reserved (LMCCD Art. 18/A/XIX).

In the case an agreement cannot be made by the end of the mediation activity in commercial disputes, it is mandatory that the original of the relevant final minutes, or a copy of it approved by the mediator, be attached to the petition of action. In the case this obligation fails to be complied with, a summons issuing the warning that it is required for the final minutes to be submitted to the court within a peremptory term of one week otherwise the action will be dismissed without prejudice is sent to the claimant by the court. If the requirements stated in the warning are not fulfilled, it is decreed that the action be dismissed without prejudice and without serving the petition of action to the other party. In the case that the action has been proven to be litigated without referral to mediation, it is decreed that the said action is dismissed without prejudice due to absence of cause of action (LMCCD Art. 18/A/II).

In cases where there is no provision in Article 18/A of the Law on Mediation in Civil and Commercial Disputes related to the case in question, the other provisions of this Law are applied to the extent they apply to the quality of the case (LMCCD Art. 18/A/XX).

For a commercial dispute to be subject to mandatory mediation, it is foremost required that the case be a commercial action (TCC Art. 4). Commercial actions constitute absolute commercial action or relative commercial action. Absolute commercial actions are actions regulated in the Turkish Code of Commerce without considering whether the parties are merchants or not; actions which are specified as being commercial in the Turkish Code of Commerce and are regulated in other law; and actions which are regulated as commercial actions in private law. Relative commercial actions, on the other hand, are actions deemed as commercial action provided that they are relevant to the operations of the business firm of the parties. In terms of mandatory mediation, the fact alone that a dispute is a commercial action is not sufficient. The subject of such a commercial action is required to be “action for receivables or damages” as it relates to the payment of an amount of money.

Actio pauliana, being an action peculiar to Enforcement and Bankruptcy Law, is not subject to mandatory mediation¹², as the subject of this action involves an act of disposal between the debtor and a third person and therefore can never be a commercial dispute. In cases where an *actio pauliana* is litigated for seizure, the creditor has the right to obtain their receivable through compulsory enforcement over the goods or rights that the debtor transfers to a third person, while in cases where an *actio pauliana* is litigated for bankruptcy, the goods that are the subject of the disposal for annulment are directed to the estate of the bankrupt party¹³. An *actio pauliana* is not an action regulated in the Turkish Code of Commerce, as it is neither an absolute commercial action nor a relative commercial action, on account that a receivable relevant to the business firms of both parties is not the subject in question¹⁴. For this reason, the court charged with trying cases of *actio pauliana* is the civil court of first instance¹⁵; save for cases that fall under Article 97/XVII

¹⁰ BUDAK, Ali Cem: “Mediation as Cause of Action in Commercial Actions”, MİHDER, 15(42), 2019/1, p.30.

¹¹ OG, 19.12.2018, No. 30630.

¹² ÖREN, Onur: “*Actio pauliana* is not within the Scope of Mandatory Mediation”, Journal of Istanbul Bar Association, 93(4), 2019, p.76; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Enforcement and Bankruptcy Law, Ankara, 2019, p.738; BUDAK, p.38; BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Law of Civil Procedure, 3. Ed., Ankara, 2019, p.458. In the book published by the Ministry of Justice, we believe that it was incorrectly specified that *actio pauliana* is subject to mandatory mediation, see. KOÇYİĞİT/BULUR, p.68.

¹³ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Enforcement and Bankruptcy Law, Ankara, 2018, p.538; KURU, Baki: Guide of Enforcement and Bankruptcy Law, Ankara, 2013, p.1414.

¹⁴ ÖREN, p.76.

¹⁵ PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: Textbook of Enforcement and Bankruptcy Law, 6. Ed., Istanbul, 2019, p.558; KURU, p.1427; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR

of the Enforcement and Bankruptcy Law, cases of *actio pauliana* cannot be tried in a commercial court of first instance¹⁶. *Actio pauliana* does not fall under the jurisdiction of other private courts¹⁷.

C. In Consumer Disputes

Mediation has only recently been made mandatory for consumer law disputes under Law no. 7251. Article 73/A was added to the Consumer Protection Code no. 6502 with the said addition of the amendment to the law¹⁸.

Some consumer law disputes are beyond the scope of the legislatively enacted prescriptions for mandatory mediation. These are: a) Disputes under the jurisdiction of a consumer arbitration committee, b) Objections to the decisions of a consumer arbitration committee, c) Actions brought by consumer organizations, related public institutions and organizations, and the Ministry, ç) Actions pertaining to cessation of production or sales and seizure of property, e) Disputes involving both consumer transaction and rights *in rem* for immovable property.

Article 18/A of the Law on Mediation in Civil and Commercial Disputes no. 6325 is also applied to mandatory mediation in consumer law. However, the 11th paragraph of the mentioned article cannot not be applied against the consumer.

IV. PROBLEMS REFLECTED IN THE DECREES OF THE HIGH COURT

A. Constitutional Court's Judgement that Mandatory Mediation does not Violate the Constitution

Following the acceptance of mandatory mediation in labor disputes, action for annulment was litigated in Constitutional Court under the allegation that the relevant provisions breached the right to legal remedies and the right of access to court. Based on the following reasons, the Constitutional Court decreed in the rejection judgement¹⁹ that the limitation made to the right to legal remedies as consequence of mandatory mediation in labor law does not violate the essence of the right using the following argument:

“24. It cannot be said that obligation of referral to mediation affects the essence of the right to legal remedies unless said obligation causes an ineffective and inconclusive process that renders individuals' right to legal remedies impossible, or that renders realization of this right excessively difficult. As a result of being a cause of action, even if referral to mediation is mandatory, this obligation is only limited insofar as it is a referral to mediation, and it is clear that the wills of the parties are dominant in the functioning and result of the mediation process. The parties may end the process whenever they want, and they have the option to come to an agreement or not by the end of the process. In the case an agreement is not able to be reached, parties are able to seek judicial remedy for the resolution of dispute. In this respect, the Law, as it relates to the mediation process and its results, does not compromise the wills of the parties.”

In 2013, the Constitutional Court ruled in the action for annulment of the Law on Mediation in Civil and Commercial Disputes that the said Law not jeopardize the right to legal remedies as it is voluntary in nature and does not prevent parties from entering a suit of action in court²⁰. Despite this ruling that mandatory mediation does not oppose the right to legal remedies, in court practice, the contradictions apparent in the rationale behind the ruling has led to much criticism of the doctrine of mediation.²¹ According to the opinions criticizing this ruling, making mediation

AYVAZ/HANAĞASI, p.539; MUŞUL, Timuçin: Enforcement and Bankruptcy Law, 6.Ed., V.II, Ankara, 2013, p.1769-1770; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, Enforcement Bankruptcy, p.730; KARSLI, Abdurrahim: Enforcement and Bankruptcy Law, Istanbul, 2014, p.550.

¹⁶ “...The purpose in cases of *actio pauliana* is to ensure collection of property transferred by the debtor prior to their seizure or bankruptcy to make them unavailable to the creditor in “opposition to rules of bona fide” through continuation with compulsory enforcement. By this characteristic of *actio pauliana*, it is not included among the commercial actions listed under the duties of commercial court...” 17. CD, 9.5.2012, M. 2012/166, D. 2012/5920 (KURU, p.1427, fn. 43).

¹⁷ KURU, p.1427.

¹⁸ OG, 28.7.2020, No. 31199.

¹⁹ CC, 11.7.2018, M. 2017/178, D. 2018/82 (OG, 11.12.2018, No. 30622)

²⁰ CC, 10.07.2013, M. 2012/94, D. 2013/89 (OG, 25.01.2014, No. 28893)

²¹ ÖZEKES, Muhammet: “Assessment of Mandatory Mediation in terms of Right to Legal Remedies, and Principles of Mediation ‘A Critical Approach to Mandatory Mediation’”, International Symposium on the Development of Mediation, December 6-7, 2018, Ankara, 2019, p.128; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p.148.

mandatory and regulating it as alternative to jurisdiction stand in opposition to the Constitutional Law and the right to legal remedies²². However, opinions in support of the ruling of the Constitutional Court on this subject argue that mediation simply enforces parties to refer to mediation, and that the limitation regarding right to legal remedies does not compromise the essence of the right, as it is not mandatory for parties to maintain the mediation process or to reach an agreement²³.

We believe that the Constitutional Court's reason justifying that mandatory mediation does not stand opposed to the Constitutional Law and the right to legal remedies as referral to it is voluntary constitutes a contradiction. Mandatory mediation leads to significant delays in the due process of law considering that individuals are not able to immediately benefit from the right of seeking legal remedy to a dispute. This condition also constitutes a hinderance to ensuring effective legal protection. In our opinion, mandatory mediation is contrary to the Constitutional Law with respect to the right to legal remedies.

B. On Whether Mediation is Mandatory or not in terms of Action for Annulment of Objection

In Turkish Law, a creditor can collect receivables by applying to the enforcement office regardless of whether there has been an enforcement proceeding with judgement or not. An order of payment is sent to a debtor after the request to issue enforcement proceeding, and if the debtor has no objection to order of payment, the enforcement proceeding becomes final. If the debtor has an objection to order of payment, the enforcement proceeding stops *ipso facto* (EBL Art. 66). If the creditor wants to continue the proceeding, the creditor has recourse to either rescission of objection or action for annulment of objection. A creditor in possession of one of the vouchers specified in Article 68 of the Enforcement and Bankruptcy Law can request rescission of objection from the enforcement court within six months from the notification of the objection. A creditor not in possession of any of these vouchers can bring an action for annulment of objection in general civil courts within one year of the notification of the objection (EBL Art. 67/I). In this action, if it is decided that the debtor's objection is illegitimate, the debtor is indemnified at the request of the other party to appropriate compensation, not less than twenty percent of the rejected or the accepted amount of the claim (EBL Art. 67/II). This indemnity is referred to as indemnity of denial of enforcement. Similarly, if the creditor's request is deemed illegitimate and malicious in the enforcement proceeding; the creditor is likewise indemnified.

Whether the action for annulment of objection will be referred to mandatory mediation constitutes a problem. There has been no direct ruling by the Court of Cassation or by the Court of Appeal on this subject. However, in rulings related to mandatory mediation in commercial disputes, the Court of Appeal has failed to address the issue of action for annulment of objection²⁴. Based on this, it can be concluded that the Court of Cassation and the Court of Appeal will both be of the opinion that action for annulment of objection in labor disputes be subject to referral to mandatory mediation.

In labor law disputes, referral to enforcement without judgment can be made without first referring to mandatory mediation²⁵. Likewise, mandatory mediation does not prevent enforcement proceedings from being entered for commercial disputes. Furthermore, according to doctrine, in labor disputes, it is required to first refer to means of mandatory mediation when the creditor opens an action for annulment of objection in order to able to continue with the proceeding in the case the debtor objects to the proceeding²⁶. According to this view, if a dispute has been referred to mediation and if the minutes of the dispute were recorded prior to enforcement proceedings, the obligation of referral to mediation does not remain for an action for annulment of objection to

²² ÖZEKES, Pekcanitez Procedure, § 23, 5, A.

²³ ERDOĞAN, p.1236; KURT KONCA, Nesibe: "Cause of Action in Commercial Disputes (Mandatory) Mediation, <http://www.ankahukuk.com/ticari-uyusmazliklarda-dava-sarti-zorunlu-arabuluculuk/> (Date of Access: 20.10.2019).

²⁴ "...In this case, rejection by procedure is required for the action litigated with the request of annulment of objection for disputes having the quality of commercial dispute, where it is understood that the claimant had not referred to mediation prior to bringing an action, per paragraph 2 of Article 18/A of the LMCCD no. 6325..." Ankara CA, 3. CD, 3.5.2019, M. 2019/856, D. 2019/834 [Kazancı Court Practices Information Bank: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Date of Access: 21.10.2019)].

²⁵ KÖME AKPULAT, p.364; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p.195; ÖZEKES/ATALI, p.113; GÖKSU, Mustafa: Alternative Means of Solution of Dispute and Arbitration, Ankara, 2019, p.81; ÇİL, p.20; ÇİÇEK, p.94; TANRIVER, Süha: "Some Thoughts about Mediation as Cause of Action", TBBĐ, I.147, March-April 2020, p.122.

²⁶ KÖME AKPULAT, p.364; GÖKSU, p.81; ÇİL, p.17,20; ÇİÇEK, p.94; KOÇYİĞİT/BULUR, p.67.

be litigated in the future²⁷. In terms of commercial disputes, it has been accepted in doctrine to refer to mandatory mediation prior to opening an action for annulment of objection²⁸. However, according to a view asserted in the doctrine, action for annulment of objection is not an action subject to mandatory mediation, as it is not an action involving debt or indemnity by its legal characteristic²⁹.

In order to be able to determine whether an action for annulment of objection is subject to mandatory mediation or not, it is required to determine the legal characteristic of the action in subject. In Turkish law, the legal characteristic of an action for annulment of objection is a controversial issue in both doctrine and adjudication. According to a view asserted in doctrine³⁰, an action for annulment of objection is an action of performance, meaning that the collection of a receivable may also be the subject of a proceeding in an action for annulment of objection. An action involving litigation of debt within one year of objection of the debtor in enforcement proceedings is actually being referred to as an action for annulment of objection, and in contrast to normal legal proceedings involving debt, the debtor is charged with indemnity of denial of enforcement in the continuation of the proceeding. In this view, as an action for annulment of objection is an action for performance (action of debt) by its legal characteristic, it is required to also refer to mandatory mediation prior to the opening of this action.

According to another view on the legal characteristic of an action for annulment of objection³¹, the action in subject is not an action for performance (action of debt), but rather, an action peculiar to enforcement law. In an action for annulment of objection, as distinct from an action of debt, the continuation of enforcement proceeding and enforcement denial indemnity is requested by the annulment of objection, and it is subject to a one-year period. According to this view, the debtor is not required to pay the receivable because the creditor whose action for annulment of objection is accepted then acquires the authority to request seizure. In the case this view is accepted, mandatory mediation is then not applied for an action for annulment of objection, as it is an action peculiar to enforcement law.

The legal characteristic of an action for annulment of objection has not adequately prescribed in the rulings of the Court of Cassation. While the Court of Cassation accepts the action for annulment of objection as an action for performance in some of its rulings³², in others, it deems that the action for annulment of objection is not an action for performance, and that it is distinct from an action of debt in terms of its characteristic and results³³. Furthermore, in some of the decisions of the Court of Cassation, it qualifies the case as an action of performance but states that in this action, it is only possible to annul the objection, not the collection of the receivables³⁴.

In our opinion, an action for annulment of objection is an action peculiar to the enforcement law, and it is not by its legal characteristic an action for performance. In an action for annulment of objection, the subject of the action is whether or not a proceeding should be continued by removing the objection of the debtor in terms of the amount of receivables. The decree of the court covers the order of continuation of proceeding regarding the amount pertaining to the action for annulment of objection when the action is accepted, but there is no decree regarding the collection of receivable as an action for performance. Considering these features, as the action for annulment of objection is not an action of debt by its legal characteristic, it should not be subject to mandatory mediation in either labor disputes or commercial disputes.

Moreover, if the creditor had referred to means of removal of objection at enforcement court for continuing the enforcement proceeding, then referral to mandatory mediation was not

²⁷ KÖME AKPULAT, p.364.

²⁸ BUDAK, p.22.

²⁹ YARDIM, p.103; TANRIVER, p.123.

³⁰ POSTACIOĞLU, İlhan. E.: Principles of Enforcement Law, Istanbul, 1982, p.180; YILMAZ, Ejder: “Legal Characteristic of Action for Annulment of Objection”, Present for Prof. Dr. Saim Üstündağ, Ankara, 2009, p.608; KURU, p.271; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYAZ/HANAĞASI, p.170; KARSLI, p.223.

³¹ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, p.108; MUŞUL, p.401-403; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, p.152.

³² 15. CD, 21.11.2012, M. 2012/1902, D. 2012/7302 (Lexpera); 15. CD, 7.3.2019, M. 2018/2922, D. 2019/1003 (Lexpera); 3. CD, 28.3.2019, M. 2017/4781, D. 2019/2736 (Lexpera).

³³ 10. CD, 27.12.2018, M. 2016/2717, D. 2018/11306 (Lexpera); 10. CD, 20.2.2019, M. 2016/14103, D. 2019/1467 (Lexpera).

³⁴ 22. CD, 18.12.2018, M. 2018/6860, D. 2018/27613 (Lexpera).

sought. Since removal of objection is not an action, mandatory mediation would not apply in either labor law disputes or commercial law disputes³⁵.

C. On whether Mediation is Mandatory or Not in terms of Negative Declaratory Action

Negative declaratory action is a type of action that is requested from the court to determine the absence of a right or legal relationship. This action is generally regulated in Article 106 of the Code of Civil Procedure and in terms of the consequences of enforcement proceeding, in Article 72 of the Enforcement and Bankruptcy Law.

In commercial disputes, the problem of whether mandatory mediation should be applied or not for negative declaratory actions to be litigated in such disputes has emerged. The discussion here centers on the point of whether the expression of “receivable and indemnity requests whose subject is the payment of an amount of money” in Article 5/A of the Turkish Code of Commerce covers the negative declaratory action or not.

There is no consensus in doctrine on whether referral to mandatory mediation prior to opening negative declaratory action is required or not. According to one view of doctrine, mandatory mediation is not applied in negative declaratory actions, as there is no payment of a receivable or indemnity³⁶, while another view holds that referral to mediation is mandatory for negative declaratory action³⁷.

Here, it is important to first define the concept of subject of the action. The subject of action refers to the result that is desired by the action. In this respect, the subject of the action corresponds to the result of the request. In commercial disputes, the criterion required for mandatory mediation is that the subject of action be a request for receivable or indemnity involving the payment of an amount of money. The fact that the negative declaratory action is a commercial action is not sufficient for it to be subject to mandatory mediation. In our opinion, the subject of negative declaratory action is not the payment of an amount of money but rather, the determination of the absence of a right or legal relationship (CCP Art. 106/I), and therefore, mandatory mediation does not apply in this type of action.

Rulings issued by Courts of Appeal reveal differences of opinions on this subject. Some Courts of Appeal specify that negative declaratory action is not subject to mandatory mediation, as its subject is not the collection of receivables³⁸. On the other hand, other rulings from Courts of Appeal indicate that negative declaratory action is subject to mandatory mediation, as it is relevant to payment of an amount of money³⁹. There is also no consistency in the rulings issued

³⁵ KOÇYİĞİT/BULUR, p.67; TANRIVER, p.123.

³⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, p.131; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, p.772-773; PASLI, Ali: “Assessment of Mandatory Mediation in terms of Business Firms and Trading Companies: Interpretation of Article 5/A of Turkish Code of Commerce”, Mediation in Commercial Disputes, Ankara, 2019, p.18; YARDIM, p.100.

³⁷ KOÇYİĞİT/BULUR, p.67-68; BUDAK, p.33; KURT KONCA, p.1.

³⁸ “...According to Article 5/A of the TCC, referral to mediation prior to bringing an action regarding receivable and indemnity requests whose subject is the payment of an amount of money is a cause of action. The subject of the action (object of demand) is determined based on the result of request in petition of action. In cases where the result of the request is the collection of receivable or indemnity referral to mediator is a cause of action.

Negative declaratory actions are not assessed within this scope, as there is no request for collection of an amount of receivable in negative declaratory actions. In other words, there is no obligation of referral to mediation in negative declaratory actions which have the characteristic of commercial action...” Istanbul CA, 14. CD, 21.3.2019, M. 2019/521, D. 2019/423 (MİHDER, 15(42), 2019/1, p.282-284); “...Concrete cases of negative declaratory action are as specified above. The legislation views mediation as cause of action in terms of receivable and indemnity requests whose subject is the payment of an amount of money. As the action under question is a negative declaratory action, there is no obligation to refer to mediation ...” Istanbul CA, 16. CD, 9.5.2019, M. 2019/1086, D. 2019/1021 (Lexpera); “...As the decrees to be made as the result of negative declaratory actions will not include a provision of performance, there is no obligation of referral to mediation for opening negative declaratory actions...” Ankara CA, 20. CD, 29.11.2019, M. 2019/1498, D. 2019/1230 (had not been published).

³⁹ “...Even if the claimant had asserted that s/he their case does not fall within the scope of mediation as mandatory cause of action in the negative declaratory action under question, considering that a payment of an amount of money is being sought by clearly emphasizing the subject of action and not the result of request by the regulation specified in Article 5/A of the TCC, and considering that negative declaratory actions are actually relevant to payment of an amount of money, it is required to accept that this case is within the scope of mediation as a cause of action. Since the purpose of the legislation governing this issue would be compromised and confusion would arise in practice if it were not accepted to be within the scope of mediation as cause of action, the courts have ruled that these negative declaratory actions fall within the scope of mandatory mediation as cause of action and therefore can be dismissed without prejudice

by the Courts of Appeal regarding negative declaratory action in labor law⁴⁰.

The conflict between the contradictory rulings of the Courts of Appeal must be resolved by the Court of Cassation. As a matter of fact, the 19th Civil Department of the Court of Cassation ruled that it is not necessary to refer to mediation before bringing an action in commercial negative declaratory actions, and that mediation does not qualify as a cause of action⁴¹. In summary, the Supreme Court of Appeals justifies that there is no negative declaratory action within the scope of TCC Art. 5/A, that its application cannot be expanded through interpretation in the face of the clear regulation of the law, and that legislation deliberately excludes the negative declaratory action from the scope. In our opinion, the decision of the Court of Cassation stating that mandatory mediation cannot be applied before bringing a negative declaratory action is correct and in line with our above-stated opinion.

This ruling issued by the Court of Cassation relates only to mandatory mediation in commercial disputes. In our opinion, the decision made by the Court of Cassation is valid only for negative declaratory actions regarding commercial disputes. The reason for this is that in the legal regulations on mandatory mediation for both commercial and consumer disputes, there is no statement that excludes negative declaratory action. Therefore, it should be mandatory to refer to mediation in commercial and consumer disputes before filing a negative declaratory action.

D. On whether Mediation is Mandatory or Not for Commercial Actions which are also Consumer Transactions

In the rulings issued by the Courts of Appeal, there are contradictions on whether mandatory mediation should be applied or not in disputes involving consumer transactions in terms of both commercial action and Consumer Protection Law.

The Courts of Appeal, in one of its rulings, stated that mandatory mediation would be applied regardless of whether the dispute is a commercial action or a consumer transaction⁴². Yet, in another ruling issued by a Court of Appeal, it was stated that as disputes pertaining to contracts have the characteristic of consumer transaction, it continues to be deemed as a consumer transaction – even in cases where a dispute has the characteristic of a commercial action –

when claimant has failed to refer to mediation..." Istanbul CA, 19. CD, 28.6.2019, M. 2019/1734, D. 2019/1521 (Lexpera); "...In the dispute, as it is understood that the action is a negative declaratory action litigated based on a bill of exchange, that bills of exchange are regulated in the Code of Commerce, that these types of actions have the characteristic of commercial action in accordance with Articles 3 and 4/1-a of the TCC, that the parties had not referred to mediation as a cause of action for actions regarding receivable and indemnity requests whose subject is the payment of an amount of money in commercial actions, the court was not incorrect to rule for dismissal without prejudice due to absence of cause of action..." Erzurum CA, 27.3.2019, M. 2019/531, D. 2019/549 (Budak, p.32).

⁴⁰ "...In law, there is no regulation related to referral to mediation as a cause of action in negative declaratory actions. The ruling for dismissal of action without prejudice by absence of cause of action due to failure to refer to mediation was proper..." Gaziantep CA, 9.7.2019, M. 2019/1107, D. 2019/1478 (Lexpera); "...it has been observed that the action has the characteristic of a negative declaratory action in the sense that there is no receivable of employer arising from the labor contract, that it is a dispute that falls within the scope of Article 3 of the Labor Courts Law no. 7036, dated January 01, 2018, which regulates mediation as a cause of action, that the action had been litigated by the claimant without referral to mediation, and that there is no incorrect action in the dismissal of action without prejudice due to the absence of cause of action..." Bursa CA, 9. CD, 14.6.2019, M. 2019/1516, D. 2019/1294 (was not published).

⁴¹ 19. CD, 13.2.2020, M. 2020/85, D. 2020/454 (Lexpera).

⁴² "...The dispute that is the subject of action relates to the collection of a loan receivable arising from a personal loan contract, and it has the characteristic of a banking transaction. ...private law disputes arising from consumer loans are deemed as commercial actions, without the requirement to seek mediation.

On the other hand, the dispute between the parties has the characteristic of a consumer transaction. The legal characteristics of consumer transaction are regulated in the CPL no. 6502.

Moreover, an action that has the characteristic of a consumer transaction does not hinder the acceptance of a dispute as an absolute commercial action. The concept of consumer transaction and the concept of commercial action are two different concepts, and different results have been associated with both concepts. The commercial action characteristic of private law disputes that have the characteristic of consumer transaction does not remove the consumer transaction characteristic of the transaction. According to Article 83/2 of the CPL, the presence of a regulation in other laws regarding transactions in which one of the parties is a consumer does not hinder this transaction from being deemed a consumer transaction or from having applied the provisions of Law no. 6502 regarding duty and authority. According to this regulation, in the case a transaction is a consumer transaction, the transaction will remain a consumer transaction, even if there exists a regulation in other legislation regarding the same consumer transaction, and in the case of the opening of an action, the court in charge will be the consumer court..." Ankara CA, 3. CD, 3.5.2019, M. 2019/856, D. 2019/834 (Kazancı).

pursuant to Article 83/2 of CPL, which is not subject to mandatory mediation⁴³.

In doctrine, there are different views on this issue. According to one view⁴⁴, even if consumer courts are charged with handling consumer transaction disputes, mandatory mediation can be applied if a commercial action is also involved. According to this view, since commercial actions are not always handled in the commercial court of first instance, whether the action is a commercial action or not should be determined without considering which court is in charge. On the other hand, in doctrine, it has been argued that since consumer transaction disputes will not be deemed as commercial action within the scope of CPL they are not subject to mediation⁴⁵.

In our opinion, mandatory mediation cannot be applied for disputes that have the characteristic of both consumer transaction and commercial action. First, the concept of “commercial action” is a concept relevant to the duty of courts. If a legal transaction is a “consumer transaction”, it means it is subject by law to a consumer arbitration committee, or a consumer court. It is here that a conflict arises around the issue of which of the two courts with special jurisdiction is responsible for handling such cases. In accordance with the regulation of Article 83/II of the CPL, keeping the quality of consumer transaction at the forefront, it is required that such disputes be resolved at a consumer arbitration committee or at a consumer court, even if they are commercial actions. Consequently, as referral to mandatory mediation is required prior to opening an action, in a dispute judged to be a consumer transaction, referral to mandatory mediation is not possible per the rules of duty to which relevant action is subject. For this reason, it is required that the contradictions among the rulings issued by the Courts of Appeal be removed by the Court of Cassation (Law with no 5235 Art. 35).

E. Mandatory Mediation in case of Concentration of Actions

A concentration of actions ensues when a claimant puts forward more than one claim against the same defendant in the same lawsuit petition. These types of actions are especially seen in cases involving receivables of workers. For instance, after termination of a labor contract, a worker may request her/his receivables of severance and notice pay, remuneration of annual leave, and weekend and overtime work remuneration in a single action. When referring to mandatory mediation prior to bringing an action, it is required to specify each of the requested receivables. For actions litigated later on, the receivables specified in the request for action and the receivables specified in the dispute minutes of the mandatory mediation process must match, otherwise, bringing an action for a receivable not negotiated during mandatory mediation gives rise to separation of action and dismissal without prejudice for the receivable in question (LCL Art. 3/II, final sentence).

The Court of Appeal, in one of its rulings, agreed with the ruling issued by the court of first instance on the dismissal of action without prejudice due to absence of cause of action for a case involving a receivable –for which there was no request in the minutes of mediation- that was made subject to action along with other receivables⁴⁶. On the other hand, in doctrine, for such a case,

⁴³ “...Actions involving dispute arising from installment sales contracts are regulated under Article 17 and other articles that follow in the CPL. As such actions will be addressed at consumer courts, it is not possible to deem the action in question as a commercial action. For the action to be deemed a commercial action, the subject of dispute has to be relevant to the business firms of both parties. As actions in which one party is a consumer cannot be deemed a commercial action, they are not included within the scope of mediation as cause of action.

In accordance with the provisions of Article 83 of the CPL, ... it has been clearly emphasized in justification as the mandatory provision of law that having regulation in other laws regarding a transaction in which one of the parties is a consumer will not hinder that transaction from being accepted as a consumer transaction, and will not hinder the referral of the consumer to consumer arbitration committees or to consumer courts. As a dispute cannot, legally speaking, be both a consumer transaction and a commercial at the same time, in cases involving a consumer transaction, it is obligatory to apply the provisions of the consumer law of mediation characteristic in accordance with Article 2 of the CPL.

For these reasons, mediation as a cause of action –being regulated in Article 5/A of the TCC and having the characteristic of private law- is required to be applied for commercial actions within the scope of this private law. As mediation –as cause of action in commercial actions- is a mandatory legal term, and as it is regulated for the law to which it applies, its application in actions and affairs having the characteristic of consumer transaction within the scope of the CPL as well as in consumer transactions involving commercial affairs cannot be considered...” Antalya CA, 3. CD, 5.7.2019, M. 2019/1038 D. 2019/1088 (Lexpera)

⁴⁴ KOÇYİĞİT/BULUR, p.126; PASLI, p.16; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, p.770; ATALI/ERDOĞAN, p.247.

⁴⁵ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p.306; YARDIM, p.98.

⁴⁶ “...In this case, it was understood that the claimant party had referred to mediation regarding her/his request of severance pay, remuneration of annual leave, overtime work, national holiday, general holiday and subsistence

referral to mandatory mediation regarding requests not originally referred to mediation should be made a prejudicial issue, and the action should be continued in the future as per the minutes of the mediation⁴⁷.

In cases where the parties had not referred to mandatory mediation, in our opinion it is not proper for it to be deemed as a cause of action that is not able to be completed by the relevant court. Considering the regulation directing the parties to an alternative dispute resolution method, direct dismissal of action without prejudice in cases where this has not been fulfilled is a very harsh response⁴⁸, as Art. 115/II of the CCP grants the parties time to meet the condition of the regulation. Moreover, even if the action had been litigated without first referring to mandatory mediation, according to the CCP Art. 115/II, the parties are allowed a specific period of time to remedy this deficiency. However, it can be argued that law-makers were concerned that if recourse to a court of law was accepted most individuals would prefer this option before referring to mediation. Under the current regulation, the number of actions litigated has significantly decreased. Yet, in our opinion, the regulation should allow for the completion of a cause of action for requests that had not been referred to mediation, as opposed to dismissing the action without prejudice.

F. Mandatory Mediation in terms of Counter-Action

Another procedural problem encountered in terms of mandatory mediation involves the issue of counter-action. Counter-action is an action that is litigated within the response period of the original action and is linked with the original action (CCP Art. 132). An action litigated without a counter-action is separated from the original action and proceeds as an independent action. For this reason, if the subject of the counter-action is a dispute that falls within the scope of mandatory mediation, it is required to refer to this means prior to opening the counter-action. However, in this case the possibility of missing the period of opening commercial disputes arises. When a referral to mandatory mediation is made within the period of opening a counter-action, the counter-action opening period, which is subject to statutory limitation, will not continue in the period starting from application to mediation office until the drawing-up of the final minutes (LMCCD Art. 18/A/XV; LCL Art. 3/XVII); Otherwise, it would result in limiting the right to legal remedies for the counter-action⁴⁹. Therefore, if referral to mediation is made within two weeks as from the notification of the reply petition to the defendant, the time for bringing a counter action will not be compromised. In this case, the judge must wait for the outcome of the mandatory mediation process.

In the rulings issued by the Courts of Appeal, the following criterion is being used in the determination of whether the term of referral to mandatory mediation has been fulfilled or not in terms of counter-action. If it is understood from the minutes of mediation where agreement has not been reached for a dispute in which the original action prompted a counter-action not yet negotiated, it is deemed that the terms of mandatory mediation had been fulfilled for counter-action⁵⁰. On the other hand, if there is no determination regarding the request in counter-action in the non-agreement minutes drawn-up for the original action, and if it had not been additionally referred to mandatory mediation, the term of mandatory mediation for the counter-action is

allowance, but that s/he had requested severance pay, remuneration of annual leave and wage receivables in her/his file of action, that in the final minutes of mediation, the mediator specified the subject of dispute as one (severance pay, remuneration of annual leave, overtime work, national holiday and general holiday, and subsistence allowance) arising from the relationship between worker and employer, that there was no request in the final minutes of mediation for wage receivables and thus the claimant had not fulfilled the mandatory action of referring to mediation regarding her/his wage receivable, it is proper for the court to rule for dismissal of action without prejudice for wage receivable pursuant to Articles 3 and 7 of Law no. 7036, and pursuant to Articles 110 and 115 of Law no. 6100..." Ankara CA, 6. CD, 16.4.2019, M. 2019/1303, D. 2019/852 (Lexpera).

⁴⁷ ÖZEKES/ATALI, p.115; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p.193.

⁴⁸ ÖZMUMCU, Seda: "Overview of Mandatory Mediation System in terms of Comparative Law and Turkish Law", Journal of Istanbul University School of Law, 74(2), 2016, p.834. For mandatory mediation in commercial disputes, and similar criticism in terms of LMCCD Art. 18/A see BUDAK, p.26.

⁴⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p.191.

⁵⁰ "...In the request of notice pay –being the subject of negotiations in mediation- in the counter-action litigated by the employer, there is no cause of action for additional mediation..." Istanbul CA, 29. CD, 15.11.2018, M. 2018/4331, D. 2018/1628 (had not been published).

deemed as not being fulfilled⁵¹. From these rulings, it is understood that the Courts of Appeal have not rescinded the requirement for fulfillment of term of mandatory mediation for counter-actions.

In the doctrine, regarding requests for counter-action, if in the referral to mandatory mediation the original action had been negotiated and finalized, it is deemed that the term of referral to mandatory mediation had been actualized for the counter-action as well⁵². In our opinion, in determining whether the term of mandatory mediation had been actualized or not for cases involving a counter-action, it is proper to examine whether the request of the counter-action is included or not in the mediation non-agreement minutes relevant to the original action.

V. CONCLUSION

In 2017, referral to mediation was made mandatory prior to bringing an action in labor disputes, and in commercial disputes in 2018. Even if this means is being referred to as “mediation as cause of action” in legal regulations and some research studies, it should, for all intents and purposes be referred to as “mandatory mediation”, considering its legal characteristic.

The Constitutional Court ruled that mandatory mediation is not in conflict with the Constitution. However, due to the contradictions in its rulings it has issued regarding voluntary mediation and the significant delays mandatory mediation brings to the right to legal remedies, in our opinion, mandatory mediation stands opposed to the Constitution. Even if we believe that mediation should not be mandatory, it is nonetheless important to objectively examine the problems arising from the current legal regulations.

First, considering the legal characteristic of action for annulment of objection in terms of enforcement law, this action should not be within the scope of mandatory mediation. Moreover, in cases where negative declaratory actions are the subject of commercial disputes, these actions are not within the scope of mandatory mediation, as they do not meet the term of payment of an amount of money.

In the case a dispute is both a consumer dispute and a commercial dispute, again mandatory mediation should not be applied. This is because in a direct action involving a dispute of both a consumer and commercial nature, the said dispute should not be litigated by mandatory mediation, but rather, by a consumer court, as it has a broader scope than that of a commercial court.

In the case of concentration of actions, if a dispute involves multiple requests for which referral to mediation has not been made for each one, it would be proper to give the claimant the opportunity to complete the cause of action by providing them additional time to refer to a mediator, instead of dismissing the entire action without prejudice for requests for which no referral was made.

Regarding counter-actions, it is required to refer to mandatory mediation if possible. From the minutes of a mandatory mediation entered into for the original action, if it is understood that the parties could not come to an agreement regarding the request of the counter-action, it should be deemed that the term of mandatory mediation had been fulfilled for the counter-action.

Mandatory mediation, which has been made a cause of action by legislation, has been regulated as a cause of action, which in cases where the terms of the case do not exist at the beginning, these said terms cannot be completed later. However, in our opinion, it would be more appropriate to arrange the referral to mandatory mediation as a cause of action that can be completed even in situations where the terms have not been present at the beginning of the case. Since mandatory mediation is not used before bringing an action, it should not be prevented from entering the merits of the case. This situation can be resolved by referring to the CCP Article 115/II in the relevant regulations. Thus, if the referral to mandatory mediation is brought to the

⁵¹ “...Defendant employee had referred to mediation for requests with respect to remuneration of national holiday, general holiday, overtime work, sick leave, and premium receivable, and the minutes regarding non-agreement of the parties had been added to the action started by the employee. Claimant employer had requested notice pay in the counter-action. Notice pay is within the scope of receivable of worker or employer arising from personal labor contract, and referral to mediation prior to opening of action is mandatory. The defense that the legal problem between the parties had been referred to mediation does not relieve the employer from this liability, as it is not among the requests subject to mediation, and as the termination is not within the scope of mediation...” Ankara CA, 6. CD, 16.4.2019, M. 2019/820, D. 2019/755 (was not published).

⁵² KÖME AKPULAT, p.370.

agenda during the trial of the case, such as in cases of concentration of actions and counter case, it would be possible to remedy the lack of cause of action within the same case.

REFERENCES

- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Enforcement and Bankruptcy Law, Ankara, 2018.
- ATALI, Murat/ERDOĞAN, Ersin: “A New Model in Legal Dispute Resolution: Mandatory Mediation”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 23, 2018, p.241-255.
- ATALI Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Law of Civil Procedure, 2. Ed., Ankara, 2019 (Procedure).
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Enforcement and Bankruptcy Law, 2. Ed., Ankara, 2019 (Enforcement Bankruptcy).
- BUDAK, Ali Cem: “Mediation as Cause of Action in Commercial Actions”, *Journal of Legal Civil Procedure and Enforcement Bankruptcy Law*, 15(42), 2019/1, p.25-40.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Law of Civil Procedure, 3. Ed., Ankara, 2019.
- ÇİÇEK, Mustafa: Mandatory Mediation in Labor Law, 2. Ed., Ankara, 2019.
- ÇİL, Şahin: Mediation in Labor Disputes, Ankara, 2018.
- EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural: Mediation in Legal Disputes, 2. Ed., İstanbul, 2019.
- ERDOĞAN, Ersin: “Mandatory Mediation Anticipated in Labor Court Law with no 7036, and Its Assessment in terms of Right to Legal Remedies”, *LİSGHD*, 14(55), 2017, p.1211-1242.
- GÖKSU, Mustafa: Alternative Means of Dispute Resolution and Arbitration, Ankara, 2019.
- Kazancı Court Practices Information Bank: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Date of Access: 21.10.2019) (Kazancı).
- KARSLI, Abdurrahim: Enforcement and Bankruptcy Law, İstanbul, 2014.
- KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper: Mediation as Cause of Action in Commercial Disputes, Ankara, 2019.
- KÖME AKPULAT, Ayşe: Features of Trial at Labor Courts, İstanbul, 2018.
- KURT KONCA, Nesibe: “(Mandatory) Mediation as Cause of Action in Commercial Disputes”, <http://www.ankahukuk.com/ticari-uyusmazliklarda-dava-sarti-zorunlu-arabuluculuk/> (Date of Access: 20.10.2019).
- Lexpera Law Information System: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat>, (Date of Access: 21.10.2019) (Lexpera).
- MUŞUL, Timuçin: Enforcement and Bankruptcy Law, 6. Ed., V.II, Ankara, 2013.
- ÖREN, Onur: “*Actio pauliana* is not within the Scope of Mandatory Mediation”, *İBD*, 93(4), 2019, p.74-78.
- ÖZEKES, Muhammet: “Assessment of Mandatory Mediation in terms of Right to Legal Remedies and Principles of Mediation ‘A Critical Approach to Mandatory Mediation’”, *International Symposium on Development of Mediation December 6-7, 2018*, Ankara, 2019, p.111-136 (Critical Approach).
- ÖZEKES, Muhammet: *Pekcanitez Procedural Law - Dinamik Kitap*, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/v-is-uyusmazliklarinda-zorunlu-dava-sarti-olan-arabuluculuk-9786051524832-1/1>, (Date of Access: 28.01.2020) (Pekcanitez Procedure).
- ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat: “Criticism, Assessment and Suggestions on the New Labor Courts Law with no 7036”, *Meeting on New Labor Court Law (December 23, 2017)*, İstanbul, 2018, p.45-122.
- ÖZMUMCU, Seda: “Overview of Mandatory Mediation System in terms of Comparative Law and Turkish Law”, *Journal of İstanbul University School of Law*, 74(2), 2016, p.807-842.
- PASLI, Ali: “Assessment of Mandatory Mediation in terms of Business Firms and Trading Companies: Interpretation of Article 5/A of Turkish Code of Commerce”, *Mediation in Commercial Disputes*, Ankara, 2019, p.13-25.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: *Textbook of Enforcement and Bankruptcy Law*, 6. Ed., İstanbul, 2019.
- POSTACIOĞLU, İlhan. E.: *Principles of Enforcement Law*, İstanbul, 1982.
- SENYEN-KAPLAN, E.Tuncay: *Personal Labor Law*, 9. Ed., Ankara, 2018.
- TANRIVER, Süha: “Some Thoughts about Mediation as Cause of Action”, *TBBD*, I. 147, March-April 2020, p.111-142.
- YARDIM, Ertan: “Referral to Mandatory Mediation in Commercial Disputes”, *Mediation in Commercial Disputes*, Ankara, 2019, p.89-110.
- YILMAZ, Ejder: “Legal Characteristic of Action for Annulment of Objection”, *Present for Prof. Dr. Saim Üstündağ*, Ankara, 2009, p.597-615.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER’İN COVID-19 İLE MÜCADELE SINAVI

THE CHALLENGE OF UNITED NATIONS IN RESPONDING TO COVID-19

Ülkü HALATÇI ULUSOY*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 23/05/2020
Kabul: 18/10/2020

Anahtar Kelimeler

*Birleşmiş Milletler,
Güvenlik Konseyi,
Covid-19,
Genel Sekreter,
Ekonomik ve Sosyal
Konsey,
Dünya Sağlık
Örgütü.*

Article Info

Received: 23/05/2020
Accepted: 18/10/2020

Keywords

*United Nations,
Security Council,
Covid-19,
Secretary General,
Economic and Social
Council,
World Health
Organisation.*

Özet

II. Dünya Savaşı’ndan bu yana karşılaştığı en büyük küresel sorun olan Covid-19 ile mücadele konusunda bugüne kadar etkili bir çözüm üretmemiş olması, zaten ciddi anlamda sorgulanmakta olan Birleşmiş Milletler’in varlık sebebini tekrar tartışmaya açmıştır. Benzer şekilde Birleşmiş Milletler’in uzmanlık kuruluşu olan Dünya Sağlık Örgütü de kendisinden beklenen performansı gösterememiş; ağır eleştirilere maruz kalmıştır. ABD, özellikle Covid-19 nedeniyle suçladığı Çin konusunda etkili soruşturma yapmadığı, görevini gereği gibi yerine getirmediği için Örgüt’e sağladıkları fonu askıya alma kararı almıştır. Sözkonusu durum, evrensel düzeyde kolektif tedbirlerin alınmasını zorlaştırmaktadır. Uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluk verilen Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, daimi üyelerin karşılıklı suçlamaları ve görüş ayrılıkları nedeniyle pandemi ile mücadelede etkili kararlar alamamıştır. Öte yandan, salgından en fazla etkilenen devletlerin Güvenlik Konseyi’nin daimi üyeleri olması da ironiktir. Devletlerin sınırlarını kapatarak tek yanlı mücadele yöntemleri yerine işbirliğine dayalı yöntemler ile mücadele etmesi konusunda Birleşmiş Milletler’in en kısa sürede harekete geçmesi beklenmektedir. Covid-19 salgını sonrası ortaya çıkacak sosyo-ekonomik krizler ancak küresel işbirliği ile aşılabilecektir.

Abstract

The fact that it has not been able to produce an effective solution to combat Covid-19, which is the biggest global problem it has faced since World War, has opened up the reason for the existence of the United Nations, which is already seriously questioned. Similarly, the World Health Organization, which is the specialization institution of the United Nations, did not show the performance expected from it; it was subjected to severe criticism. The USA has decided to suspend the fund they have provided to the Organization, especially since it did not conduct an effective investigation on China, which it accused of Covid-19, and did not perform its duties properly. This situation makes it difficult to take collective measures at a universal level. The United Nations Security Council, which has been given the primary responsibility for the protection of international peace and security, could not act due to the mutual accusations and disagreements of permanent members. On the other hand, it is ironic that the states most affected by the outbreak are permanent members of the Security Council. It is expected that the United Nations will take action as soon as possible to prevent the states from closing their borders and fighting cooperative methods instead of unilateral methods of struggle. The socio-economic crises that will emerge after the Covid-19 outbreak can only be overcome with global cooperation.

I. GİRİŞ

Uluslararası barış ve güvenliği koruma ve temin etme konusunda başlıca sorumluluğun verildiği Birleşmiş Milletler (BM), pekçok konuda olduğu gibi, Covid-19 ile mücadele konusunda da geç kalmıştır. BM'nin uzmanlık kuruluşu olan Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ), korona virüsü nedeniyle ortaya çıkan Covid-19 hastalığını, 11 Mart 2020'de 114'ten fazla devlette varlık göstermesi nedeniyle pandemi ilan etmiştir.¹ Pandemi, en basit tanımıyla dünyada eş zamanlı olarak çok yaygın bir şekilde çok fazla sayıda insanı tehdit eden bulaşıcı hastalıklara verilen isimdir.² BM'nin konu ile ilgili uzmanlık kuruluşu olan DSÖ'nün bu konuda çok geç kaldığı ve etkili tedbirler alamadığı yönünde eleştiriler yükselirken, BM'nin de son yüzyılda Dünya'nın karşılaştığı en büyük tehdit olarak gördüğü Covid-19 ile mücadele konusunda son derece pasif kalması büyük bir hayal kırıklığı yaratmıştır.

ABD'nin Covid-19 için "Çin virüsü" ve "Wuhan virüsü" söylemleri üzerinde ısrarcı olması; Çin ve Rusya'nın ise, bu iddialara karşı çıkması nedeniyle Güvenlik Konseyi konuya ilişkin etkili bir karar alamamıştır. BM içinde başta BM Genel Sekreteri olmak üzere BM Genel Kurulu, Covid-19 ile mücadele etmek amacıyla devletlere işbirliği yapma konusunda çağrıda bulunmuşlarsa da bugüne kadar devletlerin çok taraflı mücadele yöntemleri yerine tek taraflı ulusal mücadele yöntemlerini tercih ettikleri görülmüştür. Özellikle salgının yarattığı ve daha uzun süre devam edecek olan olumsuz sosyo-ekonomik etkileri ile mücadelede işbirliğinin önemi ortadadır. BM, Covid-19 pandemisinin sağlık krizinden çok daha fazlası olduğunu, aynı zamanda ekonomik, "güvenlik" ve insan hakları krizi de yarattığını ifade etmiştir.³ Bu konuda asli sorumluluğu üstlenmesi gereken BM ve DSÖ'nü çok önemli bir sınav beklemektedir. Çalışmada şimdiye kadar konuya ilişkin yapılan çalışmalar ve sonrasında BM'nin bu mücadelede nasıl bir rol alabileceği değerlendirilecektir.

II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL SEKRETERİ'NİN COVID-19 İLE MÜCADELEDE ROLÜ

BM, İkinci Dünya Savaşı'nın sonuçlanmasını müteakip Müttefik devletlerin çatışma süresi boyunca açıklanmış planları ve niyetleri göz önüne alınarak kurulmuş bir örgüttür. BM Antlaşması'nın 1. maddesinde BM'nin amaçları, "1. Uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla barışa yönelik tehditleri önlemek ve bunları boşa çıkarmak, saldırı ya da barışın başka yollarla bozulması eylemlerini bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini barışçıl yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmek; 2. Uluslar arasında, halkların hak eşitliği ve kendi geleceklerini kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş dostça ilişkiler geliştirmek ve dünya barışını güçlendirmek için diğer uygun önlemleri almak; 3. Ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözüme ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak ve 4. Bu ortak amaçlara ulaşılması yolunda ulusların giriştikleri eylemlerin uyumlaştığı bir merkez olmak." olarak belirlenmiştir.⁴ Asli amacı uluslararası barış ve güvenliği sağlamak olan BM, bu amacını özellikle BM Genel Sekreteri, BM Genel Kurulu ve BM Güvenlik Konseyi aracılığı ile gerçekleştirmektedir.⁵

Çeşitli idari görevlerinin yanı sıra BM Genel Sekreteri'nin otoritesinin temeli, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebileceğini düşündüğü herhangi bir konuyu Güvenlik Konseyi'nin dikkatine sunma yetkisi veren 99. maddeye dayanmaktadır. Genel Sekreter'in rolü, uygulamada, Antlaşma'nın çeşitli hükümlerinin ötesine uzanmaktadır. BM'nin ilk genel sekreteri olan *Trygve Lie*, bu görevin Dünya'nın en zor işi olduğunu ifade etmiştir.⁶ BM Genel Sekreteri'nin özellikle, uluslararası krizleri çözüme ya da kontrol altına alma konusunda

¹Bkz. <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> (16.03.2020).

²Bkz. <https://www.livescience.com/pandemic.html> (21.03.2020).

³Bkz. <https://www.un.org/en/coronavirus/UN-response> (19.09.2020).

⁴ BM'nin uluslararası hukuk düzenindeki yerine ilişkin bir değerlendirme için bkz. SCHACHTER, Oscar: *The UN Legal Order: An Overview*, in *The United Nations and International Law*, (Edt. J. Joyner), Cambridge Uni. Press, Cambridge, 1997.

⁵ CASSESE, Antonio: *International Law*, Oxford Uni. Press, Oxford, 2008, ss.317-354.

⁶BM Genel Sekreteri'nin görevleri için detaylı olarak bkz. <https://www.cfr.org/backgrounder/role-un-secretary-general> (03.04.2020).

arabuluculuk yapılmasında önemli bir rolü bulunmaktadır. Ayrıca, Genel Sekreter gelişmelere işaret etmek ya da imkan dahilinde onları yönlendirmek için önemli bir konumdadır. Örneğin, önceki BM genel sekreterlerinden Dr. *Boutros-Ghali* tarafından 1992 yılında “*Bir Barış Gündemi*”⁷ ve Kofi Annan tarafından 2005 yılında “*Daha Geniş Özgürlük*”⁸ adlı raporların hazırlanması, BM’nin ortaya çıkan yeni küresel sorunlara cevap verme kapasitesinin artırılması için çizilecek yol haritasının belirlenmesi açısından son derece önemlidir. Yine önceki BM Genel Sekreteri *Ban-Ki moon* tarafından 1 Temmuz 2016 tarihinden itibaren oluşturulan “*Küresel Sağlık Krizleri Görev Gücü*” de bu yöndeki çalışmaların devamı niteliğindedir.⁹

Esasında bugüne kadar BM genel sekreterlerinin salgın hastalıklar konusunda etkin mücadele ettiğini söylemek mümkündür. Önceki BM Genel Sekreteri Kofi Annan, 1999 yılında Afrika’da HIV/AIDS’ten ölenlerin sayısının silahlı çatışmalarda ölenlerin sayısının 10 katından fazla olduğunu ifade etmiştir. Ortaya çıkan sosyo-ekonomik sonuçların yarattığı krizin siyasi istikrarı tehdit ettiğini ileri sürmüştür. Çok sayıda polis ve silahlı kuvvet mensubu da bu ciddi hastalığa yakalanmış, önemli bir güvenlik zafiyeti doğmuştur. Kofi Annan 2005 yılında yayınladığı “*Daha Geniş Özgürlük*” adlı raporunda 21 yy.’da tehdit algısının genişlediğine açık, ölümcül salgın hastalıklar ve doğal felaketlerin de uluslararası barış ve güvenlik için tehdit oluşturabileceğine dikkat çekmiştir.¹⁰ Kofi Annan’ın çabaları sonuç vermiş, gerek Genel Kurul gerek Güvenlik Konseyi hem HIV/AIDS hem de Ebola ile mücadele konusunda önemli kararlar almıştır. Yine dönemin önceki BM Genel Sekreteri Ban Ki-moon, BM Genel Kurulu’nun 19 Eylül 2014 tarihli oybirliği ile alınan 69/1 sayılı Kararı’na¹¹ dayanarak UNMEER’i (BM Acil Ebola Mücadele Gücü) kurmuştur.¹²

Selefleri ile benzer şekilde Covid-19 ile mücadele için şu anda görev yapmakta olan BM Genel Sekreteri *Antonio Guterres* de çok sayıda çağrı yaparak, yazılar yayımlayarak ve konuşarak elinden geleni yapmaya çalışmaktadır. New York Times’a konuşan *Guterres*, tüm bu olup bitenlere karşı sesini şöyle yükseltmiştir: “*Gerçek liderler, bu içinden geçtiğimiz sürecin büyük ve daha cömert düşünülmesi gereken bir zaman olduğunu anlıyor. Marshall Planı’ndan ve İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra BM’nin kurulmasının arkasında bu tür bir düşünce yatıyor. Bugün de benzer bir durumdayız. Şimdi harekete geçmeliyiz ve birlikte hareket etmeliyiz.*”¹³

Görüldüğü üzere, BM Genel Sekreteri Covid-19 ile mücadele konusunda gerek BM Antlaşması’nın kendisine verdiği görevler gerek seleflerinin uygulamalarına paralel şekilde hareket ederek gerekli BM organlarının harekete geçmeleri çağrısında bulunmuş; konu ile ilgili uluslararası topluluğu bilgilendirmiştir. BM Genel Sekreteri *Guterres*, Covid-19 konusunda uzun süre adım atmamakla eleştirilen BM Güvenlik Konseyi’ne birlik ve salgına karşı mücadele çağrısında bulunmuştur. Önce de ifade edildiği gibi BM Antlaşması madde 99 uyarınca, Genel Sekreter’in uluslararası barış ve güvenliğin korunmasının tehlikeye düşebileceğini düşündüğü herhangi bir konuyu Güvenlik Konseyi’nin dikkatine sunma yetkisi bulunmaktadır. 23 Mart’ta Genel Sekreter *Guterres* krizin ciddiyetini vurgulamış ve “*dünyanın her yerinde acil ateşkes*” çağrısında bulunarak, “*Savaşlara son verelim ve dünyamızı sarsan hastalıkla mücadele edelim*” demiştir.¹⁴

Guterres, bütün devletlerin Covid-19 salgınının yıkıcı sonuçlarıyla boğuştuğuna, binlerce kişinin öldüğüne, hastanelerin çöktüğüne ve sağlık çalışanlarının bu yükü kaldırmakta zorlandığına dikkati çekerek, Covid-19’un neden olduğu 8 riski “*kamu kurumlarına güveninin aşınması, ekonomik krizin getireceği istikrarsızlık, seçimlerin ertelenmesi riski, siyasi gerginlikler ve meşruiyet sorunu, şiddet ve çatışmaların körüklenmesi, terör tehdidi, biyolojik terör saldırılar*

⁷Bkz. <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/an-agenda-for-peace-preventive-diplomacy-peacemaking-and-peace-keeping-report-of-the-secretary-general/> (21.04.2020).

⁸Bkz. <https://undocs.org/A/59/2005> (22.04.2020).

⁹ Oluşturulan Görev Gücü ile ilgili raporlar için bkz. <https://www.un.org/en/global-health-crises-task-force/> (12.04.2020).

¹⁰Bkz. <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2020-04-09/secretary-generals-remarks-the-security-council-the-covid-19-pandemic-delivered> (31.03.2020).

¹¹Bkz. <https://www.un.org/en/ga/69/resolutions.shtml> (14.04.2020).

¹²Bkz. <https://ebolaresponse.un.org/un-mission-ebola-emergency-response-unmeer> (13.04.2020).

¹³Bkz. <https://medyascope.tv/2020/05/01/mediapart-salgin-bm-guvenlik-konseyni-felc-etti-bm-nin-gelecegi-tehlikede/> (15.04.2020).

¹⁴Bkz. <https://news.un.org/en/story/2020/03/1059972> (20.04.2020).

ile insan hakları ihlalleri" olarak sıralayarak¹⁵ "Güvenlik Konseyi'nin müdahalesi, salgının doğurduğu barış ve güvenliğe yönelik tehditlerin önlenmesi için kritik önem taşıyor. Böyle endişeli bir zamanda Konsey'in birlik ve çözüm sinyali vermesi çok şey ifade eder" ifadelerini kullanmıştır.¹⁶

Yaptığı çağrılara rağmen istediği sonucu alamayan Guterres, birlik olmanın çok önemli olduğu bir zamanda uluslararası topluluğun bölünmesinin kendisinde büyük bir hayal kırıklığı yarattığını üzülen ifade etmiştir. Sorunun çözümünde hayati öneme sahip olana Çin ve ABD'nin katkısının çok önemli olduğunu belirtmiştir.¹⁷ Nihayet 1 Haziran 2020'de Covid-19'un DSÖ tarafından pandemi ilan edilmesinden tam 111 gün sonra Güvenlik Konseyi 2532 (2020) sayılı Kararı alabilmiştir.¹⁸ Oybirliği ile alınan kararda, BM'nin uluslararası barış ve güvenliğin korunmasındaki asli sorumluluğu hatırlatılarak Covid-19 ile mücadele kapsamında küresel düzeyde 90 günlük bir ateşkes kararı alınabilmiştir. Böylece en azından Guterres'in azından ateşkes yönünde yapmış olduğu çağrı geç de olsa bir cevap bulabilmiştir.

III. GÜVENLİK KONSEYİ'NİN COVID-19 İLE MÜCADELEDE ROLÜ

A. Güvenlik Konseyi'nin Kamu Sağlığına İlişkin Önceki Kararları

Uluslararası örgüt organlarının kurucu antlaşma hükümlerinde verilen yetkileri çerçevesinde üye devletleri bağlayıcı nitelikte kararlar alabileceğinin en bilinen örneği, BM Güvenlik Konseyi'dir. Küresel düzeni sağlamaya yönelik yaptırımlar, BM'nin asli görevi olan uluslararası barış ve güvenliği sağlamak için uygulanmaktadır.¹⁹ BM Antlaşması madde 24/1 uyarınca, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında Örgüt'ün çabuk ve etkili hareketinin sağlanması için başlıca sorumluluk Güvenlik Konseyi'ne verilmiş ve üye devletler Konsey'in bu sorumluluğu çerçevesinde görevlerini yerine getirirken, kendi adlarına hareket ettiğini kabul etmişlerdir.

BM Antlaşması m.25'e göre BM üyeleri, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama hususuna rıza göstererek Konsey'e kendileri için bağlayıcı karar alabilme yetkisi tanımışlardır. BM'nin yargı organı olan Uluslararası Adalet Divanı konuya ilişkin olarak "*BM Antlaşması madde 24/1 uyarınca, BM Antlaşması'nda uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında Örgüt'ün çabuk ve etkili hareketinin sağlanması Güvenlik Konseyi kararları BM Antlaşması'nın 27. maddesinde düzenlenen oylama sürecinin bir ürünüdür ve bu tür kararların nihai metni, bir organ olarak Güvenlik Konseyi'nin görüşünü temsil eder. Ayrıca Güvenlik Konseyi kararları, oluşumunda rol oynayıp oynamadıklarına bakılmaksızın tüm üye devletleri bağlayabilir*" ifadelerini kullanmıştır.²⁰ Divan *Namibya Davası*'nda ise, 25. maddedeki düzenlemenin Antlaşma'nın VII. Bölümü çerçevesindeki zorlayıcı tedbirler ile sınırlı olmadığı, Antlaşma'ya uygun olarak kabul edilen "Güvenlik Konseyi kararları" için de geçerli olduğuna dikkat çekmiştir.²¹

Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenlik ile ilgili tedbirler alabilmesi için öncelikle BM Antlaşması madde 39 uyarınca "*barışa yönelik bir tehdit, barışın ihlali ya da bir saldırı eyleminin varlığını saptaması*" gerekmektedir.²² Söz konusu tespitin yapılması, BM kolektif güvenlik sisteminin temelini oluşturmaktadır.²³ İlgili saptamanın ardından somut duruma ilişkin karar alma ya da tavsiyelerde bulunmanın yolu açılmış olur. BM Antlaşması'nın VII. Bölümü'ndeki zorlayıcı tedbirlerin kabul edilmesi, Antlaşma'nın 2 (7). maddesinde düzenlenen

¹⁵Bkz. <https://news.un.org/en/story/2020/04/1061502> (15.04.2020).

¹⁶Bkz. <https://www.ndtv.com/world-news/coronavirus-un-chief-antonio-guterres-calls-for-security-council-unity-over-pandemic-2209291> (15.04.2020).

¹⁷Bkz. <https://www.bbc.com/news/av/world-us-canada-52496983/coronavirus-lack-of-co-ordination-let-virus-spread-un-s-guterres> (16.04.2020).

¹⁸ Bkz. [https://undocs.org/en/S/RES/2532\(2020\)](https://undocs.org/en/S/RES/2532(2020)) (19.09.2020).

¹⁹HALATÇI ULUSOY, Ülkü: Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Birleşmiş Milletler Akıllı Yaptırımları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.25.

²⁰Karar için bkz. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf> (20.04.2020).

²¹SHAW, Malcolm, N.: Uluslararası Hukuk, TÜBA Yayınları, (Çeviri Editörü: İbrahim Kaya, Çevirenler: Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek), 2018, Ankara, s.895.

²²Hemen belirlemek gerekir ki Güvenlik Konseyi'nin 39. maddeye dayanarak sayılan üç durumdan herhangi birinin varlığını tespit etmeksizin almış olduğu yaptırım kararları da bulunmaktadır. Örnekler için bkz. HALATÇI ULUSOY, s.32-33.

²³ Konu ile ilgili ilgili bkz. CARON, David, D.: "The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council", American Journal of International Law, 87, 1993, p.552-588.

BM'nin “herhangi bir devletin iç işlerine giren konulara müdahale etmeye yetkili olmadığı” yönündeki ilkenin bir istisnasını oluşturmaktadır.²⁴

Kamu sağlığı sorununun uluslararası barış ve güvenlik ile ilişkilendirildiği ilk örnek, 2010 yılında Güvenlik Konseyi'nin gündemine giren HIV/AIDS hastalığı olmuştur. Dönemin ABD Başkan yardımcısı *Al Gore*, uluslararası barış ve güvenliği ilgilendiren meselelerin sadece silahlı çatışmalar ve saldırı ile sınırlandırılmaması gerektiğini, uyuşturucu ve yolsuzlukla mücadele, çevre sorunları, terörizm ve kitle imha silahları ile mücadelenin yanı sıra yeni ortaya çıkan HIV/AIDS pandemisinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.²⁵ Bu noktada BM Antlaşması madde 39 kapsamında “barışa karşı tehdit” kavramını açıklamak gerekmektedir.²⁶ Sözkonusu kavramın “Güvenliğe karşı tehdit” ile aynı anlama gelip gelmeyeceği tartışılmaktadır. BM Antlaşması madde 39 kapsamında belirlemeyi yaparken doğru verilere sahip olmak büyük öneme sahiptir. Bu tespitin yapılabilmesi için BM Genel Sekreteri'nin raporları önemli bir veri kaynağı olduğundan, bu hususta Genel Sekreter'in etkisi ön plana çıkmaktadır.

Güvenlik Konseyi kamu sağlığına ilişkin konularda değerlendirme yaparken ayrıca BM'nin diğer organları ve uzmanlık kuruluşlarından da acil durumlarda veri talep edebilmektedir. Covid-19 ile ilgili verilerin toplanmasında ve tespitinde DSÖ başat bir role sahiptir. Güvenlik Konseyi önüne gelen bilgi ve deliller konusunda şüpheye düşerse, harekete geçmeden önce soruşturma yapmayı tercih edebilmektedir.²⁷ Güvenlik Konseyi'nin bütün dünyayı tehdit eden pandemi ile ilgili devletlere uymakla yükümlü olacakları bazı tedbirlerin uygulanmasının özellikle BM Genel Sekreteri Guterres'in çağruları, DSÖ'nün konuya ilişkin tespitleri ve Güvenlik Konseyi'nin kamu sağlığına ilişkin önceki uygulamaları dikkate alındığında mümkün olacağı sonucuna varılacaktır.

Güvenlik Konseyi'nin uluslararası topluluk için önemli bir sağlık sorunu haline gelen HIV/AIDS ile ilgili almış olduğu 1308 (2010) sayılı Karar'da salgın hastalığın Afrika'daki barış ve güvenlik üzerindeki etkisi ele alınmış; barışgücü personeli ile ilgili gerekli tedbirler alınması ve mücadelede işbirliği yapılması gerektiğine karar verilmiştir. Daha sonra yine HIV/AIDS ile ilgili alınan 1983 (2011) sayılı Karar'da BM içinde alınabilecek önlemler ele alınmışsa da her iki kararda da Güvenlik Konseyi, salgın hastalığın BM Antlaşması madde 39 kapsamında uluslararası barış ve güvenliğe karşı bir tehdit oluşturduğuna ilişkin bir tespitle bulunulmamıştır. Öte yandan Güvenlik Konseyi ilk defa, 18 Eylül 2014 tarihinde aldığı 2177 sayılı Kararı'nda²⁸ Batı Afrika'da hızla yayılan *Ebola* hastalığı ile ilgili uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiği gerekçesine dayanmıştır. Bu karar, Güvenlik Konseyi için önemli bir milat olmuştur; çünkü ilk defa bir kamu sağlığı sorunu uluslararası barış ve güvenlik için “tehdit” olarak kabul edilmiştir.²⁹

Güvenlik Konseyi her ne kadar daha önce 2010 (1308)³⁰ ve 2011 (1983)³¹ yıllarında HIV/AIDS ile ilgili bazı kararlar almış olsa da sözkonusu kararlarında Ebola ile ilgili yapmış olduğu güvenlik tehdidi ve sonuçlarından farklı değerlendirmelerde bulunmuştur.³² Böylece kamu sağlığına ilişkin tehditler konusunda uluslararası alanda işbirliği yapılmasının yolu Güvenlik Konseyi'nin Ebola krizine ilişkin almış olduğu karar ile açılmıştır. Oybirliği ile kabul edilen Karar'ın alınmasında, mevcut salgının bölgede büyük ölçüde önü alınmış olan çatışmaların yeniden alevlenebileceği endişesi önemli rol oynamıştır.

Ebolaya ilişkin alınan 2177 sayılı Karar'da uluslararası barış ve güvenlik için tehdit olarak kabul edilen Ebola salgının önlenmesi için devletlerin bölgeye yardım yapmaları; ayrıca sınırların kapatılması nedeniyle dışlanan bölge ile ilgili kısıtlamaların kaldırılması çağrısında

²⁴ SHAW, s.906-907.

²⁵ Bkz. Vice President Al Gore first statement Security Council Meeting on AIDS in Africa/SC 6781 (2000).

²⁶ DE WET, Erica: The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council, Studies in International Law, Hart Publishing, 2014, s.176.

²⁷ HALATÇI ULUSOY, s.31.

²⁸ Karar için bkz. <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/sres2177.php> (21.04.2020).

²⁹ Konu ile ilgili detaylı olarak bkz. HOOD, Anna, “Ebola: A Threat to the Parameters of a Threat to the Peace”, Melbourne Journal of International Law, 16(1), 2015.

³⁰ Bkz. <http://unscr.com/en/resolutions/1308> (15.04.2020).

³¹ Bkz. https://www.unaids.org/sites/default/files/sub_landing/files/20110607_UNSC-Resolution1983.pdf (22.04.2020).

³² İlgili kararlar için bkz.

<https://www.unaids.org/en/aboutunaids/unitednationsdeclarationsandgoals/unsecuritycouncilresolutions> (12.04.2020).

bulunulmuştur.³³ Bir başka ifade ile alınan bu kararın amacı, Batı Afrika'ya uygulanan seyahat yasaklarının kaldırılması olmuştur; çünkü bu yasaklar nedeni ile bölgeye ilaç ve gıda yardımı yapılması zorlaşmıştır. Ayrıca bölgede bulunan barışgücü askerleri nedeniyle de endişeler artmıştır. Öte yandan ilgili kararda, devletlere sağlık hakkının gerçekleştirilmesi ile ilgili herhangi bir yükümlülük getirilmemiştir. Devletlerin başta sağlık hakkı olmak üzere insan hakları ile ilgili yükümlülüklerine atfı yapılmaması önemli bir eksiklik olarak görülmüştür.³⁴

Güvenlik Konseyi, 2177 (2014) sayılı Karar'ın 2. paragrafında açıkça, Güvenlik Konseyi'nin Ebola salgını konusunda uluslararası barış ve güvenlik konusundaki sorumluluğu hatırlatılmış, Ebola salgınının sadece bir sağlık sorunu olmayıp aynı zamanda bir “*güvenlik sorunu*” olduğuna vurgu yapmıştır. Ebola, bir sağlık tehdidinin silahlı çatışmalardan çok daha ölümcül olabileceğini ve sonrasında devletleri ekonomik anlamda krizin eşiğine getirebileceğini göstermiştir. Nitekim konuya ilişkin Güvenlik Konseyi tarafından alınan 2409 (2018)³⁵ ve 2439 (2018)³⁶ sayılı kararlarda da Ebola salgınının gerek bölgede yarattığı sağlık riskinin devam ettiği gerek salgının ortaya çıkardığı olumsuz sosyo-ekonomik sonuçları ile mücadele edilmesi için işbirliği yapılması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Yine aynı kararlarda BM'nin başta DSÖ olmak üzere konuya ilişkin tüm organ ve birimlerinin mücadelede etkin rol oynaması gerektiği karara bağlanmıştır. Görüldüğü üzere Güvenlik Konseyi, Covid-19 öncesi ciddi sağlık riski taşıyan kamu sağlığını tehdit eden salgın hastalıklara ilişkin devletleri işbirliğine çağırarak bağlayıcı nitelikte kararlar almıştır.³⁷

B. Güvenlik Konseyi'nin Covid-19 İle Mücadelede Veto Handikabı

Güvenlik Konseyi, yılda bir defa toplanan Genel Kurul'dan farklı olarak uluslararası barış ve güvenliğin korunması ile sınırlı görevinin sonucunda sürekli olarak toplanacak şekilde örgütlenmiştir.³⁸ Güvenlik Konseyi, o dönemin ihtiyaçlarına koşut olarak büyük güçler ile diğer devletlerin çıkarları arasındaki uzlaşma sonucunda ortaya çıkmıştır. Böyle bir oluşum da beraberinde etkin bir işleyişin sağlanabilmesi için, Konsey üyeliğinin sınırlı tutulmasını ve bu üyelere de ayrıcalıklı statü tanınmasını gerekli kılmıştır. Böylece Güvenlik Konseyi'nin belirleyici unsurları *gereksinim, uzlaşma ve etkinlik* olmuştur.³⁹ Güvenlik Konseyi üyeliği de daimi olan ve daimi olmayan üyelik olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Veto yetkisine sahip daimi üyeler Çin, Fransa, Birleşik Krallık, ABD ve Rusya'dır. İki yıllık bir süre ile seçilen daimi olmayan 10 üye ise, Almanya, Belçika, Dominik Cumhuriyeti, Endonezya, Estonya, Vietnam, Tunus, Nijer, Saint Vincent & Grenadinler ve Güney Afrika'dır.⁴⁰

Güvenlik Konseyi'nde oy verme yöntemi, BM Antlaşması'nın 27. maddesinde düzenlenmiştir. Daimi üyelerin karar alma sürecinde birer oyu bulunmakta olup öngörülen sisteme göre, esasa ilişkin konularda daimi üyeler dahil olmak üzere dokuz üyenin olumlu oyu aranmaktadır.⁴¹ Sözkonusu sistem çok eleştirilmiş, esasında kolektif güvenlik mekanizması içine merkezi olmayan bir unsur eklenmiş; merkezileşmiş bir yaptırım mekanizması oluşması imkansız hale gelmiştir.⁴² Uygulamada, daimi üyelere verilen veto yetkisi nedeni ile kolektif güvenlik sisteminin bu devletlere karşı uygulanması mümkün olmamıştır.⁴³ Öte yandan, BM Antlaşması'nda düzenlenmemiş olmakla birlikte, uygulamada, daimi üyelere birinin oylamaya katılmaması ya da çekimser kalması veto anlamına gelmemektedir.⁴⁴ Ancak bunun için konunun

³³Bkz. <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/sres2177.php> (10.04.2020).

³⁴Bkz. <https://www.whatsinblue.org/2020/04/international-peace-and-security-and-the-covid-19-pandemic-security-council-precedents-and-options.php> (12.04.2020).

³⁵Bkz. <http://unscr.com/en/resolutions/2409> (13.04.2020).

³⁶Bkz. <http://unscr.com/en/resolutions/2439> (13.04.2020).

³⁷Güvenlik Konseyi'nin önceki sağlık krizleri ile ilgili hazırladığı raporlara Bkz. <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/health-crisis/> (12.04.2020)

³⁸Bkz. BM Antlaşması madde 28.

³⁹MENGİLER, Özgür: BM Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2002, s.72.

⁴⁰<https://www.un.org/securitycouncil/content/current-members> (13.04.2020).

⁴¹BM Antlaşması madde 27/3.

⁴²MORGHENTAU, Hans J.: Uluslararası Politika II, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, (Çev: Baskın Oran; Ünsal Oskay), Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s.397

⁴³Konuya ilişkin bir eleştiri için bkz. GIORGIA, Papalia: “A Critique of the Unqualified Veto Power”, Perth International Law Journal, 2, 2017, s.55-63.

⁴⁴Detaylı bilgi için bkz. HALATÇI ULUSOY, s.35.

en azından Güvenlik Konseyi önüne getirilerek oylamaya sunulmuş olması gerekmektedir.

Günümüze kadar hiçbir sağlık krizinde kilitlenmeyen Güvenlik Konseyi, Soğuk Savaş'ın zirvesinde çocuk felcine karşı birlikte ve yoğun bir şekilde mücadele etmeyi kabul etmiş, önce de açıklandığı gibi 2000 yılında da “*Dünya AIDS Planı*”nı desteklemiş; 2014 yılında ise, Batı Afrika'daki Ebola salgını ile mücadele etmek için işbirliği yapma yönünde kararlar almıştır. Covid-19 konusunda ise, Güvenlik Konseyi adeta felç olmuştur. Bu tıkanma BM Genel Sekreteri Guterres'i ve çok sayıda uluslararası sivil toplum kuruluşu başta olmak üzere, Güvenlik Konseyi'nin daimi olmayan on üyesini de çok rahatsız etmiştir.⁴⁵ Bütün dünya çaresizlik içinde 5 daimi üye arasındaki anlaşmazlıkları izlemekle kalmıştır. Esas olarak tıkanmanın nedeni, Çin-ABD çatışması olmakla birlikte, Rusya'nın isteksizliği ve Fransa'nın sonuç vermeyen girişimleri de Güvenlik Konseyi'nde karar alınmasını engellemiş, en azından Guterres'in çağrısına destek veren bir karar çıkması bile mümkün olmamıştır. Mart ayı boyunca, Güvenlik Konseyi'nin aylık dönem başkanlığını yürüten Çin, Covid-19 konulu bir toplantı ve tartışma düzenlemeye büyük özen göstermiştir; çünkü Pekin, kendi ülkelerindeki sağlık krizini idare etmekle uğraşan diğer üyeler tarafından suçlanmaktan korkmuştur.

Guterres'in çağrısının ardından⁴⁶, daimi olmayan birkaç üye Konsey'in toplanmasını talep ettiyse de sonuç alınmamıştır. Fransa, daimi üyeleri video konferansla biraraya getirmeye çalışmış; ama başaramamıştır. ABD'deki krizden bunalmış olan Donald Trump, Çin'i suçlayarak Pekin'i “Wuhan virüsü”nü örtbas ettiği için kınamış, Çin ise bu iddiaları reddetmiştir. Rusya, Suriye'deki insani koridorlara karşı çıkacağını, uluslararası işbirliği ve dayanışma için öncelikle, Avrupa'nın ve ABD'nin Venezüella ile İran'a uyguladığı ekonomik yaptırımların kaldırılmasının gerekliliğine vurgu yapmıştır.

5 Nisan 2020 tarihinde İngiltere Başbakanı Boris Johnson'ın Covid-19 teşhisi konularak hastaneye kaldırılmasının ardından Fransa'nın daimi üyeleri biraraya getirme çabaları sonuçsuz kalmıştır. Nisan ayında Güvenlik Konseyi'nde dönem başkanlığını Dominik Cumhuriyeti Çin'den devralmıştır. Almanya, diğer daimi olmayan üyelerin de desteğiyle, nihayet 9 Nisan'da Güvenlik Konseyi'nin Covid-19'a ayrılan ilk toplantısını video konferans yöntemi ile yürütmüşse de diplomatlara göre bu toplantı “grup terapısından” öteye gidememiştir.⁴⁷ Sonuç olarak, 9 Nisan'daki bu toplantıdan hiçbir sonuç elde edilememiş ve Konsey, sadece Genel Sekreter'in tüm çabalarını desteklediğini açıklamakla yetinmiştir; ancak sonrasında hiçbir ilerleme olmamıştır.

15 Nisan'da Senato'da konuşan Fransa Dışişleri Bakanı *Jean-Yves Le Drian*, hâlâ planladıkları karara ve daimi üyelerin gerçekleştireceği bir zirveye inandığını “*Çatışmalar devam ediyor, dolayısıyla Güvenlik Konseyi'nin genel insani ateşkes için çerçeve oluşturacak şekilde, acilen, sağlam bir karar alması gerekiyor. Daimi üyelerin bu bakış açısını olabildiğince sürdürmesini umuyoruz, video konferans toplantısı önemli bir siyasi olay olacak. Bunun da hızlı bir şekilde gerçekleşeceğini umuyoruz*” diyerek ifade etmiştir.⁴⁸

Öte yandan Eski Fransa cumhurbaşkanlarından Charles de Gaulle'ün daha önce bu “*zımbırtı' hâlâ bir işe yarıyor mu*” diyerek ağır bir şekilde eleştirdiği BM ve Güvenlik Konseyi'ni, benzer şekilde Avrupa Birliği Dışişleri Yüksek Temsilcisi *Josep Borrell* ise, BM sistemindeki çıkmazdan duyduğu endişeyi kaleme aldığı bir yazıda “*BM'nin kuruluşundan bu yana ilk kez bir salgının, fikir birliği sağlayamaması kötüye alamet. Bu işbirliği zorunluluğu, yasaklar kalktıktan sonra daha da gerekli olacaktır. Eğer her bir devlet yasakları tek başına, kendi köşesinde kaldırır, büyük zorluklarla karşı karşıya kalacağız. Bu nedenle küresel kaostan kaçınmak için işbirliğini kabul etmeliyiz. İnsan Hakları İzleme Örgütü veya Uluslararası Kriz Grubu (ICG) gibi büyük sivil toplum kuruluşları, güçler*

⁴⁵ BONNET, François, “Salgın BM Güvenlik Konseyi'ni Felç Etti, BM'nin Geleceği Tehlikede”, <https://medyascope.tv/2020/05/01/mediapart-salgin-bm-guvenlik-konseyini-felc-etti-bm-nin-gelecegi-tehlikede/> (18.02.2020).

⁴⁶Bkz. <https://www.un.org/en/coronavirus/un-secretary-general> (15.04.2020)

⁴⁷Bkz. <https://onu.delegfrance.org/UN-Security-Council-elements-to-the-press-on-COVID-19> (20.03.2020).

⁴⁸Bkz. <https://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/china/news/article/covid-19-china-q-r-from-the-press-briefing-15-apr-2020> (28.04.2020).

arasındaki rekabete bir son verilmesi çağrısında bulunuyor.“ sözleriyle dile getirmiştir.⁴⁹

Güvenlik Konseyi'nin önceki salgın hastalıklarda olduğundan farklı olarak Covid-19 ile mücadele konusunda etkili bir karar alamaması küresel bir sağlık krizinin aşılması ile ilgili kaçırılan önemli bir fırsat olarak görülmüştür.⁵⁰ Nihayet 1 Haziran 2020'de Güvenlik Konseyi Covid-19 ile ilgili oybirliği ile bir karar alabilmiştir.⁵¹ Ancak bu karar önceki sağlık krizine ilişkin kararlardan farklıdır. Fransa ve Tunus tarafından hazırlanan ilgili karar, küresel düzeyde çatışma olan bütün bölgelerde insani yardımların güvenli ve sürdürülebilir şekilde devam edilebilmesi için acilen 90 süre ile küresel bir *insani ateşkes* çağrısı yapılmıştır. İlgili Karar'da IŞİD, El-Kaide, El-Nusra başta olmak üzere bu gruplar ile ilişkisi bulunan diğer terör örgütlerine yönelik gerçekleştirilen operasyonla kapsam dışı bırakılmıştır. Bu karar ile Güvenlik Konseyi'ne ilişkin bir umut ışığı belirdiğini söylemek mümkündür.

BM Antlaşması'nın 24. maddesinde dayanağını bulan bu karar, Covid-19'un bir sağlık krizi olarak uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit olduğunu kabul etmiş ve Güvenlik Konseyi'nin konu ile ilgili sorumluluğunu teyit etmiştir. Karar'da yer alan ifade şekline BM Antlaşması'nın 34. maddesi uyarınca bir durumun uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye düşürme eğiliminde olduğuna ilişkin bir tespit yapıldığını söylemek mümkündür. Bunun sonucunda alınan Karar'ın bağlayıcı nitelikte olmadığı, VI. Bölüm uyarınca Güvenlik Konseyi'nin ateşkesle ilişkin tavsiye niteliğinde olduğu iddia edilmektedir.⁵² Öte yandan Karar'ın ilk paragrafında yer alan çağrının VI. Bölüm'e dayansa bile Rosalyn Higgins'in *Namibya Davası* Kararı'nda iddia ettiği gibi bağlayıcı nitelikte olabileceği de ileri sürülmektedir. Ancak ateşkes kararının hukuken bağlayıcı olduğu varsayılsa bile, devlet dışı gruplara nasıl uygulanacağı konusu belirsizlik taşımaktadır.

Konuya ilişkin Güvenlik Konseyi'nin pandemi konusunda bilgilendirme yapmayan, yanlış bilgi veren, işbirliği yapma yükümlülüğünden kaçınan ya da kendisine sağlanan yardımı kabule etmeyen devletlere karşı VII. Bölüm kapsamında kolektif güvenlik sistemini uygulamaya koyarak cebri icra içeren bir yaptırım uygulanıp uygulanamayacağı konusunun tartışmaya açılması gereklilik arz etmektedir. Kuşkusuz bu yönde bir karar alınması veto handikabı nedeniyle pek mümkün görünmemektedir. Bu durumda Genel Kurul'un uluslararası barış ve güvenliği korunması konusundaki tamamlayıcı rolünün devreye girmesi sözkonusu olabilecektir.

IV. GENEL KURUL'UN COVID-19 İLE MÜCADELEDEKİ ROLÜ

A. Genel Kurul'un Uluslararası Kamu Sağlığı Konusunda Sorumluluğu

BM Genel Kurulu, Güvenlik Konseyi'nin daimi üyeleri tarafından vetonun çok sık kullanılması nedeniyle 1950'li yıllar boyunca uluslararası barış ve güvenliği ilgilendiren meselelerde daha etkili olmaya başlamıştır. Öte yandan Genel Kurul'un uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında önemli bir rol oynaması beklenmediğinden, BM Antlaşması'nda tanımlanan yetkileri çok açık değildir. BM Antlaşması'nın 10 ile 14. arasında yer alan maddeleri incelendiğinde, Genel Kurul'un Antlaşma'nın kapsamına giren herhangi bir sorunu görüşebileceği ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacıyla yapılacak işbirliğinin genel prensiplerini değerlendirebileceği öngörülmektedir. Genel Kurul BM üyelerine ya da Güvenlik Konseyi'ne veya her ikisine silahsızlanma ve işbirliğinin genel ilkeleri de dahil olmak üzere uluslararası barışa ilişkin sorunlar konusunda – Güvenlik Konseyi söz konusu konuyu halihazırda ele almıyorsa - tavsiyelerde bulunabilecek ve uluslararası barış ve güvenliğe ilişkin eylem gerektiren herhangi bir sorun Güvenlik Konseyi'ne gönderilebilecektir.

1950 yılında Genel Kurul tarafından kabul edilen “*Barış İçin Birlik Kararı*”⁵³, Güvenlik Konseyi BM Antlaşması'nın 24. maddesi uyarınca barışın korunmasında başlıca sorumluluğa

⁴⁹ Bkz. BONNET, François: “Salgın BM Güvenlik Konseyi'ni Felç Etti, BM'nin Geleceği Tehlikede”, <https://medyascope.tv/2020/05/01/mediapart-salgin-bm-guvenlik-konseyini-felc-etti-bmnin-gelecegi-tehlikede/>

⁵⁰ MOUSTAFA, Fouad, Rana: “The Legal Duty to Cooperate amid COVID-19: A Missed Opportunity?” <https://www.ejiltalk.org/the-legal-duty-to-cooperate-amid-covid-19-a-missed-opportunity/> (13.04.2020).

⁵¹ Bkz. [https://undocs.org/en/S/RES/2532\(2020\)](https://undocs.org/en/S/RES/2532(2020)) (19.09.2020).

⁵² POBJIE, Erin: “Covid-19 as a Threat to International Peace and Security Council in Addressing the Pandemic”, <https://www.ejiltalk.org/covid-19-as-a-threat-to-international-peace-and-security-the-role-of-the-un-security-council-in-addressing-the-pandemic/> (18.09.2020).

⁵³ [https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A\(v\).pdf](https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A(v).pdf) (12.04.2020); Konuya ilişkin bir değerlendirme için bkz. WOOLSEY, L. H.: “The Uniting For Peace Resolution of the United Nations”, *American Journal of*

sahip olduğu için, Genel Kurul'un bu tür konularda ikincil sorumluluğa sahip olduğunun öne sürülebileceği ve bu sorumluluğun Güvenlik Konseyi'nde yaşanan bir tikanıklık durumunda devreye girebileceği görüşünden hareketle alınmış önemli bir karardır. *Barış İçin Birlik Kararı*, Güvenlik Konseyi'nin barışa yönelik bir tehdit, barışın ihlali ya da bir saldırı eyleminin meydana gelmesi üzerine ortaya çıkan sorumluluğunu daimi üyelerden birinin veto hakkını kullanması nedeniyle yerine getirememesi durumunda, Genel Kurul'un ortak tedbirler alınması için üyelere uygun tavsiyelerde bulunmak üzere konuyu derhal değerlendirmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bu tür tedbirler barışın ihlal edilmesi ya da bir saldırı eyleminin olması durumunda gerekli olduğu zaman kuvvet kullanımını içermekte ve eğer henüz bir toplantı gerçekleştirilmemişse, Genel Kurul yirmi dört saat içerisinde acilen bir özel toplantı yapabileceğini belirtmektedir.⁵⁴ Bununla birlikte, Orta Doğu'daki ateşkesi denetlemek amacı ile 1956'da BM Genel Kurulu tarafından BM Acil Barış Gücü'nün ve 1960 yılında ise, BM Genel Sekreteri'nin Kongo'da kurmak istediği BM Barış Güçlerinin kurulmaları ile ilgili sorunlar ortaya çıkmıştır.

BM Antlaşması'nın 11. maddesi, uluslararası barış ve güvenliğe ilişkin bir eylem gerektiren herhangi bir sorunun Güvenlik Konseyi'ne taşınmasına ilişkin düzenleme içerdiğinden, BM Antlaşması açısından bu tür güçlerin BM Antlaşması'na uygunluğu ile ilgili tartışmalar ortaya çıkmıştır. Buna koşut olarak bazı devletler sözkonusu faaliyetlere ilişkin ortaya çıkan masraflardan kendilerine düşen payı ödemeyi reddetmişler ve bunun sonucunda konu, Uluslararası Adalet Divanı'na taşınmıştır. Divan, *Certain Expenses* adlı Danışma Görüşü'nde 'zorlayıcı eylem'e (enforcement action) atıfta bulunmak için "eylem" kelimesini kullanmış ve böylece Genel Kurul ya da Genel Sekreter tarafından çağrıda bulunulan "*zorlayıcı eylem anlamına gelmeyen eylem*" izin verilmiştir. Her ne kadar bu görüş, yoruma ilişkin bazı problemlere neden olsa da süper güç rekabeti nedeniyle Güvenlik Konseyi'nin bir karara varmasının mümkün olmadığı durumlarda BM barışı koruma güçlerinin kurulmasına - bu tür güçler zorlayıcı eylem başvurmadağı takdirde - imkân vermiştir.⁵⁵ Bu kapsamda, Genel Kurul'un Covid-19 ile ilgili işbirliği ve mücadeleye yönelik Güvenlik Konseyi'nin karar alamaması nedeniyle devreye girmesi ve bir karar alması mümkün görünmektedir.

BM Genel Kurulu, 2 Nisan 2020'de "*Covid-19 ile mücadele için küresel koordinasyon*" çağrısı yapan bir karar tasarısını internet üzerinden yapılan oylamada kabul etmiştir.⁵⁶ Norveç, Endonezya, Lihtenştayn, Gana, İsviçre ve Singapur tarafından hazırlanan ve Rusya, Kuzey Kore, Suriye, Nikaragua ile ABD gibi devletler dışında 180 devletin imzasıyla BM Genel Kurulu'na sunulan Covid-19 salgınıyla mücadele tasarısı, 188 ülkenin desteğiyle kabul edilmiştir. Covid-19 tehdidi nedeniyle BM'nin, 16 Mart'tan itibaren Genel Sekreter Antonio Guterres'in kararıyla toplantı ve etkinliklere kapalı olması nedeniyle, BM Genel Kurulu'nda ilk defa internet üzerinden yapılan oylamada, Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinden biri olan Rusya çekimser kalmıştır. Görüldüğü üzere Güvenlik Konseyi daimi üyeleri arasındaki görüş ayrılığı Genel Kurul'da da devam etmesine rağmen en azından bir karar alınabilmesi mümkün olmuştur.

DSÖ tarafından önerilen ilgili kılavuz ilkelerin uygulanması da dahil olmak üzere, salgını hafifletmek ve yenmek için yoğunlaştırılmış uluslararası işbirliğine vurgu yapan karar, BM sisteminin Covid-19 salgınına küresel müdahalesindeki merkezi rolünü desteklerken, "*insan haklarına saygı duyulması ve her türlü ayrımcılık, ırkçılık ve yabancı düşmanlığına karşı çıkılması*" gerekliliğini içermektedir. Öte yandan BM Genel Kurulu'nda, Orta Afrika Cumhuriyeti, Küba, Nikaragua ve Venezuela'nın desteğiyle Rusya'nın sponsor olduğu başka tasarıda ise, DSÖ'nin salgınla mücadeledeki rolünün desteklenip, ticaret savaşlarına son verilmesi, korumacı önlemlerin uygulanması ve BM Güvenlik Konseyi'nin onayı olmadan tek taraflı yaptırımların uygulanmaması çağrısı yapılmıştır.⁵⁷ BM Genel Kurulu, Covid-19'u bugüne kadar BM'nin karşılaştığı en büyük sorun olarak nitelendirmiştir. Konuya ilişkin 169 BM üyesinin oyları ile aldığı (ABD ve İsrail karara karşı çıkmış, Macaristan ve Ukrayna toplantıya katılmamıştır) son kararında, pandeminin sağlığa, insan haklarına, insani yardımlara, eğitime ve

International Law, 45(1), s.129-137.

⁵⁴ [https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A\(v\).pdf](https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A(v).pdf) (14.04.2020).

⁵⁵ Detaylı olarak bkz. SHAW, s.932-933.

⁵⁶ Karar için bkz. <https://undocs.org/en/A/RES/74/270> (20.04.2020).

⁵⁷ <https://www.turkishjournal.com/2020/04/02/bmde-covid-19-ile-mucadele-icin-kuresel-koordinasyon-tasarisi/> (15.05.2020).

küresel ekonomiye yönelik çok büyük zarar verdiği ifade edilmiştir.⁵⁸ Çok kapsamlı olan kararda, Covid-19 ile mücadelede uluslararası işbirliğinin önemi vurgulanmıştır.

B. Dünya Sağlık Örgütü'nün Covid-19 ile Mücadelede Birleşmiş Milletler İle İlişkisi

BM'nin uzmanlık kuruluşu olan ve 194 üyesi olan DSÖ'nün temel amacı, DSÖ Kurucu Antlaşması'na göre, "Tüm insanların mümkün olan en yüksek sağlık düzeyine ulaşmaları" olarak belirlenmiştir. Örgüt bu amacı birleştirmek için uluslararası sağlık çalışmalarının yönetimi ve eşgüdümünü sağlamaktadır.⁵⁹

DSÖ kurucu antlaşması çerçevesinde, hastalıkların yayılmasının önlenmesi amacıyla Örgüt tarafından uluslararası sağlık tüzükleri kabul edilmektedir.⁶⁰ Bu tüzüklerin üye devletler için bağlayıcı hâle gelebilmesi için Örgüt tarafından sağlık alanındaki meselelere dair kabul edilebilen sözleşmelerden farklı bir usul uygulanmaktadır. Bu nedenle uluslararası sağlık tüzüklerinin hukukî niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.⁶¹ DSÖ Kurucu Antlaşması madde 22'ye göre tüzükler, DSÖ'nün en üst düzey karar alma organı olan DSÖ Asamblesi tarafından kabul edildiğine ilişkin bildirimden sonra, bu bildirimde belirtilen sürede tüzüğü reddettiğini ya da tüzüğü çekinceyle kabul ettiğini Genel Direktör'e bildirenler dışındaki bütün üye devletler için yürürlüğe girmektedir. Tüzüklerin Asamble'de kabul edildiği bir bildirimle üye devletlere duyurulmakta ve bu bildirimde üye devletlerin tüzüğü reddetmesi veya çekince ileri sürmesi için belirlenen süreye yer verilmektedir. Daha sonra tüzükler, belirlenen sürede reddeden veya çekince beyanında bulunan devletler hariç, tüm üye devletler için olumlu bir kabul bildirimine gerek olmaksızın aynı tarihte yürürlüğe girmekte ve bu devletler bakımından tüzüklerin bağlayıcı gücü bulunmaktadır.⁶²

DSÖ Asamblesi bugüne kadar tüzük çıkarma yetkisini iki defa kullanmıştır. İlki, 1951 yılında kabul edilen Uluslararası Sıhhi Tüzük (International Sanitary Regulations -ISR) oluşturmuştur. 1990'lı yıllara gelindiğinde o tarihteki haliyle IHR'ın küresel sağlığı korumaya yönelik bir düzenleme aracı ihtiyaçlara yanıt veremediği anlaşılmıştır.⁶³ DSÖ tarafından açıklanan prosedüre uygun olarak kabul edilen ikinci ve bugün yürürlükte olan Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün (2005)⁶⁴ amacı, Tüzüğün 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Tüzük ile, uluslararası dolaşıma ve ticarete gereksiz müdahaleden kaçınarak ve halk sağlığı açısından ortaya çıkacak risk ile orantılı ve sınırlı olarak, hastalıkların uluslararası alanda yayılmasının önlenmesi, kontrol edilmesi, hastalıkların uluslararası alanda yayılmasına karşı koruma sağlanması ve halk sağlığı açısından gerekli yanıtın verilmesi amaçlanmaktadır.

Zira Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) madde 6 ve 7 çerçevesinde taraf devletlere DSÖ'ye bildirim yükümlülüğü öngörülen durum, bir taraf devletin ülkesinde spesifik bir hastalığın görülmesi değil, "uluslararası önemi haiz halk sağlığı acil durumunun" (public health emergency of international concern) mevcudiyetidir. Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün (2005) kapsamının belirlenmesinde başvurulacak "uluslararası önemi haiz halk sağlığı acil durumu" Tüzüğün 1. maddesinde "Bu Tüzük'te öngörüldüğü şekilde, (i) bir hastalığın uluslararası alanda yayılma yoluyla diğer devletler için halk sağlığı riski oluşturduğu ve (ii) eşgüdüm içinde uluslararası yanıtta bulunulmasını potansiyel olarak gerekli kıldığı, tespit edilen olağandışı olay" olarak tanımlanmıştır.

Uluslararası Sağlık Tüzüğüyle (2005) taraf devletler için öngörülen yükümlülükler arasında, Tüzüğün uygulanmasında insan haklarına saygı gösterilmesi (m.3/1); taraf devletlerden

⁵⁸ "General Assembly Adopts Omnibus Resolution Calling for Covid 19 Response, among 3 Passed on Global Health Threats, Malaria", GA/12262, 11 September 2020.

⁵⁹ DSÖ Kurucu Antlaşması metni için bkz. https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (12.05.2020)

⁶⁰ DSÖ Kurucu Antlaşması madde 21.

⁶¹ Konu için detaylı bir çalışma için bkz. SAMANCI, Uğur: "Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ve Hukuki Niteliği", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(2), 2014, s.115.

⁶² Tüzüğün bağlayıcılık kazanması için benimsenen "Opting-out" sistemin en önemli özelliği bir üye devletin, kurucu antlaşmada bu sistem çerçevesinde kabul edilmesi öngörülen bir örgüt işlemiyle bağlanmaktan kaçınmak için belirli bir süre içinde spesifik bir işlem yapmaması, yani hareketsiz kalması durumunda o işlemle bağlanmasıdır. Detaylı olarak bkz. SAMANCI, s.135-136.

⁶³ Konu ile ilgili detaylı olarak bkz. KURTDARCAN, Bleda; MUMCU, Özgür: "Covid-19'un Düşündürdükleri: Uluslararası Hukukun Pandemiyle Mücadele Rejimine Genel Bir Bakış", <https://galatasaray.academia.edu/BledaKurtDarcancan> (15.05.2020).

⁶⁴ Tüzük için bkz. <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/> (15.05.2020).

birinin ülkesinde ortaya çıkan uluslararası önemi haiz halk sağlığı acil durumu teşkil edebilecek bir olayı DSÖ'ye bildirim yükümlülüğü (m.6); hastalıklara dair olayları tespit, değerlendirme, bildirme ve raporlama kapasitesi ile uluslararası önemi haiz halk sağlığı acil durumlarına ve halk sağlığı risklerine hızlı ve etkili şekilde yanıt verme kapasitesinin geliştirilmesi, güçlendirilmesi ve sürdürülmesi (m.5/1, m.13/1); taraf devletlerin ülkelerine giriş noktaları ile ilgili yükümlülükleri (m.19-22) sayılabilir.⁶⁵

Görüldüğü üzere DSÖ'ne pandemi ile mücadele etmek için 2005 tarihli Uluslararası Sağlık Tüzüğü hem önemli görevler vermekte hem de devletlere yükümlülükler getiren önemli kararlar alabilmektedir. Devletler için bağlayıcı sonuçlar doğuran Tüzük ve kararların devletler tarafından uygulanması amacıyla BM Genel Kurulu tarafından uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacıyla Güvenlik Konseyi'nin de konuya ilişkin karar alamadığı dikkate alınarak "Barış Birlik Kararı" öncülüğünde hareket edilmesi mümkün görünmektedir.

V. EKONOMİK VE SOSYAL KONSEY'İN COVID-19 İLE MÜCADELEDE ROLÜ

BM'nin altı temel organından biri olan ve üç yıl için görev yapmak üzere Genel Kurul tarafından seçilen 54 üyeden oluşan Ekonomik ve Sosyal Konsey ekonomik, toplumsal, kültürel alanlar ile eğitim, sağlık ve insan haklarının korunması konusunda önemli görevler üstlenmiştir. Bu konularda BM üyelerine, Genel Kurul'a ve uzmanlık kuruluşlarına tavsiyelerde bulunmaktadır. Görev alanına giren konularda antlaşma tasarıları ve raporlar hazırlamak, konferanslar düzenlemek de görevleri arasında yer almaktadır.⁶⁶

Covid-19 ile mücadelede önemli bir role sahip olması beklenen Konsey, sürdürülebilir kalkınma üzerinde önemli çalışmalar yürüterek bu amaçla üst düzey bir politik forum oluşturmuştur.⁶⁷ Bu forumda, BM'nin kuruluşunun 75. yılında "çok taraflılığın" önemine vurgu yapılarak Covid-19 ile mücadelede üyelerin bu amaçla kolektif hareket etmeleri gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁸ Önce de ifade edildiği gibi pandemi, sadece bir sağlık sorunu olmayıp aynı zamanda insan hakları, ekonomi, çevre gibi konuları da içine alan çok yönlü ele alınması gereken bir sorundur. Ekonomik ve Sosyal Konsey de bu doğrultuda küresel işbirliğinin nasıl sağlanabileceğine ilişkin çözüm arayışları içindedir.

2030 yılına kadar gerçekleştirilmesi planlanan BM sürdürülebilir kalkınma hedeflerinin⁶⁹ gerçekleştirilebilmesi için Covid-19 ile mücadelede bütün devletlerin pandemiden olumsuz yönde etkilenen sağlık, kıtlık, açlık, çalışma koşulları, çevre konularında kolektif önlem almaları gerekmektedir. Kıtlık ve açlık sorununa acil çözüm bulunamazsa insanlar Covid-19 nedeni ile değil açlık nedeniyle hayatlarını kaybedeceklerdir. Ekonomik ve Sosyal Konsey bağlayıcı nitelikte karar alma yetkisine sahip değildir; ancak yürüttüğü çalışmalar neticesinde hazırladığı raporları Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul ile paylaşarak bağlayıcı ve etkili kararlar alınmasına katkı sağlayabilecektir. DSÖ ile koordineli bir çalışma yürüterek uluslararası topluluğu bilgilendirip gerekli yardımları doğru zamanda doğru yere ulaştırma konusunda önemli görevler üstlenmesi gerekmele birlikte, bugüne kadar çok etkili bir girişimi olduğunu söylemek mümkün değildir.

VI. SONUÇ

Covid-19, son 17 yılda halk sağlığı krizi olarak ilan edilen beşinci zoonoz hastalıktır. 2003'te SARS, 2009'da domuz gribi, 2014'te Afrika kıtasında ve 2019'da Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde Ebola salgınları uluslararası topluluğu ve BM'yi harekete geçirmiştir. Ortalama her 3-5 yıl içinde bu türde bir hastalığın ortaya çıkacağı öngörüldüğü için bu hastalıkları yönetme konusunda uluslararası topluluk işbirliği yapmazsa, toplumların ekonomilerinde, sağlık refahında, güvenliğinde kısa aralıklarla büyük aksamalar yaşaması kaçınılmaz olacaktır.

⁶⁵Konu ile ilgili olarak bkz. HABIBI Roojin/BURCI Gian Luca/DE CAMPOS Thana, vd.: "Do not violate the International Health during the COVID-19 outbreak", The Lancet, February 13, 2020, [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30373-1/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30373-1/fulltext) (12.04.2020).

⁶⁶BM Antlaşması madde 62 ve 63.

⁶⁷ Bilgi için bkz. https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/files/en/2020doc/ecosoc_brochure_2020_digital_2th.pdf. (19.09.2020)

⁶⁸ Bkz. <https://sustainabledevelopment.un.org/index.php?page=view&type=20000&nr=6783&menu=2993>. (18.09.2020).

⁶⁹ Bkz. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/> (18.09.2020).

Devletlerin tam ve erken işbirliği yapmaları, krizlerin aşılması için büyük önem taşımaktadır. Yeni bir virüsün veya hastalığın ortaya çıktığını bildirmek konusunda gecikme yaşanması telafisi imkansız zararlar doğurmaktadır. Devletlerin yoğun bir şekilde birbiriyle bağlantılı oldukları bir dünyada, devletler birbirini çok kısa süre içinde ne kadar hızlı etkilediğini⁷⁰ Covid-19 çarpıcı bir şekilde ortaya koymuştur.

Küresel niteliği gereği pandemi ile mücadelede devletler arası yardımlaşma ve işbirliği büyük önem taşımaktadır. Devletlerin sınırlarını kapatarak alacakları tek taraflı önlemler krizin aşılmasında tek başına yeterli olmayacaktır. Özellikle devletlerin ekonomik ve ticari konularda birbirine muhtaç oldukları gerçekliği karşısında pandemi ile mücadelede şeffaf olmaları, yardımlaşmaları büyük önem taşımaktadır. Covid-19'un yaratacağı sosyo-ekonomik krizlerin yönetiminde de BM'nin önemli bir rol üstlenerek devletleri yönlendirmesi ve destek olması, gerektiğinde belirlenecek ortak politikaların uygulanabilmesi için bağlayıcı yaptırım kararları alması gerekmektedir, bugüne kadar BM etkili bir çözüm bulamamıştır.

Covid-19 ile mücadele konusunda işbirliği yapmaktan kaçınan, bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen devletlere yönelik yaptırım uygulanıp uygulanamayacağı, Güvenlik Konseyi'nin kolektif güvenlik sistemini VII. Bölüm kapsamında harekete geçirip geçiremeyeceği konuları belirsizliğini korumaya devam etmektedir. Bazı hükümetlerin kontrolü kaybetmesi durumunda BM'nin kontrolü ele alması gerekebilir. Geçmişte Somali'deki kıtlık ve kuraklık, uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiği gerekçesi ile Güvenlik Konseyi'ni 814 (1993) sayılı Karar'a dayanarak VII. Bölüm kapsamında harekete geçirecek bir unsur olmuştur. Benzer şekilde pandemi de kolektif güvenlik sistemini harekete geçirebilecek bir unsur olabilecektir. Bu konuda daha önce Ebola salgınına ilişkin "kamu sağlığının uluslararası barış ve güvenlik için bir tehdit" olarak kabul edilen karar emsal niteliği taşımaktadır.

BM sistemi içinde bağlayıcı nitelikte karar alma yetkisi olan Güvenlik Konseyi uzunca bir süre Covid-19'a ilişkin olarak bir karar alamamış, en nihayetinde 1 Haziran 2020'de Covid-19'un DSÖ tarafından pandemi ilan edilmesinden neredeyse dört ay sonra Güvenlik Konseyi 2532 (2020) sayılı Kararı alabilmiştir.⁷¹ Oybirligi ile alınan ve BM'nin uluslararası barış ve güvenliğinin korunmasındaki asli sorumluluğunu hatırlatan kararda, Covid-19 ile mücadele kapsamında küresel düzeyde 90 günlük bir ateşkes kararı alınabilmiştir; ancak bu kararın BM Antlaşması'nın VII. Bölüm kapsamında değil VI. Bölümü kapsamında alındığı gerekçesi ile bağlayıcı olmadığı ileri sürülmektedir. Tek taraflı tedbirlere başvurarak işbirliğinden kaçınan devletlere yönelik herhangi bir yaptırım öngörmeyen bu karar pek çok eksik yönü nedeniyle eleştiriye açık olsa da Covid-19'un uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit olduğu tespiti yapmış olması nedeni ile önemli bir gelişme olarak görülebilir. Böylece bu tespiti dayanarak örneğin bağlayıcı karar alma yetkisi olmayan DSÖ'nün kararlarını BM üyelerinin yerine getirmeleri yönünde bir karar alınabilecektir.

Pandemi durumunda kolektif güvenlik sisteminin harekete geçirilmemesi halinde devletler tek taraflı yaptırım uygulama yoluna gidebileceğinden bazı devletler için yıkıcı sonuçlar ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Geçmişte Peru ekonomik kaygılar ile ülke içinde yayılan kolera salgınına sakladığı için başta Avrupa devletleri olmak üzere çok sayıda devlet tarafından Peru'ya yönelik ekonomik yaptırımlar ve seyahat kısıtlamaları uygulanmış, bu nedenle Peru ekonomisi ağır hasar görmüştür.⁷²

BM Güvenlik Konseyi'nin daimi üyeleri başta olmak üzere pek çok devletin temsilcisi esasında Covid 19 ile mücadelede işbirliği konusunda benzer görüşlere sahip olmalarına rağmen kolektif politika ve yaptırım konusunda bir uzlaşa sağlanamamıştır. İlk defa 9 Nisan'da video konferans ile biraraya gelen Güvenlik Konseyi üyeleri Covid-19 ile mücadelede işbirliğinin önemli olduğuna vurgu yapmışlardır. ABD'nin BM Daimi Temsilcisi *Kelly Craft*, tam şeffaflık ve kamu sağlığı verilerinin uluslararası toplumla zamanında paylaşılması çağrısında bulunarak "Salgınla mücadelenin en etkili yolu, bilime dayalı doğru veri toplama, virüsün kökenini,

⁷⁰Benzer yönde bkz. <https://medyascope.tv/2020/05/01/yeni-zelandanin-koronaviruse-karsi-birles-stratejisinden-neler-ogrenebiliriz-eski-yeni-zelanda-basbakani-helen-clark-ve-prof-michael-baker-ile-soylesi/> (15.05.2020).

⁷¹ Bkz. [https://undocs.org/en/S/RES/2532\(2020\)](https://undocs.org/en/S/RES/2532(2020)) (19.09.2020).

⁷² Detaylı olarak bkz. SUAREZ, Ruben/BRADFORD, Bonnie: "The Economic Impact of the Cholera Epidemic in Peru: An Application of the Cost of Illness Methodology", Office of Health, Bureau for Research and Development, Water and Sanitation for Health Project, Field Report. 415, 1993.

özelliklerini ve yayılımını analiz etmekten geçiyor" ifadelerini kullanmıştır.⁷³

Çin'in BM Daimi Temsilcisi *Zhang Jun* ise, virüsün sınıır, ırk ve inanç ayırmadığını ve insanlığın ortak düşmanı olduğunu belirterek, "*Covid-19 küresel bir sorun, ulusal hükümetleri, uluslararası toplumu test ediyor, koordinasyon içinde bir araya gelip gelemeyeceğini ölçüyor. Hepimiz küresel bir köyde yaşıyoruz ve ortak bir geleceğimiz var. Zorlukla yüzleştiğimiz ve birlikte çalıştığımız sürece virüs yenilebiliriz*" diyerek özellikle çok taraflılığın önemine vurgu yapmıştır.⁷⁴

Rusya'nın BM Daimi Temsilcisi *Vassily Nebenzia* de benzer şekilde şu an "karşılıklı suçlamaların ve hedef göstermenin" zamanı olmadığına dikkati çekerek⁷⁵ ABD Başkanı Donald Trump'ın eleştirdiği DSÖ'ne sahip çıkmıştır. *Nebenzia*, "Dünya Sağlık Örgütü'nü uzman BM birimi olarak desteklememiz önem teşkil ediyor, küresel önlemleri koordine etmesine destek olmalı, tavsiyelerini dikkate almalıyız" diyerek DSÖ'nün daha aktif bir rol oynaması gerektiğini belirlemiştir. Güvenlik Konseyi'nin diğer daimi üyesi Fransa'nın BM Daimi Temsilcisi *Nicolas de Rivière* ise, Afrika'da Covid-19 salgının yayılmasından derin endişe duyduklarını belirterek Afrika'da Covid-19 ile mücadeleye 1,2 milyar avro ayıracıklarını duyurmuştur.⁷⁶

İngiltere'nin BM Daimi Yardımcısı *Jonathan Allan* Covid-19 ile mücadele için 670 milyon dolar yardım yapacaklarını söylerken, Almanya'nın BM Daimi Temsilcisi *Christoph Heusgen* ise, Güvenlik Konseyi'nin daimi üyeleri arasındaki anlaşmazlıkların Konsey'in salgın konusunda bir adım atmasını geciktirmesinden duyduğu rahatsızlığı dile getirerek "Güvenlik Konseyi'nde şimdiye kadar sağır eden bir sessizlik olduğunu kabul etmek zorundayız" diyerek bütün Dünya'nın şu anda tek ortak düşmanı olan Covid-19 ile mücadele etmesi gerektiğini söylemiştir.⁷⁷ Belçika'nın BM Daimi Temsilcisi *Marc Pecsteen* ise, BM barış gücü misyonlarında görev yapan Belçika askerlerini geri çekmeyeceği taahhüdü vererek bir başka önemli konuya dikkat çekmiştir.⁷⁸

Görüldüğü üzere başta BM daimi temsilcileri olmak üzere bütün devletler Covid-19 ile mücadele konusunda işbirliğinin önemine inanmakta; ama adım atmakta tereddüt etmektedirler. Bağlayıcılığı konusunda tartışmalar bulunan Güvenlik Konseyi'nin 90 günlük ateşkes çağrısı dışında bir yaptırım kararı alınamamıştır. BM tarafından etkili bir çözüm bulunamamış olması, zaten özellikle Suriye krizindeki başarısızlığı nedeniyle de ciddi bir güven kaybı yaşayan BM'nin geleceğini çok tartışmalı bir noktaya getirmiştir. BM tarafından hazırlanan raporlarda da ifade edildiği gibi, Covid-19 sonrası özellikle Alt Afrika devletlerinde açlık nedeniyle çok sayıda insanın hayatını kaybetme riskini taşıdığını ifade etmektedir. Bir an önce BM'nin tüm kapasitesini kullanabileceği mekanizmaları devreye sokması için halen geç değildir.

Güvenlik Konseyi'nin veto handikabı nedeniyle bağlayıcı karar alamaması nedeniyle geçmişte "Barış İçin Birlik Kararı"nda olduğu gibi Genel Kurul devreye girerek uluslararası barış ve güvenliği koruma konusunda tamamlayıcı bir fonksiyon üstlenmelidir. Ekonomik ve Sosyal Konsey de Covid-19'un ekonomik ve sosyal alanlarda yarattığı olumsuzlukları önlemek için devletlere gerekli yardımları ulaştırmalıdır. BM organları, DSÖ ile koordineli bir şekilde hareket ederek devletler arasında eşgüdümlü bir politika belirlenmesine öncülük etmelidir. Salgınları gizleyen, doğru bilgi vermeyen, uluslararası topluluğu yanlış yönlendiren ya da zor durumda olmasına rağmen yardım almaktan kaçınarak uluslararası topluluğu tehlikeye sokan devletlere caydırıcı nitelikte yaptırım uygulanmasına yönelik kararlar sorunun aşılması kaçınılmaz hale gelmiştir.

KAYNAKÇA

BONNET, François: "Salgın BM Güvenlik Konseyi'ni Felç Etti, BM'nin Geleceği Tehlikede", <https://medyascope.tv/2020/05/01/mediapart-salgin-bm-guvenlik-konseyini-felc-etti-bm-nin-gelecegi-tehlikede/> (12.04.2020).

CARON, David, D.: "The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council", American

⁷³Bkz. <https://www.npr.org/transcripts/835485122> (12.05.2020).

⁷⁴https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjb_663304/zwjg_665342/zwbw_665378/t1774399.shtml (20.05.2020).

⁷⁵Bkz. <https://apnews.com/9f229ec3e785bd5d8742fc94b0d3ac41> (15.05.2020).

⁷⁶Bkz. <https://twitter.com/franceonu/status/1248346989747736591> (13.05.2020).

⁷⁷Bkz. <https://apnews.com/c2bf4e47aecf3bbc33bfc12e3a84c26> (12.04.2020).

⁷⁸Bkz. <https://apnews.com/2bf4e47aecf3bbc33bfc12e3a84c26> (20.04.2020).

Journal of International Law, 87, 1993, s.552-588.

CASSESE, Antonio: International Law, Oxford Uni. Press, Oxford, 2008.

DE WET, Erica: “The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council”, Studies in International Law, Hart Publishing, 2014.

“General Assembly Adopts Omnibus Resolution Calling for Covid 19 Response, among 3 Passed on Global Health Threats, Malaria”, GA/12262, 11 September 2020.

GIORGIA, Papalia: “A Critique of the Unqualified Veto Power”, Perth International Law Journal, 2, 2017, s.55-63.

HABIBI Roojin/BURCI Gian Luca/DE CAMPOS Thana, vd.: “Do not violate the International Health during the COVID-19 outbreak”, The Lancet, February 13, 2020, [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30373-1/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30373-1/fulltext) (12.04.2020).

HALATÇI ULUSOY, Ülkü: Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Birleşmiş Milletler Akıllı Yaptırımları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

HOOD, Anna: “Ebola: A Threat to the Parameters of a Threat to the Peace”, Melbourne Journal of International Law, 16(1), 2015, s.29-51.

KURTDARCAN, Bleda; MUMCU, Özgür: “Covid-19’un Düşündürdükleri: Uluslararası Hukukun Pandemiyle Mücadele Rejimine Genel Bir Bakış”, <https://galatasaray.academia.edu/BledaKurdarcan> (15.05.2020).

MENGİLER, Özgür: BM Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2002.

MORGHENTAU, Hans J.: Uluslararası Politika II, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, (Çev: Baskın Oran; Ünsal Oskay), Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

MOUSTAFA, Fouad, Rana, “The Legal Duty to Cooperate amid COVID-19: A Missed Opportunity?” <https://www.ejiltalk.org/the-legal-duty-to-cooperate-amid-covid-19-a-missed-opportunity/> (13.04.2020).

POBJIE, Erin: “Covid-19 as a Threat to International Peace and Security Council in Addressing the Pandemic”, <https://www.ejiltalk.org/covid-19-as-a-threat-to-international-peace-and-security-the-role-of-the-un-security-council-in-addressing-the-pandemic/> (18.09.2020).

SAMANCI, Uğur: “Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ve Hukuki Niteliği”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(2), 2014, s.115.

SCHACHTER, Oscar: “The UN Legal Order: An Overview”, in The United Nations and International Law, (Edt. J. Joyner), Cambridge Uni. Press, Cambridge, 1997.

SHAW, Malcolm, N.: Uluslararası Hukuk, TÜBA Yayınları, (Çeviri Editörü: İbrahim Kaya, Çevirenler: Yücel Acer, İbrahim Kaya, M.Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek), Ankara, 2018.

SUAREZ, Ruben/BRADFORD, Bonnie: “The Economic Impact of the Cholera Epidemic in Peru: An Application of the Cost of Illness Methodology”, Office of Health, Bureau for Research and Development, Water and Sanitation for Health Project, Field Report. 415, 1993.

WOOLSEY, L. H.: “The Uniting For Peace Resolution of the United Nations”, American Journal of International Law, 45(1), 1951, s.129-137.

Vice President Al Gore first statement Security Council Meeting on AIDS in Africa/ SC 6781 (2000).

<https://www.un.org/en/coronavirus/un-secretary-general> (15.04.2020).

<https://onu.delegfrance.org/UN-Security-Council-elements-to-the-press-on-COVID-19> (20.03.2020).

<https://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/china/news/article/covid-19-china-q-r-from-the-press-briefing-15-apr-2020> (28.04.2020).

<https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/> (15.05.2020).

<https://medyascope.tv/2020/05/01/yeni-zelandanin-koronaviruse-karsi-birles-stratejisinden-nelergorenebiliriz-eski-yeni-zelanda-basbakani-helen-clark-ve-prof-michael-baker-ile-soylesi/> (15.05.2020).

<https://www.npr.org/transcripts/835485122> (12.05.2020).

https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjb_663304/zwjg_665342/zwbw_665378/t1774399.shtml (12.05.2020).

<https://apnews.com/9f229ec3e785bd5d8742fc94b0d3ac41> (15.05.2020).

<https://twitter.com/franceonu/status/1248346989747736591> (13.05.2020).

<https://apnews.com/c2bf4e47aecf3bbc33bfc12e3a84c26> (12.04.2020).

<https://apnews.com/2bf4e47aecf3bbc33bfc12e3a84c26> (20.04.2020).

<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> (16.03.2020).

<https://www.livescience.com/pandemic.html> (21.03.2020).

<https://www.cfr.org/background/role-un-secretary-general> (03.04.2020).

<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/an-agenda-for-peace-preventive-diplomacy-peacemaking->

- and-peace-keeping-report-of-the-secretary-general/ (21.04.2020).
<https://undocs.org/A/59/2005> (22.04.2020).
<https://www.un.org/en/global-health-crises-task-force/> (20.05.2020).
<https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2020-04-09/secretary-generals-remarks-the-security-council-the-covid-19-pandemic-delivered> (31.03.2020).
<https://www.un.org/en/ga/69/resolutions.shtml> (14.04.2020).
<https://ebolaresponse.un.org/un-mission-ebola-emergency-response-unmeer> (13.04.2020).
<https://medyascope.tv/2020/05/01/mediapart-salgin-bm-guvenlik-konseyni-felc-etti-bmnin-gelecegi-tehlikede/> (15.04.2020).
<https://news.un.org/en/story/2020/03/1059972> (20.04.2020).
<https://news.un.org/en/story/2020/04/1061502> (15.04.2020).
<https://www.ndtv.com/world-news/coronavirus-un-chief-antonio-guterres-calls-for-security-council-unity-over-pandemic-2209291> (15.04.2020).
<https://www.bbc.com/news/av/world-us-canada-52496983/coronavirus-lack-of-co-ordination-let-virus-spread-un-s-guterres> (16.04.2020).
https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (12.05.2020).
[https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A\(v\).pdf](https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A(v).pdf) (12.04.2020).
[https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A\(v\).pdf](https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A(v).pdf) (14.04.2020).
<https://undocs.org/en/A/RES/74/270> (20.04.2020).
<https://www.turkishjournal.com/2020/04/02/bmde-covid-19-ile-mucadele-icin-kuresel-koordinasyon-tasarisi/> (15.05.2020).
<https://www.icj-cij.org/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf> (20.04.2020).
<https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/sres2177.php> (21.04.2020).
<http://unscr.com/en/resolutions/1308> (15.04.2020).
[https://undocs.org/en/S/RES/2532\(2020\)](https://undocs.org/en/S/RES/2532(2020)) (19.09.2020).
https://www.unaids.org/sites/default/files/sub_landing/files/20110607_UNSC-Resolution1983.pdf (22.04.2020).
<https://www.unaids.org/en/aboutunaid/unitednationsdeclarationsandgoals/unsecuritycouncilresolutions> (12.04.2020).
<https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/sres2177.php> (10.04.2020).
<https://www.whatsinblue.org/2020/04/international-peace-and-security-and-the-covid-19-pandemic-security-council-precedents-and-options.php> (12.04.2020).
<http://unscr.com/en/resolutions/2409> (13.04.2020).
<http://unscr.com/en/resolutions/2439> (13.04.2020).
<https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/health-crises/> (12.04.2020).
<https://www.un.org/securitycouncil/content/current-members> (15.04.2020).

GADAMER'İN FELSEFİ HERMENEUTİK DİSİPLİNİNİN İMKANLARI OLARAK YASA YORUMUNUN KURUCU İŞLEVLERİ*

CONSTITUENT FUNCTIONS OF INTERPRETATION OF LAW AS POSSIBILITIES OF GADAMER'S PHILOSOPHICAL HERMENEUTIC

Melike Belkis AYDIN**  

Makale Bilgi

Gönderilme: 05/05/2020
Kabul: 15/10/2020

Anahtar Kelimeler

*Gadamer,
Hukuki Hermeneutik,
Yasanın Yorumu,
Yorumun Kurucu
İşlevi.*

Article Info

Received: 05/05/2020
Accepted: 15/10/2020

Keywords

*Gadamer,
Philosophical
Hermeneutics,
Interpretation of Law,
Constituent Function of
Interpretation.*

Özet

Hans-Georg Gadamer'in felsefi hermeneutik olarak adlandırdığı hermeneutik kuramında hukuk disiplininin belirleyici bir rolü vardır. Tin bilimleri (Geisteswissenschaften) içinde yol gösterici işleve sahip olarak betimlenen hukuk disiplinin ise varlıkbilimsel bir sorun olan yasa yorumu konusunda Gadamer'in felsefesinden yararlanabileceği düşünsel olanaklar bulunmaktadır. Gadamer, yorumun metnin anlamının ortaya çıkarılmasında zorunlu bir etkinlik olduğunu düşüncesinin temeli olarak kurgulamıştır. Anlamın evrensel bir edim olarak unsurlarını ortaya koyduğu "Hakikat ve Yöntem" adlı yapıtında hukuk kuralının uygulanmasına, yargıcın etkinliğinin işlevine yorumun varoluşun her alanında zorunlu bir edim olduğu ön kabulü ışığında değinmiştir. Yorumun varlıkbilimsel bir alana ait olması demek onun aktarıcı değil kurucu bir işleve sahip olduğu anlamına gelmektedir. Çalışmada Gadamer'in düşüncesinde ya da hukuk metodolojisinde, yorum sorununun genel ele alınmış biçimlerine yer verilmeyecektir. Bunun yerine Gadamer'in düşünsel evreninin hukukta yorum sorununa yaklaşım perspektifinden üstlendiği işlevleri betimlenecektir. Gadamer felsefesi ışığında yasanın yorumlanması her defasında kurucu bir edimdir. Yorum bilimsel değil de varlıkbilimsel bir unsur ise, yani anlaşılacak olanın kendinde bir anlaşılması olanaksızsa yasa metni için de onun yargıç tarafından her yorumlanması metnin canlanması için zaruridir. Yorumun kurucu işlevi hukukun kadim bir sorunu olan genel kural – özel durum ilişkisinde de ortaya çıkar. Olgu ve kural birbirlerini bir karşılıklık içinde kurarlar. Yargıç da bütün bu süreçte etkin bir role sahiptir. Anlamın ilgisi ve öznesi olarak yargıç, iletici değil, anlamı kurucu ve yaratıcı bir işlem görmektedir. Yorumun kurucu olması demek, yargıçların hem sorumluluğuna hem de görevlerinin niteliğinin sanıldığından çok daha yaratıcı öğelere sahip olduğuna vurgu yapılması demektir. Çalışmanın çerçevesi bakımından yorumun Gadamer felsefesi ile teması sınırlı tutulmuştur.

Abstract

The discipline of law has a decisive role in the hermeneutic theory, which Hans-Georg Gadamer calls philosophical hermeneutics. There are intellectual possibilities in the discipline of law, which is described as having a guiding function in Geisteswissenschaften, that can benefit from Gadamer's philosophy regarding the interpretation of law, which is an existential problem. Gadamer designed the interpretation as a basis for the thought that interpretation is a necessary activity in revealing the meaning of the text. In his work titled "Truth and Method", where the understanding reveals its elements as a universal act, he touched upon the application of the rule of law, the function of the judge's effectiveness in the light of his pre-acceptance that interpretation is a necessary act in all areas of existence. The fact that the interpretation belongs to an existential field means that it has a founding function, not a transponder. Therefore, the position of the subject and the subject of the interpretation will also be within this scope. In this paper, the general ways of dealing with the problem of interpretation will not be included in Gadamer's thought or legal methodology. Instead, the functions assumed by Gadamer's intellectual universe from the perspective of approaching the problem of interpretation in law will be described. In the light of Gadamer's philosophy, interpretation of the law is always a founding act. If the interpretation is an informational rather than an informational one, that is, it is impossible to understand what is to be understood, every interpretation of it by the judge is essential for the revival of the text for the text of the law. The founding function of the interpretation also occurs in the general rule - special case relation, which is an ancient problem of law. Fact and rule establish each other in reciprocity. The judge also plays an active role in this whole process. As the subject and subject of understanding, the judge acts as a founder and creative act, not a forwarder. The fact that the interpretation is founder means that the judges have both more responsibility and the quality of their duties than they are supposed to have.

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

* Bu makale yazarın "Hukuka Hermeneutik Yaklaşım: Hans-Georg Gadamer'in Felsefi Hermeneutiği" başlıklı tezinden üretilmiştir.

** Dr. Türkiye Felsefe Kurumu.

I. GİRİŞ

Alman hermeneutik geleneğinin güncel düşün dünyasındaki en önemli temsilcisi Hans-Georg Gadamer felsefi hermeneutik disiplininde¹, hukuk hermeneutiği geleneğine önemli bir yer vermiştir. Gadamer, felsefi hermeneutik düşüncesinde anlama ediminin evrensel temellerini betimlemeye çalışmıştır. Gadamer anlamaya varlıkbilimsel bir nitelik biçmiştir. Tin bilimlerinde (Geisteswissenschaften)² açıklama, inceleme ya da mesafeli gözlem değil anlama gereklidir. Gadamer için hukuk hermeneutiği, tin bilimlerinin yirminci yüzyılda yaşadığı krizi aşmak için bir imkan sunar³. Tin bilimleri, dünya savaşlarının ve teknik ilerlemenin ardından meşruiyet ve yöntem krizine girmiştir. Tin bilimleriyle uğraşan bir kimsenin tarihin hem nesnesi hem de öznesi olması, toplumsal ve tarihsel devrimin dışına çıkamadan ama onun hakkında teori üretmeye çalışması, bu disiplinin en temel ve eski sorunlarından. Bu bakımdan Gadamer'in, hukuk hermeneutiğinde bulduğu imkanlar geçmiş ile şimdi arasında kurulan bağ, daima uygulama ile eşzamanlılıkta ve sözün canlanması için uygulanması gerekliliğidir⁴. Ancak Gadamer'in tin bilimleri için gördüğü imkanlar aynı zamanda hukuk felsefesi ve metodolojisinin de temel uğraş alanı olarak yasa yorumunda yol gösterici imkanlar sunmaktadır. İçinde ve öznesi olup tarih hakkında dilin sınırlarında kalarak düşünebilmek, anlatabilmek tin bilimlerinin kadim sorunsallardandır.

Gadamer, "Hakikat ve Yöntem" adlı yapıtında anlama ediminin varlıkbilimsel bir zorunluluk olarak insanın dünyadaki yerini tanımladığını ifade eder. Yapıtta, anlamanın evrensel özelliklerini betimlemiştir. Gadamer anlamayı tin bilimleri için de yöntemsel meşruiyet krizinde bir çıkış yolu olarak görür. Ancak hermeneutik bir yöntem değildir. Gadamer'e göre zaten tin bilimleri de kendi yolunu doğa bilimleri gibi yöntem arayışında bulmamalıdır. Yapıtının bir bölümünde hukuk hermeneutiğine ayrıca yer vermiş, ayrıntılı olarak işlemiştir. Bu noktada da Gadamer'in tin bilimleri için hukuk disiplininin yararlandıkları kadar hukuk felsefesi geleneğinin de Gadamer düşüncesinden yararlanması gerekenler vardır⁵. Gadamer için evrensel bir edim olan anlama, yorumlama edimiyle eşzamanlıdır. Her anlama bir yorumdur. Dolayısıyla hiçbir metnin, olgunun, olayın kendinde bir anlamı, öznesinden ve tarihinden bağımsız bir içeriği bulunmamaktadır.

Bu çalışmada Gadamer düşüncesinde anlamanın yerini betimleyici olarak yorumun, yasaların yorumuna etkisi ve sunabileceği imkanlar ele alınacaktır. Bunlar yasa yorumunun varlıkbilimsel bir zorunluluk olması, yasanın yorum ile hayata geçmesi ve yorumun yargıcın yaratıcı bir faaliyeti olmasıdır. Çalışmada yasanın yorumlanması temel alınarak Gadamer'in felsefi hermeneutik disiplinin hukuk metodolojisine sunabileceği imkanlara değinilecek, yargılamanın kendisine ilişkin olan unsurlar ise kapsam dışı olduğundan işlenmeyecektir. Yine Gadamer'in düşünsel evreni de bütünüyle betimlenmeyecek, yasanın yorumuyla ilgili saydığımız unsurlarla ilişkisi ölçüsünde ele alınacaktır.

Çalışmada "kurucu" ifadesiyle, anlamı baştan ve baştan kurmak edimine işaret edilmektedir. Bu bakımdan, bu çalışmada anlamın hazır bulunuşu değil, her defasında baştan kuruluşu savunulmaktadır. Gadamer düşüncesinin hukuk metodolojisine ve hukuk hermeneutiğine bütün katkılarına değinilmemiş, çalışma kapsamı yasa yorumu sorunuyla sınırlı tutulmuştur. Yorumla ilişkin tanımın varlıkbilimsel boyutu, yasa ile olgunun karşılıklı içindeki var oluşu ve yargılama işleminin yaratıcı yanı ele alınacak olan ana başlıklardır. Bütün bir

¹ Gadamer hermeneutik için bir yöntem değil, özellikle disiplin ifadesini kullanmıştır. GADAMER, Hans-Georg: Hermeneutik, Hermeneutik Üzerine Yazılar, Özlem, Doğan (ed. ve çev.), İnkılap Yayınevi, İstanbul, 2003, s.13.

² Kavramın, adlandırılmasında yaşanan tartışmalarda, anlam bilimleri, sosyal bilimler, insani bilimler, kültür bilimleri gibi ifadeler yer almaktadır. İşaret etmek gerekir ki, Gadamer bunların arasından Hegel'e de atıfla tin bilimleri sözcüğünü yeğlemektedir. Bu çalışma Gadamer'in felsefesinin imkanlarını tartışacağından onun kullandığı kavram seti yeğlenecektir. Ayrıca adlandırma türleri için, bkz. ÖZLEM, Doğan: Kavramlar ve Tarihleri, İnkılap Yay., İstanbul, 2003, s.54; tin bilimleri adlandırması Wilhelm Dilthey kökenlidir. Bunun yanı sıra, alan Wilhelm Windelband tarafından kültür bilimleri olarak adlandırılmış; Heinrich Rickert tarafından da nomotetik-idiografik bilimleri ayrımları yapılmıştır.

³ METİN, Sevtap: Ronald Dworkin'in Teorisinde Yorum Yaklaşımı, İÜHFM, LXL(1-2), 2003, s.38, yazar Gadamer'in modern hermeneutik kuramlarını derinden etkileyerek yorumun tarihsel, kültürel ve dilsel geleneğin içinde geliştiği yaklaşımını getirdiğini anımsatmaktadır.

⁴ GADAMER, Hans Georg: Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik; Tübingen: J.C.B. Mohr Siebeck, 1990, s.330; GRONDIN, Jean: Einführung zu Gadamer, UTB Verlag, Stuttgart, 2000, s.132, bu bakımdan Gadamer'in tarihselliği temel bir esas olarak aldığı ortadadır.

⁵ HEPER, Altan: Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler, Ankara Barosu Dergisi, (1), 2012, s.81.

hukuksal yorum külliyatına değinmek ise bu çalışmanın sınırlarını çoktan aşmaktadır. Gadamer felsefesinden hukuk felsefesi, metodolojisi ve uygulaması için devralınacak olan ana hat yasa yorumunun daima kurucu⁶ ve yaratıcı bir faaliyet olmasıdır.

II. YASANIN KURULAN ANLAMI OLARAK YASA YORUMU

Gadamer, “Hakikat ve Yöntem”de anlamayı evrensel ve varlıkbilimsel bir zorunluluk olarak tanımlamıştır. Anlamanın yine evrensel unsurların betimlemeye çabalamıştır. Dolayısıyla anlama evrendeki yerini tanımlamasının ve kavramasının ta kendisidir. Çünkü insanın çevresini dolaysız olarak kavrayabilmesi söz konusu değildir. Anlama dilin vasıtasıyla ve dil ortamında gerçekleşir. Dolayısıyla dil, insanın kendisini hem var ettiği hem de kavradığı ortam ve aracıdır⁷. Böyleyse, anlama Nietzsche’nin ahlaki olgular değil, sadece onların yorumlarının olduğu önermesine atıfla, ancak mutlak rölativizme düşmeden ya da postmodernist kuramlara da dahil olmadan yorumun varlıkbilimsel bir koşuldan da öte bir aşama olduğuna işaret eder. Yorumlanmamış bir anlama yoktur. Ancak bu zorunluluk anlamaya götüren her yorumlamanın meşru olması demek değildir. Bu bakımdan da Gadamer’in anlama kuramında yorum, varlıkbilimsel bir aşama olsa da yanlışlanabilir anlamalar mevcuttur. Anlamayı gerçekleştiren öznenin varlığı devreye girmektedir. Metni anlama getiren okur olarak, anlamı belirleyen de o olacaktır⁸. Ancak bu belirlemede özne yani okur, mutlak anlamda yetkili değildir, çünkü Gadamer metnin kendi otoritesinin bulunduğundan söz etmektedir. Ona göre, metnin gelmek istediği bir anlam ufku mevcuttur. Anlayan/okur ile metin karşılıklı bir buluşma içinde anlamı inşa etmektedir. Özne ile metni mutlak anlamda birbirinden ayırıtıran analitik bir bakışla değil, sürekli devinim ve karşılıklı etkileşim halinde eşzamanlı ilişkisellikte ele alır.

Gadamer’in anlamayı, anlaşılabilir metin ve anlayan özne arasındaki ilişkisellik olarak kurduğu düşüncesi, hukuk metninin yargıç ve yasa metni arasındaki geriliminin çözümlenebilmesinde kurucu bir rol oynamaktadır. Yasa metnlerinin de bu bakımdan kendinde biricik anlamları bulunmamaktadır. Gadamer bu ilişkide, bir müzik yapıtının icrasını örneklemektedir. Çünkü, bir müzisyen, besteyi icra etmeden önce bir şarkı yoktur. Nota olarak kağıtta yazanların hayata geçebilmesi için bir müzisyenin onları icra ile var etmesi gerekmektedir. Bu benzetme de yasaların ve hukuk metnlerinin yorumunda da geçerlidir. Hukuk metinleri de bir icracı gibi yargıçların devreye girip onları yorumlamalarıyla hayata geçmektedirler⁹.

Yasa metni bir anlam olanakları potansiyeli olarak varlığa gelmek üzere beklemektedir. Yorumlama yasayı varlığa getirecek olan edimdir. Dolayısıyla yargıçlar için de yorumlama edimi, kurucu bir işlemdir. Pragmatik felsefe ile dirsek temasında görünen Gadamer düşüncesi, Anglo-sakson hukukçusu Benjamin Cardozo’nun düşüncesiyle de benzerdir. Yasa, yalnızca bir mahkeme hükmünde somutlaştığında gerçekleşmektedir. Gerçekleştirildiği anda da sona ermektedir¹⁰.

⁶ SAĞLAM, Rabia: Derrida ve Dworkin Arasındaki İlişki: Yapıbozum ve Yargıç Herkül, AÜHFD, 61(1) 2012, s.284-285, Yorumun kurucu işlevine değinilmişken yorum kuramında yapıtlar vermiş olan Dworkin’in de kurucu yorum tanımına değinmek gerekir. Dworkin için kurucu yorum, bir amacı, bir değeri ve bir gerçekliği hedeflemektedir. Yani Dworkin için, bir değerden bir şey meydana getiren kimse ile o değeri geliştiren yorumcu arasında ortaklaşalık şarttır. Hukuka özel anlamda ise kurucu yorum, hukuksal önermelerin olası yorumlanma türleri arasında yargıcın “en iyi ışık” altında tek bir doğru yanıtı varabilmesi anlamına gelmektedir. Bu noktada da devreye Dworkin’in liberal hukuk felsefesi yaklaşımının belkemiğini oluşturan bütünlük ve uygunluk kavramları girmektedir.

⁷ Almandaca ortam ve aracı sözcükleri “Mittel” sözcüğüne karşılık geldiğinden Gadamer ikisine de isabetli olarak atf yapmaktadır.

⁸ GADAMER, Hans-Georg: Der Anfang der Philosophie, Philip Reclam Verlag, Ditzingen, 1996, s.40; GADAMER, Wahrheit, s.267.

⁹ GÖZLER, Kemal: Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı, Anayasa Yargısı, 15, 1998; s.210; Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, s.190; akla GÖZLER’in yaptığı Realist – Klasik yorum ayrımı gelmektedir. Realist yaklaşım için yorum sorunu doğrudan hermeneutik bir süreçtir. Realist kuram için hukuk normu değil hukuk metni yorumlanmaktadır. Yorum, metindeki hazır bir anlamın tanınması değil yorumcunun iradi işlemidir. Yorumcu hukuk metninde içerilen birden çok anlamın içinden birini seçer. Hukuk metnin anlamı doğrudan algılanabilir bir şey değildir, bunun için yoruma gereksinim duyar; GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, Ekin Kitabevi Yay., 2018, s.274; Klasik yorum yaklaşımında yargıç yasanın yalnızca uygulayıcısıdır. Anlam yasada müdahalesiz kendinde ve hazır, yorumlanma dolayımına girmemektedir. Fakat yorum yasa metninin anlamı bulanık ise gereklidir. Yargıcın yasa metnini yorumlamamaktadır, sadece olaya uyarlamaktadır. Yasa maddesi bir büyük önermedir ve bir küçük önerme olarak somut olguyu da kendiliğinden içermektedir.

¹⁰ CARDOZO, Benjamin: Yargı Sürecinin Doğası, Dülger, Muzaffer/Erçin, Sedat (çev.), Tekin Yayınevi, İstanbul, 2018, s.75, Değnilmesi gereken husus Gadamer felsefesinin pragmatik yanının ağır bastığı, bu nedenle de Anglo-sakson pragmatizmine yaklaşıdır. Ancak bu sadece görünürde bir yaklaşıdır, Gadamer kıta felsefesi geleneğinin

Kendinde ve kendisini yorumlayan öznenen bağımsız bir hakikat tasarlanamayacaktır. Yine somut olaya uyarlanmadan anlamı ve işlevi kendiliğinden ortaya koyulabilecek bir hukuk metninin anlamı da yoktur.

Bu noktada yorumun kurucu işlevinde iki boyutu ortaya çıkmaktadır. Birinci olarak ilgili somut olguyu bir sonuca bağlaması ve anlamlandırması açısından her somut olgu için tek tek bir kurucu işleve sahiptir. İkinci olarak, yasanın yorumlanmasında ileriye dönük olarak yasa maddesinin içeriğini belirlemektedir. Gadamer için anlayan bağımsız ve evrenden yalıtık bir varlık değildir, tarihin ve dilin ortamının bir parçası, temsilcisi ve unsurudur. Dolayısıyla hukukta yorum hem şimdiye hem de geleceğe yönelik eşzamanlı işlemektedir.

Fakat hukuk metodolojisinin temel bir sorunu olarak, yasa metninin bütün bir olası somut olguları kapsamakta yetersiz kalacaktır. Bu aslında hukukun varlığına içkin bir çatışkıdır. Çünkü somut olayda yasa metninin hükme bağlaması beklenen hukuki sorun daha önce yasa metninde içerilmeyen bir sorundur. Hükme bağlanması beklenen olayların her biri, yasa koyulurken henüz yaşanmamıştır. Somut olaylar, yasa metninin karşısında henüz yer almamıştır. Somut özellikleriyle yasa metninin karşısına dikildiğinde de yine öngörülmemiş olarak kalacaktır¹¹.

III. SOMUT OLAY İLE YASANIN ETKİLEŞİMİ OLARAK KARŞILIKLILIK

Gadamer'in düşüncesinde yasa ile somut olgu birbirlerini eşzamanlı ve karşılıklı bir ilişkisellik içinde biçimlendirmekte, geleceğe ilişkin de içeriklendirmekte ve kurmaktadır¹². Bu bağlamda somut olay ve yasa ilişkisi yorumun kurucu işlevi bakımından karşılıklılık ve yasanın hayata geçmesi olarak ortaya çıkmaktadır.

Yasa metni, hayata geçmek için bir somut olaya gereksinim duymaktadır. Ancak bu gereksinim tek taraflı değildir. Yukarıda yapılan müzik yapıtı benzetmesi yasanın her somut olayda canlanması ölçüsünde bir anlam içerdiği demektir. Yani, bir müzik yapıtının icra biçimi onun aynı zamanda anlam mirasını da belirlemektedir. Yasa metninin geldiği anlam olarak somut olaylar da, yasa metninin anlam geçmişini ve geleceğini biçimlendirmektedir. İşte bu noktada Gadamer karşılıklıktan (Reziprozität) söz etmektedir. Yargıcın yorumlama edimindeki çabası tek taraflı ve tek boyutlu değildir. Yani yargıç somut olgunun da, yasa metninin de anlamını hazır bulamaz. Bu ikisi birbirini karşılıklılık içinde kurmaktadır¹³. Karşılıklılık, yasa metninin somut olayın vasıflandırılması ile biçimlendirildiği kadar somut olayın da bu vasıflandırılma ile hukuk sisteminde isimlendirilerek içeriğine dahil edilmesi anlamına gelmektedir. Çünkü artık yasa metnin geleceği ve gelebileceği anlam, kendisiyle ilişkilendirilen somut olgu tarafından içeriklendirilmiştir. Bu içeriklendirme işlemi geleceğe uzanmakta, ileriye dönük olarak bir belirleme teşkil etmektedir.

Karşılıklılık kavramında, bir tarafın ötekine önceliği söz konusu değildir. Eşzamanlı bir etkileşim hali vardır. Karşılıklılık süreci sona ermemekte, daima zaman içinde var olmakta ve geleceğe uzanmaktadır¹⁴. Yasa maddesinin içeriğinin somut olgu tarafından kurulma süreci sonlanmamaktadır, çünkü bu aynı zamanda somut olguların da içeriklerinin zaman içinde kurulma vaadidir. Yargıcın her yeni bir hüküm kurması, atıl bir metin halindeki yasayı da canlandırmasıdır. Kendisi de bu karar ediminin sorumluluğunu yeniden üstlenmektedir. Kararın ve ilgililerinin biricikliğinin hakkını yargıçlar, ancak bu sorumluluğu üstlenerek vermiş

temeli üzerine uygulamanın bir edimi olarak bir anlama kuramı geliştirmektedir. Olsa olsa Jean Grondin'in saptaması üzerine, Gadamer için anlamın etiği demek daha yerinde olacaktır.

¹¹ KRAWIETZ, Werner: Juristische Hermeneutik als normatives Handlungs- und Forschungsparadigma? Kommunikationstheoretische Überlegungen zur Normen- und Handlungstheorie des modernen Rechts, Rechtswissenschaft und Hermeneutik, Senn, Marcel / Fritsch, Barbara, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2009, s.116.

¹² Aslında bu, Gadamer'in analitik değil daha diyalektik bir bakışla düşünsel çerçevesini kurduğunu göstermektedir. Gadamer Herakleitos çalışmaları da bu saptamaya uygun bir işarettir.

¹³ KASPERS, Jens: Philosophie- Hermeneutik- Jurisprudenz (Die Bedeutung der philosophischen Hermeneutik Hans-Georg Gadamer für die Rechtswissenschaft), Duncker Humblot Verlag, Berlin, 2013, s.113.

¹⁴ İŞIKTAÇ, Yasemin: Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi, Ankara Barosu Dergisi, 2001, s.26, zaman ile dil ilişkisini hukukun varlıkbilimsel yaklaşımıyla metodik yaklaşımlarıyla da doğrudan ilgilidir. Hukukun varlıkbilimsel yaklaşımında, hukuk sisteminin, hukuk tarihi içinde geçirdiği değişim ve gelişimin incelenmesidir.

olmaktadır¹⁵. Yargıçlar, yasayı uygulamaları, yasanın normatif içeriğinin ya da işlevinin ayrı bir bağlamda korunmasını amaçlamaktadır¹⁶.

Yargıçlar karara bağlama sürecinde yalnızca tekil bir olayı bir kereliğine çözüme ulaştırmakla kalmazlar. Yasa metninin, tekil olayda hayata geçmesi bütünlüklü bir kurgunun parçası olması anlamına gelmektedir. Hukuk sistemi, daima tekil olay ile genel ve soyut olan yasanın karşılıklı bir değişim ve dönüştürme içinde olmasını gözetmektedir¹⁷. Bu, aynı zamanda hermeneutik döngünün hukuk metodolojisindeki görünümüdür¹⁸. Anımsanacağı üzere hermeneutik döngü, bütün ile parçanın karşılıklı birbirlerini belirlediği öncesiz ve sürekli ilişkidir. Metnin bütününe parçayı, parçanın da bütünü temsili bakımından anlam sürekli devinim halinde var olmaktadır¹⁹.

Her bir hukuksal olgu öncelikle kendine özgü, tüm unsurlarıyla yinelenemez ve tikel bir yaşam olgusudur. Olgular, hukuki olarak tanımlanacak özelliklerinin kendiliğinden açık ve tartışmasız olduğu, kendiliğinden hukuki durumlar değildir. Olgular kendi adlarına konuşmazlar ve hukuksal olarak vasıflandırılmış biçimde yargıcın önüne gelmeler. Sözcükler de hukukun diliyle gündelik dilde birbirinden farklı anlamlara gelirler. Biçimlendirme hukuksal bir içeriklendirme olduğu kadar sözlük anlamı bakımından da geçerlidir²⁰. Bu konu somut bir örnekle anlatılacak olursa, sözgelimi yağmanın TDK Sözlüğü'nde ve TCK ilgili maddesindeki tanımları birbirinden ayırır. Bu ayırım hukuki bir sonuç doğurur. Dolayısıyla geçerli hukuk kuralının bulunması (*Rechtsfindung*) daima norm ile yaşam olgusunun birbirine uyarlanmasıdır²¹.

Felsefi hermeneutik bakımından yasa yorumunun işleyişi, hiçbir genel kuralın tek tek bütün olası durumları asla mutlak olarak kuşatamayacağına işaret etmektedir. Çünkü yasa metni eksikli ve sınırlı kalmıştır. Bu durum zamansal da bir kısıtlamadır. Yorum süreci yasanın bu eksikli ve kısıtlı içeriğini geleceğe taşımaktadır. Yasanın içeriği yine varlıkbilimsel olarak eksikli kalmak zorundadır. Çünkü yasa metni, tarihin sonlu sınırlı olarak bir parçasıdır. Sonsuz bütün olasılıkları öngörmesi, hesap etmesi olanaksızdır. Yargıcın görevi, adalet sağlama amacıyla en uyumlu kurala göre bir sınıflama yapmaktır.

Hukukun kadim çatışkısı adalet ile hakkaniyet ilişkisi de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Adalet, bir genelliğe işaret etmektedir. Hakkaniyet ise somut durum adaleti olarak hiçbir zaman tam olarak uygulanamaz. Yasa metni geneli hükme bağlarken somut durumun kendi gereksinimlerinden bir şeyler daima eksilmektedir²².

Gadamer'in felsefi hermeneutik düşüncesi için temel unsurlar ufukların kaynaşması kavramı, somut olgu ile yasa metninin birbirlerini karşılıklı ve eşzamanlı biçimlendirmeleri meselesini de anlamlandırmaktadır. Gadamer için birbirini anlayan iki özne, okur ile metin ya da sözgelimi yasa ile somut olgu birbirlerini anlarken sürekli olarak dönüştürmektedir.

¹⁵ AGTAŞ, Özkan: Ceza ve Adalet, İstanbul, Metis Kitap, 2013, s.66-67, bu sorumluluk üstlenme yargıç *ethosuna* dahil olarak görülmelidir. Yargıcın bağımsızlığı tarafsızlığı bu bakımdan bir olması gereken tartışmasıdır, böyle olsa da olmasa da yargıcın kararı geleceğe yönelik bir kurucu işleve sahiptir.

¹⁶ WEST, David: Kıta Avrupası Felsefesine Giriş, Cevzici, Ahmet/ Arslan, Hüsamettin (çev.), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2020, s.185.

¹⁷ WALTER, Hans Peter: Hermeneutik und Rechtspraxis, Rechtswissenschaft und Hermeneutik, in Senn, Marcel/Fritschi, Barbara (ed.), Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2009. s.130.

¹⁸ WALTER, s.131.

¹⁹ UZUN, Ertuğrul: Hukuk Metodolojisinin Sorunları, Nora Kitap, İstanbul, 2017, s.123, Alexy de hermeneutik modelin merkezine yerleştirdiği hermeneutik döngüyü üç başlıkta ele almaktadır. Birincisi önanlayış ve metin arasındaki ilişkidir. hukuksal sorunun çözümünüyle ilgili yorumcunun varsayımları önanlayıştır. İkinci hermeneutik döngü, bütün-parça ilişkisi bakımından normun anlaşılabilmesi için norm düzeneği ile normları tek tek ve karşılıklı anlayabilmegerekliğidir. Üçüncü hermeneutik döngü ise norm ile olgu arasındakiidir.

²⁰ UZUN, Ertuğrul: Yapısalcı Hukuk Göstergebilimi ve Hukukta Anlam Yaratılması, Anlam Kavramı Üzerine Yeni Denemeler (iç.), İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, s.351.

²¹ Bu bakımdan yorumlama faaliyeti hukuk metodolojisi için altlama olarak adlandırılması yeterli olmayacaktır, yasa yorumu tekdüze bir genel ve özel önerme ilişkisi değildir. Metodolojinin bir gündemi olarak altlama tartışmasına uzun uzadıya girmek bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Gadamer altlama tartışmasını bilmekte, hukuk yorumunun da yalnızca altlama olmadığına değinmektedir.

²² GADAMER, Hans-Georg: Kuşkucu Hermeneutik, Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler, Aslan, Hüsamettin (ed.), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002, s.151.

IV. YARGICIN YARATICI BİR FAALİYETİ OLARAK YASANIN YORUMU

Yargılama faaliyetinin yaratıcı bir etkinlik mi yoksa teknik mi olduğu metodoloji gündeminin kadim bir tartışma konusudur. Tarihsel gelişim sürecinde, yorum konusunda önemli önermeleri olan Montesquieu'nün belirttiği üzere kuvvetler ayrılığına göre, yasa koyucunun görevi açık normlar üretmek ve yargıcın görevi de bu normları somut olaya uyarlamaktan ibarettir. Yargıçlar, söz konusu uyumsuzluğu genel bir hukuk kuralı kapsamına yerleştirmekle yükümlüdürler.

Ancak zaman içinde 20. yüzyılda yasa koyucunun, yargıcın görev ve sorumluluklarına dair hakim yaklaşımlar dönüşmüştür. Yasa koyucunun yasa yapma ediminin, yasa metninin gerçek yaşamda her olası olayı ve yeni gelişmeyi anında yakalayamayacağı, ön göremeyeceği kabul edilmiştir. Anlamı kuran yargıç bunu somut olayın özelliklerini değerlendirerek yapmak zorundadır. Bu noktada da işlevi bir otomatın edilgenliğine sığdırılamaz²³.

Yargıcın yargılama faaliyeti, hazırda var olan anlamın yeniden yaratılması değildir. Yeniden yaratma ya da yeniden kurmada ya var olan yapı aynen oluşturulur ya da yargıcın kendinden katabileceği bir şey olmaksızın yalın bir kopyalama yapılıdır. Oysa yasa koyucu edimsiz bir hukuk evrenine ait sözlere sahiptir. Daha önce de örneklediği üzere tıpkı bir müzik yapıtındaki gibi notaların icra edilmesi suretiyle hayata geçirilmeleri gerekmektedir²⁴.

Örnek olarak bir ceza davasında, sözgelimi, bir fiilin meşru savunma olarak değerlendirilmesinde kullanılacak TCK md. 25 f. 1²⁵ hükmü tek tek hangi hallerin meşru savunma olarak nitelenebileceğini kendiliğinden ortaya sermez. Hangi somut fiillerin meşru savunma olarak betimleneceği, sürekli yeniden tanımlanmalıdır. Meşru savunmanın koşullarına ilişkin her somut olayı tanımlayacak tek tek unsurlar yasa metninde yer almaz.²⁶

Her somut olay hukuksal vasıflandırma ile, ilgili yasa maddesinin içeriğini yeniden doldurur ve belirler²⁷. Hangi sözün veya davranışın ne zaman meşru savunma olduğu ne zamansa hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir halin bulunduğu tikel bağlamı içinde yalnızca yargıcın yaratıcı bir sanat olarak vereceği bir karar ile hükme bağlanabilecektir, yoksa tek tek her söz ve davranışa ilişkin hukukta bir ifade bulunmaz. İşte yargıcın, yargılama etkinliği sırasındaki görevini yaratıcı kılan da bu durumdur.

Yasada bunlara ilişkin en ufak bir ifade yer almaz. Yargıç her olayın bu kendine özgü öyküsünden, yasada yer almayan somut ayrıntıları seçip çıkarmaktadır. Yasa ile somut olayın birleştirilmesinde olaydan hangi özelliklerin öne çıkarılacağı yaratıcı bir edimdir. Ayrıca yasanın dört dörtlük içerdiği bir somut olay hiç olmadığı gibi birbirinin aynısı olan iki somut olay da yoktur²⁸. Hangi ayrıntıların kararı ve gerekçesi için önemli olacağını yargıç kendisi seçmektedir. Gerekçesinin argümantasyonu da buna göre kurgulanmaktadır. Çünkü her hukuk kuralının, dış dünyada gerçekleşme olasılığına sahip olguları potansiyel olarak betimlediği var sayılmaktadır. Yasa yorumunda anlam, kendisini daima somut olayda açığa çıkarmakta ve içeriklendirmektedir²⁹.

²³ FETERIS, Evelyne: Hukuki Argümantasyonun Temelleri, Uzun, Ertuğrul (çev.), İstanbul: Pinhan yayıncılık, İstanbul, 2019, s.10.

²⁴ GADAMER, Hans-Georg: Metin ve Yorum, Hermeneutiğe Giriş, Aslan, Hüsamettin (ed.), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002, s.303.

²⁵ TCK md. 25 f. 1 “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

²⁶ T.C. Yargıtay Ceza Genel Kurulu; Esas No.2015/1039; Karar No.2016/96; Karar Tarihi. 01.03.2016 “... kendisini silahla yaralayan ve akabinde darp edilmiş vaziyette yerde yatmakta olan kardeşi ...'e de dört el silahla ateş eden maktüle devam eden yaşama hakkına yönelik haksız saldırısını bertaraf etmek maksadıyla o anki hal ve koşullara göre başka türlü hareket etme imkanı bulunmadığından hamili bulunduğu silahıyla ateş ederek maktülün ölümüne neden olan sanığın eylemini meşru savunma şartları altında gerçekleştirdiği kabul edilmelidir.” Sözgelimi bu alıntılanan olayda taraflar arasındaki geçmişte arsa kavgası, taraflardan birinin darp etmesi, öteki tarafın kullandığı silah gibi somut olayın kendi ayrıntılarından hangilerinin göz önünde bulundurularak gerekçeli kararın oluşturulacağı yaratıcı bir faaliyettir.

²⁷ KASPERS, s.115, bu içerik doldurulması aynı zamanda normu geleceğe dönük olarak etkiler.

²⁸ İŞIKTAÇ, Yasemin: Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, 62(1-3), 1998, s.83, işte yargıcın yasayı “sanatkarane” yorumlaması, tam da hukukun kadim adalet ile hakkaniyet çatışkısını çözümlenebilecektir.

²⁹ KASPERS, s.116.

Yargıcın faaliyeti bu bakımdan ne klasik mantık anlamında düz bir işlemdir ne de mekanik bir süreçtir³⁰. Her olayın biricikliği yukarıda anıldığı üzere, ilgili olayı kendisi kılan özelliklerinin kendine özgü olduğunu, yasada içerilmeyişlerini ve bir anlatı olarak seçilecek unsurlarının yargıç tarafından belirlenmesini gerektirmektedir. Bu yargıcın kendine özgü maharetidir. Elbette felsefi hermeneutikten, kalkılarak yorumlayanı kurucu olarak yerleştirdiği konumda onun sınırsız ve denetimsiz olduğunu söylemek mümkün değildir. Gadamer en başta okuru anlamın tek belirleyicisi olarak atandığı postmodern kuramlara mesafelidir. Gadamer'in öznesi tarihin, dilin ve kültürün bir parçasıdır. Yargıç da bir hukuk kültürünün, hukuk politikasının ve metni kendisi olarak yasanın tarihinin bir parçası olarak yorumunu kurmaktadır. Anlam metnin otoritesince tayin edilmektedir.

Genel bir normun ifadesi olarak yasa metni tek tek tüketemeyeceği somut olgulara bir yanıt verebilmek zorundadır. Bir hukuk normunu içeren yasa, somut olayın biricikliği, yinelenemezliği ve benzersizliğine nakledilmektedir. İşte bu nakil işleminde yargıçlar basit iletkenler değildirler. Yargıcın kişisel yeterlikleriyle birlikte somut olayın hukuki tanımında yaratıcı yanıyla ortaya çıkarması gerekmektedir. Çünkü yasaların ilişkilendirildikleri durumları tek tek betimlemeleri mümkün değildir.

V. SONUÇ

Gadamer'in felsefi hermeneutik düşüncesi , hukuk metodolojisinde yasanın yorumu sorununa güncel ve önemli katkılar ve imkanla sunmaktadır. Yorum sorunu, hukuk metninin varoluşuyla ilgilidir. Yorum ikincil bir sorun değil, varlıkbilimsel temel bir aşamadır. Böyleyse de yorumun bir altlama faaliyeti olmadığı gibi yargıcın da edilgen bir yanının olmadığı bilinmelidir. Bu durum yargıcın rolünü hukuk içinde baskın bir form verdiğinden yargıçlık mesleğinin etosuna ilişkin de bir yan göstermektedir. Gadamer'in felsefi hermeneutik düşüncesinden hareketle pragmatik sonuçlar bakımından yargıçların kurucu işlevleri ortadadır. Böyleyse yargıçların bu kurucu rolü üstlenecek altyapı ve donanıma salt teknik hukuk içinde kalarak ulaşabilmeleri mümkün değildir.

Bir başka ana başlık ise somut olgu ile yasa metninin karşılıklı olarak birbirlerini eşzamanlı var edebilmeleridir. Bu karşılıklılık yasa metni ile somut olgunun birbirlerini eş zamanlı ve eşdeğerli olarak içeriklendirmeleri anlamına gelir. Böyle olunca da parça - bütün ilişkisi karşılıklı bir sorumluluk gözetilerek kurulmalıdır. Somut olgu vasıflandırılırken daima bir bütünün anlam içeriğini doldurmaktadır. Yasa metninin daima eksikli bir halde olması, yani önüne gelebilecek her somut olay olasılığını içermemesi de varlıkbilimsel bir durumdur. Sınırlı bir anlam evreni olarak hiçbir metin geleceğe ilişkin bütün olasılıkları kendiliğinden içerdiği iddiasında olamaz. Bu durumda da yasanın anlam evrenini oluşturan geçmiş bütününe bakılmalıdır. Felsefi hermeneutik, karşılıklılık düşüncesi bakımından da metodolojide yol gösterici rolündedir. Somut olgunun yasa metninin içeriğini anlamlandırırken yasa metninin de somut olgunun vasıflandırmasıyla aynı zamanda yaptığı akılda tutulmalıdır. Öyleyse yasa yorumu, mantığın ve epistemolojinin de erim alanının ötesinde varlıkbilimsel düzlemde ele alınması gereken bir alandır. Anlamın sınırında, yazar yani yasa koyucu kadar, metnin kendisi de belirleyicidir. Somut olgunun vasıflandırılması, yasa metninin yorumlanması gibi bir anlama faaliyetidir. İki özerk anlamlandırmanın birbirine bağlanması yargıç tarafından yapılmaktadır.

Üçüncü olarak da yargıcın yaratıcı işlevi gündeme gelmektedir. Çünkü, yasa metni ile somut olgunun anlam ufkunu bir araya getirebilecek olan özne yargıçtır. Hiçbir somut olgu kendi anlamını kendiliğinden ortaya çıkarmaz. Yasa metninin kendi olmayan anlamını yargıç, kazandıracaktır. Demek ki yargıcın yorumlaması daima bir yaratıcı etkinliktir. Yasanın anlamını yargıç her hükmünde baştan kurmaktadır.

Gadamer, yargıcın rutin anlam kurucu işlemini rutininde olağan olarak yinelediğine ve bunun da bütün bir tin bilimlere geleneği için örnek olarak sunmaktadır. Yani hukuk disiplini, tin bilimlere için başından bir kurucu disiplin olarak görmektedir. Bu önkabul hukuk felsefecilerinin Gadamer felsefesinden yararlanabileceği olanakları göstermektedir.

³⁰ GÖZLER, Kemal: Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı, Anayasa Yargısı, (15), 1998, s.209-210, Realist yorum yaklaşımına göre de yargıç yasanın yalnızca ağız değildir. Kararı kuran yargıç neredeyse gerçek yasa koyucunun kendisidir.

Dolayısıyla yorum sorununun varlıkbilimsel özgüllükleri bakımından hukuk felsefesi ve pratiği içinde daha ağırlıklı bir yanının olması gerektiği unutulmamalıdır. Çünkü yorum, daima zorunlu ve varlıkbilimsel bir koşuldur. Yasa metninin anlam olanaklarını var edebilecek, içeriklendirebilecek ve onu hayata katabilecek biricik olanaktır.

KAYNAKÇA

- AGTAŞ, Özkan: Ceza ve Adalet, Metis Kitap, İstanbul, 2013.
- CARDOZO, Benjamin: Yargı Sürecinin Doğası, Dülger, Muzaffer/Erçin, Sedat (çev.), Tekin Yayınevi, İstanbul, 2018.
- FETERIS, Evelyne: Hukuki Argümantasyonun Temelleri, Ertuğrul Uzun (çev.), Pinhan Yayınları, İstanbul, 2019.
- GADAMER, Hans Georg: Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik; J.C.B. Mohr Siebeck, Tübingen, 1990.
- GADAMER, Hans Georg: Der Anfang der Philosophie, Philip Reclam, Ditzingen, 1996.
- GADAMER, Hans Georg: Kuşkucu Hermeneutik, Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler, in Aslan, Hüsamettin (ed.), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002.
- GADAMER, Hans Georg: Metin ve Yorum, Hermeneutiğe Giriş, in Aslan, Hüsamettin (ed.), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2002.
- GADAMER, Hans Georg: Hermeneutik, Hermeneutik Üzerine Yazılar, Doğan Özlem (ed. ve çev.), İnkılap Yayınları, İstanbul, 2003.
- GÖZLER, Kemal: Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı, Anayasa Yargısı 15, 1998.
- GÖZLER, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.
- GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, Ekin Kitabevi, Bursa, 2018.
- GRONDİN, Jean : Einführung zu Gadamer, UTB Verlag, Stuttgart, 2000.
- HEPER, Altan: Almanya’da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler, Ankara Barosu Dergisi, (1), 2012.
- İŞIKTAÇ, Yasemin: Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, 62(1-2-3), 1998, s.81-85.
- İŞIKTAÇ, Yasemin: “Dil, Yorumlama Ve Hukuk İlişkisi”, Ankara Barosu Dergisi, (1), 2001, s.23-34.
- KASPERS, Jens: Philosophie- Hermeneutik- Jurisprudenz (Die Bedeutung der philosophischen Hermeneutik Hans-Georg Gadamer für die Rechtswissenschaft), Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2013.
- KRAWIETZ, Werner: Juristische Hermeneutik als normatives Handlungs- und Forschungsparadigma? Kommunikationstheoretische Überlegungen zur Normen- und Handlungstheorie des modernen Rechts, Rechtswissenschaft und Hermeneutik, Senn, Marcel/ Fritsch, Barbara (ed.), Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2009.
- METİN, Sevtap: Ronald Dworkin’in Teorisinde Yorum Yaklaşımı, İÜHFM, LXL(1-2), 2003, s.35-83.
- ÖZLEM, Doğan : Kavramlar ve Tarihleri, Notos Kitap, İstanbul, 2016.
- SAĞLAM, Rabia: Derrida ve Dworkin Arasındaki İlişki: Yapıbozum ve Yargıç Herkül, AÜHFD, 61(1) 2012, s.275-320.
- UZUN, Ertuğrul: Yapısalcı Hukuk Göstergelimi ve Hukukta Anlam Yaratılması, Anlam Kavramı Üzerine Yeni Denemeler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.343-355.
- UZUN, Ertuğrul: Hukuk Metodolojisinin Sorunları, Nora Yayınları, İstanbul, 2017.
- WALTER, Hans Peter: Hermeneutik und Rechtspraxis, Rechtswissenschaft und Hermeneutik, in Senn, Marcel / Fritsch, Barbara (ed.), Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2009.
- WEST, David: Kıta Avrupası Felsefesine Giriş, Cevizci, Ahmet/Arslan, Hüsamettin (çev.), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2020.

COVID-19 PANDEMİSİNDE İLAN EDİLEN SOKAĞA ÇIKMA YASAKLARININ İDARE HUKUKU YÖNÜYLE DEĞERLENDİRİLMESİ



EVALUATION OF CURFEWS DECLARED DURING COVID-19 PANDEMIC IN TERMS OF ADMINISTRATIVE LAW

Mine KASAPOĞLU TURHAN *  

Makale Bilgi

Gönderilme: 20/07/2020
Kabul: 27/10/2020

Anahtar Kelimeler

*Pandemi,
Covid-19,
Sokağa Çıkma
Yasağı,
İdari Kolluk,
Olağanüstü Hal.*

Article Info

Received: 20/07/2020
Accepted: 27/10/2020

Keywords

*Pandemic,
Covid-19,
Curfew,
Administrative Police,
State of Emergency.*

Özet

Covid-19, Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilmiştir. Pandemi olarak nitelendirilen tehlikeli salgın hastalıklar tüm dünyada kamu sağlığını tehdit etmektedir. Salgın hastalığın yayılmasının önlenmesi için devlet tarafından alınan tedbirler ise yaşam biçimlerimizi değiştirmektedir. Bu tedbirlerin başında sokağa çıkma yasağı gelmektedir. Covid-19 pandemisinde Türkiye’de sokağa çıkma yasakları ilan edilmiş ve bu yasakların bazıları çok uzun süreli olmuştur. İdari kolluk tedbiri niteliğindeki sokağa çıkma yasağı temel hak ve özgürlükleri de etkilemektedir. Sokağa çıkma yasağı, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları kullanılamaz hale getirmemelidir. Kesintisiz bir yasak yerine sınırları belirlenmiş yasaklar, yasak kapsamındaki kişilerin gündelik temel ihtiyaçlarını görmelerine de olanak sağlar. Bu nedenle, sokağa çıkma yasağının koşullarının, kapsamının ve istisnalarının öngörülebilir olması için mevzuatta gerekli düzenlemelerin yapılması ve bu düzenlemelerin Anayasal sınırlara uygun olması, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri açısından oldukça önemlidir. Bu çalışmada, sokağa çıkma yasağı kavramı, pandemi sürecinde yasağın kapsamı, hukuki niteliği, pandemi sürecinde yasağın hukuka uygunluğu, temel hak ve özgürlüklere etkisi, yargısal denetimi idare hukuku yönüyle ele alınmaktadır.

Abstract

Covid-19 has been declared as a pandemic by the World Health Organization. Hazardous epidemic diseases, called pandemic, threaten public health all over the world. The measures taken by the state to prevent the spread of the epidemic are changing our lifestyles. One of the measures is the curfew. During Covid-19 pandemic, curfews have been declared in Turkey and some of these curfews have been lasting too long. The curfew, which is an administrative law enforcement measure, also affects fundamental rights and freedoms. The curfew should not touch the core of fundamental rights and freedoms and render them unusable. Instead of an uninterrupted curfew, restricted curfews also allow individuals under the curfew to meet their daily basic needs. For this reason, it is very important in terms of legal security and certainty principles to make the necessary arrangements in the legislation and to comply with the Constitutional limits in order to make the conditions, scope and exceptions of the curfew predictable. In this study, the concept of curfew, the scope of the curfew in the pandemic process, its legal nature, the legal basis of the curfew in the pandemic process, its effect on the fundamental rights and freedoms, its judicial control are examined in terms of administrative law.

I. GİRİŞ

Pandemi, bulaşıcı bir hastalık etkeninin sebep olduğu, ulusal sınırları aşan, dünyanın büyük bir kısmına (örneğin bir veya birkaç kıtaya) veya tamamına aynı anda yayılan salgın hastalıklar için kullanılan bir kavramdır¹. Bir salgın hastalık bu boyuta ulaştıysa, Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından “pandemi” olarak ilan edilir. Nitekim, Covid-19 (Koronavirüs) salgın hastalığı 11 Mart 2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından “pandemi” olarak ilan edilmiştir². Böylelikle, tüm dünya bu kavram ile tanışmış ve toplumsal yaşamı büyük ölçüde etkileyen zorlu süreç başlamıştır.

Pandemi, dünyanın birçok yerinde aynı anda, hızlıca ve kolay bir şekilde yayıldığından, kamu sağlığını çok ciddi bir şekilde tehdit etmektedir. Sadece Türkiye’nin değil tüm dünyanın sorunu olan, kamu sağlığını tehdit eden pandemilere karşı devletin seyirci kalması, tedbir almaması ve sorunların kendiliğinden çözülmesini beklemesi elbette ki düşünülemez. Devlet, pandemiye ortadan kaldırmak ve toplumu söz konusu hastalıktan korumak için çeşitli tedbirler almak zorundadır. Covid-19 hastalığı, pandemi ilan edildikten sonra, Türkiye’de alınan idari kolluk tedbirlerini, kullanıldıkları döneme göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. İdari kolluk yetkileri olağan dönemde ve olağanüstü hal döneminde kullanılabilir. OHAL döneminde kullanılan idari kolluk yetkileri çok daha geniştir.

Pandemi sürecinde alınan idari kolluk tedbirlerinden biri de sokağa çıkma yasağıdır. Sadece Türkiye’de değil, dünyanın birçok ülkesinde bu tedbire başvurulmaktadır. Ancak diğer taraftan, sokağa çıkma yasağı ilanı, ilan edilen yerdeki toplumsal yaşamı, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini oldukça fazla etkilemektedir. Bu nedenle, sokağa çıkma yasağı kavramının hukuki açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada idare hukuku açısından, pandemi döneminde sokağa çıkma yasağı kavramı ve kapsamı, sokağa çıkma yasağı ilanının hukuki niteliği ve hukuki dayanakları, yasağın temel hak ve özgürlüklere etkisi incelenecek, sokağa çıkma yasağı ilanı ile bu yasağa uymama nedeniyle uygulanan idari yaptırımların yargısal denetimi üzerinde durulacaktır.

II. SOKAĞA ÇIKMA YASAĞI KAVRAMI ve PANDEMİ SÜRECİNDE YASAĞIN KAPSAMI

Sokağa çıkma yasağının mevzuatta bir tanımı bulunmamaktadır. Sokağa çıkma yasağı, belli bir bölgede yaşayan kişilerin sağlıklı, hasta ya da hasta olduğundan şüphelenilen gibi bir ayırım yapılmaksızın, buldukları mahal dışına çıkmalarını yasaklayan geçici ve istisnai bir idari kolluk tedbiri olarak tanımlanabilir³. Kişileri konut, işyeri gibi kapalı yerlerde tutmaya zorlayan sokağa çıkma yasağı, hareket serbestisine müdahale niteliğinde bir tedbirdir⁴. Bu tedbir, kişilerin gündelik hayatlarında sahip oldukları temel hak ve özgürlüklere kısıtlama getiren, özellikle olağanüstü hal ilanı gibi durumlarda başvurulmuş istisnai bir tedbirdir⁵. Temel hak ve özgürlükleri fazlasıyla etkileyen bu kavramın, mevzuatta mutlaka tanımlanması gerekmektedir.

Sokağa çıkma yasağının (*curfew*) benzer kavramlarla arasındaki farka da değinmek gerekir. Örneğin “*karantina*” (*quarantine*)⁶ ile sokağa çıkma yasağı kavramları aynı anlama gelir mi? Türk Dil Kurumu tarafından yapılan tanıma göre karantina “*bulaşıcı bir hastalığın yayılmasını önlemek*

¹ PORTA, Miquel/LAST, John M.: Oxford Dictionary of Public Health, Second Edition, Oxford University Press, New York 2018; ŞİRİN, Tolga: “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş” (Tehlikeli Salgın), Anayasa Hukuku Dergisi, 9 (17), 2020, s.53; KOCATÜRK, Utkan: Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü, 6.Basım, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1994, s.537.

² https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-press-conference-full-and-final-11mar2020.pdf?sfvrsn=cb432bb3_2, (Erişim Tarihi: 10.07.2020).

³ ARDIÇOĞLU, Artuk: “Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı Midir?” (27 Kasım 2015), (Sokağa Çıkma Yasağı) <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> (Erişim Tarihi: 18.05.2020). Ayrıca bkz. CİN KARAGÖZ Emine: “Özel Güvenlik Bölgesi ve Sokağa Çıkma Yasağı İlanının Hukuki Niteliği ve Uygulamadan Kaynaklı Sorunlar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(2), 2016, s.628.

⁴ ŞİRİN Tolga: Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (Özgürlük), Avrupa Konseyi Yayını, Ankara 2018, s.34.

⁵ Venedik Komisyonu 842/2016 Sayılı Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu, Strazburg, 13 Haziran 2016, CDL-AD(2016)010., Çeviri Metni, Ankara Barosu Dergisi, S.2017/3, s.356, §17, 18, 21, 39, 72. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-3/13.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

⁶ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma” başlıklı 195.maddede “karantina” kavramı kullanılmaktadır.

*için belli bir bölgenin veya yerin kontrol altında tutulup giriş çıkışların engellenmesi biçiminde uygulanan sağlık önlemidir*⁷. Bu kavram sokağa çıkma yasağından farklıdır. Karantinada belli bir bölgeye giriş ve çıkışların engellenmesi söz konusudur; bunun nedeni genellikle o bölgede hastalığın görülmüş olması veya hastalık şüphesi bulunan kişilerin varlığıdır⁸. Ancak, karantina tedbiri, karantina altına alınan kişilerin hasta olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır⁹. Örneğin, Türkiye’de Covid-19 salgını başladığı dönemde, yurt dışından gelen kişilerin Kredi ve Yurtlar Genel Müdürlüğü’ne bağlı yurtlarda 14 gün süre ile tutulması tedbiri “karantina” olarak değerlendirilebilir¹⁰. Sokağa çıkma yasağında ise belli bir bölgeye giriş çıkışların engellenmesinden ziyade, kişilerin buldukları mahalden, genellikle de ikametgahlarından dışarı çıkmasının engellenmesi söz konusudur. Sokağa çıkma yasağında, yasağın uygulandığı bölgede hasta olan veya hasta olduğundan şüphelenilen kişilerin tespit edilmiş olması gerekmez. Bu yasak sağlıklı kişilere de uygulanır. Üzerinde durulması gereken bir diğer kavram ise “tecrit”tir. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda tecrit kavramı (*isolation*) çokça yer almaktadır¹¹. Tecrit “ayırma, ayrı bir tarafta tutma” olarak tanımlanmaktadır¹². Bu kavram 1593 sayılı Kanun’da hasta olan ya da hasta olduğundan şüphelenilen kişilerin ayrı bir yerde (örneğin evde veya hastanede¹³) tutulması anlamında kullanılmaktadır. Dolayısıyla tecrit kavramı da sokağa çıkma yasağından farklıdır; tamamıyla sağlıklı olan ve hastalık şüphesi de taşımayan kişiler bakımından söz konusu değildir. Sokağa çıkma yasağı karantina ve tecrit ile karşılaştırıldığında, genellikle sağlıklı kişiler de dahil olmak üzere çok daha geniş kitleleri etkilemesi, hatta bazen tüm ülkenin yasak kapsamına alınması bakımından da diğer kavramlardan farklıdır. Tecrit ile karantina kavramları arasında da fark vardır. Karantinada, hastalığın yayılmasını önlemek için belli bir bölgeye giriş çıkışların engellenmesi söz konusu iken, tecritte belirli kişi veya kişilerin (hasta veya hasta olduğundan şüphelenilen kişilerin) hastane veya ev gibi belli bir yerde tutulması söz konusudur.

Sokağa çıkma yasağının kapsamı kişi bakımından, yer bakımından ve zaman bakımından olmak üzere üç boyutta ele alınabilir. Kişi bakımından kapsama bakıldığında, Türkiye’de Covid-19 pandemisinde sokağa çıkma yasağının başta herkes için getirilmediği görülür. Yasak, üç ayrı gruba farklı zaman dilimlerinde uygulanmıştır. İlk olarak “65 yaş ve üstü olanlar ile kronik rahatsızlığı olanlar” a bu yasak uygulanmaya başlanmış, daha sonra “20 yaş altı olanlar” a uygulanmış ve en son “diğer kişiler” e uygulanmıştır. Bu noktada yasağının bazı kişiler bakımından uygulanıp, bazı kişiler bakımından uygulanmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülebilir. Bu yüzden, yasağın neden belirli gruplara uygulanması gerektiğinin bilimsel verilere dayanması ve bu verilerin kamuoyu ile paylaşılması gerekir. Örneğin, hangi rahatsızlıklar kronik hastalıktır? Bu gruba giren bir kişi, kronik rahatsızlığı olduğu halde yasağı ihlal ederek sokağa çıkarsa, bu kişinin yasak kapsamında olduğu nasıl tespit edecektir? Kronik rahatsızlığı olan kişilerin belirlenmesi için hangi rahatsızlıkların kronik hastalık olduğunun, bu kişilerin sokağa çıkması durumunda nasıl tespit edileceğinin mevzuatta düzenlenmesi gerekir. Aynı şekilde 65 yaş ve 20 yaş sınırlarının hangi bilimsel verilere göre belirlendiğinin de açıklanması gerekir. Kısacası, kişi bakımından yasağın kapsamı, salgınla mücadele bakımından elverişli olduğu ölçüde, mümkün olduğunca sınırlı tutulmalı ve sadece bilimsel verilere dayanmalıdır. Bu kişilere yasağın uygulanması, somut ve bilimsel verilere göre tıbbi açıdan zorunluluk arz etmelidir.

⁷ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 27.05.2020).

⁸ İçişleri Bakanlığı’nın internet sitesinde Covid-19 pandemisi ile ilgili olarak şu açıklamaya yer verilmiştir: “Halihazırda, bugün saat 20.00 itibarıyla 25 ilimizdeki, 2 belde, 17 köy, 45 mahalle ve 2 mezra olmak üzere toplam 66 yerleşim yerinde karantina tedbirleri uygulanmakta olup bu yerleşim yerlerindeki toplam nüfus 61.559’dur. Öte yandan 63 ildeki, 395 yerleşim yerinde karantina kararı ise kaldırılmıştır.” <https://www.icisleri.gov.tr/81-ildeki-4-gunluk-sokaga-cikma-kisitlamasi-26-mayis-saat-2400da-sona-eriyor> (Erişim Tarihi: 27.05.2020)

⁹ SEVER, Çiğdem: “Covid-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme”, Anayasa Yargısı, 9 (17), 2020, s.206.

¹⁰ SEVER, s.206.

¹¹ Örneğin Kanun’un 73.maddesinde tecrit ve cebri tecrit kavramları kullanılmaktadır. Maddede kolera ve veba ve ruam hastalıklarına yakalananlar dışındaki hastaların evlerinde tecrit edilmelerine izin verileceği belirtilmektedir. Ayrıca yine aynı maddede cebri tecrit “hastaların veya bu maddede zikredilen şüphelilerin Hükümetçe tayin edilecek mahallerde, her türlü ihtilattan memnu olarak ve zabıta murakabesi altında bulundurulmalarıdır” şeklinde tanımlanmaktadır.

¹² <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 27.05.2020)

¹³ SEVER, s.206.

Sokağa çıkma yasağının yer bakımından kapsamına bakıldığında, tüm ülkede veya sadece bazı illerde veya bazı ilçelerde, hatta bir ilçede bazı mahallelerde uygulandığı görülmektedir¹⁴. Covid-19 pandemisi sürecinde 65 yaş ve üstü olanlar, kronik rahatsızlığı olanlar ile 20 yaş altı olanlar bakımından yasak 81 ilde, yani tüm ülkede uygulanmıştır. Bunlar dışında kalan kişiler bakımından ise belirli illerde (30 Büyükşehir ve Zonguldak il sınırları içerisinde) yasak uygulanmıştır. Örneğin 23-26 Mayıs 2020 tarihlerinde bu yasak tüm ülkede ve herkes için uygulanmıştır¹⁵.

Sokağa çıkma yasağının yer bakımından kapsamı konusunda bir noktanın daha aydınlatılması gerekmektedir. Örneğin konutun bahçesi yasak kapsamında kabul edilebilir mi? Adres ve Numaralamaya İlişkin Yönetmelik'in m.4/o'da sokak "*bir veya iki tarafına binaların sıralandığı, yayaların ve/veya araçların geçmesi için ayrılan, başı ve sonu belirli bir yoldur*" şeklinde tanımlanmaktadır. Madde 4/n'de site ise "*genellikle bir merkezden yönetilen binalar grubu*" olarak tanımlanmaktadır. Bu hükümlere bakıldığında, müstakil bir konutta yaşayanlar için bahçeye çıkmanın mümkün olduğu, sitenin sokak olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla sitenin bahçesinin yasak kapsamında olmadığı sonucuna varılabilir. Ancak tüm dünyayı etkisi altına alan pandemide, salgının önlenmesi için sosyal mesafe kuralına uyulmasının ne denli önemli olduğu da bilim insanları tarafından sürekli vurgulanmaktadır. Bu yüzden, bulaşma riskini azaltmak için, site gibi ortak alanların bulunduğu yerlerde yaşayanlar bakımından, bahçeye çıkmanın mümkün olmaması gerekir. Bunun için mevzuatta açık düzenlemelere ihtiyaç vardır.

Yasağın zaman bakımından kapsamına bakıldığında, bazen belirli tarihlerin verildiği, bazen de yasağın ucu açık, süre belirlenmeksizin getirildiği görülmektedir. Örneğin, Covid-19 salgınında, 65 yaş ve üstü olanlar ile kronik rahatsızlığı olanlar için 21.03.2020'den itibaren, 20 yaş altı olanlar için ise 03.04.2020'den itibaren yasak süresiz olarak getirilmiştir. 30 Büyükşehir ve Zonguldak il sınırları içerisinde, bunlar dışında kalan kişiler bakımından yasaklar hafta sonu ve bayram gibi resmi tatil günlerine denk gelen tarihlerde uygulanmıştır. Yasağın belirsiz bir süre uygulanması hem seyahat özgürlüğü ve kişi özgürlüğü gibi bazı temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunur, hem de ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturur. Eğer pandemi, aylarca kamu sağlığını tehdit etmeye devam edecekse, pandemi sona erene kadar yasağın en azından gün içinde belli saatlerle sınırlandırılması ve kişilerin günlük ihtiyaçlarını görebilmelerine izin verilmesi ölçülülük ilkesine uygun olacaktır.

Yasağın sadece kapsamının değil, istisnalarının belirlenmesi de temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından oldukça önemlidir. Yasak sırasında her ne kadar kişilerin buldukları mahal dışına çıkmaları mümkün değilse de, sağlık sorunları, temel ihtiyaçların giderilmesi (gıda, ilaç vb.), belirli meslekler bakımından iş yerine gitme gibi bazı zorunlu sebeplere dayanarak kişilere izin verilmesi gerekebilir. Mevzuatta bu istisnaların ayrıntılı olarak düzenlenmesi tereddütleri ortadan kaldırır. Bu süreçte, yasağa tabi kişilerin hangi durumlarda dışarıya çıkma imkanlarının bulunduğunu bilmeleri, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri açısından önemlidir. Pandemi sürecinde, İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan bazı genelgelerde yasağın istisnalarına yer verilmiştir. Ancak, bu genelgeler yasaktan hemen önce çıkarılmış ve Resmi Gazete'de yayımlanmamıştır. Kişiler yasağın kapsamını ve istisnalarını basın ve televizyon aracılığıyla öğrenmiştir. Hukuki güvenlik ilkesi açısından, bu konuda tüm istisnaları düzenleyen ayrıntılı bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır.

III. PANDEMİ SÜRECİNDE SOKAĞA ÇIKMA YASAĞININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İdareye, kamu düzenini sağlaması ve koruması için kolluk yetkileri verilmiştir. Kamu düzeninin unsurlarından biri de kamu sağlığıdır. Kamu sağlığının korunması için alınan tedbirler de idari kolluk tedbiri niteliğindedir. Anayasa'nın 56.maddesinde "*herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak*" devletin görevleri arasında sayılmaktadır. Hastalıkların tedavi edilmesi için sağlık hizmetini sunmanın yanı sıra, devlet gerekli denetimleri yaparak ve tedbirleri alarak, kamu sağlığını da korumak zorundadır¹⁶. Kamu sağlığının

¹⁴ Geçmişte Güneydoğu Anadolu 'da bazı il ve ilçelerde, hatta mahallelerde terör eylemleri nedeniyle sokağa çıkma yasağı ilan edilmiştir. Bkz. AYM, 26.2.2020; Meral Daniş Beştaş Başvurusu, Başvuru No. 2015/19545, §13.

¹⁵ İçişleri Bakanlığı'nın 19.05.2020 tarihli ve E.8184 sayılı "81 İlde 22.05.2020 Saat 24.00 İle 26.05.2020 Saat 24.00 Arasında Uygulanacak Sokağa Çıkma Kısıtlaması" Başlıklı Genelgesi, <https://www.icisleri.gov.tr/81-ilde-22052020-saat-2400-ile-26052020-saat-2400-arasinda-uygulanacak-sokaga-cikma-kisitlamasi> (Erişim Tarihi: 28.05.2020).

¹⁶ ULUSOY, Ali: Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.518.

korunması, uzun vadede toplumdaki her bir bireyin daha sağlıklı olmasını sağlayarak, sağlık hizmetine duyulan ihtiyacı da azaltır. Kamu sağlığının korunmasını sağlayan en etkin yöntemlerden biri de bulaşıcı ve salgın hastalıkların önlenmesidir. Kamu sağlığını tehdit edebilecek hastalıkların yok edilmesi/azaltılması için kolluk tedbirleri alınması zorunludur¹⁷.

Toplumu bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korumak için devlet gerekli tedbirleri alsa bile, alınan tedbirler pandemi dönemlerinde yeterli olmayabilir. Özellikle Dünya’da ilk kez görülen ve henüz aşısı bulunmamış olan hastalıklarda devletin aldığı tedbirleri arttırması gerekebilir. Sokağa çıkma yasağı da pandemi sürecinde devlet tarafından alınan tedbirlerdendir. Sokağa çıkma yasağı bir idari kolluk tedbiri olup genel karar niteliğindedir¹⁸. Bu işlem aynı zamanda geçici niteliğinden dolayı “genel etkili geçici karar¹⁹” olarak da nitelendirilebilir. Geçici idari işlem, idarenin kanuni bir düzenlemeye dayanarak, önceden belli olan ya da belirlenebilir bir süre için tesis ettiği idari işlemlerdir²⁰. Geçici idari işlem, geçerli olduğu süre boyunca, ilgililerin hukuki durumu üzerinde etki yaratır²¹. Bu nedenle, geçici idari işlem de tam bir idari işlem olup, ilgili üzerinde hukuki sonuç doğuran icrai nitelikte bir işlemdir²². Dolayısıyla, sokağa çıkma yasağı ilanı, her ne kadar geçici bir süre için düzenlense de yasak kapsamındaki kişiler bakımından önemli hukuki sonuçlar doğuran icrai nitelikte bir idari işlemdir. “Genel etkili geçici kararlar”, “genel karar” veya “ara işlem²³” olarak da ifade edilmekte olup, bu kararlar, genele yönelik olmakla birlikte düzenleyici işlemlerden farklı olup, tanımlanmış ya da tanımlanabilen bir grup insana yöneltilmiş, genellikle sürekli değil, sürelidir ve uygulanmakla etkileri tükenir²⁴. Bu işlemler hak yaratmaz ve ayrıca ilgiliye tebliğ ile değil, ilan veya yayın yoluyla yürürlüğe girer²⁵. Süreklilik özelliği olmayan bu işlemler, çok sayıda kişiye yönelik olup, bir şeye uyulması ya da bir şeyden kaçınılması yönünde emir içerir²⁶. Yasak da belli bir süre ile sınırlı olduğu, sokağa çıkmama yönünde bir emir içerdiği ve ayrıca ortak özellikleri önceden belli ya da belirlenebilen bir grup kişiye yönelik olduğu için “genel etkili geçici karar” niteliğindedir.

Sokağa çıkma yasağı ilanı bir idari işlem olduğuna göre, unsurları bakımından değerlendirmek gerekir. Covid-19 pandemisinde, her sokağa çıkma yasağı ilanı öncesinde, İçişleri Bakanlığı tarafından salgının önlenmesine ilişkin tedbirleri içeren bir genelge çıkarılmış ve genelgelerde valiliklerin sokağa çıkma yasağı da dahil olmak üzere birtakım tedbirler alması gerektiği belirtilmiştir. Valilikler İçişleri Bakanlığı’nın genelgeleri ile verilen talimatlar doğrultusunda hareket ederek, İl Umumi Hıfzıssıhha Kurullarını toplamış ve sokağa çıkma yasakları ilan etmiştir²⁷. Kısacası, sokağa çıkma yasağı ilanı yetkisi, İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulları tarafından kullanılmıştır. Mevzuatımızda salgın hastalıklarla mücadele konusunda İçişleri Bakanlığı’na verilmiş herhangi bir yetki yoktur. Bu kapsamda İçişleri Bakanlığı’nın sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkisi de yoktur²⁸. Salgın hastalıklarla mücadele konusundaki yetkiler Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile Sağlık Bakanlığı’na verilmiştir. Bu yüzden İçişleri

¹⁷ KIRATLI, Metin: Koruyucu İdari Hizmetler, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s.34.

¹⁸ ARDIÇOĞLU, Sokağa Çıkma Yasağı, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> (Erişim Tarihi: 18.05.2020).

¹⁹ ÖZAY, İl Han: Günişığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.432; TAN, Turgut: İdare Hukuku, 2.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.218.

²⁰ AKYILMAZ, Bahtiyar: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2000, s.60; YILMAZ, Dilşat: İdari İşlemin İcrailik Özelliği, Astana Yayınevi, Ankara 2014, s.38; “Önceden belli olmak mutlaka gün, ay, yıl olarak sürenin belli olması anlamına gelmez. Bu süre, işlemin dayanağı olan olgunun devamı süresi de olabilir. Önemli olan ister tarih olarak belirtilsin, ister belli bir hukuki olgunun varlığına dayansın, işlemin geçerlik süresinin belli veya belirlenebilir olmasıdır. (Örneğin; bayram tatili süresince, Mart ayı boyunca, 2008 yılı içerisinde gibi.)” AY, İrfan: “Geçici İdari İşlem Türü Olarak TSK’da Geçici Görevlendirme İşlemi ve Bu İşlemin Benzer Geçici İdari İşlemlerle Karşılaştırılması”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, 1(23), 2008, s.138.

²¹ Yılmaz, s.39.

²² Akyılmaz, s.60-61.

²³ GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 20.Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2018, s.250.

²⁴ ÖZAY, s.432; AKYILMAZ, s.48-50.

²⁵ GÖZLER/KAPLAN, s.250; Ne var ki Türkiye’de Covid-19 pandemisi sürecinde, sokağa çıkma yasakları, bazı il umumi hıfzıssıhha kurulları tarafından ilan edilmiş, bazıları tarafından ilan edilmemiştir.

²⁶ AKYILMAZ, s.50.

²⁷ Örnek kararlar için bkz. <http://www.ankara.gov.tr/kurul-kararlari> (Erişim Tarihi 01.06.2020).

²⁸ ŞEN, Ersan: De Facto, Olağanüstü Hal Uygulamaları”, 14.04.2020, (De Facto) <https://www.hukukihaber.net/de-facto-olaganustu-hal-uygulamalari-makale.7702.html> (Erişim Tarihi: 08.07.2020).

Bakanlığı'nın bu konuda çıkardığı genelgeler yetki unsuru yönünden hukuka aykırıdır²⁹. Öte yandan, İl Umumi Hıfzıssıhha Kurullarının da mevzuata göre sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkileri bulunmamaktadır. Bu süreçte ilan edilen yasaklar, yasal dayanaktan yoksundur ve yetkisi unsuru bakımından sakattır (Yetki sakatlığı konusu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir).

Sokağa çıkma yasağını şekil unsuru bakımında incelediğimizde, bazı valiliklerin internet sitelerinde bu kararların ilan edildiğini görüyoruz. Dolayısıyla, sokağa çıkma yasağının ilanla yürürlüğe girdiğini söyleyebiliriz. Yasağın sebep unsuru, Covid-19 hastalığının Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilmesi ve ülke çapında hızlı yayılım göstererek kamu sağlığını tehdit etmesidir. Yasağın konu unsuru, kişilerin buldukları mahalden dışarı çıkamamaları ve hareket serbestilerinin ortadan kalkmasıdır. Amaç unsuru ise, hastalığın yayılmasını önleyerek kamu sağlığının korunmasıdır.

IV. PANDEMİ SÜRECİNDE SOKAĞA ÇIKMA YASAĞININ HUKUKA UYGUNLUĞU

Covid-19 pandemisinde, sokağa çıkma yasağı İçişleri Bakanlığı genelgeleri üzerine İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararı ile getirilmiştir. İçişleri Bakanlığı'nın söz konusu genelgelerinin hiçbirisi Resmi Gazete'de yayımlanmamıştır. Bu genelgelerin orijinal metinlerine erişim mümkün olmamakla birlikte, bazılarının içeriklerine İçişleri Bakanlığı'nın internet sitesinden ulaşılabilmektedir³⁰. Kanımızca, ülke genelinde toplumsal hayatı ekonomik ve sosyal yönden etkileyen, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine kısıtlamalar getiren kararların alınmasına sebep olan böyle önemli genelgelerin Resmi Gazete'de yayımlanması, devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkesi açısından gereklidir. Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.4/1-ç'de Cumhurbaşkanlığınca Resmi Gazete'de yayımlanması uygun görülen karar ve genelgelerin Resmi Gazete'de yayımlanacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, pandemi sürecinde Cumhurbaşkanınca uygun görülen genelgelerin Resmi Gazete'de yayımlanması mümkündür. Özellikle tüm ülkeyi ilgilendiren, temel hak ve özgürlükleri etkileyen düzenleyici işlemlerin yayımlanması oldukça önemlidir.

İçişleri Bakanlığı'nın genelgelerinde şu ifadelere yer verilmektedir³¹:

“Alınan tedbirlerin, bulaşının yayılım hızına olan etkisinin en üst noktaya taşınabilmesi amacıyla; Büyükşehir statüsündeki 30 ilimiz ile Zonguldak ilini kapsayacak şekilde, İl İdaresi Kanununun 11/C maddesi ile Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 27 ve 72 nci maddesi uyarınca il valileri tarafından aşağıdaki ek tedbirlerin alınması gerekmektedir...”

Yukarıda belirtilen tedbirlere ilişkin Valiler/Kaymakamlar tarafından ilgili mevzuat uyarınca gerekli kararların ivedilikle alınması, uygulamada herhangi bir aksaklığa meydan verilmemesi ve mağduriyetlere neden olunmaması, alınan kararlara uymayan vatandaşlara Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 282 nci maddesi gereğince idari para cezası verilmesi başta olmak üzere aykırılığın durumuna göre Kanunun ilgili maddeleri gereğince işlem yapılması, konusu suç teşkil eden davranışlara ilişkin Türk Ceza Kanununun 195 inci maddesi³² kapsamında gerekli adli işlemlerin başlatılması hususunda; Bilgi ve gereğini arz ve rica ederim.”

Görüldüğü üzere İçişleri Bakanlığı genelgelerinde ve İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararlarında 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/C maddesi ile 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 27. ve 72. maddeleri sokağa çıkma yasağının hukuki dayanakları olarak gösterilmektedir. İl İdaresi Kanunu m.11/C'de valinin “*gereken karar ve tedbirler*”i alacağı ifade edilmektedir. Valinin gereken karar ve tedbirleri alma amacı ise “*huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması*”dır. Kamu sağlığının korunması ise amaçlar arasında sayılmamaktadır. Ayrıca, “*gereken karar ve tedbirler*” ibaresi de açık değildir. Düzenlemeden valinin sokağa çıkma yasağı ilan edebileceği anlaşılmamaktadır. Böyle bir yetkisi olduğu kabul edilse bile, yasağın kapsamı, süresi gibi koşullar açıklanmamıştır; bu nedenle “*gereken karar ve tedbirleri alma*” yetkisi, belirli ve somut

²⁹ GÜLER, Betül: “İdarenin Covid-19 Pandemisine İlişkin Sokağa Çıkma Yasağı Kararlarının Kanuni İdare İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, Covid-19 Özel Sayısı, 19(38), Yaz 2020/2, s.194.

³⁰ Genelgeler için bkz. <https://www.icisleri.gov.tr/haberler-yeni> (Erişim Tarihi: 02.06.2020).

³¹ Genelgeler için bkz. <https://www.icisleri.gov.tr/haberler-yeni> (Erişim Tarihi: 02.06.2020).

³² “*Türk Ceza Kanunu m.19: Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

bir yetki değildir³³. 11/C'deki hüküm, genel bir yetkilendirme hükmü niteliğinde olup, OHAL Kanunu'nda bile ayrı bir tedbir olarak düzenlenen sokağa çıkma yasağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır³⁴. Kısacası “gereken karar ve tedbirler” ibaresinin sokağa çıkma yasağını içerdiği söylenemez; çünkü hürriyet asıl, sınırlama istisna olduğundan, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan veya durduran yetkilerin kanunda açıkça belirtilmesi ve kapsamında tereddüt varsa dar yorumlanması gerekir³⁵. Her türlü tedbirin bu madde kapsamında alınabileceğini söylemek, Anayasa'nın 13.maddesine, hukuki belirlilik ilkesine aykırılık teşkil eder³⁶. Burada valiye takdir yetkisi verildiği kabul edilse bile, bu takdir yetkisi kanunla verilmiş olan yetkilerden durumun gereklerine en uygun olanını kullanma ile sınırlıdır; vali kanuni idare ilkesi uyarınca, kendisine kanunla hiç verilmemiş bir yetkiyi kullanamaz³⁷. “Gereken karar ve tedbirleri alma” yetkisi, ilgili mevzuatta verilmiş olan yetkilerden en uygununu seçerek kullanma şeklinde anlaşılmalıdır³⁸. Kanunda, bu yetkilerin neler olduğunun tek tek düzenlenmiş olması gerekir. Böylece, vali düzenlenen yetkilerden duruma göre en uygununu seçerek uyguladığı takdirde, idarenin kanuniliği ilkesine de aykırılık söz konusu olmaz.

Aynı fıkrada, valinin on beş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlayabileceği, belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebileceği veya kısıtlayabileceği düzenlenmektedir. Ancak, bu düzenlemeye dayanılarak da sokağa çıkma yasağı ilan edilemez³⁹; çünkü on beş gün ile sınırlı olarak “kişilerin belli yerlerde ve saatlerde dolaşmalarının yasaklanması” sokağa çıkma yasağından farklı bir tedbirdir. Oysa sokağa çıkma yasağı kişilerin buldukları/yaşadıkları yerden dışarı çıkmalarını tamamen yasaklayan bir tedbirdir. Ayrıca, 2935 sayılı OHAL Kanunu'nda valinin “belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmalarını ve toplanmalarını, araçların seyirlerini yasaklamak” (m. 11/b) ve “sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak” (m. 11/a) yetkileri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Söz konusu (b) bendi hükmü, 2018 yılında İl İdaresi Kanunu'nun 11.maddesinde de aynen düzenlendiği halde, sokağa çıkma yasağı İl İdaresi Kanunu'nda ayrıca düzenlenmemiştir; bu nedenle valinin 11/C'ye göre sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkisi bulunduğu söylenemez⁴⁰. İl İdaresi Kanunu m.11/C'de yer alan söz konusu düzenleme net, anlaşılır ve öngörülebilir olmadığından, hukuki belirlilik ilkesine aykırıdır⁴¹.

Öte yandan, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.91'e 2015 yılında eklenen 4.fıkrada,

³³ ŞİRİN, Tolga: “Gündeme İlişkin Değerlendirme: Olağan Dönemlerde Sokağa Çıkma Yasağı İlan Edilebilir mi?” (Olağan Dönem), Anayasa Hukuku Dergisi, 4(7), 2015, s.266.

³⁴ GÖZTEPE, Ece: İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.280

³⁵ GÖZLER, Kemal: “1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme” (Versiyon 4), (Anayasasızlaştırma) <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.06.2020), s.6; CİN KARAGÖZ, s.637.

³⁶ GÖZTEPE, s.280; ARDIÇOĞLU, Sokağa Çıkma Yasağı, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> (Erişim Tarihi: 18.05.2020).

³⁷ “19. Ancak Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.” Bkz. AYM, 7.4.2016; E.2015/94, K.2016/27.

ARDIÇOĞLU, Sokağa Çıkma Yasağı, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> (Erişim Tarihi: 18.05.2020).

³⁸ ARDIÇOĞLU, Sokağa Çıkma Yasağı <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> (Erişim Tarihi: 18.05.2020).

³⁹ ŞEN, De Facto, <https://www.hukukihaber.net/de-facto-olaganustu-hal-uygulamaları-makale.7702.html> (Erişim Tarihi: 08.07.2020).

⁴⁰ ÖZGENÇ, İzzet: “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti İle Seyahat Hürriyeti Bağlamında Özgürlük ve Güvenlik İlişkisi”, Anayasa Yargısı, 35, 2018, s.191.

⁴¹ “Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir takım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup; birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne tür müdahale yetkisini doğurduğunu, kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüüp, davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (B. No: 2013/849, 15/4/2013, § 34).” AYM, 26.6.2014, Murat Daş Başvurusu, Başvuru No: 2013/3063, §42 .

göztaltına alma sebepleri arasında “10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’na dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme” düzenlenmektedir (m.91/4-e). Buna rağmen, İl İdaresi Kanunu’nda “sokağa çıkma yasağı” şeklinde özel bir tedbir yer almamaktadır⁴². Dolayısıyla, kanunla valiye yetki verilmemiş olan bir konuda, göztaltı uygulaması öngörölmüştür. Söz konusu hüküm, ceza muhakemesine ilişkindir ve göztaltına alma kararı mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından verilebilmektedir⁴³. Ancak söz konusu hükümde sokağa çıkma yasağı ibaresi kullanılmış olsa bile, yasağın esasları düzenlenmemiştir. Sokağa çıkma yasağı ilan edebilecek yetkili makamın kanunda açıkça düzenlenmesinin yanısıra, ayrıca yasağın koşullarının, kapsamının ve uygulama şeklinin de düzenlenmesi gerekir. Açık ve öngörülebilir bir şekilde kanunla düzenlenmemiş olan bir tedbir kararına uymayanların göztaltına alınması da hukuka aykırıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki hüküm de sokağa çıkma yasağının hukuki dayanağını oluşturamaz.

Sokağa çıkma yasağının hukuki dayanağı olarak gösterilen diğere hükümler Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 27. ve 72. maddeleridir. Söz konusu Kanun 1930 yılında yürürlüğe girmiş, oldukça eski bir kanundur. Bu yüzden bazı yönlerden günümüz koşullarına uyumlu değildir. Kanun’un 27.maddesine göre, her ilde Umumi Hıfzıssıhha Kurulları yörenin sağlık durumunu göz önünde bulundurarak, şehir, kasaba ve köylerde sağlık durumunun iyileşmesine ve mevcut sakıncaların giderilmesine yarayan tedbirleri alma yetkisine sahiptir. Nitekim pandemide birçok ilde sokağa çıkma yasağına ilişkin tedbirleri bu kurullar almıştır. Kanun’un 28.maddesine göre, Umumi Hıfzıssıhha Kurullarının kararlarının gereğı vali ve kaymakam tarafından yerine getirilir ve bunun için izin gereken durumlar kaymakamlık tarafından valiliğe, valilik tarafından ise Sağlık Bakanlığı’na sorulur. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, salgın hastalıklara mücadele konusunda asıl yetkili olan makam Sağlık Bakanlığı’dır. Nitekim aynı Kanun’un 64.maddesinde, ülke genelinde veya bir kısmında bir salgın hastalığın ortaya çıkması durumunda, o hastalığa karşı bu kanunda belirtilen tedbirlerin tümünü veya bir kısmını uygulamaya Sağlık Bakanlığı’nın yetkili olduğu belirtilmektedir⁴⁴. Oysa, pandemide sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi gerektiğı yönündeki genelgeler İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılmıştır.

Sokağa çıkma yasağının hukuki dayanağı olarak gösterilen bir diğere hüküm Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 72.maddesidir. Bu maddede Kanun’un 57.maddesinde belirtilen hastalıkların ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphelenilmesi durumunda alınacak tedbirler düzenlenmektedir. Kanun oldukça eski tarihli olduğundan, Covid-19 hastalığı 57.maddede yer almamaktadır. Aynı Kanun’un 64.maddesinde, 57.maddede belirtilenlerden başka herhangi bir salgın hastalığın ortaya çıkması durumunda da, o hastalığa karşı bu Kanun’da sayılan tedbirlerin Sağlık Bakanlığı tarafından alınabileceğı ifade edilmektedir. 72.maddede sayılan tedbirler arasında sokağa çıkma yasağı tedbiri yer almamaktadır. Madde 72/1’de hasta olan veya hasta olduğundan şüphelenilen kişilerin belli bir süre ile sınırlı olmak üzere ikametgâhlarında veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecriti düzenlenmektedir. En başta da belirttiğimiz gibi tecrit ile sokağa çıkma tedbirleri farklı tedbirlerdir.

Kısacası olağan dönemde sokağa çıkma yasağının dayanağı olarak gösterilen Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 27. ve 72.maddelerinde salgın hastalık nedeniyle sokağa çıkma yasağı ilan edilebileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, İl İdaresi Kanunu’ndaki ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’ndaki düzenlemeler, yasağın hukuki dayanağını oluşturamaz⁴⁵. İdarenin kanuna dayanmadan temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran veya durduran bir idari işlem tesis etmesi mümkün değildir⁴⁶. İlan edilen yasaklar, hukuk devleti

⁴² ÖZGENÇ, s.192.

⁴³ ARDIÇOĞLU, Sokağa Çıkma Yasağı, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> (Erişim Tarihi:, 18.05.2020).

⁴⁴ Ayrıca 1 No’lu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 352’nci maddesinde, Sağlık Bakanlığı’nın görevleri arasında “*halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi için çalışmalar yapmak*” ve “*uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkeye girmesini önlemek*” sayılmaktadır. Yine aynı Kararname’nin 361.maddesinde Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü’nün bulaşıcı hastalıklarla mücadele konusundaki görevleri sayılmakta, ancak bu düzenlemeler arasında da sokağa çıkma yasağı tedbiri yer almamaktadır.

⁴⁵ GÖZLER, Kemal: “*Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun Mu? (2)*”, (Korona Virüs), <http://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (Erişim Tarih: 09.07.2020).

⁴⁶ GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 10.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s.134; ARDIÇOĞLU, Sokağa Çıkma Yasağı, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri->

ilkesine ve idarenin kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturur⁴⁷. Olağan dönemde valiye kanunla açıkça sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkisi verilmediğinden, ilan edilen yasak da, yetki ve konu unsuru bakımından hukuka aykırıdır ve kanuni dayanağı olmadığından fonksiyon gaspı sebebiyle yok hükmünde kabul edilmelidir⁴⁸.

V. PANDEMİ SÜRECİNDE SOKAĞA ÇIKMA YASAĞININ TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Sokağa çıkma yasağı bir idari kolluk tedbiridir. İdari kolluk tedbirleri kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırır. Ancak kolluk makamlarının kendiliğinden bir temel hak ve özgürlüğü tamamen ortadan kaldıran, yani onun özüne dokunan bir yasaklama koyması Anayasa'ya aykırı olur⁴⁹. Pandemi sürecinde ilan edilen sokağa çıkma yasakları da, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, kişi özgürlüğü ve güvenliği, çalışma hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı, özel yaşama saygı hakkı gibi birçok temel hak ve özgürlüğü etkilemiştir⁵⁰. Hatta bu dönemde, sokağa çıkma yasağı bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlamanın ötesinde tamamen durdurmuştur. Örneğin bazı kişiler bakımından (65 yaş ve üstü gibi) seyahat özgürlüğü ile kişi özgürlüğü ve güvenliği tamamen ortadan kaldırılmıştır.

Sokağa çıkma yasağının hangi temel hak ve özgürlükleri nasıl etkilediği, her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir⁵¹. ŞİRİN, sokağa çıkma yasağının kişinin temel hak ve özgürlüklerini durdurup durdurmadığını tespit edebilmek için, kişinin günlük işlerini yapabilmesinin engellenip engellenmediği ölçütünden hareket etmektedir. Buna göre, her somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yaparak, kişinin günlük işlerini yapabilmesinin gözardı edilemeyecek bir süre engellendiği tespit edilebiliyorsa, kişi özgürlüğünün durdurulmasından söz edilebilecektir⁵².

Doktrinde sokağa çıkma yasağının temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisi tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yasak temel hak ve özgürlükleri sınırlamaktadır⁵³. Diğer bir görüşe göre ise, yasak temel hak ve özgürlükleri durdurmaktadır⁵⁴. Sınırlama, belli bir hakkın Anayasada belirlenmiş bulunan norm alanı içinde, kişiye sağlanan olanakları daraltan bir müdahale niteliğinde olup, hakkın kullanılmasını tamamen engellemektedir⁵⁵. Durdurma ise sınırlamayı aşan bir kavram olup, belli bir süre bir hakkın kullanılmasının mümkün olmaması anlamına gelir⁵⁶. Sokağa çıkma yasağının tüm temel hak ve özgürlükleri aynı şekilde etkilediği söylenemez. Bazı hakları sınırlamış, bazı hakları durdurmuştur. Yasak sürecinde, kişiler ikametgâhlarından, iş yerlerinden veya buldukları başka bir yerden hiç çıkamamış ve günlük hayatlarında yaptıkları

midir (Erişim Tarihi: 18.05.2020).

⁴⁷ GÜLER, s.194.

⁴⁸ ARDIÇOĞLU Sokağa Çıkma Yasağı, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> (Erişim Tarihi: 18.05.2020); GÖZLER/KAPLAN, s.324.

⁴⁹ KIRATLI, s.41.

⁵⁰ ARDIÇOĞLU, Sokağa Çıkma Yasağı, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> (Erişim Tarihi: 18.05.2020).

⁵¹ “§18.Sokağa çıkma yasağından etkilenebilecek haklar ve özgürlükler, bu yasağın uygulandığı duruma ve alınan spesifik tedbirlere bağlı olarak büyük değişiklikler gösterebilir. Bu hak ve özgürlükler şöyle sıralanabilir; kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı; özel ve aile hayatına saygı hakkı; toplanma özgürlüğü; örgütlenme özgürlüğü; din özgürlüğü; bilgi alma ve verme özgürlüğü, mülkiyetin korunması hakkı, eğitim hakkı, işkence ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağı, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı.” Venedik Komisyonu 842/2016 Sayılı Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu, Strazburg, 13 Haziran 2016, CDL-AD(2016)010., Çeviri Metni, Ankara Barosu Dergisi, 75(3), 2017, s.356-357, <http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakale/2017-3/13.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

⁵² ŞİRİN, Özgürlük, s.34

⁵³ ŞEN, Ersan: “Sokağa Çıkma Yasağı ve Seçimin Ertelenmesi” (14.09.2015), (Sokağa Çıkma Yasağı) <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1553832-sokaga-cikma-yasagi-ve-secimin-ertelenmesi>, (Erişim Tarihi: 17.06.2020); KIRIŞIK, Fatih/DURDU, Muhammet: “Vali ve Kaymakamların Sokağa Çıkma Yasağı ve Güvenlik Bölgesi İlan Etmesi”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 47, 2016, s.173.

⁵⁴ ARDIÇOĞLU, Sokağa Çıkma Yasağı, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> (Erişim Tarihi: 18.05.2020); ŞİRİN, Olağan Dönem, s.266; GÖZLER, Anayasasızlaştırma, <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.06.2020), s.7; CİN KARAGÖZ, s.632-633.

⁵⁵ SAĞLAM, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982, s.23.

⁵⁶ “Durdurma, temel hakkı ortadan kaldırma ya da kullanılamaz hale getirme amacı taşımaksızın, salt sıkıyönetim koşullarının zorunlu kıldığı durumlarda hak kullanımını geçici olarak ertelemek anlamını taşımaktadır. Şu halde geçicilik, durdurma kavramının en önemli unsurudur.” SAĞLAM Fazıl, s.180-181.

birçok şeyi yapamamış, özgürce ve diledikleri gibi hareket edememiştir. Bu da en başta kişilerin seyahat özgürlüğünü⁵⁷ etkilemiştir. Bu sürecin başında yasağa tabi kişilerin belirli saat aralıklarında da olsa dışarıya çıkmasına hiç izin verilmemiş ve seyahat özgürlüğü durdurulmuştur⁵⁸. Yine aynı şekilde, hiç dışarıya çıkamayan kişilerin serbestçe hareket edebilmesi engellendiği için, kişi özgürlüğü ve güvenliği⁵⁹ de durdurulmuştur. Eğitim ve öğrenim hakkı, uzaktan eğitim imkanı sunulan öğrenciler bakımından sınırlanmış; uzaktan eğitim imkanı sunulamayan öğrenciler bakımından durdurulmuştur⁶⁰. Çalışma hakkı bakımından da kişiden kişiye değişiklik arzeden durumlar ortaya çıkmış ve kimileri için bu hak durdurulmuş, kimileri için uzaktan çalışmak suretiyle sınırlanmıştır. Kişiler çekirdek aile dışında, diğer yakınları ile özgürce görüşmemişler ve bu bağlamda özel yaşama saygı hakları da sınırlanmıştır⁶¹. Burada hepsini saymak mümkün olmamakla birlikte, bunun gibi daha birçok temel hak ve özgürlük sokağa çıkma yasağından etkilenmiştir.

İster sınırlama olsun, ister durdurma olsun, bunların Anayasa’da belirtilen koşullara uygun olarak yapılması gerekir. Sınırlama (AY m.13) olağan dönemde, durdurma (AY m.15) ise olağanüstü dönemde söz konusu olur. Pandemi sürecinde olağanüstü hal ilan edilmediğinden, öncelikle olağan dönem bakımından Anayasa hükümlerini değerlendirmek gerekir. Olağan dönemde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için Anayasa m.13’deki koşulların gerçekleşmesi gerekir. Sokağa çıkma yasağı da olağan dönemde ilan edildiğine göre, Anayasa m.13’teki koşulları sağlamalıdır⁶². Bunun için öncelikle, sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkisinin mutlaka kanunla ve açıkça düzenlenmesi gerekir⁶³ ve bu düzenlemede yasağın süresinin, kapsamının, istisnalarının da yer alması belirlilik ilkesi bakımından oldukça önemlidir⁶⁴. Ayrıca, olağan dönemde bu yasağın, Anayasa’ya uygun olabilmesi için, temel hak ve özgürlükleri durdurma boyutunda değil, sınırlandırma boyutunda etkilemesi gerekir. Örneğin, seyahat özgürlüğünün veya kişi özgürlüğünün tamamen ortadan kaldırılması yerine, belirli saatlerde ve belirli mahallerde kullanılabilmesi sağlanmalıdır⁶⁵. Ölçülülük ilkesi uyarınca sokağa çıkma yasağı, sınırlama amacı bakımından elverişli, gerekli ve orantılı olmalıdır⁶⁶. Kolluk tedbirleri önlenmek istenen tehlikenin ağırlığı ile orantılı olmalı ve tehlikenin önlenmesi için gerekli olandan daha ağır tedbirler uygulanmamalıdır⁶⁷. Belirsiz bir süre ve kesintisiz uygulanan sokağa çıkma yasakları pek çok temel hak ve özgürlüğün özüne dokunur. Kişinin temel ihtiyaçlarını

⁵⁷ “Seyahat özgürlüğü, dolaşım, gidip-gelme, yer değiştirme ve yerleşme serbestliğini ifade eder. Gezme, hareket etme ya da bulunduğu yerde kalma alıkonulamama (ne de tutuklanma), ikametini seçme, bu özgürlük kapsamında yer alır. İstediği gibi arzu edilen yere gitmek ve gelmek, beden özgürlüğü ile güvenlikle ilişkilidir.” KABOĞLU, İbrahim: Özgürlükler Hukuku, 6.Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s.320.

⁵⁸ Sokağa çıkma yasağının seyahat özgürlüğünü durdurmadığı, sadece sınırladığı yöndeki görüş için bkz. KIRIŞIK/DURDU, s.179.

⁵⁹ “Kişi özgürlüğü ve güvenliği, insanın vücut ve hareket serbestisine sahip olması demektir. Bu hürriyete ve güvenliğe sahip olan kişi istediği hareketi yapabilir, istediği gibi dolaşabilir, yiyip içebilir, fiziki ihtiyaçlarını giderebilir.” GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku (Anayasa Hukuku), 22.Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2018, s.147.

⁶⁰ ŞİRİN, eğitimin uzaktan yürütülmesini belli bir yere kadar sınırlama olarak ifade ettikten sonra, eğitimin bir yarıyı veya daha fazla bu şekilde yürütülmesini durdurma olarak ifade etmiştir. ŞİRİN, Tehlikeli Salgın, s.128.

⁶¹ ŞİRİN, Tehlikeli Salgın, s.89, 97.

⁶² GÖZLER, Anayasasızlaştırma, <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.06.2020), s.8; GÖZLER, Korona Virüs, <http://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (Erişim Tarihi: 09.07.2020); ŞİRİN, Olağan Dönem, s.269; CİN KARAGÖZ, s.631; Hatta olağan dönemlerde bu yasağın uluslararası sözleşmelerde yer alan sınırlama koşullarına da uyması gerekir. Bkz. Venedik Komisyonu 842/2016 Sayılı Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu, Strazburg, 13 Haziran 2016, CDL-AD(2016)010., Çeviri Metni, Ankara Barosu Dergisi, 75(3), 2017, §22, s.358, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-3/13.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

⁶³ GÖZLER, Anayasasızlaştırma, <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.06.2020), s.4.

⁶⁴ ARDIÇOĞLU bu yetkinin, Anayasa’nın 13.maddesindeki sınırlamalara uygun bir kanuni düzenlemeye dayalı olarak, istisnai hallerde ve ayrıca kapsam ve süresi gibi koşulların açıkça belirlenmiş olması şartıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde idareye verilebileceğini ancak asıl olarak yargı organına verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. ARDIÇOĞLU, Artuk: “Ama Hukuk...” (Ama Hukuk) (10 Ocak 2016), <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7431/ama-hukuk> (Erişim Tarihi: 23.04.2020).

⁶⁵ ŞİRİN, Tehlikeli Salgın, s.104.

⁶⁶ SAĞLAM Fazıl, s.114; “Yasal düzeyde öngörülecek sokağa çıkma yasağı, uygulanma biçimi ve süresiyle bu hakların özlerine dokunmayan, demokratik bir toplumda kabul edilebilir önlemleri içeren, ölçülülük (gerekli-elverişli-orantılı olma) ilkesine uygun bir tedbir olmalıdır.”; ARDIÇOĞLU, Ama Hukuk, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7431/ama-hukuk> (Erişim Tarihi: 23.04.2020).

⁶⁷ SAĞLAM Fazıl, s.115; KIRATLI, s.42.

karşılayabilmesi için belirli zaman dilimlerinde izin verilmelidir. Kısacası, yasağın da salgın hastalığı önlemek için gerektiği ölçüde ve mümkün olduğunca kişilerin temel hak ve özgürlüklerini tamamen ortadan kaldırmayacak şekilde uygulanması gerekir. Sınırlama boyutunu aşan yasaklar, olağan dönemde olağanüstü hal yetkisinin kullanılması anlamına gelir ve bu da Anayasa'ya aykırı olur⁶⁸.

Öte yandan, olağan dönemde, genel sağlık sebebi ile sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkisinin kanunla idareye verilebilmesi için, Anayasa'nın ilgili maddelerinde böyle bir özel sınırlama sebebinin bulunması gerekir. Örneğin Anayasa m.23'e göre, seyahat özgürlüğü sadece suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amacıyla sınırlanabilir. Dolayısıyla bizim de katıldığımız görüşe göre, olağan dönemde seyahat özgürlüğü genel sağlık sebebiyle sınırlandırılmaz⁶⁹. Diğer taraftan, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sınırlanabilmesi için Anayasa'nın 19.maddesinde özel sınırlama sebepleri sayılmıştır; maddede "hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavisi" istisna olarak belirtilmekle birlikte, "genel sağlık" gibi bir sebep yer almamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.5/1'de ise herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu, bu özgürlüğün kanunla sınırlanabileceği ve sınırlama sebepleri arasında "bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin tutulması" sayılmaktadır. Ancak bu hüküm, sadece hastalığı yayabilecek yani hasta veya hasta olduğundan şüphelenilen kişiler bakımından geçerli olup, herkesi kapsamamaktadır. Diğer bir deyişle, bu hüküm yasağın dayanağı olamaz. Dolayısıyla, gerek seyahat özgürlüğü, gerekse kişi özgürlüğü ve güvenliği, olağan dönemde, genel sağlık sebebi ile sınırlandırılmaz. Anayasa'nın 48.maddesinde düzenlenen çalışma özgürlüğü bakımından ise herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Dolayısıyla, çalışma özgürlüğü de genel sağlık sebebiyle ve kanunla sınırlandırılmaz⁷⁰. 42.maddede düzenlenen eğitim ve öğrenim hakkı da olağan dönemde, genel sağlık sebebi ile sınırlandırılmaz; örneğin olağan dönemde eğitim kurumları öğrenime ara veremez. Görüldüğü üzere, olağan dönemde, bulaşıcı hastalıkların önlenmesi ve genel sağlığın korunması amacıyla sokağa çıkma yasağı ilan etmek, kanunla düzenlense bile Anayasa'ya aykırı olacaktır.

Eğer sokağa çıkma yasağı çok katı bir şekilde, kesintisiz uygulanarak bazı temel hak ve özgürlükler durdurulacak ve belirli bir süre boyunca hiç kullanılmayacaksa, o zaman Anayasa'daki durdurma koşullarının sağlanması gerekir. Durdurma ise olağanüstü hal ilanını gerektirir. Anayasa'nın 119.maddesine göre, OHAL ilanını gerektirecek sebeplerden biri de tehlikeli bir salgın hastalığın ortaya çıkmasıdır. Olağanüstü halde, yasak, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'na uygun olarak ilan edilmelidir⁷¹. Olağanüstü Hal Kanunu'nun 9.maddesinde, tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hal ilanında alınacak tedbirler düzenlenmektedir. Ancak bu tedbirler arasında sokağa çıkma yasağı bulunmamaktadır. OHAL Kanunu m.11'e göre "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması" durumunda OHAL ilanında, sokağa çıkmayı

⁶⁸ CİN KARAGÖZ, s.628-629.

⁶⁹ SAĞLAM Fazıl, s.254; GÖZLER, Anayasa Hukuku, s.127, 149; GÖZLER, Korona Virüs, <http://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (Erişim Tarihi: 09.07.2020); SEVER, s.200.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de eski tarihli bir kararında, KHK ile düzenlenen genel nüfus sayımlarında sokağa çıkma yasağı getirilebileceğine ilişkin hükmü iptal etmiştir. Kararda, 19. ve 23.maddelerde belirtilen sebeplere bağlı kalınması gerektiği belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre "dava konusu kuralla getirilen sokağa çıkma yasağı, 19. ve 23. maddelerde belirtilen sınırlamalar içinde yer almamaktadır. Her iki kural da Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde, başka bir anlatımla Anayasa'nın 91. maddesi ile sıkıyönetim ve olağanüstü haller dışında kanun hükmünde kararnamele düzenleme yapılamayacağı belirtilen yasak alanda yer almaktadır. İtiraz konusu 219 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi ile genel nüfus sayımlarında sokağa çıkma yasağı getirilerek, Anayasa'nın 19. ve 23. maddelerinde anlatılmı bulan temel hak ve özgürlüklerin kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi, Anayasa'nın 91. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Kuralın iptali gerekir." AYM, 26.11.2002, E.2000/82, K.2002/193; Aksi yöndeki görüş için bkz. SAĞLAM, Mehmet: "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", Anayasa Yargısı, 19 (1), 2002, dn. 57; ŞİRİN, Tehlikeli Salgın, s.69.

Ayrıca, seyahat özgürlüğü, Türkiye tarafından 19.10.1992 tarihinde imzalanmış ancak onaylanmamış olan AİHS'ne Ek 4 No'lu Protokol m.2 ve onaylanmış olan Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 12.maddesi ile de güvence altına alınmıştır. Ancak, Protokol Türkiye tarafından onaylanmadığı için, yasak ilanına dayanak teşkil edemez. Ayrıca, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 12.maddesinde kamu sağlığı bir sınırlama sebebi olarak belirtilmekle birlikte, kanunla sınırlama zorunluluğu da açıkça vurgulanmaktadır.

⁷⁰ GÖZLER, Korona Virüs, <http://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (Erişim Tarihi: 09.07.2020).

⁷¹ ŞİRİN, Tehlikeli Salgın, s.127.

sınırlama veya yasaklama yetkisi idareye verilmiştir. Yani, OHAL Kanunu'na göre, sadece şiddet hareketlerinin ortaya çıkması durumunda, idareye sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkisi tanınmıştır⁷². Söz konusu Kanun'a göre, salgın hastalık nedeniyle sokağa çıkma yasağı ilan edilemez. Görüldüğü gibi, OHAL Kanunu'nda bile salgın hastalık sebebiyle sokağa çıkma yasağı düzenlenmemiştir. OHAL'de, bu yasağın salgın hastalık nedeniyle getirilebilmesi, OHAL Kanunu'nda salgın hastalıkların bir yasaklama sebebi olarak düzenlenmesine bağlıdır. Aksi halde, OHAL'de bile bu yasak hukuka aykırı olacaktır. Bir diğer formül ise, OHAL'de çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, sokağa çıkma yasağı tedbirinin düzenlenmesidir. Ancak OHAL'de kanun hükmünde olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin sokağa çıkma yasağını sadece bu dönemle sınırlı olmak üzere ve sadece tehlike salgın hastalıkla mücadele için düzenlemesi gerekir⁷³. Özetle, şu anda pozitif hukukumuzda göre sokağa çıkma yasağı sadece şiddet hareketlerine bağlı olarak ve olağanüstü hal ilan edilmesi koşuluyla ilan edilebilir. Olağanüstü hal ilan edilmeden, sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi hukuken mümkün değildir⁷⁴.

Öte yandan, OHAL Kanunu'nun 14.maddesine göre, OHAL'in uygulanmasında görev ve yetki, OHAL bir ili kapsıyorsa il valisine, bir bölge valiliğine bağlı birden çok ilde ilan edilmesi halinde bölge valisine verilmiştir. Dolayısıyla, OHAL Kanunu'nda bu görev ve yetki İçişleri Bakanlığı'na verilmemiştir. Diğer bir deyişle, OHAL'de bile sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkisi İçişleri Bakanlığı'na ait değildir. Oysa, pandemi sürecinde, sokağa çıkma yasakları İçişleri Bakanlığı'nın çıkardığı genelgelere dayanılarak İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulları tarafından ilan edilmiştir.

Son olarak, OHAL'de ilan edilecek olan sokağa çıkma yasaklarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.15'e de uygun olması gerektiği belirtilmelidir. OHAL Kanunu'na uygun olarak sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi, hem Anayasa'nın 15.maddesine hem de AİHS'nin 15.maddesine uygun olur⁷⁵. AİHS m.15'e göre, olağanüstü hal ilan ederek sokağa çıkma yasağı uygulamaya başlayan taraf devletin bu durumu Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne bildirmesi gerekmektedir⁷⁶. Taraf devletin, sokağa çıkma yasağına ilişkin olarak, sadece bildirim yapması yetmez; aynı zamanda Sözleşme'nin 15.maddesindeki kriterlere de uygun davranması beklenir. Buna göre, sokağa çıkma yasağı ilan edilebilmesi için, iç hukuktaki düzenlemelerin yanısıra, “ulusun varlığını tehdit eden bir genel tehlike halinin varlığı”, “durumun gerektirdiği ölçüde olma” ve “uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmeme” koşullarına da uygunluk aranır.

VI. PANDEMİ SÜRECİNDE SOKAĞA ÇIKMA YASAĞI KARARININ YARGISAL DENETİMİ

⁷² ARDIÇOĞLU, Sokağa Çıkma Yasağı <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> (Erişim Tarihi: 18.05.2020); CİN KARAGÖZ, s.630; Venedik Komisyonu 842/2016 Sayılı Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu, Strazburg, 13 Haziran 2016, CDL-AD(2016)010., Çeviri Metni, Ankara Barosu Dergisi, 75(3), 2017, s.362-363, §37. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-3/13.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2020); ŞİRİN, Tehlikeli Salgın, s.127; SEVER, s.223.

⁷³ ŞEN, De Facto, <https://www.hukukihaber.net/de-facto-olaganustu-hal-uygulamaları-makale.7702.html> (Erişim tarihi, 08.07.2020); GÖZLER, Korona Virüs, <http://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (Erişim tarihi, 09.07.2020).

⁷⁴ ARDIÇOĞLU, Sokağa Çıkma Yasağı, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> (Erişim Tarihi: 18.05.2020); “Nitekim Fransa'da 23 Mart 2020 tarih ve 2020-290 sayılı Covid-19 Epidemisiyle Mücadele Hakkında Olağanüstü Hâl Kanunu (Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19) çıkarılmış ve bu Kanunla “sağlık olağanüstü hâli (état d'urgence sanitaire)” ilan edilmesi öngörülmüş ve bu olağanüstü hâl durumunda alınacak tedbirler pek çok maddeyle ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.” Bkz.GÖZLER, Anayasasızlaştırma, <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.06.2020), s.7; Venedik Komisyonu 842/2016 Sayılı Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu, Strazburg, 13 Haziran 2016, CDL-AD(2016)010., Çeviri Metni, Ankara Barosu Dergisi, S.2017/3, s.373, §72, 98 <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-3/13.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

Aksi yöndeki görüş için bkz. KIRIŞIK/DURDU, s.173, 179.

⁷⁵ GÖZLER, Anayasasızlaştırma, <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.06.2020), s.8; “Anayasa'nın 15.maddesi, AİHS'nin 15.maddesinin hemen hemen bir yinelemesidir. Bu nedenle, olağanüstü yönetime ilişkin bir düzenleme ile hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlandırma Anayasa'nın 15.maddesine uygun görüldüğünde AİHS'ne de uygun olacağı kuşkusuzdur.” AYM, 10.01.1991, E.1990/25, K.1991/.; AYM, 03.07.1991, E.1991/6, K.1991/20.

⁷⁶ ARDIÇOĞLU, Ama Hukuk, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7431/ama-hukuk> (Erişim Tarihi: 23.04.2020); CİN KARAGÖZ, s.641-642.

Sokağa çıkma yasağı ilanı idari işlem niteliğinde olup, bu işleme karşı yargı yolu açıktır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre, bu işlemin iptali talebiyle idari yargıda dava açılabilir. Bu davada görevli ve yetkili mahkeme, yasak kararını veren İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulunun bulunduğu yer idare mahkemesidir. Mevzuatımıza göre, sokağa çıkma yasağı devam ederken, hiç dışarıya çıkılmadan UYAP üzerinden dava açılması da mümkündür⁷⁷. Sokağa çıkma yasağının dayanağı olan İçişleri Bakanlığı genelgesinin iptali istenecekse, Danıştay Kanunu m.24/1-c uyarınca, Danıştay ilk derece mahkemesi sıfatıyla görevlidir. Hem yasak kararının, hem de ilgili genelgenin iptali istenecekse, bu durumda her ikisinin iptali talebiyle Danıştay'da dava açılmalıdır (İYUK m.38/3).

Süresi belirsiz olan sokağa çıkma yasağının toplumsal yararı sağlamak için meşru bir amaca dayandığı ve menfaat ihlalinin söz konusu olmadığı ileri sürülse bile, kanuni dayanağı olmayan yasağın temel hak ve özgürlükleri durdurmuş olması nedeniyle menfaat ihlalinin var olduğunu kabul etmek gerekir. Yasak kararı bireysel işlem niteliğinde olmadığından, ilgililere tebliği söz konusu olmayıp, ilanını izleyen günden itibaren 60 gün içinde iptal davası açılabilir. Ancak, uygulamada bu kararların Resmi Gazete'de ilan edilmediği ve medya aracılığıyla duyurulduğu görülmektedir. Bazı İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararları ilgili valiliklerin internet sitesinde duyurulmuştur. Bu durumda dava açma süresi ilan tarihinden itibaren işlemeye başlar. Valiliğin duyuru yapmadığı durumlarda ise, öğrenme tarihinden itibaren dava açılabilir⁷⁸.

Sokağa çıkma yasağına karşı idari yargıda iptal davası açmak mümkün olmakla birlikte, bunun etkili bir iç hukuk yolu olduğunu söylemek mümkün değildir; çünkü yasağın özellikle süreli olduğu durumlarda, altmış günlük dava açma süresi içinde dava açılıp, davanın sonuçlanması beklenirken zaten yasak sona erecek ve dava konusuz kalmış olacaktır⁷⁹. Süresiz yasak konduğu zaman, dava açılması etkili bir yol olabilir. Örneğin pandemi sürecinde 65 yaş ve üstü olanlar ile kronik rahatsızlığı olanlar bakımından aylarca süren sokağa çıkma yasağı uygulanmıştır. Böyle bir davada davacının yürütmenin durdurulması talebinde bulunması durumunda, mahkeme yürütmenin durdurulmasına karar verebilir mi? Buna cevap verebilmek için, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27.maddesinde belirtilen “idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması” ve “idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması” koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi gerekir. Yasağın kanuni dayanağı olmadığından açıkça hukuka aykırı olma koşulu gerçekleşmekle birlikte, telafisi güç veya imkansız zararların doğması koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılabilir. Süresi belirsiz yasak, seyahat özgürlüğü, kişi özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunur; bu bakımdan “telafisi güç ve imkansız zararların doğması” koşulunun da gerçekleştiği söylenebilir⁸⁰. Uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemlerden olan sokağa çıkma yasağının yürütmesinin durdurulması için idarenin savunmasının alınması zorunlu değildir; idarenin savunması alınmadan önce de yürütmenin durdurulması kararı verilebilir⁸¹. Ancak yasağın yürütmesinin durdurulması, yasak kapsamında olan herkesin yasak yokmuş gibi serbestçe hareket edebilmesi sonucunu doğurur. Bu da salgın hastalığın yayılmasını hızlandırır ve kamu sağlığı açısından büyük tehdit oluşturur. Bu açıdan bakıldığında, kanuna dayanmayan ancak meşru bir amaca dayanan, ilan edilmesinde toplumsal yarar olan yasağın yürütmesinin

⁷⁷ Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşler ile Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m.62/9,10.

⁷⁸ KAPLAN Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.207-209; AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 4.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2020, s. 313-314; “İdari davalarda dava açma süresinin başlangıç tarihi; idari işlemin tebliğ, yayın veya ilân tarihidir. Ancak yasada öngörülen bu durumların söz konusu olmadığı hallerde, davacının dava konusu işlemi öğrenme tarihinin iyiniyet kuralları çerçevesinde, olayın özelliği ve niteliği göz önünde tutulmak suretiyle yargı organınca belirleneceği kuşkusuzdur.” Danıştay 6.D., 9.10.2019, E.2019/15677, K.2019/8911; Danıştay 6.D., 2.10.2019, E.2019/15400, K.2019/8481.

⁷⁹ ARDIÇOĞLU, Ama Hukuk, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7431/ama-hukuk> (Erişim Tarihi: 23.04.2020); Bkz. aksi yöndeki görüş için AYM, 9.6.2020, Senih Özay Başvurusu, Başvuru No: 2020/13969, §34.

⁸⁰ “Sokağa çıkma yasağı gibi yüz binlerce kişinin bir dizi temel hak ve özgürlüğünü etkileyen bir idari kararın uygulanmakla telafisi güç veya imkânsız zararlar doğuracağı tartışma dışıdır.” ARDIÇOĞLU, Ama Hukuk, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7431/ama-hukuk> (Erişim Tarihi: 23.04.2020).

⁸¹ ARDIÇOĞLU, Ama Hukuk, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7431/ama-hukuk> (Erişim Tarihi: 23.04.2020); Anayasa Mahkemesi de sokağa çıkma yasağını uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlem olarak değerlendirmiştir. Bkz.AYM, 9.6.2020, Senih Özay Başvurusu, Başvuru No: 2020/13969, §30.

durdurulması da başka telafisi güç veya imkansız zararların doğmasına neden olabilir⁸². Burada toplumsal yarar ile kişinin temel hak ve özgürlükleri arasında bir çatışma bulunmaktadır. Kısacası, yürütmenin durdurulması kararı verilirse toplum açısından, yürütmenin durdurulması kararı verilmezse yasağa tabi birey açısından telafisi güç veya imkansız zararlar doğabilir. Yürütmenin durdurulması kararı verilmediğinde, iptal davası davacı bakımından etkili bir iç hukuk yolu olmaktan çıkacaktır⁸³. Dolayısıyla, hukuki açıdan oldukça tartışmalı bir durum söz konusudur ve bu konuda mahkemelerin ne yönde karar verebileceğini kestirmek güçtür.

Sokağa çıkma yasakları ayrıca idari yargıda tam yargı davasına da konu olabilir. Bunun için ise, kişisel hak ihlalinin varlığı aranır. Yasaktan dolayı maddi veya manevi zarara uğrayan kişiler, bu davayı açabilir. Yasağın kanuni dayanağının bulunmaması nedeniyle, idarenin hizmet kusurunun varlığı ileri sürülebilir. Ancak burada da maddi ve manevi zararın ispatı oldukça zordur. Yasak nedeniyle dışarıya çıkamamak, herkes için her zaman maddi zarar doğurmaz⁸⁴. Belki bu süreçte, işletmelerin faaliyetlerinin durdurulması nedeniyle, girişim özgürlüğünün sınırlandırılması veya tamamıyla durdurulması, çalışma hakkından yoksun bırakılma gibi durumlar maddi zarara sebep olabilir⁸⁵. Mahkeme maddi zararın var olup olmadığını, zarar görenin subjektif durumuna göre değerlendirmelidir. Burada manevi zararın var olup olmayacağı da tartışmalıdır. Kişinin onuru, itibarı gibi manevi değerlerine, kişilik haklarına dokunan, yaşam koşullarının bozulmasına neden olan zararlar manevi zarar olarak kabul edilebilir⁸⁶. Buna göre temel hak ve özgürlüklerin durdurulması da manevi zarara yol açabilir. Bu konuyu her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Öte yandan, eğer yasağın Anayasal ve yasal dayanakları olsaydı, yasaktan dolayı meydana gelen zararın kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin edilmesi gerektiği söylenebilirdi. Ancak kusursuz sorumlulukta zararın özel olması, yani belli kişi veya kişilerin zarara uğraması ve zararın ağır olması koşulları aranmaktadır⁸⁷. Dolayısıyla, yasağın Anayasal ve yasal dayanakları olsaydı bile, geniş kitlelere uygulanan yasaktan dolayı kişilerin uğradığı zarar özel bir zarar olmayacağından, kusursuz sorumluluk esasları çerçevesinde idarenin sorumlu tutulması mümkün olmazdı.

Bu süreçte yasağa karşı başvuru iç hukuk yolları etkili olmazsa, öncelikle bireysel başvuru yoluna gidilebilir⁸⁸. Ancak, daha önce terör eylemleri sebebiyle, Doğu Anadolu'daki ve Güneydoğu Anadolu'daki bazı il ve ilçelerde ilan edilen sokağa çıkma yasaklarına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda, yasağın uygulanmaması konusunda tedbir kararı verilmesi talep edilmiş, Mahkeme söz konusu tedbir taleplerinin tamamı reddetmiştir⁸⁹.

⁸² İtalya'da, davacı hakkında verilmiş olan 14 günlük zorunlu karantina kararının ve bunun dayanağı olan düzenleyici işlemin iptali talebiyle açılan davada, yürütmenin durdurulması talebi üzerine yerel mahkeme tarafından verilen ret kararına karşı yapılan itirazı inceleyen Danıştay, çatışan menfaatler arasında kıyaslama yaparak, toplum sağlığının korunması yönündeki kamu yararının bireyin yararına göre daha üstün olduğu gerekçesiyle, 30.03.2020 tarihli kararıyla itirazı reddetmiştir. Bkz. Kararın çevirisi için bkz. KALANYUVA, Eren (Çeviren), "İtalya'da Covid-19 Salgın Hastalığıyla Mücadele Kapsamında Öngörülen Kolluk Tedbirlerinin ve İdari Yaptırımların Hukuka Uygunluğuna Dair Güncel Bir Consiglio di Stato Kararı", 07.04.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/italyada-covid-19-salgin-hastaligiyla-mucadele-kapsaminda-guncel-bir-consiglio-di-stato-karari/> (Erişim Tarihi: 15.05.2020).

⁸³ "Sokağa çıkma yasağı konusunda, yürütmenin durdurulması aşamasında idari yargı yerlerinde işlemin özüne ilişkin bir karar verilmediği sürece, olağan kanun yollarında (AİHM yönünden iç hukuk yolunda) etkili bir başvuru yolu yok demektir. İdari yargıda bu yolun etkili olmaması durumunda, Anayasa Mahkemesi esastan karar verebilir hale gelir." ARDIÇOĞLU, Ama Hukuk, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7431/ama-hukuk> (Erişim Tarihi: 23.04.2020).

⁸⁴ "Kişinin sokağa çıkamaması her zaman idari yargının sıkı kurallara bağladığı tazminat hukuku anlamında zararlar yol açmaz. Sokağa çıkamamak, marketten ekmek alamamak, bir parkta oturamamak veya arkadaşlarla görüşmemek gibi sayısız sıkıntıya yol açabilir. Bunlar maddi zarar kalemi olarak gösterilemez." ŞİRİN, Olağan Dönem, s.267.

⁸⁵ ŞİRİN, Tehlikeli Salgın, s.130.

⁸⁶ GÜRAN, Sait: "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III.Sempozyumu (Ankara, 12-13 Mayıs 1979), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s.154; GÖZLER/KAPLAN, s.718; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.546; "Manevi tazminat, kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik bir tazmin aracı değil, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen ve yaşama zevkini ve zevki azalan kişinin manen tatminini sağlamaya yönelik bir tazmin aracıdır." Danıştay 10.D., 27.6.2019, E.2019/6674, K.2019/5150.

⁸⁷ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.3, İstanbul 1966, s.1718; TAN, s.478; GÖZLER/KAPLAN, s.719; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.549; Danıştay 10.D., 9.9.2015, E.2012/4517, K.2015/3682; Danıştay 10.D., 10.10.2019, E. 2019/962, K. 2019/6508.

⁸⁸ ŞİRİN, Olağan Dönem, s.268; ARDIÇOĞLU, Ama Hukuk, <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7431/ama-hukuk> (Erişim, 23.04.2020).

⁸⁹ AYM, 11.9.2015, Mehmet Girasun ve Ömer Elçi Başvurusu, Başvuru No:2015/15266; AYM, 26/12/2015, İrfan Uysal ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No:2015/19907; AYM, 22/12/2015, Meral Danış Beştaş Başvurusu, Başvuru

Anayasa Mahkemesi bu başvurularda, yasaktan dolayı doğrudan mağduriyetin somut olarak ortaya konulmadığını, dolayısıyla başvurunun bu kısmının kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁹⁰. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, İl İdaresi Kanunu m.11/C'yi yasağın yasal dayanağı olarak belirtmiş ve terör eylemlerine karşı kamu düzenini, halkın can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla sokağa çıkma yasağı ilan edilmesinin temelsiz olmadığını vurgulamıştır⁹¹. Ancak, Anayasa Mahkemesi bu konudaki kararlarında, yasağın Anayasal ve kanuni dayanağı olup olmadığı konusunda ayrıntılı bir hukuka uygunluk denetimi yapmaktan kaçınmıştır⁹².

Pandemi sürecinde 65 yaş ve üstü olanlar bakımından uygulanan sokağa çıkma yasağına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılmıştır⁹³. Söz konusu başvuru, İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararına karşı değil, İçişleri Bakanlığı Genelgesi'ne karşı yapılmıştır. Mahkeme sokağa çıkma yasağı ilanında yetkili makam konusunda bir değerlendirme yapmamıştır. Anayasa Mahkemesi, yasağı idari işlem olarak nitelendirdikten sonra, söz konusu yasağa karşı idari yargıda açılacak olan iptal davasını, yasağın makul sürede yürütmesinin durdurulmasının mümkün olması nedeniyle, etkili bir iç hukuk yolu olarak değerlendirmiş; yürütmenin durdurulmasına makul sürede karar verilmemesi durumunda ise davanın fiilen etkisiz hale geleceğini ve bu durumda davanın sonuçlanmasını beklemeden bireysel başvuru yapılabileceğini, ancak somut olayda başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle başvurunun kabul edilmez olduğunu ifade etmiştir⁹⁴. İleride pandemi sürecine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'ne başka başvurular da yapılması muhtemeldir. Pandemi sürecinde verilen yasak kararlarına karşı iç hukuk yolları tüketildikten sonra yapılan bireysel başvurularda, Anayasa Mahkemesi yasağın kanuni dayanağı olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapmalı ve Anayasa'nın 13.maddesindeki sınırlama koşullarına aykırılık olduğu gerekçesiyle ihlal kararı vermelidir⁹⁵. Sonuç olarak, bu süreçte, yasağa karşı idari yargıya gitmeden, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması durumunda, başvurunun reddedileceği anlaşılmaktadır. Bu süreçte iç hukuk yolları etkili olmazsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulabilir. Diğer bir deyişle, idari yargı yerleri yürütmenin durdurulmasına karar vermezse, Anayasa Mahkemesi ise tedbir taleplerini ve bireysel başvuruları reddederse, bu durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gitmekten başka çare kalmayacaktır. AİHM, sokağa çıkma yasağına ilişkin olarak Türkiye aleyhine yapılan başvurularda, iç hukuk yollarının tüketilmediğini belirterek, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁹⁶. AİHM bu konuda verdiği kararlarında, esasa girmemiş ve başvuruların kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

VII. SONUÇ

Pandemi niteliğindeki salgın hastalıklar, tüm dünyayı etkisi altına alarak kamu sağlığını tehdit eder. Bu tehdidi ortadan kaldırmak için devletler tarafından alınan tedbirler yaşam biçimlerimizi değiştirirken, temel hak ve özgürlüklerimize de müdahalede bulunur. Bu tedbirlerden biri de sokağa çıkma yasağıdır. Bir idari kolluk tedbiri olan sokağa çıkma yasağı genel etkili geçici karar niteliğindedir. Türkiye'de, Covid-19 pandemisinde, İçişleri Bakanlığı, çıkardığı genelgelerle sokağa çıkma yasağının ilan edilmesi için valiliklere talimat vermiştir. Yasak kararı ise il umumi hıfzıssıhha kurulları tarafından alınmıştır. Bu süreçte, ne İçişleri Bakanlığı genelgeleri, ne de yasak kararları Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Temel hak ve

No:2015/19545; Daha sonra Anayasa Mahkemesi Meral Danış Beştaş başvurusunda, başvuruyu reddetmiştir. Bkz. AYM, , 26/2/2020, Meral Danış Beştaş Başvurusu, Başvuru No:2015/19545.

⁹⁰ AYM, 11.9.2015, Mehmet Girasun ve Ömer Elçi Başvurusu, Başvuru No:2015/15266, §15; AYM, Meral Danış Beştaş Başvurusu, Başvuru No: 2015/19545, §23, 24

⁹¹ AYM, Mehmet Girasun ve Ömer Elçi Başvurusu, Başvuru No:2015/15266, 11/9/2015, §14; AYM, 26.2.2020, Meral Danış Beştaş Başvurusu, Başvuru No:2015/19545, 22/12/2015, §16.

⁹² GÖZTEPE, s.188.

⁹³ 65 yaş ve üstü olanlar bakımından ilan edilen sokağa çıkma yasağının Anayasa'ya ve kanuna aykırı olduğu yönündeki iddialar için bkz.AYM, 9.6.2020 , Senih Özay Başvurusu, Başvuru No: 2020/13969, §19.

⁹⁴ AYM, 9.6.2020, Senih Özay Başvurusu, Başvuru No: 2020/13969, §28, 34.

⁹⁵ GÖZLER, Korona Virüs, <http://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (Erişim Tarihi: 09.07.2020).

⁹⁶ Bkz. AİHM, 15.12.2016, Elçi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No:63129/15, §87; Yavuzel ve Diğerleri/Türkiye, 15.12.2016, Başvuru no: 5317/16, §57; Ahmet Tunç ve Diğerleri, 7.2.2019, Başvuru no:4133/16, 31542/16, §154 ; Aydın ve Diğerleri/Türkiye, 4.4.2019, Başvuru No:63130/15, §78.

özgürlüklerimize müdahale niteliğindeki böyle önemli kararların, idarenin açıklığı ilkesi uyarınca Resmi Gazete’de ilan edilmesi gerekir.

Covid-19 pandemisinde, Türkiye’de ilan edilen sokağa çıkma yasakları, seyahat özgürlüğü, kişi özgürlüğü ve güvenliği gibi pek çok temel hak ve özgürlüğü sınırlamanın ötesinde durdurmuştur. Durdurma söz konusu olmasına rağmen, OHAL ilan edilmemiştir. Oysa, Anayasamızda OHAL sebepleri arasında tehlikeli salgın hastalıklar da bulunmaktadır. Olağanüstü Hal Kanunu’na göre sokağa çıkma yasağı sadece şiddet hareketlerine bağlı olarak ilan edilebilir. Olağan dönemde ise sokağa çıkma yasağının hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır. İl umumi hıfzıssıhha kurulu kararlarında sokağa çıkma yasağının hukuki dayanağı olarak ifade edilen İl İdaresi Kanunu ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümlerinde, idareye sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkisi verilmemiştir. Dolayısıyla, ilan edilen sokağa çıkma yasakları Anayasal ve yasal dayanaktan yoksundur. OHAL ilan edilmeden, sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi hukuken mümkün değildir. Ancak, Olağanüstü Hal Kanunu’na göre OHAL’de bile salgın hastalık sebebiyle sokağa çıkma yasağı getirilebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Dünyada pandeminin etkilerinin çok uzun bir süre daha devam edeceği gözönünde bulundurulduğunda, bu sürecin yönetilmesini kolaylaştıracak kanuni düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç vardır. Bu düzenlemeler çeşitli şekillerde yapılabilir. Örneğin, Olağanüstü Hal Kanunu’na sokağa çıkma yasağının sebeplerinden biri olarak “pandemi” kavramı eklenebilir ve yine bu Kanun’da pandeminin varlığı durumunda alınacak tedbirler ayrıntılı olarak düzenlenebilir ya da bu sürece ilişkin tedbirler OHAL ilan edilmesi koşuluyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle alınabilir. Anayasa m.119/6’ya göre, OHAL döneminde çıkarılan ve kanun hükmünde olan Cumhurbaşkanlığı kararnemeleri, “sadece olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda”, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın çıkarılabileceğinden, sadece pandemi ile mücadele için gerekli olan tedbirlere ilişkin olmalı ve Anayasa’nın 15.maddesinde yer alan çekirdek alana dokunmamalıdır. Yasağın olağan dönemde getirilmesi isteniyorsa, Anayasa’nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ilgili maddelerinde “genel sağlık” özel sınırlama sebebi olarak düzenlenmelidir. Ancak, olağan dönemde getirilen yasak, temel hak ve özgürlükleri durdurma boyutuna varmamalı ve Anayasa’nın 13.maddesindeki koşullara uygun olmalıdır. Sonuç olarak, öncelikle sokağa çıkma yasağının hukuka uygun olabilmesi için mevzuatımızda gerekli değişikliklerin yapılması ve yapılacak düzenlemelerde yasağın koşullarının, kapsamının, istisnalarının belirlenerek, pandemi sürecinin öngörülebilir olması gerekir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2000.
- AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 4.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2020.
- ARDIÇOĞLU, Artuk:“Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı mıdır?” (27 Kasım 2015), <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir> (Erişim Tarihi: 18.05.2020)
- ARDIÇOĞLU, Artuk: “Ama Hukuk...” (10 Ocak 2016), <https://www.birikimdergisi.com/guncel/7431/ama-hukuk> (Erişim Tarihi: 23.04.2020).
- AY, İrfan: “Geçici İdari İşlem Türü Olarak TSK’da Geçici Görevlendirme İşlemi ve Bu İşlemin Benzer Geçici İdari İşlemlerle Karşılaştırılması”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, 1(23), 2008, s.135-159.
- CİN KARAGÖZ Emine: “Özel Güvenlik Bölgesi ve Sokağa Çıkma Yasağı İlanının Hukuki Niteliği ve Uygulamadan Kaynaklı Sorunlar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(2), 2016, s.625-645.
- GÖZLER, Kemal: “1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme” (Versiyon 4), 30.05.2016, <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.06.2020).
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 22.Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2018.
- GÖZLER, Kemal: “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun Mu? (2)”, <http://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (Erişim Tarihi: 09.07.2020).

- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 20.Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2018.
- GÖZTEPE, Ece: İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- GÜLER, Betül: “İdarenin Covid-19 Pandemisine İlişkin Sokağa Çıkma Yasağı Kararlarının Kanuni İdare İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, Covid-19 Özel Sayısı, 19(38), Yaz 2020/2, s.180-201.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 10.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
- GÜRAN, Sait: “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III.Sempozyumu (Ankara, 12-13 Mayıs 1979), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s.151-170.
- KABOĞLU, İbrahim: Özgürlükler Hukuku, 6.Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002.
- KALANYUVA, Eren (Çeviren): “İtalya’da Covid-19 Salgın Hastalığıyla Mücadele Kapsamında Öngörülen Kolluk Tedbirlerinin ve İdari Yaptırımların Hukuka Uygunluğuna Dair Güncel Bir Consiglio di Stato Kararı”, 07.04.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/italyada-covid-19-salgin-hastaligiyla-mucadele-kapsaminda-guncel-bir-consiglio-di-stato-karari/> (Erişim Tarihi: 15.05.2020).
- KAPLAN Gürsel, İdari Yargıda Dava açma Süreleri, 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- KIRATLI, Metin: Koruyucu İdari Hizmetler, Sevinç Matbaası, Ankara 1973.
- KIRIŞIK, Fatih/DURDU, Muhammet: “Vali ve Kaymakamların Sokağa Çıkma Yasağı ve Güvenlik Bölgesi İlan Etmesi”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 47, 2016, s.167-183.
- KOCATÜRK, Utkan: Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü, 6.Basım, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1994.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.3, İstanbul 1966.
- ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- ÖZGENÇ, İzzet: “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti İle Seyahat Hürriyeti Bağlamında Özgürlük ve Güvenlik İlişkisi”, Anayasa Yargısı, 35, 2018, s.175-194.
- PORTA, Miquel/LAST, John M.: Oxford Dictionary of Public Health, Second Edition, Oxford University Press, New York 2018.
- SAĞLAM, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982.
- SAĞLAM, Mehmet: “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, Anayasa Yargısı, 19, 2002, s.233-266.
- SEVER, Çiğdem: “Covid-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme”, Anayasa Yargısı, 9 (17), 2020, s.187-238.
- ŞEN, Ersan: “Sokağa Çıkma Yasağı ve Seçimin Ertenilmesi” (14.09.2015), <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1553832-sokaga-cikma-yasagi-ve-secimin-ertelenmesi>, (Erişim Tarihi: 17.06.2020)
- ŞEN, Ersan: “De Facto Olağanüstü Hal Uygulamaları”, 14.04.2020, (De Facto), <https://www.hukukihaber.net/de-facto-olaganustu-hal-uygulamalari-makale.7702.html> (Erişim Tarihi: 08.07.2020).
- ŞİRİN Tolga: Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara 2018
- ŞİRİN, Tolga: “Gündeme İlişkin Değerlendirme: Olağan Dönemlerde Sokağa Çıkma Yasağı İlan Edilebilir mi?”, Anayasa Hukuku Dergisi, 4(7), 2015, s.261-288.
- ŞİRİN, Tolga: “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, Anayasa Hukuku Dergisi, 9 (17), 2020, s.43-146.
- TAN, Turgut: İdare Hukuku, 2.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- ULUSOY, Ali: Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- VENEDİK KOMİSYONU 842/2016 SAYILI SOKAĞA ÇIKMA YASAKLARININ YASAL ÇERÇEVESİ HAKKINDA GÖRÜŞ RAPORU, Strazburg, 13 Haziran 2016, CDL-AD(2016)010., Çeviri Metni, Ankara Barosu Dergisi, 75(3), 2017, s.351-381, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-3/13.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2020).
- YILMAZ, Dilşat: İdari İşlemin İcra İlişkisi, Astana Yayınevi, Ankara 2014.

SOSYAL MEDYA HESAPLARININ MİRAS YOLUYLA İNTİKAL EDİP EDEMEYECEĞİ SORUSUNUN KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA HUKUKU KAPSAMINDA İNCELENMESİ

AN INVESTIGATION OF THE PROBLEM WHICH SOCIAL MEDIA ACCOUNTS CAN BE
TRANSFERRED BY INHERITANCE UNDER THE PERSONAL DATA PROTECTION LAW

Süleyman YILMAZ*   & Vehbi Umut ERKAN**  

Makale Bilgi

Gönderilme: 03/09/2020
Kabul: 11/11/2020

Anahtar Kelimeler

*Kişisel Veri,
Miras Hukuku,
Malvarlığı,
Sosyal Medya
Hesapları,
Mirasın İntikali.*

Article Info

Received: 03/09/2020
Accepted: 11/11/2020

Keywords


*Personal Data,
Law of Inheritance,
Wealth,
Social Media
Accounts,
Transfer of Inheritance.*

Özet

2019 yılı itibarıyla Türkiye’de nüfusun %63’ünün sosyal medya kullanıcısı olduğu tahmin edilmektedir. Bu oran azımsanamayacak kadar yüksektir. Bununla birlikte gün geçtikçe daha fazla sosyal medya hesabı sahibinin öldüğü de bir gerçektir. Ölüm halinde mirasın parayla ölçülebilen mal ve hakları mirasçılara intikal etmektedir. Ancak ölümle birlikte sosyal medya hesaplarının durumu belirsizdir. Sosyal medya hesaplarının kullanımına ilişkin sözleşmeler bir şirket ve kullanıcı arasında kurulmaktadır. Bu sözleşmeler uyarınca şirket, kullanıcının ve kullanıcının iletişim kurduğu kişilerin verilerini korumakla yükümlüdür. Bu durumda miras hukukunda yer alan intikal hükümleri ile kişisel verileri koruma yükümlülüğü arasında çatışma meydana gelmektedir. Nitekim yargıya yansıyan olaylarda da mahkemeler, sosyal medya hesaplarının mirasçıya intikal edip edemeyeceği noktasında kişisel verileri koruma ve miras hukuku ilkelerini birlikte değerlendirmiştir. Bu itibarla çalışmamızda, öncelikle kişisel veri kavramı, hukuki niteliği ve önemi açıklanmaktadır. Ardından sosyal medya sözleşmeleri incelenmektedir. Nihayet miras hukuku açısından sosyal medya hesaplarının miras yoluyla intikale elverişli olup olmadığı ele alınmaktadır. Böylelikle çalışmamızda kümülatif olarak kişisel verilerin korunması yükümlülüğünün sosyal medya hesaplarının miras yoluyla intikale engel olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Abstract

As of year 2019 in Turkey it is estimated that 63% of the population is social media users. These rates are too high to be underestimated. However, it is a fact that more and more social media account owners are dying day by day. In case of death, property and rights, measured with money, are transferred to the heirs. However, after death of social media user, the state of social media accounts is uncertain. Contracts which are about social media accounts are set up between a company and a user. In accordance with this contracts, the company is responsible for protecting the data of the user and the people with whom the user communicates. The inheritance law and the obligation to protect personal data are in conflict. As a matter of fact, in the events reflected in the judiciary, the judiciary evaluated the principles of personal data and inheritance law at the point of whether the social media accounts can be transferred to the heir. In this study, the concept of personal data, its legal nature and importance are explained. Then, social media contracts are explained. Finally, in terms of inheritance law, social media accounts are available for inheritance and are discussed. Thus, this study evaluates whether personal data protection obligations prevent social media accounts from transfer.

 Bu eser Creative Commons Atıf 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

** Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

I. GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesi ve yaygınlaşması hayatın büyük bir bölümünü dijital ortama taşımıştır. Dijitalleşmeyle, eskiden bir materyal veya nesne ile gerçekleştirilen her durum soyutlaşmış ve şifrelenmiş kod halinde sanal ortama aktarılmıştır. Bu kapsamda uygulandığı toplumdaki bağımsız olmadığından, hukukun da yeni teknolojik gelişmelere uyum sağlaması gerekmektedir.

Dijitalleşen dünyada, insanların ihtiyaçları ve bu ihtiyaçların ortaya çıkardığı sorunlar hızla değişmektedir. Budeğişim, yeni ve güncel hukuki koruma imkanlarına olan gereksinimi beraberinde getirmektedir. Her şeyin sanal olarak saklandığı bir ortamda en önemli şey veridir. Zira sanal ortam veriyle beslenmekte ve veriler bu ortamda saklanmaktadır. Örneğin, eskiden insanlar birbirlerine mektup yazarak iletişim kurmaktayken, artık günümüzde WhatsApp, Facebook gibi uygulamaların mesaj hizmetlerini kullanmaktadırlar.

Günümüzde kişisel veri kavramı da dijitalleşmenin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle sanal ortamında yer alan kişisel bilgilerin korunması gerekliliği, dünya çapında kabul görmüştür¹. Bu çerçevede pek çok hukuk düzeni, sanal ortamda yer alan kişisel bilgilerin, veri işleyicileri tarafından, ancak kişinin rızasıyla işlenebileceği ve bu bilgilerin kişinin rızası olmadan devredilemeyeceğini düzenlemiştir. Böylece Facebook, Twitter, Instagram gibi sosyal medya servisleri kullanıcılarıyla yapmış oldukları sözleşmeleri kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelere uygun hale getirmekle yükümlü hale gelmiştir.

Kişisel verileri koruma hukuku, sanal ortamdaki verilerin korunmasına yönelik düzenlemeleri içermektedir. Ancak mevcut hukuk sistemi kapsamında ölümle birlikte mirasbırakanın sosyal medya hesaplarının ve oradaki kişisel verilerinin akıbeti belirsizdir. Diğer bir söyleyişle, kişisel verileri koruma hukukunun ilkeleriyle birlikte değerlendirildiğinde, kişinin ölümü halinde sosyal medya hesaplarının miras hukuku kapsamında akıbetinin ne olacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kaldı ki, kişisel verilerin korunması gerekliliği karşısında, sosyal medya hesaplarının mirasçılara intikal etmesi halinde mirasın üçüncü kişilerle iletişimine ait verilere mirasçılara erişilebilecektir. İşte bu durumun kişisel verileri koruma hukukuna aykırı olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla çalışmamızda, öncelikle kişisel veri kavramının ne olduğu, unsurları ve hukuki niteliği açıklanmaktadır. Ardından sosyal medya hesap sahipleri ve sosyal medya şirketleri arasındaki ilişki, sözleşmeler hukuku bakımından değerlendirilip, sosyal medya hesaplarının mirasçılara intikalinin kişisel verilerin korunması hukuku açısından mümkün olup olmadığı incelenmektedir.

II. KİŞİSEL VERİNİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Kişisel veri, belirli bir kişiye ait her türlü veriyi kapsamaktadır². Bu verilerin yayılması ise kişi için bir tehdit oluşturmaktadır. Zira bu verilerin herkesçe bilinmesi durumunda kişilerin toplumdaki dışlanması söz konusu olabilecektir. Ayrıca bir verinin yayılmasının kimseye bir zararı olmasa dahi veri sahibinin verisinin kaderine karar verme hakkı bulunmaktadır³.

¹ KÜZECİ, Elif: *Kişisel Verilerin Korunması*, 3. Bası, Ankara 2019, s.27; YILMAZ, Süleyman/ÇAVUŞOĞLU, Gökçe Filiz: *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Ankara 2020, s.16.

² 1981 yılında Avrupa Konseyi tarafından imzaya sunulan 108 sayılı “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi”ne göre kişiye ait her türlü veri kişisel veridir. Ayrıca Bkz. ÖZDEMİR, Hayrunnisa: *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Ankara 2009, s.124; AKSOY, Hüseyin Can: “The Right To Personality And Its Different Manifestations As The Core Of Personal Data”, *Ankara Law Review* 5(2), 2008, s.236; AYDIN, Akgül: “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” ve AB Adalet Divanı’nın “Google Kararı”, *TBB Dergisi*, (116), 2016, s.12; ÖNOK, Murat: “Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında “Unutulma Hakkı” Ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler, *İKÜHFD*, (16), 2007, s.157; AYÖZGER ÖNGÜN, Çiğdem: *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 2.Bası, İstanbul 2019, s.19; Veri hususunda Ayrıca Bkz. DREXL, Josef/HILTY, Reto/HARHOFF, Dietmar: *Arguments Against Data Ownership Ten Questions and Answers*, Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2017, s.1-3.

³ Bkz. Ankara BAM, 7. HD., E. 2017/1928 K. 2017/1617 T. 5.7.2017; İstanbul BAM, 24. HD., E. 2018/1660 K. 2019/303 T. 7.2.2019; Ayrıca Bkz. Yargıtay 19. CD, E. 2017/6373, K. 2018/5569, T. 3.5.2018, (www.kazanci.com.tr,Erişim Tarihi: 07.07.2020).

Verinin bulunduğu platform, önemli olmayıp, kişisel veriler sosyal medya üzerinde de yer alabilirler⁴. Sosyal medya şirketleri de kanun gereği bu verileri kişinin rızasıyla işler ve paylaşırlar. Ayrıca kişilerin sosyal medya üzerindeki paylaşımları, sosyal medya şirketleri tarafından güvenli şekilde saklanır ve sanal ortamda şifrelenir. Böylelikle kişilerin verileri korunmuş olur. Örneğin, Facebook uygulamasında kullanıcılar Facebook ile bir sözleşme yapmakta ve bu sözleşme uyarınca Facebook kullanıcısının rızası olmadan verilerini üçüncü kişilerle paylaşmamaktadır. Ayrıca Facebook sözleşme gereği kullanıcısının mesajlarını uçtan uca şifrelemekte ve böylece üçüncü kişilerin bunlara erişimini engellemektedir. Böylelikle kişisel verilerin sosyal medya hesapları üzerinde de korunmasına özen gösterilmektedir. Ancak hesap sahibi kullanıcısının ölmesi halinde mirasçılara sosyal medya hesaplarının intikal edip edemeyeceği ve bu durumun mirasın iletişime geçtiği kişilerin verilerinin ihlali olup olmadığının belirlenmesi önem taşımaktadır⁵.

B. Kişisel Verinin Tanımı ve Unsurları

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un⁶ (KVKK) tanımlar başlıklı 3. maddesinde kişisel veri, “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” şeklinde tanımlanmaktadır. Benzer bir tanım 24 Ekim 1995 tarih ve 1995/46 AT sayılı “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki Avrupa Birliği Direktifi”nde⁷ yer almaktadır. Direktifin 2/a maddesinde kişisel veri, gerçek kişiye ait her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır. Yine Direktifin 2. maddesinde kişinin kimliğinde yer alan kimlik numarası dahil tüm unsurların kişisel veri kabul edilmesi ve korunması gerektiği ifade edilmiştir. Bu Direktifin yerini alan “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü”nün (GDPR)⁸ 4. maddesinde kişisel veri, tanımlanmış veya tanımlanabilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak, belirtilmiştir⁹. Ancak GDPR 4. maddesinde bu tanıma ek olarak, örnekler vermek suretiyle, isim, kimlik numarası, ikametgâh bilgileri, ruhsal, genetik, ekonomik, fiziksel, ruhsal, kültürel veya ruhsal kimliğe ait bilgilerin kişisel veri sayılacağını ifade etmiştir¹⁰.

Anılan tanımlardan da anlaşılacağı üzere, kişisel verinin temel unsurları bilgi, kişi ve bilginin kişiye ilişkin olmasıdır¹¹. Bu itibarla öncelikle kişisel veriden bahsedebilmek için bir bilginin varlığı gerekli olup; kişiye ilişkin her türlü bilgi, kişisel veri sayılmaktadır¹². Nitekim hem KVKK'ya hem de GDPR'a göre, kişinin kimliğini oluşturan ekonomik, toplumsal veya sosyal her türlü bilgi ile birlikte, kişinin yaşam tarzı, genetik bilgileri, yürüyüşü, fiziksel özellikleri ile kişinin yazıları ya da resimleri, kişisel bilgi olarak kabul edilmekte ve koruma kapsamına dahil olmaktadır¹³. Ancak bir bilginin kişisel veri sayılması bakımından, bilginin nesnel veya öznel olmasının önemi bulunmamaktadır. Hatta bir kişiye ait öznel değerlendirmeler

⁴ DATA PROTECTION WORKING PARTY (WP), Opinion 4/2007 on The Concept of Personal Data, s.7, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf, (Erişim Tarihi: 25.08.2020).

⁵ YILMAZ/ÇAVUŞOĞLU, s.158.

⁶ R.G.: T. 07.04.2016, S.29677.

⁷ OJL 281, 23/11/1995 ve

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>, (Erişim Tarihi: 29.01.2020).

⁸ OJL 119/1, 04.05.2016.

⁹ KORFF, Douwe: EC Study on Implementation of Data Protection Directive-Comparative Summary of National Law, Cambridge 2002, s.13; POHL, “Jens: Transition from Data to Information”, Collaborate Agent Design Research Center, s.1 vd; DÜLGER, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2019, s.85; AKSOY, Hüseyin Can: Kişisel Verilerin İşlenmesi Kapsamında Rıza Unsuru ve Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu, Haluk Konuralp Anısına Armağan, 3, Ankara 2009, s.47; GÜRPINAR, Damla: “Kişisel Verilerin Korunmasından Doğan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 19, 2017, s.681; AYÖZGER ÖNGÜN, Çiğdem: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dâhil, 2.B, İstanbul 2019, s.7 vd.; ÖZKAN, Oğulcan: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, 2020, s.7.

¹⁰ Benzer şekilde bir düzenleme Alman Federal Veri Koruma Kanunu'nun (*Bundesdatenschutzgesetz*) 46. maddesinde yer almaktadır.

¹¹ YILMAZ/ÇAVUŞOĞLU, s.36-37; ÖZKAN, s.8 vd.

¹² POHL, s.1 vd.; DATA PROTECTION WP, s.7; DÜLGER, s.85; ÖZKAN, s.9; AKSOY, Kişisel Verilerin İşlenmesi, s.47.

¹³ AKSOY, Hüseyin Can: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, s.14; DÜLGER, Murat Volkan: “Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1(2), 2015, s.49; Anı yönde Bkz. Yargıtay CGK, E. 2012/12-1510, K. 2014/331, T. 17.6.2014 (www.kazanci.com.tr, Erişim 28.11.2019); AYM E. 2013/122, K. 2014/74 T. 09.04.2014 (R.G.: T. 26.07.2014, S.29072); AYM E. 2018/163, K. 2020/13 T. 19.02.2020 (R.G.: T. 28.04.2020, S.31112).

dahi doğru ve yanlış olmasına bakılmaksızın kişisel veri sayılmaktadır. Bu kapsamda, bir kişiye ait değerlendirmeleri içeren, sosyal medya hesabındaki iletiler kişisel veri olarak kabul edilmelidir¹⁴.

Kişisel veriden bahsedebilmek için varlığı gerekli bir başka unsur, kişidir¹⁵. Ancak kişisel verilerin korunması kapsamına sadece gerçek kişilere ait bilgiler dahildir¹⁶. Nitekim hem KVKHK m.3'te hem de GDPR'nin 2. maddesinde bu husus vurgulanmaktadır. Bu itibarla tüzel kişilere ait bilgiler, bilgiye ilişkin yukarıda ifade ettiğimiz özellikleri taşısa dahi KVKHK kapsamında kişisel veri olarak kabul edilmemektedir¹⁷.

Ölmüş kişilere ilişkin veriler ise, kural olarak kişisel veri olarak kabul edilemezler¹⁸. Zira ölümle birlikte kişilik ve hak ehliyeti sona ermektedir(TMK m.28/T).Bu durum özellikle ileride de vurgulandığı üzere, sosyal medya hesaplarının miras yoluyla intikali bakımından önem arz etmektedir. Ancak ölü kimselerin sağlık verileri bakımından Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliğin¹⁹ 1/2 maddesinde ayrıksı bir hüküm yer almaktadır. Hükümde, ölmüş bir kimsenin sağlık verilerinin en az yirmi yıl saklanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, ölmüş bir kimseye ait sağlık verilerinin kişisel veri olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Öte yandan bir bilginin kişisel veri sayılabilmesi için, ait olduğu kişinin kimliği belirli veya belirlenebilir olmalıdır (KVKHK m.3)²⁰. Örneğin, Instagram üzerinde rumuz isimle hesap açan birinin kim olduğu, hesaptaki bilgilerden anlaşılıyorsa, kimliğin belirlenebilir olduğunun kabulü gerekmektedir. Kimliğin belirlenebilir olmasının tespitinde ise somut olayın şartlarına göre, kişinin bulunduğu çevredeki verilerden hareket edilerek bir değerlendirme yapılmalıdır.

Bununla birlikte bir bilginin kişisel veri sayılabilmesi için, bilginin nerede bulunduğu veya saklama biçiminin bir önemi bulunmamaktadır²¹. Nitekim bu bilginin fiziki, elektronik veya sanal bir ortamda bulunması mümkündür. Böylelikle kişiye ait bir günlük (blog) sayfasında ya da sosyal medya hesaplarında bulunan bilgiler, gerekli unsurları taşıyorsa kişisel veri olarak kabul edilmektedir.

Nihayet bir bilginin kişisel veri sayılabilmesi için son unsur, bilginin kişiye ilişkin olmasıdır. Nitekim KVKHK m.3'te "...kişiye ilişkin..." diyerek bu husus ifade edilmektedir. Bilginin kişiye ilişkin olmasından kasıt, bilginin kişinin kimliğini, davranışlarını, duygu ve düşüncelerini yansıtır olmasıdır²². Bu itibarla bir bilginin kişiye ilişkin olup olmadığının tespitinde, bilginin içeriğine, amacına ve sonuca bakılmaktadır²³.

C. Kişisel Verinin Hukuki Niteliği

Kişisel verinin hukuki niteliği tartışmalı olup, bu konuda doktrinde pek çok farklı görüş bulunmaktadır²⁴. Kanaatimizce bu görüşleri, kişisel verilere ekonomik açıdan yaklaşan görüşler ve insan hakkı açısından yaklaşan görüşler şeklinde iki grupta toplamak mümkündür.

Kişisel verilere ekonomik açıdan yaklaşan görüşler, mülkiyet hakkı ile fikri mülkiyet görüşüdür²⁵. Genel olarak Amerikan Hukuku'nda kabul gören mülkiyet hakkı görüşüne göre

¹⁴ DATA PROTECTION WP, s.6; ÖZKAN, s.10-11; AKSOY, Kişisel Verilerin Korunması, s.14; DEMİR, Rana Zeynep: "Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla Geçiş Mükün Müdür?", Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan, İstanbul 2020, s.164.

¹⁵ AKSOY, Kişisel Verilerin Korunması, s.14; YILMAZ/ÇAVUŞOĞLU, s.38-39;

¹⁶ Direktifin 29. maddesi uyarınca kurulan Çalışma Grubu (Working Party) da kişisel veri bakımından gerçek kişiye vurgu yaparak, bunu kişisel verinin dördüncü unsuru olarak kabul etmiştir (Bkz. DATA PROTECTION WP, s.21).

¹⁷ GDPR'nin 14. paragrafında da tüzel kişilere ait verilerin koruma kapsamında yer almadığı ifade edilmektedir; ancak çalışma grubu doğrudan olmasa da bazı hallerde dolaylı olarak tüzel kişilerin de koruma kapsamından faydalanabileceğini kabul etmektedir (DATA PROTECTION WP, s.23).

¹⁸ ÖZKAN, s.14; GDPR'nin 14. paragrafından da ölmüş kişilerin korumanın kapsamından faydalanamayacağı ifade edilmektedir.

¹⁹ R.G: T. 21.06.2019, S.30808.

²⁰DATA PROTECTION WP, s.13-14; YILMAZ/ÇAVUŞOĞLU, s.40; AKSOY, Kişisel Verilerin Korunması, s.17; ÖZKAN, s.15; Aynı şekilde GDPR m.4/1'de gerçek kişinin tanımlı ya da tanımlanabilir olması gerektiği ifade edilmektedir.

²¹ Yargıtay CGK, E. 2015/12-708, K. 2019/414, T. 9.5.2019, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 08.07.2020).

²² ÖZKAN, s.16.

²³ DATA PROTECTION WP, s.9-10; ÖZKAN, s.17.

²⁴ Görüşler hakkında bkz.: GÖÇMEN-UYARER, Sinem: Kişisel Verilerin Korunması, 1.Bası, Ankara 2019, s.23; YILMAZ/ÇAVUŞOĞLU, s.63; ÖZKAN, s.20 vd; AKSOY, Kişisel Verilerin Korunması, s.37 vd.; KÜZECİ, s.58 vd.

²⁵ YILMAZ/ÇAVUŞOĞLU, s.63; DÜLGER, Murat Volkan: "İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından

kişisel veriler mülkiyet hakkının bir parçasıdır²⁶. Bu görüş uyarınca, kişisel verilerinin üzerinde mülkiyet hakkı olup, verilerin ticari hayatta bir piyasa değeri bulunmaktadır. O halde ekonomik değeri olan kişisel veri, kişinin mülkiyetine tabidir. Böylelikle kişi, verisi üzerinde mülkiyet hakkının içeriğinde yer alan kullanma, semerelerinden faydalanma ve tasarruf edebilme yetkilerine sahiptir²⁷. Mülkiyet hakkı görüşü benimsenirse, kişisel verilerin kişinin mülkiyetine tabi olduğu ve miras yoluyla intikalinin de mümkün olduğu sonucuna varılabilecektir. Kişisel verilere ekonomik açıdan yaklaşan bir diğer görüş fikri mülkiyet görüşüdür. Fikri mülkiyet görüşüne göre, kişisel veriler tıpkı fikri mülkiyet hakları gibidirler²⁸. Bu görüş uyarınca da fikri mülkiyete konu olan değerlerin mirasçılara intikali mümkün olduğundan, sosyal medya hesaplarının konusunu oluşturan video veya yazıların da mirasçılara intikali mümkündür.

Kişisel verinin hukuki niteliğine insan hakkı açısından yaklaşan görüş, Kıta Avrupası'nda hakim olan görüştür. Bu görüşe göre ise kişisel veri, kişilik hakkının ayrılmaz bir uzantısı ve kişinin özel hayatıyla ilişkili olup, bu doğrultuda korunmalıdır²⁹. Bu nedenle kişisel veriler sahiplerinden bağımsız düşünülemez ve sahiplerinin ölümleriyle birlikte miras yoluyla da intikal etmezler³⁰.

Kanaatimizce, kişisel verinin niteliğine göre bunun mirasçıya geçip geçemeyeceği tayin edilmelidir. Kişilik kavramı hak ehliyetini de içeren bir üst kavramdır³¹. Bu sebeple kişilik kavramının bir uzantısı olan kişisel verilerin sadece mülkiyet hakkı veya fikri mülkiyet hakkı gibi korunması beklenemez. Bu nedenle kişisel veri, hukuki niteliği itibarıyla karma bir yapıya sahiptir. Bu anlamda olmak üzere, kişisel veriler hem kişilerin mülkiyetinde olup hem de bunların korunması insan hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Böylelikle kişisel verinin hukuki niteliğinin tayini bakımından bir genelleme yapılmaksızın, ilgili kişisel veriye göre bir tespit yapılmalıdır. Kişisel veri gerek KVKHK'da gerekse GDPR'de geniş şekilde tanımlandığından, bazı kişisel veriler (örneğin, kişinin medeni hali, dini inancı vs.) kişilik hakkının bir uzantısı olup, kişiye sıkı sıkıya bağlıdır³². Dolayısıyla bu nitelikteki verilerin üçüncü kişilere devri mümkün değildir. Buna karşılık bazı kişisel veriler ise nitelikleri itibarıyla mülkiyet hakkına konu olabilecek türdendir. Nitekim kişinin sahip olduğu bir mektup veya resim de kişisel veri kavramı içinde değerlendirilir ve mülkiyet hakkının konusunu oluşturabilir. Aynı zamanda bir kişisel veri, kişinin fikri çabası sonucu meydana gelmişse, bu veri fikri mülkiyete de konu olabilir. Örneğin kişinin yazmış olduğu edebi bir eser kişisel çabanın ürünü olduğu için hem fikri hakkın konusunu oluşturur hem de kişisel veri niteliğindedir. Bu nedenle de miras yoluyla intikalinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Kişisel Verilerin Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2018, s.76.

²⁶ SCHWARTZ, Paul M.: “Property, Privacy and Personal Data”, Harvard Law Review, (117), 2003-2004, s.2058-2059; KANG, Jerry: “Information Privacy in Cyberspace Transactions”, Stanford Law Review, 50, April 1998 s.1246 <https://www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/privacy/files/CPRIVACY.PDF>, (Erişim Tarihi: 27.08.2020); LITMAN, Jessica: “Information Privacy/Information Property”, Stanford Law Review, 52, May 2000, s.1283 vd. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=218274, (Erişim Tarihi: 27.08.2020); PRINS, Corien: “The Peropertization of Personal Data and Identities”, Electronic Journal Of Comperative Law, 8(3), October 2004, s.1 vd. https://www.ejcl.org/83/art83-1.html#N_1_, (Erişim Tarihi: 27.08.2020); PRINS, Corien: “When Personal Data, Behavior and Virtual Identities Become A Commodity: Would A Property Rights Approach Matter?”, SCRIPT-ed, 3(4), June 2006, s.271 vd. <https://script-ed.org/wp-content/uploads/2016/07/3-4-Prins.pdf>, (Erişim Tarihi: 27.08.2020).

²⁷ PRINS, Personal Data, s.278.

²⁸ DÜLGEN, İnsan Hakları ve Temel Hak Ve Özgürlükler Bakımından Kişisel Verilerin Korunması, s.77; SAMUELSON, Pamela: “Privacy As Intellectual Property?”, Stanford Law Review, 52(5), May 2000, s.1142, https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/stflr52&div=46&start_page=1125&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults, (Erişim Tarihi: 27.08.2020); PRINS, Personal Data, s.279; ÖZKAN, s.24 vd. Bu görüşüneleştirisinde konusunda bkz.: AKSOY, Kişisel Verilerin Korunması, s.69 vd.

²⁹ AKSOY, Kişisel Verilerin Korunması, s.54; YILMAZ/ÇAVUŞOĞLU, s.63; KÜZECİ, s.64; Ayrıca Bkz. Yargıtay HGK, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, T. 17.6.2015; Yargıtay 4. HD.E. 2017/2479, K. 2020/30, T. 14.1.2020, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 07.07.2020).

³⁰ SAMUELSON, s.1146; Kişisel verileri kişilik hakkı açısından ele alan görüşün eleştirisi hakkında bkz.: ÖZKAN, s.29 vd.; AKSOY, The Right, S.241; AKSOY, Kişisel Verilerin Korunması, s.62.

³¹ AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C.I., İstanbul 2014, s.233; OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2015, s.2.

³² Kişilik hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlıdır ve bu hakkın devredilmesi mümkün değildir. Bu sebeple ölüm halinde bu hak kendiliğinden sona ereceği için mirasçılara da geçemez. Bkz. SEROZAN, Rona: Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015, s.455; AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen: Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016, s.88; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.156.

III. SOSYAL MEDYA ŞİRKETLERİ İLE KULLANICILAR ARASINDA KURULAN SÖZLEŞMELER VE SOSYAL MEDYA HESAPLARININ DURUMU

A. Genel Olarak

Kişisel verilerin mirasla intikale konu olup olamayacağının tespiti konusunda kişisel verinin hukuki niteliğinin yansira, sosyal medya şirketleriyle kullanıcılar arasında kurulan sözleşmeler de incelenmelidir. Zira sosyal medya hesapları kişisel veri içeren platformlardır. Bu hesapların faaliyet gösterebilmesi veya kullanılabilmesi için sosyal medya hizmeti sunan şirketle kullanıcılar arasında bir sözleşme yapılmaktadır. Bu sözleşmelerle şirketler, kişisel verileri koruma, saklama, bunların yerleştirilebileceği bir web alanı açma ve veriye erişimi kullanıcının talebiyle sınırlı hale getirme yükümlülükleri altına girmektedirler. Böylelikle koruma sözleşme hükümleriyle gerçekleştirilmektedir. Zira sözleşmede verilerin kullanıcının rızası olmadan başka kimselerle paylaşılmayacağına ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Ayrıca kullanıcının iletişim kurduğu kişilerle olan diyaloglarına da erişilemeyeceği ifade edilmektedir. Örneğin, bir sosyal medya platformunda A kişisi B kişisine mesaj gönderdiğinde, sosyal medya hesabı üzerinden bu mesaj A ve B'nin rızası olmadan üçüncü kişilerle paylaşılamaz. Ancak A'nın ölümü halinde miras hukuku kuralları gereği sosyal medya sözleşmesinin tarafı mirasçılar olursa, üçüncü kişi konumundaki mirasçılar, A ile B arasındaki yazışmalara erişebilecektir. Bu durum B'nin kişisel verilerinin ihlali sonucunu ortaya çıkarabilecektir. Hal böyleyken ortaya çıkan temel soru sosyal medya şirketleriyle kullanıcılar arasında kurulan sözleşmelerin hesap sahibi kullanıcının mirasçılara intikal edip edemeyeceğidir.

B. Sosyal Medya Şirketleriyle Kullanıcılar Arasında Kurulan Sözleşmeler

Borçlar hukukuna egemen olan ilkelerden biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca taraflar, hukuka, ahlaka ve emredici hükümlere aykırı olmadığı sürece sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin tarafını belirleme, sözleşmenin şeklini belirleme, sözleşmeye son verme ve sözleşmenin içeriğinin belirleme serbestisine sahiptirler (TBK m.26)³³. Bu serbestinin bir görünümü olarak tarafların, kanununda düzenlenmemiş, bir sözleşme kurmaları mümkündür. İnternet ortamında sosyal medya sitelerine üye olan kullanıcılarla sosyal medya şirketleri arasında kurulan sözleşmelerin bu kapsamda değerlendirmesi mümkündür. Bu sözleşmeler, hukuki niteliği itibarıyla, kanunda düzenlenmiş çeşitli sözleşme tiplerinin kanunun öngörmediği tarzda bir araya geldiği karma nitelikli sözleşmelerdir³⁴. Söz konusu sözleşmeler bünyelerinde kullanım sözleşmelerine (kira veya kullanım ödencü)³⁵, saklama sözleşmesine³⁶, hizmet sözleşmesine veya lisans sözleşmesine³⁷ ilişkin hükümleri barındırırlar³⁸. Bu nedenle bu sözleşmelerin niteliğinin tespiti, sosyal medya hesaplarının mirasla intikalinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Şöyle ki, sözleşmedeki mirasa ilişkin olan hükümler hangi sözleşme türüne daha yakınsa kanunda düzenlenen o sözleşmenin hükümleri uygulanmalı ve mirasın intikal edip edemeyeceği bu şekilde belirlenmelidir.

Aynı zamanda bu sözleşmelerin kullanıcının amacına göre, tüketici sözleşmesi olarak da nitelendirilmesi mümkündür. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un³⁹ 3/1 maddesindeki tüketici işlemi tanımı uyarınca tüketici sözleşmesini “mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden

³³ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, s.335 vd.; YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 13.Bası, İstanbul 2014, s.6; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Ankara 2019, s.53 vd.

³⁴ Karma sözleşmeler hakkında bkz: KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, 2.B., Ankara 2013, s.7; ARAL/AYRANCI, s.57 vd.

³⁵ Örneğin, Facebook kullanıcı sözleşmesinde kamu güvenliğini tehlikeye atmamak kaydıyla kullanıcılarına hesap başlığı altında bir kullanımı alanı tahsis edileceğini belirtmektedir.

³⁶ Örneğin sosyal medya şirketleri kullanıcılarıyla yaptıkları sözleşmelerde, paylaşılan içeriklerin kullanıcılara ait olduğunu bildirerek, sosyal medya hesaplarında sadece bu taahhüt edilmektedir bkz.: <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms>, (Erişim Tarihi: 07.02.2020).

³⁷ Örneğin Instagram kullanım koşullarında, içeriklerin kullanılması bakımından kullanıcıların şirkete lisans verdiğini belirtmektedirbkz.:[https://tr-tr.facebook.com/help/instagram/581066165581870/?helpref=hc_fnav&bc\[0\]=Instagram%20Yard%C4%B1m&bc\[1\]=Gizlilik%20ve%20Emniyet%20Merkezi](https://tr-tr.facebook.com/help/instagram/581066165581870/?helpref=hc_fnav&bc[0]=Instagram%20Yard%C4%B1m&bc[1]=Gizlilik%20ve%20Emniyet%20Merkezi), (Erişim Tarihi: 07.02.2020).

³⁸ Aynı yönde bkz. DEMİR, s.173 vd.

³⁹ Kabul Tarihi: 07.11.2013 (RG.: T. 28.11.2013, S.28835). 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 87. madde uyarınca 28.05.2014 tarihinden itibaren yürürlüktedir.

veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerle tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme” olarak tanımlanabilir. Ancak bu nitelendirme kullanıcıların, bir ivaz karşılığı sosyal medya hesaplarını kullanmaları durumunda geçerlidir. Çünkü, tüketici sözleşmelerinin temel özelliği, ivazlı olmalarıdır⁴⁰. Bu itibarla sosyal medya hesaplarının ivazsız kullanıldığı durumlarda, buna ilişkin sözleşmelerin hukuki niteliği itibariyle tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceklerdir. Bununla birlikte, kullanıcıların ticari veya mesleki amaçlarla sosyal medya hesaplarını kullanmaları durumunda da bu sözleşmelerin tüketici sözleşmesi olmayacağı açıktır.

Diğer taraftan bu sözleşmeleri hukuki nitelikleri itibariyle dernek üyelik sözleşmelerine benzetmek de mümkündür. Çünkü söz konusu sözleşmeler de şirket kullanıcısı olan üyeye belirli bir dijital platform sağlanmakta ve böylelikle kullanıcı o sitenin üyelerine sağladığı imkânlardan yararlanmaktadır.

Nihayet bu sözleşmelerde sosyal medya şirketleri asli edim yükümlülüklerini, kullanıcılarına web sitesi üzerinde ona özel bir sanal/siber alan açma⁴¹ ve bu alanda sitenin amacına uygun olarak faaliyet gösterebilmesini sağlama suretiyle gerçekleştirmektedir. Bununla birlikte sosyal medya şirketleri, kullanıcılarının hem kullanıcı hesabı oluştururken girdiği; hem de paylaştığı kişisel verilerini hukuka uygun bir şekilde koruyacağını ve saklayacağını da taahhüt etmektedirler. Buna karşılık sosyal medya hesap kullanıcısının asli edimi ise sosyal medya hesabını kullanım koşullarına uygun olarak kullanmak ve gerekli bilgileri paylaşmaktır. Ancak unutulmamalıdır ki, sosyal medya şirketleriyle kullanıcılar arasında kurulan sözleşmelerin konusu veridir. Bu sebeple veri yönetimi çok önemli bir yere sahiptir.

C. Sosyal Medya Hesaplarının Durumu

1. Genel Olarak

En basit tanımla sosyal medya, karşılıklı iletişimin sağlandığı bir platformdur⁴². Buna karşılık doktrinde Kaplan/Haenlein’ne⁴³ göre sosyal medya, Web 2.0’in ideolojik ve teknolojik temellerine dayanan ve kullanıcı tarafından içeriğin oluşturulmasına ve değiştirilmesine izin veren bir internet tabanlı uygulama grubudur⁴⁴. Akar’a⁴⁵ göre sosyal medya, Web 2.0 temelli, sosyal etkileşime, topluluk oluşturmaya ve işbirliği projelerini meydana getirmeye imkan veren internet sitesidir. Boyd/Ellison⁴⁶ sosyal medyayı, kişilere sınırlandırılmış bir sistem içerisinde kişilere, açık veya yarı açık profil oluşturmaya, bağlantı paylaştığı diğer kullanıcıların listesini eklemeye, sistemde mevcut diğer kişilerin bağlantılarını görüntüleyip bunlar arasında gezinmeye izin veren internet tabanlı bir sistem şeklinde tanımlamaktadır. Nihayet Öztürk’e⁴⁷ göre sosyal

⁴⁰ OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, AÜHFD 50(1), 2001, s.65; KARA, İlhan: Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara 2015, s.59; GÜMÜŞ, Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1, İstanbul 2014, s.9; ZEVKLİLER, Aydın: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun: Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, İzmir 1996, s.17; ÖZEL, Çağlar: Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999, s.28; OZANOĞLU, Hasan Seçkin: Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, s.14; GEZDER, Ümit: Tüketici Kredi Sözleşmeleri, İstanbul 1998 s.13; TİRYAKİ, Betül: Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007, s.34 vd.

⁴¹ “Siber alan” kavramı, “Packingham v. North Carolina, 137 S.Ct. 1730 (2017)” davasında ifade edilmiştir. Karar için bkz.: [https://harvardlawreview.org/2017/11/packingham-v-north-carolina/#:~:text=1730%20\(2017\),.Web%20site%5Bs%5D%E2%80%9D%206&text=Packingham%2C%20137%20S.,Ct.,\(Erişim Tarih: 25.08.2020\)](https://harvardlawreview.org/2017/11/packingham-v-north-carolina/#:~:text=1730%20(2017),.Web%20site%5Bs%5D%E2%80%9D%206&text=Packingham%2C%20137%20S.,Ct.,(Erişim Tarih: 25.08.2020).). Böylece sosyal medya hesapları kullanıcılarına fiziksel dünyadan farklı olarak, kendilerine ait siber bir alan vermektedir.

⁴² ERASLAN, Levent: Sosyal Medya ve Algı Yönetimi, 2.Bası, Ankara 2020, s.12; YEGEN, Ceren: Demokratik ve Yeni Bir Kamusal Alan Olarak Sosyal Medya, MAOSBD., 1(2), 2013, s.121.

⁴³ KAPLAN, M. Andreas/HAENLEIN, Michael: “Users of the World, Unite!, The Challenges and Opportunites of Social Media”, Business Horizons, Vol. 53 (2010), Iss.1, s.61 (<https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0007681309001232?token=D8B7D3F98FDA27D4107F00F43EA602F2DAD80A2E73D26E67DBE0A6CD82100C6DBF8FF9A3E37F7C2CEE73AF1EDAA742F>, (Erişim Tarihi: 16.02.2020).

⁴⁴ ERASLAN, s.12.

⁴⁵ AKAR, Erkan: Sosyal Medya Pazarlaması, Ankara 2010, s.17.

⁴⁶ BOYS, Danah M./ELLISON, Nicole B.: “Social Network Sites: Definition, History and Scholarship”, Journal of Computer-Mediated Communication, 13(1), 2007, s.211, <https://academic.oup.com/jcmc/article/13/1/210/4583062>, (Erişim Tarihi: 16.02.2020); DEMİR, s. 167.

⁴⁷ ÖZTÜRK, Şerife: “Sosyal Medyada Etik Sorunlar”, Selçuk İletişim, 9(1), 2015, s.289.

medya, tek yönlü bilgi paylaşımından, çift taraflı ve eş zamanlı bilgi paylaşımına ulaşılmasına imkân veren Web 2.0 tabanlı sistemdir. Mayfield'in sosyal medya tanımına göre ise sosyal medya, en yüksek derecede paylaşımın gerçekleştiği, online medyanın yeni bir türü olarak fırsatlar sunduğu en yeni fikirlerden biridir⁴⁸. Anılan tanımları kapsayacak şekilde kanaatimizce sosyal medyanın, kullanıcıların ortak ilgilerini, düşüncelerini, duygularını, fotoğraflarını, videolarını, yazılarını, fikir ve sanat eserlerini, kimi zaman ticari ve mesleki faaliyetlerini, mal ve hizmetlerini belirli kişilerle, belirli bir topluluk ya da kamuoyuyla paylaşma olanağı bulduğu, web tabanlı sanal bir platform olarak tanımlanması mümkündür⁴⁹.

Sosyal medya hesabı ise sosyal medya üzerinde kullanıcıya ait olan, kullanıcının verilerini depoladığı veya sakladığı bir sayfadır. Sosyal medya hesaplarıyla kullanıcılar kendi özel veya ticari hayatlarına ilişkin bilgileri dijital bir ortamda paylaşmak suretiyle yaymaktadır⁵⁰. Ancak veri politikaları ve yasal düzenlemeler sayesinde yayılan bilgilerin kimin tarafından görülebileceği veya erişilebileceği konusunda veri sahibinin kontrolü ve yetkisi bulunmaktadır. Veri sahibi kullanıcılar sadece kendi belirlediği kişilerin paylaşımlarını görmesini isteyebileceği gibi paylaşımlarının görülmesini de engelleyebilirler. İşte bu bağlamda sosyal medya şirketlerinin görevi de bu verilerin kullanıcıların rızası doğrultusunda paylaşılmasını veya uçtan uca şifreleme yahut başkaca yöntemlerle korunarak saklanmasını sağlamaktır⁵¹.

2. Sosyal Medya Hesaplarının Kullanım Amacına Göre Türleri

Sosyal medya hesaplarının veri iletimi için kullanıldığı açıktır. Böylelikle günümüzde kişiler, sosyal medyayı farklı amaçlar doğrultusunda kullanarak, onu ve ona erişmek için kullandıkları hesaplarını yaşamlarının bir parçası haline getirmişlerdir. Gerçekten de kişiler, sosyal medya hesaplarını hem sosyalleşmek hem de ticaret yapmak amacıyla kullanmaktadırlar. Bu şekilde sosyal medya hesaplarının kullanım amaçlarına göre farklılaşması, bunların miras yoluyla intikalinde de önem taşıyabilmektedir. Zira ticari amaçla kullanılan bir sosyal medya hesabının devri, ticari işletmenin miras yoluyla intikalini oluşturabilecekken, sırf sosyalleşme amacıyla kullanılan sosyal medya hesabının intikalinin nasıl olacağı konusunda bir kesinlik bulunmamaktadır. Bu sebeple sosyal medya hesaplarının amaçlarının incelenmesi ve kullanım amacına göre sınıflandırılmasında önem taşımaktadır.

Sosyal medya hesaplarını kişilerin kullanım amaçlarına göre ticari amaçla kullanılan sosyal medya hesapları ve ticari amaçlı olmayan (sosyalleşmek amacıyla kullanılan) sosyal medya hesapları olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür⁵².

Ticari amaçla kullanılan sosyal medya hesaplarında, sosyal medyanın gelir getirici faaliyetlerin gerçekleştirildiği sanal bir alan olarak kullanıldığı görülmektedir. Gerçekten de hesap sahipleri, sosyal medya hesapları üzerinden mal veya hizmet tedariki alanlarında ürün veya hizmet pazarladıkları gibi, piyasadaki mevcut ürün veya hizmetlerin reklamını yaparak da gelir

⁴⁸ MAYFIELD, Antony: What is Social Media, iCrossing, e-book, 2010, s.6, (Erişim Tarihi: 1.07.2020).

⁴⁹ Aynı yönde bkz.: AKKURT, Sinan Sami: Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlali Halinde Ortaya Çıkacak Cezai Sorumluluğa Medeni Hukuk Bağlamında Bir Bakış, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(2), 2017, s.330 vd.

⁵⁰ KAYA, Mine: Elektronik Ortamda (Elektronik Haberleşme- İnternet-Sosyal Medya) Kişilik Hakkının Korunması, 1.Bası Ankara 2015, s.75; VURAL, Z. Beril Akıncı/BAT, Mikail: Yeni Bir İletişim Ortamı Olarak Sosyal Medya: “Ege Üniversitesi İletişim Fakültesine Yönelik Bir Araştırma”, Journal of Yasar University, 20(5), 2010, s.3350.

⁵¹ KAYA, s.75 vd.

⁵² Sosyal medya hesaplarını, hesap sahiplerinin faaliyetine göre üretici, tüketici ve katılımcı sosyal medya hesapları olarak üçe ayırmak da mümkündür. (SHAO, Guosong: “Understanding the Appeal of User-Generated Media: A Uses and Gratification Perspective, Internet Research, Vol. 19 (2009), s.10 vd., <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/10662240910927795/full/pdf?title=understanding-the-appeal-of-usergenerated-media-a-uses-and-gratification-perspective>, (Erişim Tarihi: 16.02.2020). Sosyal medya hesaplarının çeşitli ayrımları bakımından ayrıca bkz.: MARAŞLI DİNÇ, Yasemin: “Ölümünden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras”, TBB Dergisi, (142), 2019, s.278 ve dipnot 11'deki yazarlar; PINCH, Rachel: “Protecting Digital Assets After Death: Issues to Consider in Planning for Your Digital Estate”, Wayne Law Review, 60(2), 2014, s.548 vd.<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/waynlr60&div=18&id=&page=>, (Erişim Tarihi 19.04.2020); CARROLL, Evan/ROMANO, John: Your Digital Afterlife: When Facebook, Flickr and Twitter Are Your Estate, What's Your Legacy?, Berkeley/USA 2011, s.39 vd., https://books.google.com.tr/books?id=q8Ks6YIyhuEC&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&caid=0#v=onepage&q&f=false, (Erişim Tarihi: 08.02.2020); CARROLL, Evan/ROMANO, John/CARTER, Jean Gordon. “Helping Clients Reach Their Great Digital Beyond: Estate Planning for Electronic Assets, Trusts & Estates (September 2011), s.66 vd., <https://www.wealthmanagement.com/estate-planning/helping-clients-reach-their-great-digital-beyond-0>, (Erişim tarihi: 08.02.2020); DEMİR, s.177.

elde etmektedirler. Böylelikle sosyal medya hesap sahipleri, hesaplarını kullanarak yeni bir sanal pazar yaratmakta ve yarattıkları bu sanal pazarda çeşitli sektörlere ait markaları tanıtarak önemli bir kazanç elde etmektedirler. Nitekim YouTube kanalından kendi videolarını hazırlayıp paylaşmak suretiyle yayın yapan kanal sahipleri (YouTuber), yayınladıkları videolarında ürün yerleştirme yaparak reklam almakta ve bu şekilde izlenme oranlarına göre reklam gelirlerinden kazanç elde etmektedirler⁵³. Aynı durum, Instagram veya Twitter hesapları bakımından da geçerlidir. Bu platformdaki hesap sahiplerinin de gerek doğrudan ürün veya hizmet pazarlaması gerekse reklam faaliyeti yaparak takipçi sayılarına göre gelir elde ettikleri görülmektedir.

Ticari amaçlı olmayan sosyal medya hesaplarının sayısı ise ticari amaçlı kullanılan sosyal medya hesaplarının sayısından daha fazladır. Zira günümüzde hemen hemen her kişinin, ailesi, akrabaları, arkadaşları veya sosyal çevresiyle iletişim halinde olduğu en az bir sosyal medya hesabı bulunmaktadır. Bu hesaplar vasıtasıyla kişiler yakınlarıyla iletişim kurmakta, birbirlerine yazı, resim veya video göndermekte veyahut paylaşımlarına yorum yaparak, düşüncelerini açıklayabilmektedirler.

Yukarıda anlatılanlar doğrultusunda, sosyal medya hesabının ticari amaçla kullanıldığı durumlarda bunların miras yoluyla intikalinin mümkün olduğu düşüncesindeyiz. Zira Türk hukukunda bir ticari işletmenin sanal ortamda ticari faaliyetlerini yürütmesi ve bu işletmenin mirasçılara intikali mümkündür. Bu itibarla bu tür hesapların miras yoluyla intikali, sanal ortamda faaliyet gösteren bir ticari işletmenin miras yoluyla intikali gibi düşünülmelidir. Buna karşılık ticari amaçlı olmayan sosyal medya hesapları bakımından ise daha farklı bir değerlendirmeye gidilmelidir. Bu sebeple çalışmamızda, taşıdığı önem sebebiyle ticari amaçlı olmayan sosyal medya hesaplarının miras yoluyla intikalinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulmuştur.

IV. SOSYAL MEDYA HESAPLARININ MİRAS YOLUYLA İNTİKALİNE ELVERİŞLİLİĞİ

A. Genel Olarak Mirasın İntikali

TMK m.28 uyarınca gerçek kişilik, ölümle sona ermektedir. Ölümle birlikte de TMK m.599 uyarınca, mirasın terekesinde yer alan değerler mirasçılara bir küll halinde intikal eder⁵⁴.

Miras hakkı gerek Anayasa tarafından gerekse uluslararası sözleşmeler tarafından güvence altına alınmış bir insan hakkıdır. Gerçekten de Anayasa'nın 35. maddesi herkesin miras hakkının olduğunu ve bu hakkının üstün kamu yararı olmadığı sürece kısıtlanamayacağını ifade etmektedir. Miras hakkı hem toplumsal hem de devlet menfaatlerini koruyan bir hakktır. Bir aile içinde emek karşılığı kazanılan servetin kural olarak aile içerisinde kalması, o aile içinde iktisadi bağımsızlığını kazanmamış kimselerin veya bu servetten yoksun kaldıklarında sosyal devletin yardımına muhtaç kalacak kimselerin ihtiyaçlarını karşılamaya yaramaktadır⁵⁵. Bu durumda miras hakkı hem sağ kalanların menfaatini gözetmekte hem de mirasın alacaklılarının menfaatini korumaktadır. O halde, kamu yararı adına bir gereklilik söz konusu olmadığı sürece, mirasbırakanın terekesinde yer alan, mirasla intikale elverişli malvarlığının mirasçılara ölüm anında bir küll halinde intikal etmesi gerekmektedir. Bu sebeplerle sosyal medya hesaplarına mirasçılarının erişiminin engellenmesi, miras hakkının ihlali olduğu kanaatine varılırsa, insan hakkının ihlali de gündeme gelebilecektir.

⁵³ KAVURAN, Tamer/YEŞİL, Abuzer: “İnteraktif Medyada Youtuberların İletişim Dili: Enes Batur Oyun Videoları Örneği”, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, 2(Ek Sayı), 2019, s.50; TÜRKYILMAZ, Tamer: “Fenomenlerin Vergilendirilmesi”, Vergi Gündem 2019, <https://www.vergidegundem.com/makale?categoryName=Vergide&publicationNumber=2&publicationYear=2019&publicationId=4797383>, (Erişim Tarihi: 13.02.2020); https://tr.wikipedia.org/wiki/YouTube_%C3%BCn%C3%BCs%C3%BC#cite_note-1 (Erişim Tarihi: 13.02.2020); <https://www.startupnedir.com/youtuberların-vergisel-yukumlulukleri/>, (Erişim Tarihi: 13.02.2020); MARAŞLI DİNÇ, s.281.

⁵⁴ EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 1. Bası, Ankara 2019, s.401; ANTALYA, O. Gökhan/SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2015, s.69-70; İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 10.Bası, Ankara 2019, s.64; İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2017, s.10, 239; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku, İstanbul 2015, s.403; ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku 5. B., Ankara 2012, s.316; KILIÇOĞLU, Ahmet: Miras Hukuku, 10. B., Ankara 2019; s.269 vd.; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 5. B., İstanbul 2018, s.497; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. B., İstanbul 1987, s.592.

⁵⁵ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.45 vd.; İMRE/ERMAN, s.2 vd.

B. Külli Halefiyet İlkesi

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde miras hukukuna hâkim olan önemli ilkelerden biri külli halefiyet ilkesidir⁵⁶. Bu ilke uyarınca, bir malvarlığı, bütün olarak, aktifi ve pasifiyle birlikte hukuki bir olay olan ölüm anında miras bırakandan onun mirasçılara intikal eder⁵⁷.

Miras hakkı ölüm olayıyla re'sen kazanılır (TMK m.599)⁵⁸. Mirasbırakanın kendisinin ölümüyle malvarlığının mirasçılara geçmesi yönünde bir talebi olmasa bile ölümle mirasbırakanın malvarlığı mirasçılara hiçbir işleme gerek kalmaksızın intikal eder⁵⁹. Mirasın intikali için mirasçıda belli başlı, örneğin ayırt etme gücü gibi, özellikler de aranmaz. Külli halefiyet kaçınılmaz bir doğa olayı gibidir. Burada, ölen bir kimsenin adeta kişiliğinin devam ettirilmesi gibi bir durum vardır. Zira ölen yaşayanlara dahil olur⁶⁰. Kişinin halefleri, adeta onun ölümüyle onun geride bıraktıklarına sahip çıkar ve bu ilişkileri sürdürür. Böylelikle hem ticari hayatta hem de sosyal hayatta güven duygusu oluşur. Aynı şekilde, mirasla intikale elverişli değerlerin intikal etmesine izin verilmemesi külli halefiyet ilkesinin ve miras hakkının ihlali olarak değerlendirilmelidir. Böyle bir durumda Anayasa'nın 35. maddesi ile birlikte bir insan hakkı da ihlal edilmiş olur.

Diğer taraftan külli halefiyet ilkesi gereği, miras hakkı tescile, teslim, temlike gerek kalmadan ve borcun üstlenilmesine ihtiyaç duyulmaksızın mirasçılara geçer. Örneğin, kişinin sahip olmuş olduğu taşınmazlar henüz mirasçısı adına tescil olmasa dahi mirasçılardan mülkiyetine ve zilyetliğine geçer. Burada mülkiyet bu tescille değil, ölüm anında kazanılmış olur⁶¹. Daha sonra yapılacak tescil, açıklayıcı niteliktedir.

Nihayet külli halefiyet ilkesi, mirasla intikale elverişli malvarlığı değerleri bakımından geçerlidir. Bir başka ifade ile, mirasla intikale elverişli olmayan malvarlığı değerleri, külli halefiyet ilkesi gereği mirasçılara intikal etmez. Nitekim kişilerin sahip olduğu bazı değerler, kişinin malvarlığında yer alsalar bile miras yoluyla intikale elverişli değillerdir. Miras yoluyla intikal etmeyen hakları mirasbırakanın şahsına bağlı olan, onun ölümüyle sona eren hukuki ilişkiler, haklar (intifa ve oturma hakkı gibi) ve borçlar olarak belirtmek mümkündür⁶².

C. Tereke Kavramı

Tereke, mirasbırakanın mirasçılara intikal edebilen bütün malvarlığı için kullanılan bir üst kavramdır⁶³. Terekeden kasıt murisin mirasçılara intikale elverişli hukuki ilişkileri, malları, hakları, alacakları ve borçlarıdır⁶⁴. O halde tereke kavramı malvarlığı kavramından farklıdır. Çünkü tereke, murisin malvarlığında yer alan değerlerinden sadece intikale elverişli kısmı oluşturur⁶⁵.

Dijital malvarlığı ise klasik malvarlığından farklı olarak, maddi değeri bulunan veya bulunmayan, kişilerin elektronik ortamda sahip oldukları, dijital ortamda depolanmış (elektronik ortamda kayıtlı), videolar, fotoğraflar, elektronik postalar, kişisel bloglar, cep telefonu uygulamaları veya sosyal medya hesapları gibi her türlü dijital varlıkların tümüdür⁶⁶. Ancak hem

⁵⁶ ANTALYA/SAĞLAM, s.90-91.

⁵⁷ ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m.495-574), C.I, İstanbul 2018, s.6-7; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.18, 401; ANTALYA/SAĞLAM, s.69-70; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.64; İMRE/ERMAN, s.10; ÖZTAN, s.23; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.592; DURAL/ÖZ, s.403.

⁵⁸ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.401; ANTALYA/SAĞLAM, s.69-70; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.64; İMRE/ERMAN, s.10, 239; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.592; DURAL/ÖZ, s.403; ÇABRİ, s.6.

⁵⁹ EREN /YÜCER AKTÜRK, s.19; ÖZTAN, s.24; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.592; DURAL/ÖZ, s.403; ÇABRİ, s.9.

⁶⁰ ANTALYA/SAĞLAM, s.90-91.

⁶¹ İŞGÜZAR, Hasan/DEMİR, Mehmet/YILMAZ, Süleyman: Miras Hukuku, Ankara 2019, s.22; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.39.

⁶² DURAL/ÖZ, s.8-9; KILIÇOĞLU, s.2 vd.; SEROZAN/ENGİN, s.119; ÖZTAN, s.16; İMRE/ERMAN, s.10; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.6 vd.

⁶³ ANTALYA/SAĞLAM, s.70 vd.; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.4; İMRE/ERMAN, s.10; DURAL/ÖZ, s.8; ÇABRİ, s.28.

⁶⁴ İMRE/ERMAN, s.8-10; SEROZAN/ENGİN, s.119; DURAL/ÖZ, s.8; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.4; ÖZTAN, s.16; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.3 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.64; ÇABRİ, s.29.

⁶⁵ ÖZTAN, s.27-28; İMRE/ERMAN, s.8-10; SEROZAN/ENGİN, s.119-120; DURAL/ÖZ, s.8-10; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.4-5; ÇABRİ, s.29-30.

⁶⁶ HOPKINS, Patrickjamie/LIPIN, Ilya Alexander: "Viable Solutions to the Digital Estate Planning Dilemma", Iowa Law Review Bulletin, 99(61), 2014 s.63-64; PINCH, s.545; CHOUDHARY, Pragma: "Death (?) Online",

elektronik ortamda hem de fiziki ortamda kayıtlı varlıklar, dijital malvarlığına dahil değildir. Ayrıca kişilerin dijital malvarlığına sahip olabilmeleri için bu dijital varlıklara ulaşılabilmesi mümkün kılan bir dijital hesaplarının da bulunması gerekmektedir⁶⁷. Bu anlamda kişinin dijital ortamda konuşmaları, video ve fotoğraf paylaşımları, yazışmaları içerir sosyal medya hesaplarının (Facebook, Instagram, Twitter gibi) dijital malvarlığı içerisine dahildir. Sosyal medya hesaplarının yanı sıra, yine kişiye ait olan online alışveriş sayfaları da dijital malvarlığı kapsamındadır. O halde dijital malvarlığı da malvarlığının bir parçasıdır.

Belirtilmesi gerekir ki, sosyal medya hesapları her ne kadar malvarlığının içinde yer alsada terekeye dahil olup olmayacağı açık değildir. Miras hukukunda terekenin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler bulunsada dijital verilere ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Çünkü kişisel verilerin korunması, aktarımı ve işlenmesini konu edinen sosyal medya hesaplarının kullanımına ilişkin sözleşmeler karma niteliktedir. Keza bu sözleşmeler kişiye özgü olarak yapılmakta ve şirket kullanıcılarına özgü web tabanlı bir alan açmaktadır. Bu nedenle sadece kullanıcı için açılan bir alan söz konusuysa bu hesapların mirasçılara kullanımının devri kanaatimizce hukuken isabetli değildir. Zira şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar mirasla devredilememektedir. Ancak kişinin hesabı üzerinde bulunan değerlerin terekesinde yer alabilmesi gerekmektedir. Zira sanal ortamda kişilere ait resim, yazı vs. değerler olabilir ki bunların miras hukuku kapsamında intikali kanaatimizce mümkündür.

D. Sosyal Medya Hesabının Miras Yoluyla İntikaliyle İlgili Mahkeme Kararları

Sırf sosyalleşmek amacıyla sosyal medya hesaplarının oldukça çok sık kullanıldığı günümüzde bunların hesap sahibinin ölümü halinde mirasçılara intikal edip edemeyeceği miras hukuku bakımından incelenmesi gereken konulardandır. Ancak bu inceleme yapılırken miras hakkı, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği ile KVKHK'nın getirdiği koruma normları arasındaki sınır dikkate alındığında menfaatlerin çatıştığı görülmektedir. Çünkü kişisel verileri koruyan normlar, rıza dışı kişisel verilere erişilemeyeceğini öngörürken, miras hukukuna ilişkin düzenlemeler, bunların mirasçılara geçeceğini belirtmektedir. Bu menfaat çatışması yargıya intikal etmiş; bazı uyuşmazlıkların da konusunu oluşturmuştur.

Öncelikle *Justin Ellsworth* olayına⁶⁸ bakıldığında; 20 yaşındayken Irak savaşına genç bir asker olarak katılan *Justin Ellsworth*, savaşta ölmüştür. Ancak Irak'ta bulunduğu süre içinde arkadaşlarına ve ailesine savaşta yaşadıklarını e-posta yoluyla ve sosyal medya hesapları üzerinden mesaj göndererek anlatmıştır. Oğlunun ölümünden sonra babası, oğlunun sosyal medya hesaplarına erişerek mesajlarını okumak ve yaşananları kamuoyuna duyurmak için Yahoo'dan hesabın adına devredilmesini istemiştir. Yahoo, bu talebi reddetmiştir. Savunmasında Yahoo, kullanıcılarla akdedilmiş olan sözleşmelerde hesabın devredilemeyeceğinin ve kaydedilmiş olan verilerin silinmesi gerektiğinin kararlaştırıldığını; ayrıca veri politikaları sebebiyle de verilerin devredilemeyeceğini belirtmiştir⁶⁹. Dava sonucunda mahkeme, miras hukuku açısından sosyal medya hesaplarının ve bu hesap içeriklerinin de terekede yer aldığına; bu hesapların da mirasçılara intikal etmesi gerektiğine; bu sebeple Yahoo'nun Ellsworth'un hesabını babasına vermekle yükümlü olduğuna karar vermiştir⁷⁰.

2011 yılında ise Virginia-Amerika'da bir aile çocuklarının şüpheli ölümünün ardından, onun Facebook hesabına erişmek istemiştir. Facebook hem kendi hizmet koşullarına hem de haberleşme gizliliğini koruyan federal kanunlara aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Ancak şirket ailenin ısrarla sürdürdüğü lobi faaliyetleri sonucu on ay sonra ailenin

s.1, https://www.ijlmh.com/wp-content/uploads/2019/12/Death_-Online.pdf, (Erişim Tarihi: 29.08.2020); MARAŞLI DİNÇ, s.275; DEMİR, s.166.

⁶⁷ BIYAN, Özgür/AKÇİL, Çağla Gizem: "Dijital Miras ve Vergisel Boyutu", Legal Mali Hukuk Dergisi, 14(65), 2018, s.2611; Uniform Law Commission, "Revised Uniform Fiduciary Access To Digital Assets Act (2015)", 08 March 2016, s.5; <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0>, (Erişim Tarihi: 03.02.2020); PINCH, s.548.

⁶⁸ Oakland Co. Mich. Prob. Ct. In the Matter of Justin M. Ellsworth, Deceased, No. 2005- 296, 651-DE.

⁶⁹ İNCE AKMAN, Nurten: "Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2018, s.529-530.

⁷⁰ Kararın eleştirisi hakkında bkz: CUMMINGS, G. Rebecca: "The Case Against Access to Decedents' E-mail: Password Protection as an Exercise of the Right to Destroy", Minnesota Journal of Law, Science & Technology, 15(2), 2014, s.921 vd., <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=mjlst>, (Erişim Tarihi: 29.08.2020).

hesabın içerisindeki bilgilere erişmesine izin vermiştir⁷¹.

Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararına⁷² konu olan olayda da kızını kaybeden bir aile, kızının ölümünü aydınlatmak amacıyla Facebook'tan, kızlarının hesabına ulaşmayı talep etmiştir. Facebook söz konu talebi geri çevirmiştir. Bunun üzerine aile tarafından açılan davada, ilk derece mahkemesi ailenin talebini kabul etmiştir. Facebook'un kararı temyiz etmesi üzerine Eyalet Yüksek Mahkemesi, miras hukukuna ilişkin bir değerlendirme yapmaksızın, haberleşmenin-telekomünikasyonun gizliliği ilkesi gereği (Telekommunikationsgesetz § 88/3) ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bunun üzerine aile, kararı, Federal Mahkeme'ye götürmüştür. Federal Mahkeme vermiş olduğu kararda külli halefiyet ilkesinden hareket ederek (BGB§ 1922 vd), haberleşmenin gizliliği veya kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilke ve kuralların sosyal medya hesaplarının mirasçılara intikale engel olamayacağını belirtmiştir. Böylelikle Federal Mahkeme, Facebook ile sosyal medya hesabı sahibi muris arasındaki sosyal medya hesabı kullanım sözleşmesi uyarınca meydana gelen sosyal medya hesabına erişim hakkının mirasçılara, külli halefiyet prensibi gereği intikal edeceği yönünde karar vermiştir⁷³.

E. Mahkeme Kararlarına Yöneltilen Eleştiriler

1. Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikale Elverişli Olduğu Yönündeki Görüş

Bu görüş sahipleri, sosyal medya hesaplarının mirasbırakanın terekesinde yer alan dijital bir malvarlığı olduğunu, aynı zamanda ekonomik değeri olmayan resim, fotoğraf gibi varlıkların da miras yoluyla intikal edebileceğini iddia etmektedirler⁷⁴.

Türk hukukunda şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar dışındaki haklar miras yoluyla intikale elverişlidir. Bu noktada sosyal medya hesabının şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olup olmadığı gündeme gelecektir. Ancak malvarlığı içinde yer alan değerlerin mirasla intikal edebileceği kabul edilmektedir. Günümüzde malvarlığı kavramı da dijitalleşmiştir. Yukarıda izah edildiği üzere, sosyal medya hesapları da kişilerin dijital malvarlığını oluşturmaktadır. Bu anlamda, dijital malvarlığı da malvarlığına dahil olduğundan, ölümle birlikte sosyal medya hesaplarının da mirasçılara intikalinin kabulü gerekmektedir⁷⁵.

TMK m.653'te maddi değeri olsun veya olmasın aileye ait belgelerin ve anısı olan eşyaların mirasçılara intikali düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, murise ait ekonomik değeri olmayan mektupların, yazıların, mesajlaşmaların mirasçılara intikali mümkündür⁷⁶. TMK m.653'te yer alan düzenlemeden yola çıkarak, aile için önemli olan değerlerin aileye miras yoluyla intikal edeceği kabul edilmektedir⁷⁷. Bu durumda aile için önemli olan sosyal medya hesapları da mirasçılara intikal edebilmelidir⁷⁸.

⁷¹ PINCH, s.558; VATAVU, Joanna: "The Importance of Planning for Your Digital Estate", Estates, Trusts and Pensions Journal, December 32(1), 2012, s.1-2, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/espjrl32&div=1&src=home>, (Erişim Tarihi: 08.02.2020).

⁷² BGH III ZR 183/17, 12.07.2018; YILMAZ/ÇAVUŞOĞLU, s.145.

⁷³ Federal Mahkemenin varmış olduğu bu sonuç, doktrinde, dijital miras karşısında, haberleşmenin gizliliği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel prensiplerin aksine bir tutum sergilendiği gerekçesiyle eleştirilmiştir (Kararın eleştirisi için bkz: PREUß, Nicola: "Digitaler Nachlass – Vererbbarkeit eines Kontos bei einem sozialen Netzwerk", NJW 2018 Heft 43, s.3146 vd., <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2FNJW%2F2018%2Fcont%2FNJW.2018.3146.1.htm>, Erişim Tarihi: 03.04.2020).

⁷⁴ İNCE AKMAN, s.544-545.

⁷⁵ Alman Hukukunda, internet ortamındaki hesapların ve verilerin dijital mirasa dahil olduğu kabul edilmektedir. (Bräutigam, Peter: "Stellungnahmedes Deutschen Anwaltvereinsdurchdie Ausschüsse Erbrecht, InformationsrechtundVerfassungsrecht", s.93, https://anwaltverein.de/de/newsroom?newscategories=3&category=&startDate=01.01.2013&endDate=31.12.2013&searchKeywords=&page_n27=2, adresinden erişilmiştir. (Erişim Tarihi: 06.03.2020). Ancak bunların mirasla intikale elverişli olup olmadığı tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz: İLERİ, Çiğdem: Dijital Miras, Alman Federal Mahkemesi'nin Facebook Kararı Üzerine Bir İnceleme, TBB Dergisi (146), 2020, s.126 vd.

⁷⁶ İNCE AKMAN, s.544-545; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.715;

⁷⁷ İNCE AKMAN, s.545.

⁷⁸ Aynı yönde bkz.: MARAŞLI DİNÇ, s.282 ve 283; İLERİ, s.144 ve 145. Konuyu sadece elektronik postalar bakımından ele alan *Yetim'e göre*, sadece maddi değeri olan elektronik posta içeriklerinin mirasçılara intikali mümkündür (YETİM, Servet: "Elektronik Posta (E-posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur mu?", Terazi Hukuk Dergisi, 3(21), Mayıs 2008, s.57 vd.; Aynı yönde bkz.: DEMİR, s.177 ve 181; ÇELİKTAŞ, İlyas: "Vefat Eden Kişinin Elektronik Posta Hesabı Mirasçılara İntikal Eder mi?", Terazi Hukuk Dergisi, 6(62), 2011, s.38 vd.

Diğer taraftan sosyal medya şirketleriyle kullanıcılar arasında kurulan sözleşmeler, yukarıda da izah edildiği üzere karma niteliktedir. Söz konusu sözleşmeler kira veya hizmet sözleşmelerinin karakterinin barındırmaktadır. Bu sözleşmeler ise mirasçıya intikal edebilir niteliktedir⁷⁹. Bu nedenle hesap sahibinin ölmesi durumunda sona ermezler. Böylelikle sosyal medya hesaplarının ve bu hesaplardaki dijital malvarlığı değerlerinin mirasçılara intikal etmesi gerekmektedir. Zira söz konusu hesaplar ölüm halinde doğrudan silinmemeli ve bu verilere mirasçılar erişebilmelidir.

2. Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikale Elverişsiz Olduğu Yönündeki Görüş

Doktrinde yer alan bir diğer görüş ise dijital ortamda bulunan verilerin mirasçılara intikal edemeyeceği yönündedir. Bu görüşe göre, dijital ortamda bulunan veriler eşya niteliğini taşımadığı için üzerinde mülkiyet kurulması ve mirasçılara intikal etmesi mümkün değildir. Ancak bu verilerin kayıt edilmesi halinde, kayıt edildikleri araçların mirasla intikali ve mülkiyete konu olması mümkündür⁸⁰.

Ayrıca bu yöndeki bir görüşe göre, sosyal medya şirketleriyle kullanıcılar arasında özel bir güven ilişkisi bulunmaktadır. Bu ilişki uyarınca hesap sahipleri, verilerinin başkalarıyla paylaşılmayacağına inanmaktadır. Nitekim klasik hukukta, bazı meslek gruplarının sır saklama yükümlülüğü vardır. Örneğin avukatlar vekâlet sözleşmesi nedeniyle müvekkilleriyle aralarında özel bir güven ilişkisine sahiptir. Avukatlar müvekkilinin yararını gözetirken onların sırlarını saklamakla yükümlüdürler. Bu durumda aradaki güven ilişkisi nedeniyle kullanıcının hesabı ölüm halinde mirasçılara intikal etmemelidir⁸¹. Ancak söz konusu hesap içerikleri herkesle paylaşılmışsa, örneğin kullanıcı Instagram hesabını gizlemeden veya şifrelemeden gönderilerini herkese açmışsa, bu paylaşımların korunma gerekliliği bulunmamaktadır⁸².

Aynı zamanda bu görüş uyarınca, sosyal medya hesaplarının mirasçılara intikali, murisin iletişim kurduğu kişilerin verilerinin ihlali sonucunu doğurur. Zira murisin, sosyal medya üzerindeki arkadaşlarının özel hayatlarına saygı duyulmamış olmakta ve ayrıca açık rızaları olmamasına rağmen verileri mirasçılara erişimine sunulmaktadır. Bu durum hukuka aykırıdır. Örneğin, kullanıcının ölümünden sonra ailesi şifresini tahmin ederek hesaba erişse veya hesap mirasçılara verilirse, ihlal doğabilir. Zira bu örnekte, murisin ailesinden gizlediği, kendi özel hayatına ilişkin hususları hesabı üzerinden bir başkasıyla görüştüğü farz edildiğinde, bu görüşmelere ailesi erişebilecek ve bu veriler aleyhe kullanılacaktır. Bu durumda söz konusu görüşmelere sadece muris tarafından erişilmesi istendiğinden, ailenin bu görüşmelere erişmesi, kişisel verilerine aykırılık oluşturacaktır⁸³.

3. Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikale İlişkin Görüşümüz

Kanaatimizce yukarıda değinilen, sosyal medya hesaplarının mirasla intikalinin mümkün olup olmadığına ilişkin iki görüşün birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü sosyal medya hesaplarının kullanımının mirasçılara geçmesinde bazı sakıncalar bulunmaktadır. Zira sosyal medya hesapları sayesinde kullanıcılar üçüncü kişilerle iletişime geçerler. Aynı zamanda üçüncü kişiler de bazı içeriklerin sadece ilgili kullanıcıyla paylaşılmasına rıza göstermektedirler. Bu durumda sosyal medya hesapları mirasla intikal ederse, üçüncü kişilerin verileri rıza göstermemelerine rağmen mirasçılara erişimine açık olacaktır. Bu da kişisel verileri koruma hukukuna aykırılık oluşturacaktır. Kanaatimizce bu durumda, mirasçılara miras hakkına dayalı olarak sadece sosyal medya hesapları üzerinde yer alan verilere erişime sahip olacağı; buna karşılık sosyal medya hesaplarının kullanımının mirasçılara intikal etmeyeceğinin kabulü gerekmektedir.

⁷⁹ İNCE AKMAN, s.545.

⁸⁰ HOEREN, Thomas: "Der Tod und das Internet-Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers", NJW 30 (2005), s.2114; MARTINI, MARIO: "Der digitale Nachlass und die Herausforderungen postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet", JZ 67 (2012)/Heft 23, s.1147; HERZOG, Stephanie: "Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem", NJW 52 (2013), s.3746. Bu görüş Alman Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu bir karar neticesinde ortaya çıkmıştır (BGHXII ZR 15. 11. 2006, 120/04). Bu yöndeki diğer görüşler için bkz.: İNCE AKMAN, s.538 vd.

⁸¹ MARTINI, s.1148 ve1152; ÇELİKTAŞ, s.38; İNCE AKMAN, s.541 vd. Bu yönde bir güven ilişkisi olmadığına dair bkz. HERZOG, s.3748.

⁸² MARTINI, s.1152.

⁸³ MARTINI, s.1145; İNCE AKMAN, s.540; YETİM, s.55.

Bu itibarla ticari amaçlı olmayan sosyal medya hesaplarında yer alan veriler, TMK m.653'te ifade edilen anı niteliğindeki eşya gibi düşünülüp, bunların külli halefiyet ilkesi gereği mirasçılara intikalinin kabulü gerekmektedir. Bu durumda aynı mektup, resim, video kaset kayıtları şeklinde özel anı niteliğinde olan eşyalar gibi sosyal medya hesaplarındaki veriler de kişinin mirasla intikale elverişli malvarlığı değerleri arasında yer almalıdır. Diğer bir ifadeyle sosyal medya hesabındaki resim, video ve mesajların mirasçılara erişimine açık olması gerektiğini isabetli bulmaktayız. Klasik anlamda miras hukukunda, resim, mektup gibi değerlerin mirasçılara intikal ettiği bir gerçektir. O halde, modern çağdaki resim ve mesaj sohbetlerinin de mirasçılara geçebilmesi gerekmektedir. Bu durumda mirasçılar ölüm anına kadar sosyal medya üzerinde bulunan mesaj, resim, video, ses kaydı gibi verilere erişebilmelidir ve içeriklerini görebilmelidir.

Bu yöndeki kabul KVKHK bakımından değerlendirildiğinde KVKHK m.10 uyarınca sosyal medya şirketlerinin kullanıcılarını aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle sosyal medya şirketleri bütün geliştirmiş oldukları uygulamaları kullanıcılara sunmak ve onların açık rızalarını almakla yükümlüdür. Aynı şekilde kişisel verilerin korunması bakımından sosyal medya şirketleri kişilerin birbirlerine gönderdikleri içerikleri veya kişilerin paylaştıklarını hiçbir şekilde tarafların rızası dışında üçüncü kişilere veremezler. Ancak sosyal medya hesaplarının içeriğindeki bilgiler, her ne kadar kişisel veri sayılsa da hesap sahibinin ölümüyle, hesabın içeriğinin miras yoluyla intikalinin kabulü, kişisel verilerin korunmasına aykırılık oluşturmamaktadır. Çünkü kişisel verilerin korunması bakımından korumaya konu kişisel veriler, gerçek kişinin sağlığında kişiye ait olan verilerdir. Ölümle birlikte hak ehliyeti sona erdiğinden, ölen kişiye ait veriler istisnai haller dışında kişisel veri olarak kabul edilemezler. Böylelikle ölümle hesap sahibinin mirasçılarının hesaptaki bazı içeriklere ulaşma hakkın bulunduğunun ve bunun kişisel verilerin korunmasına aykırılık teşkil etmeyeceğinin kabulü gerekmektedir.

Buna karşılık sosyal medya hesabının kullanım hakkı, münhasıran hesap sahibine aittir. Bir başka ifadeyle söz konusu hesabın kullanılması, birtakım verilerin paylaşılması veya üçüncü kişilerle iletiler göndermek suretiyle haberleşme sağlanması, sosyal medya hesapları bağlamında kişinin şahıs varlığı değerleri arasında yer almaktadır. Bu nedenle bu imkanları sağlayacak şekilde sosyal medya hesabının kullanımının, mirasçılara intikal etmeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Özellikle sanki hesap sahibi hayattaymış gibi durumu bilmeyen üçüncü kişilerle yapılan haberleşmeler Anayasa m.20 ve 22'de teminat altına alınan özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği ilkelerine aykırılık meydana getirir. Nitekim Anayasa m.20 ve 22'de özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğine vurgu yapılarak; özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğine Anayasa'da yer alan şartlar dahilinde dokunulabileceği belirtilmektedir. Bir başka söyleyişle haberleşmenin karşı ucunu oluşturan üçüncü kişilerin Anayasa ile teminat altına alınan özgürlüklerinin ve haklarının korunması gerekmektedir. Böylelikle her ne kadar sosyal medya hesaplarındaki veriler mirasla intikale elverişli olsa da bu durum mirasçılara kullanım hakkı gibi sınırsız imkanlar getirmemelidir. Aksi durum, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği ilkelerine ve hatta üçüncü kişiler hayatta oldukları ölçüde KVKHK'ya aykırılık teşkil eder⁸⁴.

Tüm bunlara ek olarak, kanaatimizce sosyal medya hesabının intikali tıpkı dernek üyeliklerinin intikaline benzer *sui generis* bir intikaldir. Zira yukarıda da anlatıldığı üzere, sosyal medya hesaplarının açılabilmesi için kullanıcılar kurdukları sözleşme uyarınca, web sitesi üzerindeki bir alanı istediği gibi kullanma hakkını elde etmektedirler. İşte bu sözleşme bir nevi dernek üyelik sözleşmesine benzemektedir. Buna göre şüphesiz ki sosyal medya şirketleri bir dernek değildir. Ancak aynı derneklerde olduğu gibi (TMK m.63), siteye üye olunması için de kimse zorlanamaz ve site herkesi üye olarak kabul etmek zorunda da değildir. Aynı zamanda dernek üyelikleri şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkı oluşturur ve gerekli şartlar gerçekleştiğinde TMK m.65 uyarınca kendiliğinden sona erer. Bu nedenle üyelik ölümle mirasçılara geçmez⁸⁵. Derneklerden yapıları her ne kadar farklı olsa da sosyal medya hesabı da bir dernek üyeliğine benzetilebilir. Zira kişiler buraya kendi istekleriyle kayıt olmakta ve hesabın kullanımı şahsa sıkı

⁸⁴ PREUß, s.3148; İLERİ, s.133 ve s.149. Ancak ticari amaçlı kullanılan sosyal medya hesapları bakımından biraz daha esnek davranılmalıdır. Bunlar ticari amaca hizmet ettiğinden bunların bedel karşılığında devredilebilmesi, ticari faaliyetin amacına uygun olacak şekilde kullanılması veya üçüncü kişilerle bu amaç için iletişime geçilmesi mümkündür. Zira bu tür hesaplar açısından üçüncü kişiler için önemli olan hesapla ilgili ticari faaliyet olup, hesabın gerçek sahibinin kim olduğu önemli değildir.

⁸⁵ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.6.

sıkıya bağlıdır. Keza, sosyal medya hesabının açılabilmesi için, bir isim kullanılmaktadır. Hesabın o isim tarafından kontrol edilebileceği ve kullanılacağı kabul edilmektedir.

Aynı şekilde ticari amaçla kullanılan sosyal medya hesaplarının da hesap sahibinin ölümünden sonra miras yoluyla intikali kanaatimizce mümkündür⁸⁶. Bu hesapların intikali ticari işletmelerin miras yoluyla devri şeklinde olacaktır. Ancak, sosyal medya hesabı sahibinin şahsi yeteneklerinin ön plana çıkarak gelir elde edildiği durumlarda, hesap sahibi öldüğünden, mirasçılarının bu hesabı sahibi gibi kullanamayacağı açıktır.

V. SONUÇ

Çağımızın getirdiği dijitalleşme, sosyal medya hesaplarının hayatımızın vazgeçilmez bir parçası haline dönüşmesine neden olmuştur. Kişilerin maddi ve manevi önem atfettiği sosyal medya hesaplarının miras yoluyla intikal edip edemeyeceği ise farklı bir hukuki tartışmayı başlatmıştır. Zira dijital çağda önem kazanan bir diğer alan ise, kişisel verilerin korunmasıdır. KVKKHK kişinin verilerinin rızası olmadan işlenmeyeceğini, başka bir yere aktarılamayacağını, başka kişilerin erişemeyeceğini düzenlemektedir. Kişisel veriler ise, sosyal medya platformları üzerinde yoğunlukla yer almaktadır. Sosyal medya şirketleri de veri koruma mevzuatı uyarınca sistemlerinde verileri muhafaza etmekle yükümlüdür. Bu durum miras hukuku ve kişisel verileri koruma hukukunun çatışmasına neden olmaktadır. Keza, miras hukuku külli halefiyet ilkesi uyarınca terekede yer alan değerlerin miras yoluyla aktarılacağını öngörürken, kişisel verileri koruma hukuku, kişinin verisinin onun rızası olmadan aktarılamayacağını belirtir. Bu sebeple kişisel verilerin yer aldığı sosyal medya hesaplarının mirasa konu olup olmayacağına yönelik iki temel görüş ortaya çıkmıştır. Birinci görüşe göre sosyal medya hesapları miras yoluyla intikal edebilirken, ikinci görüş sosyal medya hesaplarının intikale elverişsiz olduğunu ifade etmektedir.

Bizim görüşümüze göre, her iki görüşünde haklı yanları bulunmaktadır. Bu sebeple, kanaatimizce, her ne kadar sosyal medya hesapları kişinin malvarlığına dahil olup, mirasla intikale elverişli olsa da sosyal medya hesabının kullanım hakkı, münhasıran kullanıcı hesap sahibine aittir. Bir başka ifade ile, söz konusu hesabın aktif bir biçimde kullanılması, video, resim, müzik gibi birtakım verilerin paylaşılması veya üçüncü kişilerle iletiler göndermek suretiyle haberleşme sağlanması, sosyal medya hesapları bağlamında kişinin şahıs varlığı değerleri arasında yer almaktadır. Bu sebeple intikali mümkün değildir. Ancak hesap üzerinde yer alan verilerin mirasçılar tarafından erişime açık olması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu itibarla sosyal medya hesaplarının miras yoluyla intikali konusu miras hukuku ve kişisel verilerin korunması hukukunun çatıştığı bir alandır. Bu alanda hukuki sorunların giderilmesi adına miras hukuku ve kişisel verileri koruma hukuku dengesi gözetilerek düzenlemelerin yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

⁸⁶ Aynı yönde bkz.: MARAŞLI DİNÇ, S.282 ve 283; İLERİ, s.144 ve 145; DEMİR, s.179.

KAYNAKÇA

- AKAR, Erkan: Sosyal Medya Pazarlaması, Ankara 2010.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C.I, İstanbul 2014.
- AKKURT, Sinan Sami: “Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlali Halinde Ortaya Çıkacak Cezai Sorumluluğa Medeni Hukuk Bağlamında Bir Bakış”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(2), 2017, s.329-373.
- AKSOY, Hüseyin Can: “Kişisel Verilerin İşlenmesi Kapsamında Rıza Unsuru ve Sınırlı Ehliyetlilerin Durumu”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, 3, Ankara 2009, s.47-67 (Kişisel Verilerin İşlenmesi).
- AKSOY, Hüseyin Can: “The Right To Personality And Its Different Manifestations As The Core of Personal Data”, Ankara Law View, 5(2), 2008, s.235-249 (The Right).
- AKSOY, Hüseyin Can: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010 (Kişisel Verilerin Korunması).
- ANTALYA, O. Gökhan/SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2015.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Ankara 2019.
- AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen: Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016.
- AYDIN, Akgül: “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” ve AB Adalet Divanı’nın “Google Kararı”, TBB Dergisi, (116), 2016, s.11-38.
- AYÖZGER ÖNGÜN, Çiğdem: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2019.
- AYÖZGER ÖNGÜN, Çiğdem: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dâhil, 2. Bası, İstanbul 2019.
- BİYAN, Özgür/AKÇİL, Çağla Gizem: “Dijital Miras ve Vergisel Boyutu”, Legal Mali Hukuk Dergisi, 14(165), 2018, s.2637-2661.
- BOYS, Danah M./ELLISON, Nicole B.: “Social Network Sites: Definition, History and Scholarship”, Journal of Computer-Mediated Communication, 13(1), 2007, s.210-230.
- BRÄUTIGAM, Peter: “Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht”, https://anwaltverein.de/de/newsroom?newscategories=3&category=&startDate=01.01.2013&endDate=31.12.2013&searchKeywords=&page_n27=2.
- CARROLL, Evan/ROMANO, John: Your Digital Afterlife: When Facebook, Flickr and Twitter Are Your Estate, What's Your Legacy?, Berkeley/USA 2011.
- CARROLL, Evan/ROMANO, John/CARTER, Jean Gordon. “Helping Clients Reach Their Great Digital Beyond: Estate Planning for Electronic Assets, Trusts & Estates (September 2011), <https://www.wealthmanagement.com/estate-planning/helping-clients-reach-their-great-digital-beyond-0>.
- CHOUDHARY, Pragma: “Death (?) Online”, s.1, https://www.ijlmh.com/wp-content/uploads/2019/12/Death-_-Online.pdf.
- CUMMINGS, G. Rebecca: “The Case Against Access to Decedents’ E-mail: Password Protection as an Exercise of the Right to Destroy”, Minnesota Journal of Law, Science & Technology, 15(2), 2014, s.898-944.
- ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m.495-574), C.I, İstanbul 2018.
- ÇELİKTAŞ, İlyas: “Vefat Eden Kişinin Elektronik Posta Hesabı Mirasçılara İntikal Eder mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, 6(62), 2011, s.34-39.
- DATA PROTECTION WORKING PARTY (WP), Opinion 4/2007 on The Concept of Personal Data, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf.
- DEMİR, Rana Zeynep: “Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla Geçişi Mümkün Müdür?”, Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu’nun Anısına Armağan, İstanbul 2020, s.161-187.
- DREXL, Josef/HILTY, Reto/HARHOFF, Dietmar: Arguments Against Data Ownership Ten Questions and Answers, Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2017.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku C.IV Miras Hukuku, İstanbul 2015
- DÜLGER, Murat Volkan: “İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Kişisel Verilerin Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2018, s.71-143.
- DÜLGER, Murat Volkan: “Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 2015, s.43-80.
- DÜLGER, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2019.
- ERASLAN, Levent: Sosyal Medya ve Algı Yönetimi, 2.Bası, Ankara 2020.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.
- EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 1.Bası, Ankara 2019.
- GEZDER, Ümit: Tüketici Kredi Sözleşmeleri, İstanbul 1998.
- GÖÇMEN-UYARER, Sinem: Kişisel Verilerin Korunması, 1.Bası, Ankara 2019.
- GÜMÜŞ, Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1, İstanbul 2014.

- GÜRPINAR, Damla: “Kişisel Verilerin Korunmamasından Doğan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 19, 2017, s.679-694.
- HERZOG, Stephanie: ”Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem”, NJW, (52), 2013, s.3745-3751.
- HOEREN, Thomas: “Der Tod und das Internet-Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers”, NJW, 30, 2005, s.2113 vd.
- HOPKINS, Patrickjame/LIPIN, Ilya Alexander: “Viable Solutions to the Digital Estate Planning Dilemma”, Iowa Law Review Bulletin, 99(61), 2014, s.61-71.
- İLERİ, Çiğdem: “Dijital Miras, Alman Federal Mahkemesi’nin Facebook Kararı Üzerine Bir İnceleme”, TBB Dergisi, (146), 2020, s.123-152.
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 13.Bası, İstanbul 2017.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 10.Bası, Ankara 2019.
- İNCE AKMAN, Nurten: “Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2018, s.527-560.
- İŞGÜZAR, Hasan/DEMİR, Mehmet/YILMAZ, Süleyman: Miras Hukuku, Ankara 2019.
- KANG, Jerry: “Information Privacy in Cyberspace Transactions”, Stanford Law Review, 50, April 1998, s.1193-1287.
- KAPLAN, M. Andreas/HAENLEİN, Michael: “Users of the World, Unite!, The Challenges and Opportunites of Social Media”, Business Horizons, 53(1), 2010, s.59-68.
- KARA, İlhan: Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara 2015.
- KAVURAN, Tamer/YEŞİL, Abuzer: “İnteraktif Medyada Youtuberların İletişim Dili: Enes Batur Oyun Videoları Örneği”, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, 2(Ek Sayı), 2019, 45-62.
- KAYA, Mine: Elektronik Ortamda (Elektronik Haberleşme- İnternet-Sosyal Medya) Kişilik Hakkının Korunması, 1.Bası Ankara 2015.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Miras Hukuku, 10. B., Ankara 2019.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.
- KORFF, Douwe: EC Study on Implementation of Data Protection Directive-Comparative Summary of National Law, Cambridge 2002.
- KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Ankara 2013.
- KÜZECİ, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, 3. Bası, Ankara 2019.
- LITMAN, Jessica: “Information Privacy/Information Property”, Stanford Law Review, 52, May 2000, s.1283-1313.
- MARAŞLI DİNÇ, Yasemin: “Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras”, TBB Dergisi, 2019 (142), s.273-287.
- MARTINI, MARIO: “Der digitale Nachlass und die Herausforderungen postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet”, JZ 67 (2012)/Heft 23, s.1145-1155.
- MAYFIELD, Antony: What is Social Media, iCrossing, e-book, 2010.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2015.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, AÜHFD, 50(1), 2001, s.55-90.
- ÖNOK, Murat: “Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında “Unutulma Hakkı” ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler, İKÜHFD, (16), 2007, s.155-188.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2009.
- ÖZEL, Çağlar: Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999.
- ÖZKAN, Oğulcan: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, 2020.
- ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 5.Bası, Ankara 2012.
- ÖZTÜRK, Şerife: “Sosyal Medyada Etik Sorunlar”, Selçuk İletişim, 9(1), 2015, s.287-311.
- PINCH, Rachel: “Protecting Digital Assets After Death: Issues to Consider in Planning for Your Digital Estate”, Wayne Law Review, 60(2), 2014, s.545-564.
- POHL, Jens: “Transition from Data to Information”, Collaborate Agent Design Research Center, California 2014, s.1-8.
- PREUB, Nicola: “Digitaler Nachlass – Vererbbarkeit eines Kontos bei einem sozialen Netzwerk”, NJW 2018 Heft 43, s.3146-3149.
- PRINS, Corien: “The Propertization of Personal Data and Identities”, Electronic Journal Of Comperative Law, 8(3), October 2004, https://www.ejcl.org/83/art83-1.html#N_1_, (Pesonal Data).
- PRINS, Corien: “When Personal Data, Behavior and Virtual Identities Become A Commodity: Would A Property Rights Approach Matter?”, SCRIPT-ed, 3(4), June 2006, s.271-303.
- SAMUELSON, Pamela: “Privacy As Intellectual Property?”, Stanford Law Review, 52(5), November

- 2000, s.1126-1174.
- SCHWARTZ, Paul M.: “Property, Privacy and Personal Data”, Harvard Law Review, (117), 2003-2004, s.2056-2125.
- SEROZAN, Rona: *Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul 2015.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkey: *Miras Hukuku*, 5. B., İstanbul 2018.
- SHAO, Guosong: “Understanding the Appeal of User-Generated Media: A Uses and Gratification Perspective”, *Internet Research*, 19, 2009, s.7-25.
- TİRYAKİ, Betül: *Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk*, Ankara 2007.
- TÜRKYILMAZ, Tamer: “Fenomenlerin Vergilendirilmesi”, *Vergi Gündem* 2019.
- Uniform Law Commission, “Revised Uniform Fiduciary Access To Digital Assets Act (2015)”, 08 March 2016, s.5, <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0>.
- VATAVU, Joanna: “The Importance of Planning for Your Digital Estate”, *Estates, Trusts and Pensions Journal*, 32(1), December 2012, s.1-5.
- VURAL, Z. Beril Akıncı/BAT, Mikail: *Yeni Bir İletişim Ortamı Olarak Sosyal Medya: “Ege Üniversitesi İletişim Fakültesine Yönelik Bir Araştırma”*, *Journal of Yasar University*, 20(5), 2010, s.3348-3383.
- YAVUZ, Cevdet: *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 13. Bası, İstanbul 2014.
- YEGEN, Ceren: “Demokratik ve Yeni Bir Kamusal Alan Olarak Sosyal Medya”, *MAOSBD*, 1(2), 2013, s.119-135.
- YETİM, Servet: “Elektronik Posta (E-posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur mu?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 3(21), Mayıs 2008, s.49-65.
- YILMAZ, Süleyman/ÇAVUŞOĞLU, Gökçe Filiz: *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Ankara 2020.
- ZEVKLİLER, Aydın: *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun: Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat*, İzmir 1996.

ŞİDDET İÇERİKLİ SÖYLEMLER BAKIMINDAN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI: AİHM KARARLARI IŞIĞINDA KISA BİR DEĞERLENDİRME

LIMITATIONS ON FREEDOM OF EXPRESSION IN TERMS OF VIOLENCE DISCOURSES: A
BRIEF EVALUATION IN THE LIGHT OF ECHR DECISIONS

Bahar ÖNGÜÇ*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 22/06/2020
Kabul: 05/12/2020

Anahtar Kelimeler

*İfade Özgürlüğü,
Demokratik Toplum,
Şiddet Söylemi,
AİHM Kararları.*

Article Info

Received: 22/06/2020
Accepted: 05/12/2020

Keywords

*Freedom of Expression,
Democratic Society,
Discourse of Violence,
ECHR Decisions.*

Özet

Her türlü kanaati serbestçe açıklama hürriyeti anlamına gelen ve insanın insan olmasından kaynaklı onur değere sahip olan ifade özgürlüğü, birçok temel hak ve hürriyetin teminatı olma özelliğini taşımaktadır. Bu bağlamda ifade özgürlüğünün tam olarak korunmadığı toplumlarda diğer hak ve hürriyetlerden bahsetmek çok da mümkün değildir. Bunun yanısıra, ifade özgürlüğünün sınırsız bir hak olmadığı, tam aksine demokratik toplumlarda bir takım kısıtlamalara tabi olduğu kabul görmektedir. Özgürlüğe ilişkin temel prensip getiren AİHS'nin 10. maddesi aynı zamanda bu özgürlüğün bir takım sınırları olduğunu vurgulamaktadır. Sözleşme'nin 10/2. maddesinde tahdidi bir biçimde sayılan meşru amaçların varlığı halinde bu özgürlüğün sınırlanabileceği öngörülmüştür. Bu amaçlardan herhangi birinin yokluğu halinde ise AİHM tarafından ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kabul edilmektedir. Bu çalışma, AİHS'nin 10.maddesi çerçevesinde şiddet içerikli söylemlerin konu edildiği ve Türkiye'nin taraf olduğu bazı AİHM kararlarını ele almaktadır. AİHM, şiddet içerikli söylemlerin şiddete çağrı yapıp yapmadığını araştırırken her somut durumun kendine özgü hallerini de göz önünde bulundurarak konuya ilişkin farklı bir yaklaşım benimsemekte ve kaynak niteliği taşıyan içtihatlar geliştirmektedir..

Abstract

Freedom of expression, which means the freedom to express any kind of opinion freely and which has the honour value arising from the human being, is the indemnity of many fundamental rights and liberties. In this instance, it is not possible to talk about other rights and liberties in societies, in which freedom of expression is not completely protected. Nevertheless, it is accepted that freedom of expression is not an unlimited right, but on the contrary, it is subject to some restrictions in democratic societies. Article 10 of the ECHR, which brings the basic principle of freedom, also underlines that this freedom has some boundaries. In Article 10/2 of the convention, it is anticipated that this freedom may be limited in the presence of legitimate objectives, which are counted as a constraint. In the absence of any of these purposes, it is accepted by the ECHR that the freedom of expression is violated. In this study, some of the ECHR judgments on violent discourses, which Turkey is a party, are discussed in the framework of article 10 of the ECHR. While investigating whether violent discourses a call for violence, the ECHR adopts a different approach to the issue and develops a jurisprudence that is a resource, taking into account the specific aspects of each concrete situation.

I. GİRİŞ

İfade özgürlüğü kavramının sınırları, bilim insanları tarafından tam olarak belirlenememiş ve bu kavramın ne kastettiği hususunda bir fikir birliği oluşturulamamıştır. Genel anlamda düşünceyi açıklama hürriyeti anlamına gelen ifade özgürlüğü; düşünme, konuşma ve izah gibi bir takım öğeleri bünyesinde barındıran geniş ve kapsayıcı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır¹. Düşünceyi herhangi bir vasıta ile rahatça karşı tarafa aktarabilmenin diğer bir anlatımı olan ifade özgürlüğü, demokratikleşme sürecinde oldukça kıymetli bir yer tutarak çoğulcu ve katılımcı demokrasinin ve diğer özgürlüklerin temelini oluşturmaktadır. Zira bu kavram bireylere birbirinden farklı fikirlerin tartışılması ve muhakeme edilmesi imkânını sunmakla birlikte bireylerin bu imkân ile doğruya ulaşmasını kolaylaştırmaktadır. Nitekim düşüncelerin özgürce dile getirilmediği bir toplumda neyin kamu yararına veya zararına olduğunu anlamak pek de mümkün görülmemektedir².

Demokratik toplumlarda sadece kamu otoritelerinin uygun gördüğünü söyleme hakkından ibaret olmayan ifade özgürlüğü aynı zamanda her türlü kanaati açıklama serbestisi anlamına gelmektedir³. Bu temel özgürlüğün olmadığı topluluklarda, diğer hak ve özgürlüklerden bahsetmek olasılık dışıdır. Keza din ve vicdan özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, basın özgürlüğü ve bunun gibi birçok hak, ifade özgürlüğü temeli üzerine inşa edilmiştir. Bu bağlamda ifade özgürlüğünün bir kaynak özgürlük niteliğinde olduğu ve birçok özgürlüğün olmazsa olmaz (sine qua non) koşulu olduğu söylenebilir. Böyle olmakla birlikte ifade özgürlüğünün mutlak ve sınırsız bir hak olmadığı, tam aksine demokratik toplumlarda bir takım kısıtlamalara tabi olduğu kabul görmektedir. Her ne kadar uluslararası metinlerde ifade özgürlüğüne ilişkin bir takım temel prensipler getirilmiş olsa da bu kavramın sınırlarını her devlet kendi egemenlik yetkisine dayanarak çizmiştir. Bu durum, ifade özgürlüğüne ilişkin evrensel nitelikte bir takım ilkelerin oluşturulması gereksinimini ortaya çıkarmış ve böylece uluslararası hukuk belgelerinde özgürlüğe ilişkin temel prensipler ortaya konulmuştur.

Uluslararası alanda bu özgürlük ile alakalı genel ilkelerin ortaya konulduğu en önemli metin 1948 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Bildirgenin özgürlüğü düzenleme altına alan 19. maddesi şöyledir: *“Her ferdin fikir ve fikirlerini açıklamak hürriyetine hakkı vardır. Bu hak, fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, memleket sınırları mevzu bahis olmaksızın malumat ve fikirleri her vasıta ile aramak, elde etmek ve yaymak hakkını içerir”*⁴. Genel olarak bildirge, imzacı devletler açısından bağlayıcı nitelikte olmasa da kendinden sonra gelen ve insan hakları konusunda düzenlemeler yapan birçok uluslararası metne esin kaynağı olması bakımından oldukça önemlidir.

Yine BM Genel Kurulu tarafından kabul edilip 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye'nin de taraf olduğu BM Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi de ifade özgürlüğüne yer vermektedir. Sözleşmenin özgürlüğü düzenleme altına alan 19. maddesi şöyledir: *“(1) Herkes kimsenin müdahalesi olmaksızın istediği düşünceye sahip olma hakkına sahiptir. (2) Herkes düşüncelerini açıklama hakkına sahiptir. Bu hak, herkesin ülkesel sınırlara bağlı olmaksızın her çeşit bilgiyi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerir”*⁵.

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan temel insan hakları prensiplerinden yola çıkarak hazırlanan uluslararası düzeydeki önemli belgelerden bir diğeri ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir (AİHS). AİHS'nin 10/1. maddesi ifade özgürlüğünü şu şekilde tanımlamaktadır: *“Her fert ifade ve izhar hakkına sahiptir. Bu hak, içtihat hürriyetini ve resmi makamların müdahalesi ve memleket sınırları mevzu bahis olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek serbestisini ihtiva eder. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon veya sinema işletmelerini bir müsaade rejimine tabi kılmalarına mani değildir”*⁶.

¹ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s.321.

² ERDOĞAN, Mustafa: İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4.B, Orion Kitabevi, Ankara 2016, s.216.

³ BIÇAK, Vahit: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, s.19.

⁴ Bildirgenin Türkçe Metni İçin bkz. 27.05.1949 Tarih ve 7217 s.R.G.

⁵ Sözleşmenin Türkçe Metni için bkz. 21.07.2003 Tarih ve 25175 s.R.G.

⁶ Sözleşmenin Türkçe Metni için bkz. 19.03.1954 Tarih ve 8662 s.R.G.

Görüldüğü üzere AİHS'nin 10. maddesi hakkın kapsamı ile karşılaştırıldığında oldukça kısa bir metne sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ifade özgürlüğü ile ilgili içtihatları bu görece kısa düzenlemenin yorum yoluyla farklı ifade biçimlerine ve araçlarına uygulanmasını sağlamıştır. AİHS'de yer alan ifade özgürlüğünün kapsamı mevcut düzenlemenin lafzının ötesinde içtihat hukuku ile gelişmiş ve ete kemiğe bürünmüştür denilebilir⁷.

AİHM, sözleşmenin 10. maddesinin, -her ne kadar sözleşmede teminat altına alınmış olan hak ve özgürlükler arasında bir hiyerarşi olmasa da- en önemli maddelerden biri olduğunu kabul etmektedir. Verdiği önemi göstermek amacıyla, 1988 yılında yeniden yapılandırılan mahkeme ilk kararını ifade özgürlüğü ile ilgili vermiştir⁸. Bahsi geçen kararda ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel dayanaklarından biri olduğu ve bu özgürlüğün çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği olduğu ifade edilmektedir⁹. Sözleşmeye göre her türlü düşünce aktarımı ifade olarak sayılmakta, hatta nefret, şiddet ve müstehcen içerikli söylemler, hakaret, iftira, dini değerleri tahkir gibi açıklamalar da 10. madde kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰. Bu bağlamda AİHM, vermiş olduğu ihlal kararlarından birinde ifade özgürlüğüne ilişkin bazı temel ilkeler ortaya koymuştur: “İfade özgürlüğü (...) 10. maddenin 2. paragrafına tabi olmak üzere yalnız uygun olarak alınan veya zararsız olarak görülen ya da önemsiz bulunan ‘bilgiler’ veya ‘fikirler’ için değil aynı zamanda rencide eden, utandıran veya rahatsız edenler için de geçerlidir”¹¹.

Sözleşme hükmü açıklanan düşüncenin sadece ne anlatmak istediğini korumakla yetinmeyerek aynı zamanda ifadenin şekil ve araçlarını da teminat altına almaktadır¹². İfade özgürlüğü kullanılan araçlar bakımından oldukça zengin olup fikir ve kanaatler söz, yazı, resim, toplantı ve sinema gibi her şekilde açıklanabilmektedir¹³. Söz gelimi bir heykeltıraşın ortaya koymuş olduğu sanat eseri ifade özgürlüğü hakkı kapsamındadır.

AİHS'nin 10/1. maddesi ifade özgürlüğü ile alakalı temel bir ilke oluşturarak bu hakkı teminat altına almışsa da bu hak, tıpkı diğer temel haklar gibi mutlak ve sınırsız değildir. AİHS'nin 10/2. maddesi kapsamında sayılan meşru amaçların varlığı halinde bu özgürlüğün sözleşmeciler tarafından sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Düzenlemeye göre, “Kullanılması vazife ve mesuliyeti tazammum eden bu hürriyetler, demokratik bir toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak, milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya amme emniyetinin, nizami muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına mani olunması veya adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için ancak ve kanunla, muayyen merasime, şartlara, tehditlere veya müeyyidelere tabi tutulabilir.”

BM Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 19/3. maddesinde AİHS'nin 10/2. maddesine paralel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, “Bu maddenin 2. fıkrasında öngörülen hakların kullanılması, özel bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla, bunlara bazı sınırlamalar da konulabilmektedir. Ancak bu sınırlamaların yasalarda öngörülmüş olması ve başkalarının haklarına ve şöhretlerine saygı bakımından ve ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da kamu sağlığını ve genel ahlakın korunması bakımından gerekli olması zorunlu olmalıdır”.

İfade özgürlüğünün özellikle son zamanlarda yaygınlaşan şiddet içerikli söylemler bakımından kısıtlandırılması, sözleşmeciler devletlere kamu düzeninin korunması ve asayişin

⁷ KARAN, Ulaş: İfade Özgürlüğü-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Ankara 2018, https://www.anayasa.gov.tr/media/3545/02_ifade_ozgurlugu.pdf (Erişim Tarihi 03.11.2020), s.3.

⁸ BIÇAK, s.20.

⁹ AİHM: Fressoz ve Roire/Fransa, 21.01.1999, No 29183/95, [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:\[%22001-58906%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-58906%22]}) (Erişim Tarihi:20.04.2020)

¹⁰ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.327.

¹¹ AİHM: Fressoz ve Roire/Fransa, 21.01.1999, No 29183/95, [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:\[%22001-58906%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-58906%22]}) (Erişim Tarihi: 20.04.2020)

¹² BOZKURT, Enver/DOST, Süleyman: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, 7(1), 2002, s.50.

¹³ SUNAY, Reyhan: Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001, <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/ifade-hurriyetinin-muhtevasi-ve-sinirlari.pdf> (Erişim Tarihi 02.02.2020), s.11.

sağlanması amacıyla yönelik bir nevi denetim mekanizması sağlamaktadır¹⁴. Bu çalışma ile ifade özgürlüğünün AİHS’de yer alan kabul edilebilir şartlar bakımından kısıtlanması ve Türkiye’nin taraf olduğu bazı AİHM kararları çerçevesinde ifade özgürlüğünün şiddet söylemleri bakımından sınırlandırılması incelenmektedir.

II. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

İfade özgürlüğü, demokratik toplumlar için bir gereklilik olmasına karşın, bu özgürlüğün sınırlarının belirlenmesi de yine demokratikleşme açısından önem arz etmektedir. Nasıl ki ifade özgürlüğü sınırsız ve mutlak değilse, sınırlamalar da sınırsız ve mutlak olmayacaktır. “Sınırlandırmaların da sınırları vardır”¹⁵. AİHS’ye taraf devletlerin, özgürlüklerin temeli olan ifade özgürlüğünü sınırlama hak ve yetkisini kullanabilmesi için bir takım şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartlardan herhangi birinin yokluğu halinde AİHM tarafından ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kabul edilmektedir. Bu şartlar şunlardır:

A. AİHS’nin 10/ 2. maddesinde belirtilen meşru amaçların varlığı aranmaktadır.

Meşru amaçlar, AİHS’nin 10/2. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Düzenlemeye göre bu amaçlar; ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, nizamın sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması, gizli bilgilerin ifşa edilmesinin önlenmesi, yargı gücünün ve tarafsızlığının sağlanması, başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır. Korunmak istenen menfaatler bakımından değerlendirildiğinde bu sınırlamaların; devletin veya kamusal menfaatlerin ve/veya başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına hizmet ettikleri kabul edilmektedir. Tahdidi olarak sayılmış olan bu amaçların soyut nitelikte olmaları, sınırlarının kolaylıkla tespit edilememesine ve buna bağlı olarak sınırlamaların istisna olmaktan çıkıp kural haline dönüşmesine sebebiyet vermektedir¹⁶. Sözleşme maddesinde sayılan meşru amaçların varlığını ortaya koyma yükümlülüğü ise sınırlandırmayı yapan devlete aittir¹⁷. Taraf devletlerin, meşru amacın varlığını ortaya koyamadığı veya bir başka deyişle sınırlandırmanın haklılığını ispatlayamadığı hallerde özgürlüğün ihlalinden bahsedilecektir.

Meşru amaç, herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde somut olarak ortaya konulmalı ve sınırlandırma ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında bir orantı olmalıdır¹⁸. Nitekim AİHM vermiş olduğu ihlal kararlarından birinde sınırlandırma ve meşru amaç arasındaki orantıya dikkat çekerek genel ahlakın korunması ilkesine dayanılarak, daha hafif nitelikte önleyici bir tedbir uygulamak yerine Kaos GL dergisinin 28. sayısının tüm nüshalarının ülke genelinde toplatılmasına karar verilmesini orantısız bir müdahale olarak değerlendirmiş ve sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği kanaatine varmıştır¹⁹.

B. Yapılacak olan sınırlamanın hukuken öngörülmesi gerekmektedir.

Bu şart, hukukun mutlak üstünlüğünün sağlanması ve keyfi kararların önlenmesi amacıyla getirilmiştir²⁰. AİHM bu konuda oldukça hassas davranmakta ve önüne gelen başvuruların öncelikle bu şartı sağlayıp sağlamadığına bakmaktadır. Nitekim mahkemenin vermiş olduğu ihlal kararlarından birinde ihtilaf konusu müdahalenin, sözleşmenin 10/2. maddesi anlamında yasayla öngörülmediği kanaatine varılarak somut davada aynı maddede öngörülen diğer gerekliliklerine -yani meşru bir amacın varlığı ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğine- riayet edilip edilmediğinin incelenmesine gerek olmadığı değerlendirilmiştir²¹.

¹⁴ GÜL, Cengiz/ÇAKAN, Seher: “AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13(1), 2018, s.370.

¹⁵ BIÇAK, s.20.

¹⁶ SUNAY, s.80.

¹⁷ BIÇAK, s.21.

¹⁸ BIÇAK, s.21.

¹⁹ AİHM: Kaos GL/Türkiye, 22.11.2016, No 4982/07, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-172086%22> (Erişim Tarihi: 04.03.2020)

²⁰ DEĞER, Ozan: “AİHS’nin 10. Maddesi Çerçevesinde Şiddet Unsuru İçeren İfade: Güneydoğu Davalarından Örnekler”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(1), 2007, s.45.

²¹ AİHM: Sarıgül/Türkiye, 23.05.2017, No 28691/05, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-181289%22> (Erişim Tarihi: 10.05.2020)

Hukuken öngörülmuş olma şartı, müdahale niteliği taşıyan eylemin ulusal hukukta bir dayanağının olması anlamına gelmektedir²². Bir başka deyişle ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın kanunlar tarafından düzenlenmiş olması şarttır. Fakat burada şekli anlamda değil maddi anlamda kanunun anlaşılması gerektiği, AİHM'nin yerleşik içtihatlarından anlaşılmaktadır. Nitekim AİHM, Sunday Times/İngiltere davasını incelerken İngiltere'ye karşı yapılan başvurularda sadece şekli anlamda kanunların yokluğundan bahisle ihlal kararı vermenin sözleşmenin amacına ve ruhuna aykırılık teşkil edeceğini hüküm altına almıştır²³. Bu açıdan bakıldığında yazılı olan hukuki düzenlemelerin yanında örf-adet kuralları ve teamüllerle de ifade özgürlüğüne bir takım sınırlamalar getirilebileceği mahkeme tarafından kabul edilmektedir.

C. Pozitif hukuk tarafından öngörülen bu sınırlamanın açık ve ulaşılabilir olması gerekmektedir.

AİHM yapılacak olan sınırlamanın salt pozitif hukuk tarafından öngörülmesini yeterli bulmayarak, sınırlamaya dair yasal düzenlemenin açık, somut, muğlaklıktan uzak ve ulaşılabilir olmasını da aramaktadır. Sınırlamaların düzenlendiği yasa, idari makamlara veya yargıca sınırsız bir takdir yetkisi tanınamalı ve şeffaf olmalıdır²⁴. AİHM'nin vermiş olduğu ihlal kararlarından birinde sınırlamaya dair yasal düzenlemenin öngörülebilir olması gerektiğine vurgu yapılmaktadır: “(...) Mahkeme, kapsamına dair herhangi bir açıklamanın yer olmadığı ve de sakıncalı ifadesiyle neyin kastedildiğinin belirtilmediği, mahkûmların yazışmalarının denetlenmesine ilişkin bir yönetmeliğin, öngörülebilirlik şartını karşılamayacağını hatırlatmak ister”²⁵.

D. Yapılan sınırlamanın demokratik bir toplum için gerekli olması aranmaktadır.

Gereklilik kavramı, AİHS ve AİHM'nin yerleşik içtihatları tarafından sınırları belirlenemeyen oldukça bulanık bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yüzden gereklilik kavramının değerlendirilmesi ve çerçevesi, AİHM tarafından sözleşmeciler devletlere bırakılmaktadır. Sözleşmeciler devletlerin demokratik gereklilik konusunda takdir hakkına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte, bu hakkı sınırsız olarak kullanma yetkisine sahip olmadıkları oldukça açıktır²⁶. Bu şartın, sözleşmenin uygulanması bakımından davaların sonucunu etkilemede esas rolü oynadığı kabul edilmektedir²⁷. Nitekim mahkeme, vermiş olduğu ihlal kararlarından birinde sınırlandırmanın gerekliliği konusunda akit devletlerin belli bir *marja* sahip olduklarını kabul etmekle beraber, bunun sınırsız olmadığı ve sınırlamanın sözleşmenin 10. maddesi ile güvence altında olan ifade özgürlüğüyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda nihai karar verme yetkisine haiz olduğunu hatırlatmıştır²⁸. AİHM, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın lüzumunun inandırıcı bir şekilde ortaya konulup konulmadığı hususunda değerlendirme yaparken, ulusal hakim tarafından kabul edilen gerekçeyi de göz önünde bulundurmaktadır²⁹.

Yukarıda sayılan tüm şartların varlığı halinde özgürlüğe ilişkin taraf devletlerce sınırlandırma yoluna gidilmesi mümkün ve meşrudur. Bu amaçlardan herhangi birinin yokluğu halinde ise ifade özgürlüğü ihlal edilmiş olacaktır. Böylelikle sözleşme tarafından teminat altına alınan özgürlüğe ilişkin keyfi ihlallerin önüne geçilerek, sınırlandırmaların kural değil istisna olması ve müdahalenin son çare olması sağlanmaktadır.

²² GÖZÜBÜYÜK, Şeref /GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 6. Basım, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2004, s.375.

²³ KARAKAYA, Yavuz Selim: “İfade Özgürlüğünün En Yeni İhlali: Wikipedia'ya Erişim Engeli”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2018, s.111.

²⁴ KABOĞLU, İbrahim: Özgürlükler Hukuku-İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, Afa Yayınları, İstanbul 1999, s.217

²⁵ AİHM: Tan/Türkiye, 03.07.2007, No 9460/03, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-159298%22> (Erişim Tarihi: 12.04.2020)

²⁶ GÜL/ÇAKAN, s.373.

²⁷ SUNAY, s.76.

²⁸ AİHM: Gerger/Türkiye, 08.07.1999, No 24919/94, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-141253%22> (Erişim Tarihi: 23.03.2020)

²⁹ AİHM: Sapan/Türkiye, 08.06.2010, No 44102/04, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-124533%22> (Erişim Tarihi: 12.03.2020)

III. AİHM KARARLARI İŞİĞİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ŞİDDET İÇERİKLİ SÖYLEMLER BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI

Türk Dil Kurumu (TDK) şiddet kavramını, “*karşıt görüşte olanlara kaba kuvvet kullanma*” olarak tanımlamaktadır. Bu bağlamda şiddet içerikli söylemler, karşıt görüşte olan kişi veya kişileri kaba kuvvet kullanmaya teşvik olarak ifade edilebilir. İfade özgürlüğü ile ilgili en çok gündeme gelen ifade kategorilerinin başında şiddet içerikli söylemler gelmektedir. Özellikle “*terör propagandası*” olarak kabul edilen ifadeler bu başlık altında değerlendirmeye tabi tutulmaktadır³⁰. Nitekim uluslararası hukukta terör veya teröre teşvik eylemlerinin şiddete teşvik olarak değerlendirildiği görülmektedir. Buna rağmen gerek uluslararası hukukta gerekse AİHM kararlarında terör veya terör eylemlerine yönelik herhangi bir tanım yer almamaktadır³¹. Terör sözcüğü kök itibarıyla Latince’den gelmektedir. TDK’de terör kavramı *yıldırı*, terörizm ise *yıldırıcılık* olarak tanımlanmaktadır. Ergil’in yapmış olduğu tanımlamaya göre ise terörizm;

“*Saldırılan veya korkutulan sivil ve masum kurbanlar aracılığı ile hedeflenen daha büyük bir kitleyi yıldırıp korkutarak, yasa dışı stratejik ve siyasi amaçlarını gerçekleştirmek için bir grubun veya devletin bilinçli ve planlı bir biçimde şiddet kullanması veya şiddet kullanma tehdidinde bulunmasıdır*”³².

AİHM, şiddet içerikli söylemlerin şiddete çağrı yapıp yapmadığını araştırırken, her somut durumun kendine özgü hallerini göz önünde bulundurmaktadır³³. Bu tip davalarda ifadenin kim tarafından ve nerede dışa vurulduğu, toplum üzerindeki tesiri ve hangi vasıta ile yayımlandığı mahkeme tarafından gözetilmektedir. Çalışmanın bu bölümünde AİHM’nin şiddet içerikli söylemleri nasıl değerlendirdiğine dair çeşitli kararlara yer verilmiş ve mahkemenin uyuşmazlıkları değerlendirirken bizzat kendisi tarafından oluşturmuş olduğu temel ilkelerden nasıl hareket ettiği ortaya konulmuştur.

Zana/Türkiye Kararı³⁴

Başvuran Mehdi Zana, Diyarbakır Askeri Cezaevi’nde tutuklu bulunduğu süre içerisinde Ağustos 1987’de gazetecilere şu açıklamalarda bulunmuştur: “*(...) PKK’nin ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar.(...)*”. Bu açıklama, 30 Ağustos 1987 tarihinde geniş bir okuyucu kitlesine sahip olan *Cumhuriyet Gazetesi*’nde yayımlanmıştır. İhtilaf konusu açıklamalar üzerine askeri savcılık makamı tarafından Zana aleyhinde başlatılan soruşturma neticesinde bir iddianame hazırlanmış ve 765 sayılı Ceza Yasası’nın 312. maddesinde öngörölmüş olan suç unsurlarının gerçekleşmiş olduğu gerekçesiyle, Diyarbakır Askeri Mahkemesi’nde kamu davası açılmıştır. Başvuran, Türkiye’nin toprak bütünlüğünü bölmeyi hedefleyen silahlı bir örgüt olan PKK’nin eylemlerini desteklemekle itham edilmiştir. 18 Nisan 1988 tarihinde Diyarbakır Askeri Mahkemesi görevsizlik kararı vererek davayı Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi’ne göndermiştir. Anılan mahkeme, 26 Mart 1991 tarihinde Zana hakkında 765 sayılı Ceza Yasası’nın 168 ve 312. maddeleri gereğince mahkûmiyet kararı vermiş, anılan karar başvuran tarafından temyiz edilmişse de Yargıtay, Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin mahkûmiyet kararını onamış ve kararı kesinleştirmiştir. Zana, 30 Eylül 1991 tarihinde AİHM’nin 6, 9 ve 10. maddelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle komisyona başvurmuştur. Sözleşmenin 10. maddesinin ihlaline ilişkin yapılan değerlendirme şu şekildedir:

Avrupa Divanı’nın 25.09.1997 tarihinde vermiş olduğu Zana/Türkiye kararında, dava kendi özel koşulları içerisinde değerlendirilmiştir. Mahkeme, sınırlandırmaya konu olan ifadelerin yer aldığı röportajın,

- Büyük ve günlük bir ulusal gazetede yayımlanmış olmasını,
- Güneydoğu’nun önemli kentlerinden biri olan Diyarbakır’ın eski belediye başkanı sıfatı ile verilmesini,
- Türkiye’nin Güneydoğu Bölgesi’nde gerginliğin had safhada olduğu döneme denk gelmesini

³⁰ KARAN, s.43.

³¹ GÜL/ÇAKAN, s.393.

³² ERGİL, Doğu: “Uluslararası Terörizm”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 47(3), 1992, s.140.

³³ GÜL/ÇAKAN, s.390.

³⁴ AİHM: Zana/Türkiye, 25.09.1997, 69/1996/688/880, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/zana1997.pdf> (Erişim Tarihi: 15.02.2020)

birer etken olarak değerlendirerek müdahalenin, varılması istenen meşru amaçlarla orantılı olduğunu düşünmüş ve sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Kararda başvurunun şiddet içerikli söylemlerin etki derecesi mahkeme tarafından karar verilmesi hususunda belirleyici rol oynamıştır.

Zana/Türkiye kararı, sonrasındaki ihtilafların çözümü ile ilgili farklı bir anlayış getirmesi bakımından oldukça önemlidir. AİHM bu karar ile sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmediğine ilişkin yeni ve özgün ölçütler kullanmıştır. Bu ölçütler, ifadelerin kim tarafından, nerede/ne zaman kullanıldığı ve ifade aracıdır. Genel anlamda *ifadenin etki derecesi ve alıcıları üzerindeki ikna yetisi*³⁵, AİHM tarafından yeni bir değerlendirme ölçütü olarak kabul edilmiştir.

Ceylan/Türkiye Davası³⁶

Petrol-İş Sendikası'nın başkanı olan Ceylan, İstanbul'da basılan *Yeni Ülke* isimli haftalık gazetenin 21-28 Temmuz 1991 tarihli basımında "Söz İşçinin, Yarın Çok Geç Olacaktır" adlı bir makale yayımlamıştır. Makale içeriği ile ilgili olarak başlatılan ceza soruşturması neticesinde Ceylan, kin ve düşmanlığa tahrik etmek girişiminde bulunmakla suçlanmış ve hakkında 765 sayılı yasanın 312/1-2. maddesinin uygulanması istenmiştir. 3 Mayıs 1993 tarihinde Devlet Güvenlik Mahkemesi, Ceylan'ı 765 sayılı yasanın 312/2-3. maddesi gereğince suçlu bularak 1 yıl 8 ay hapis ve 100.000 TL para cezasına mahkûm etmiştir. Anılan mahkûmiyet kararı Ceylan tarafından temyiz edilmişse de Yargıtay, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi kararını onamış ve kararı kesinleştirmiştir. Ceylan bu mahkûmiyetin düşünce ve ifade özgürlüğü hakkını güvence altına alan sözleşmenin 9, 10, ve 14. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla 10 Şubat 1994 tarihinde komisyona başvurmuştur.

AİHM, ihtilaf konusu makaleyi bir bütün olarak ele almış ve başvuran tarafından kullanılan ifadelerin artık siyasi söylem niteliği kazandığını değerlendirmiştir. Mahkeme, başvurana ait makalenin Marksist deyimler ihtiva ettiğini, birkaç yıl önce Güneydoğu Anadolu'da turmanan gerilim ve şiddetin tekrardan canlanmasına yönelik bir açıklama arz ettiğini belirtmiştir. Bunun yanında mahkeme, makale içeriğinde yer alan "devlet terörü", "katliam" gibi kelimelerin sert ve keskin olduğunun altını çizmiştir. Makalede yer alan bu sert ifadeler hükümete yöneliktir. AİHM, hükümet ile ilgili yapılmasına müsaade edilen eleştirinin dozunun, bireyler ve siyasetçilere yönelik yapılan eleştiriye nispeten daha geniş olabileceğini vurgulamıştır. Mahkeme, 9 Haziran 1998 tarihli İncal/Türkiye kararını hatırlatarak, kamu düzeninin güvencesi olan devlet yetkililerinin bu tür durumlara karşı aşırıya gitmeden ve uygun bir biçimde tepki vermeyi amaçlayan tedbirleri -ceza hukuku bağlamında bile olsa- benimsemesinin mümkün olabileceğini belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, bu tür durumlarda ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekli olup olmadığını incelerken devlet yetkililerinin daha kapsamlı bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir.

AİHM, Zana/Türkiye davasında getirmiş olduğu değerlendirme ölçütlerini somut duruma uygulamış ve sonuç olarak,

- Söz konusu makalenin Körfez Savaşı'nın hemen ardından birçok Kürt kökenli insanın Irak'taki baskıdan kaçıp, Türk sınırlarına sığındığı esnada yayımlandığının,
- Başvuranın sendika başkanı ve aynı zamanda bir siyasetçi olarak ihtilaf konusu makaleyi yazdığının dikkate alınması gerektiğini hatırlatmıştır.

Mahkeme, ihtilaf konusu makalenin sahip olduğu sert üsluba rağmen şiddeti teşvik etmediğini değerlendirmiştir. Ayrıca mahkeme cezanın ağır olduğuna dikkat çekerek müdahalenin, meşru amaç ile orantılı olmadığı ve başvuranın mahkûmiyetinin "demokratik bir toplumda gereklilik" ilkesine uygun olmadığı gerekçesiyle sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

³⁵ DEĞER, s.50.

³⁶ AİHM: Ceylan/Türkiye, 08.07.1999, 23556/94, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-120890%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 18.02.2020)

Falakoğlu ve Saygılı/Türkiye Davası³⁷

Bülent Falakoğlu *Yeni Evrensel* isimli gazetesinin yazı işleri müdürü, Fevzi Saygılı ise sahibidir. 22 Şubat 2001 tarihinde adı geçen gazetesinin 872. sayısında silahlı bir terör örgütü olan MLKP üyesi oldukları gerekçesiyle yargılanan tutuklular adına Yunus Aydemir imzalı “Tecrit Terörünü Yeneceğiz” başlıklı bir bildiri yayımlanmıştır. 23 Şubat 2001 tarihinde adı geçen gazetesinin 873. sayısında ise “Basına ve Kamuoyuna Direneceğiz, Hücreleri Yıkacağız! Tecrit Terörüne Son!” başlıklı bir yazı yayımlanmıştır. Savcılık makamı tarafından düzenlenen iki ayrı iddianame ile makale içerikleri nedeniyle Terörle Mücadele Kanunu’nun 6/2. maddesi ve Basın Kanunu’nun ek 2/1. maddesi gereğince gazetesinin sahibi ve yazı işleri sorumlusunun mahkûm edilmesi talep edilmiştir. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin 14 Mayıs 2002 tarihli kararı ile başvuranlardan Falakoğlu, Terörle Mücadele Kanunu’nun 6/2. maddesi uyarınca 118.638.000 TL, başvuranlardan Saygılı ise 788.625.000 TL ağır para cezasına çarptırılmıştır. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi ayrıca 5680 sayılı Basın Kanunu’nun ek 2/1. maddesi gereğince gazete yayımının bir gün süreyle durdurulmasına karar vermiştir. Anılan karara karşı Falakoğlu ve Saygılı tarafından temyiz başvurusunda bulunulmuşsa da Yargıtay, 27 Şubat 2003 tarihinde anılan kararı onamıştır.

23 Şubat 2001 tarihinde yayımlanan bildiri nedeniyle açılan ceza davasında, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin 2 Ekim 2001 tarihli kararında, Falakoğlu Terörle Mücadele Kanunu’nun 6/2. maddesi uyarınca 378.540.000 TL ve Saygılı 757.080.000 TL ağır para cezasına çarptırılmıştır. Mahkeme tarafından ayrıca 5680 sayılı Basın Kanunu’nun ek 2/1. maddesi gereğince dava konusu makalenin, milli güvenliği bozucu nitelikte olması sebebiyle söz konusu gazetesinin yayımının üç gün süreyle durdurulmasına karar verilmiştir. Anılan karara karşı Falakoğlu ve Saygılı tarafından temyiz başvurusunda bulunulmuş olsa da Yargıtay, 12 Mart 2002 tarihinde anılan kararı onamıştır.

Başvuranlar, anılan mahkûmiyet kararlarının ve gazetesinin geçici olarak kapatılmasının sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM’ye başvurmuşlardır. Mahkeme, ihtilaf konusu bildirilerin bir bütün olarak terörist grupların beyanlarını ihtiva ettiğini değerlendirmiştir. F tipi kapalı ceza evinde tutuklu bulunanlar tarafından kaleme alınan bu beyanların, tutukluların ceza evlerindeki koşulları ile ilgili taleplerine, “bütün insanlara” yapılan F tipi cezaevlerinin “kaldırılması” yönündeki “mücadeleyi destekleme” ve bu “mücadeleye katılma” çağrısına yer verdiğini değerlendirmektedir. Davada AİHM, Zana/Türkiye davasındaki değerlendirme ölçütleri bağlamında bir değerlendirme yapılarak,

- Yayımlanan yazının, yazıyı yazan kişilerin kişiliklerinden,
- Yayımlandığı ortamdan,
- Yayımlandığı zamandan bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. (AİHM, dava konusu bildirilerin Terörle Mücadele Kanunu uyarınca mahkûm edilen yüz kadar tutuklunun ölüm orucu eylemini sürdürdüğü yirmi cezaevine güvenlik güçleri tarafından operasyon düzenlendiği 19 Aralık 2000 tarihinden kısa bir zaman sonra yayımlandıklarını tespit etmektedir. Bu operasyon sırasında güvenlik güçleri ile tutuklular arasında şiddetli çarpışmaların yaşandığı ve operasyon sonucunda çok sayıda tutuklu ve polis memurunun yaralandığı ve tutukluların öldürülmüş olduğu AİHM tarafından ifade edilmektedir.)

AİHM, bu beyanlarda yer alan açıklık grevine destek verilmesi çağrısının ciddiyetini göz ardı etmeyerek dava konusu ifadelerin, F tipi cezaevlerinin “yok edilmesi” için yürütülen ve eylemcilerin hayatını tehlikeye sokan eyleme “destek verilmesi” ve “harekete geçirilmesi” amacıyla kamuoyuna yapılan bir çağrı niteliğinde olduğunu değerlendirmiş ve bildirilerin etki derecesini de göz önünde bulundurmuştur. AİHM, başvuranların ihtilaf konusu yazıyı bizzat kaleme almamış olduklarını ve bu yazıların yayımlanması konusunda edilgen bir etkiye sahip olduklarını kabul etmiştir. Ancak, yazıyı yazan kişilere gazetede bir sütun ayrılmış olduğunu ve bu bildirilerin yayımlanmasına izin verildiğini de göz ardı etmemiştir. Mahkemeye göre bilgi verme hakkı, terörist grupların bildirilerinin yayımlanması için bir mazeret ya da özür olarak ileri sürülemez. Açıklanan nedenlerle AİHM, ulusal mahkemelerin sahip olduğu takdir payını da dikkate alarak uygulanan müdahalenin hedeflenen meşru amaçla (kamu düzenini sağlama)

³⁷ AİHM: Falakoğlu ve Saygılı/Türkiye, 23.03.2007, 22147/02 ve 24972/03, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-125775%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 20.02.2020)

orantılı olduğunu düşünmüş ve başvurular açısından sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmediği kanaatine varmıştır.

Gözel ve Özer/Türkiye Davası³⁸

Gözel ve Özer/Türkiye davasında başvuran Aylin Gözel, *Maya* dergisinin sahibi ve yazı işleri müdürüdür. Derginin Şubat 2003 tarihli 11 sayılı baskısında, “Ortadoğu’da Yaklaşan Savaş Türkiye Burjuvazisini Tehdit Ediyor!” başlıklı bir makale yayımlanmıştır. Makale içeriğinden dolayı Gözel hakkında başlatılan soruşturma neticesinde savcılık makamı 13 Mart 2003 tarihli iddianamesinde, Gözel’i basın yoluyla “devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapmak ve yasadışı silahlı bir örgüt tarafından yapılan bir açıklamayı yayımlamakla” suçlamıştır. Bu iki eylem sırasıyla, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 8. maddesinin 2 ve 4. fıkraları ile 6. maddesinin 2 ve 4. fıkralarında suç olarak nitelendirilmiştir. 29 Eylül 2003 tarihinde, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yaptığı yönündeki suçlamayla ilgili olarak Gözel’in beraatine karar vermiştir. Ancak mahkeme, 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2 ve 4. fıkralarına ve 5680 sayılı ek kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak, yasadışı örgüte sayfalarını açtığı gerekçesiyle dergiye bir haftalık yayın yasağı getirilmesine hükmetmiştir. Anılan karar, Gözel tarafından temyiz edilmişse de Yargıtay, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararı onamış ve kararı kesinleştirmiştir.

Başvuran Aziz Özer, aylık *Yeni Dünya İçin Çağrı* gazetesinin editörü ve yazı işleri müdürüdür. Gazetenin Haziran 2002 tarihli 6. sayısının 5, 6 ve 7. Sayfalarında, “15-16 Haziran Büyük İşçi Direnişi ve Türkiye’de Devrimci Hareket” başlıklı bir makale yayımlanmıştır. Makale içeriğinden dolayı Özer hakkında başlatılan soruşturma neticesinde, savcılık makamı Özer’i 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2 ve 4. fıkralarında suç olarak nitelenen yasadışı silahlı bir örgütün fikir, görüş ve ifadelerini yayımlamakla suçlamıştır. Başlatılan kovuşturma neticesinde, 23 Ekim 2003 tarihinde İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 6. maddesinin 2 ve 4. fıkraları gereğince Özer’i adli para cezasına mahkûm etmiştir. Öte yandan mahkeme, söz konusu suçun ulusal güvenliği zayıflatmaya yönelik olduğuna hükmetmiş ve Basın Kanunu’nun geçici 2. maddesinin 1. fıkrasına istinaden aylık derginin on beş gün süreyle kapatılmasına karar vermiştir. Anılan karar, Özer tarafından temyiz edilmişse de Yargıtay, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararı onamış ve kararı kesinleştirmiştir. Başvuranlar, anılan mahkûmiyet kararlarının ve gazetenin geçici olarak kapatılmasının sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM’ye başvurmuşlardır.

AİHM, dile getirilen temel sorunlar ve ana şikâyetler bakımından benzer nitelikte oldukları sonucuna vararak bu başvuruların birleştirilmesine karar vermiştir. Mahkeme başvuruların, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddialarını, müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediğinin, meşru amaca hizmet edip etmediğinin ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının tespiti ile değerlendirmeye başlamıştır. Mahkeme, somut olayda ilk üç şartın varlığı ile alakalı her hangi bir şüpheye düşmezken, davayı daha çok “demokratik toplumda gereklilik” açısından ele almıştır. AİHM, başvuruların dergi/gazetede yayımlanmış oldukları fakat başkalarının imzasını taşıyan bu açıklamaların, ulusal mahkeme tarafından bu şahısların bildirisi gibi değerlendirildiğini belirtmiştir. İhtilaf konusu bu iki metnin herhangi bir gazeteci yorumu eklenmeksizin olduğu gibi yayımlanmış olduğu hususu AİHM tarafından vurgulanmaktadır.

AİHM “demokratik gereklilik” konusunda kendisini Türk hâkimlerinin gerekçelerine göre konumlandırarak, ihtilaf konusu metinlerin içeriği ve kendisinin ifade özgürlüğüne ilişkin getirmiş olduğu temel kıstasların ulusal mahkeme tarafından analiz edilmediği sonucuna varmıştır. AİHM bu uyuşmazlıkta Türk hâkimlerine, 3713 sayılı yasanın 6/2. maddesinin, ihtilaf konusu metinlerin içeriğinin analiz edilmesi ve hangi bağlamda yazıldığını inceleme yükümlülüğü vermediğini gözlemlemiştir.

AİHM’ye göre yasadışı bir örgüt mensubunun konuşmasını ya da açıklamalarını yayımlamak müdahaleyi haklı kılmayacaktır. AİHM, üçüncü kişilerin yaptığı açıklamaların yayımlanmasına yardım eden bir gazetecinin salt bu sebepten cezalandırılmasını basının genel ilgi alanına giren konuların tartışılmasını ciddi biçimde engelleyeceğini ve çok önemli bir neden

³⁸ AİHM: Gözel ve Özer/Türkiye, 06.07.2010, 43453/04 ve 31098/05, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-121391%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 02.04.2020)

olmadıkça bunun kabul edilemeyeceğini açıkça ifade etmektedir. AİHM anılan kararda demokrasinin iyi bir şekilde işleminde basın rolünü hatırlatmaktadır.

AİHM yaptığı analizde bu yazılardan hiç birinin şiddet kullanımını, silahlı direnişi ya da ayaklanmayı teşvik etmediğini ve kin güden bir söylem içermediğini değerlendirmiştir. Bu konuyla ilgili olarak AİHM'ye göre, görüşler şiddete tahrik içermediği sürece -şiddet eylemlerine ya da kanlı bir intikama başvurmayı savunmuyor, partizanlarının hedeflerini gerçekleştirmesi amacıyla terör eylemlerini haklı göstermiyor ve kimliği belli kişilere karşı derin ve mantıksız bir nefret duygusunun oluşmasını desteklemiyorsa- sözleşmeciler devletler, toprak bütünlüğü, milli güvenliğin korunması veya suç ve asayişsizliğin engellenmesine atıfta bulunmak suretiyle halkın bilgi alma hakkına sınırlama getiremeyecektir. Anılan değerlendirmeler neticesinde AİHM, sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

Özalp/Türkiye Kararı³⁹

Özalp/Türkiye kararında AİHM, uyuşmazlığı “demokratik toplumda gereklilik” yönünden ele almış ve bu gerekçeyle sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

22 Ekim 2007 Tarih ve 48583/07 No'lu Başvuru

Başvuran Suat Özalp, *Azadiya Welat* isimli haftalık bir gazetenin sahibi ve sorumlu yazı işleri müdürüdür. Adı geçen gazetede 26 Nisan 2003 tarihinde yayımlanan Kürtçe bir makalede yasadışı silahlı örgüt olan KADEK'in yaptığı bir açıklamaya yer verilmiştir. Bu açıklamaların şiddet, silahlı direniş ve isyan çağrısı içermesinden dolayı, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi 17 Ekim 2003 tarihinde belirtilen gazeteye el konulmasına karar vermiştir. Özalp hakkında, 3713 sayılı yasanın 6/2-4. maddeleri uyarınca ceza soruşturması başlatılmış ve sonuç olarak İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi tarafından para cezasına mahkûm edilmiştir. Anılan karar, Özalp tarafından temyiz edilmişse de Yargıtay, temyiz itirazlarını yerinde görmeyerek yerel mahkemenin vermiş olduğu kararı onamış ve kesinleştirmiştir.

22 Ekim 2007 Tarih ve 53717/07 No'lu Başvuru

Başvuranın sahibi ve sorumlu yazı işleri müdürü olduğu haftalık gazete *Azadiya Welat*'in 18-24 Ekim 2003 tarihli sayısında Kürtçe bir makale yayımlanmıştır. Söz konusu makalede yasadışı silahlı örgüt olan KADEK Genel Başkanlık Konseyi'nin bir üyesinin yaptığı açıklamaya yer verilmiştir. Bu açıklamaların şiddet, silahlı direniş ve isyan çağrısı içermesinden dolayı, Devlet Güvenlik Mahkemesi 17 Ekim 2003 tarihinde gazeteye el konulmasına karar vermiştir. Başvuran hakkında, 3713 sayılı yasanın 6/2-4. maddeleri uyarınca anılan makale ile ilgili olarak bir ceza soruşturması başlatılmış ve İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 12 Temmuz 2007 tarihinde para cezasına mahkûm edilmiştir. Anılan karar, Özalp tarafından temyiz edilmişse de Yargıtay, temyiz itirazlarını yerinde görmeyerek yerel mahkemenin vermiş olduğu kararı onamıştır. Başvuran, anılan mahkûmiyet kararlarının ve gazeteye el koyma tedbirinin sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM'ye başvurmuştur.

AİHM, adı geçen başvuruları, Türk Anayasa Mahkemesi tarafından 2015 yılında verilmiş olan bir karara⁴⁰ atf yaparak değerlendirmiştir. Anılan kararda Anayasa Mahkemesi, “*Gazete haberi bir bütün olarak incelendiğinde şiddeti övdüğü, kişileri terör yöntemlerini benimsemeye başka bir deyişle şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik ettiği değerlendirilmediği ve başvurucuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin arzulan amaçlara uygun olmadığı, dolayısıyla demokratik bir toplumda gerekir olmadığı*” gerekçesiyle ilgililerin, Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenmiş olan ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. AİHM, bahsi geçen Anayasa Mahkemesi kararına paralel olarak somut olayda söz konusu müdahalenin her ne kadar sözleşmenin 10/2. maddesinde sayılan meşru amaçlara hizmet ettiğini kaydetse de uyuşmazlık konusu makalelerin şiddet, silahlı direniş veya isyan çağrısı içermediği ve müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmadığı kanaatine vararak 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

³⁹ AİHM: Özalp/Türkiye, 18.07.2018, 48583/07 ve 53717/07, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-180455%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-180455%22]}) (Erişim Tarihi: 08.04.2020)

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi: Ali Gürbüz ve Hasan Bayar, 24.06.2015 Tarih ve 2013/568 Esas <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-568.pdf> (Erişim Tarihi: 18.05.2020)

Altıntaş/Türkiye Kararı⁴¹

Altıntaş/Türkiye kararında başvuru sahibi, Tokat ilinde dağıtılan *Tokat Demokrat* isimli yerel aylık derginin yazı işleri müdürü olarak görev yapmaktadır. Başvuru sahibi, Türk toplumunun bir kısmının hafızasında önemli bir yere sahip olan Kızıldere olayları hakkında derginin Mart 2007 tarihli sayısında, “M. ve Arkadaşları, Hala Gençliğin İdolları Olarak Yaşamaktalar” başlıklı bir makale yayımlamıştır. Yayımlanmış makalenin içeriği nedeniyle “suçu ve suçluyu övme” suçundan, Tokat Cumhuriyet Savcılığı başvuran hakkında soruşturma başlatmış ve soruşturma neticesinde şüpheli hakkında Tokat Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde kamu davası açılmıştır. Kovuşturma neticesinde yerel mahkeme, atfedilen suçtan dolayı başvurunu suçlu bulmuş ve TCK’nın 215 ve 218. maddelerine dayanarak 21 Nisan 2008 tarihinde başvurunu 900 TL adli para cezasına mahkûm etmiştir. Tokat Asliye Ceza Mahkemesi, söz konusu makalenin, özellikle “katliamlar” ve “gençliğin idolları” gibi ifadeleri kullanmasının yanı sıra, yasa dışı pek çok eyleme katılarak suçlar işleyen ve sonunda kendisi ile devletin güvenlik güçleri arasında meydana gelen silahlı çatışma sırasında öldürülen M.Ç.yi ve mahkemeler tarafından yargılanarak ölüm cezasına mahkûm edilen kişileri kurtarmaya yönelik M.Ç.’nin çaba ve davranışlarını övdüğü kanısına varmıştır. Yerel mahkeme verdiği kararın CMK’nın 272. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendi uyarınca kesinleştiğini belirtmiştir. Başvuran, yazı işleri müdürü olduğu bir dergide yer alan ihtilaf konusu makalenin yayımlanması nedeniyle cezaya mahkûm edilmesinin, sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme uyumsuzluğu değerlendirirken, özellikle şiddet, nefret ve hoşgörüsüzlüğü artırdığını veya haklı gösterdiğini dile getiren sözlü ya da yazılı ifadeler için kendi içtihatında ortaya koymuş olduğu ilkeleri ışığında, sözleşmenin 10. maddesi açısından bir sonuca varmıştır. Bu tip davalarda mahkemenin değerlendirmesindeki kilit faktörler şunlardır:

- İfadelerin gergin bir siyasi veya sosyal bağlamda dile getirilip getirilmediği
- İfadelerin şiddete doğrudan ya da dolaylı olarak bir çağrı yapıp yapmadığı veya şiddet, nefret ve hoşgörüsüzlüğün haklı gösterilmesi olarak kabul edilip edilmediği
- İfadelerin dile getirilme şekli ve -doğrudan veya dolaylı olarak- zarar verme ihtimali

Mahkeme somut olayda yukarıda belirtilen ilk faktör ışığında, ihtilaf konusu yazının Kızıldere olaylarının yaşandığı Tokat ilinde ve bu olayların otuz beşinci yıldönümünde yayımlandığını göz önünde bulundurarak, bu yazının gergin bir sosyal bağlamda yapıldığının kabul edilebileceği kanısına varmıştır.

İkinci faktör ışığında yapılan değerlendirmede mahkeme, “M.Ç. ve arkadaşları” tarafından işlenen şiddet eylemlerinin, başvuran tarafından “kahramanca davranışlar” olarak ifade edildiği ve onaylandığını, yine bu eylemlerin faillerinin “gençliğin idolları” ve “devrimci gençler” olarak sunulduğunu, kendileri ile güvenlik güçleri arasında meydana gelen silahlı çatışmanın sonunda söz konusu idollerin çoğunun hayatını kaybetmesini “katliam” olarak nitelendirdiğini kaydederek, ihtilaf konusu makalede kullanılan ifadelerin, bir övgü veya en azından şiddeti haklı gösterme olarak değerlendirileceği kanısına varmıştır.

Üçüncü faktör ışığında mahkeme, ihtilaf konusu makalede kullanılan ifadelerin, meşru bir amaca ulaşmak amacıyla şiddete başvurmanın gerekli ve haklı olabileceği izlenimini verdiği kanaatine ulaşmıştır. Belirtilen faktörler ışığında mahkeme, sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmediği ve başvuran hakkındaki mahkûmiyet kararının izlenen meşru amaçlarla orantısız olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varmıştır.

IV. DEĞERLENDİRME

Birçok hak ve özgürlüğün temel yapı taşı olarak kabul edilen ve aynı zamanda demokratik toplumlarda çok seslilik ve çoğulculuğun oluşabilmesi için en önemli enstrümanlarından biri olarak değerlendirilen ifade özgürlüğü, AİHS’nin 10. maddesi tarafından koruma altına alınmıştır. Sözleşmeye göre sadece hoş giden ve kabul gören ifadeler değil, rahatsız edici açıklamalar dâhil her türlü düşünce aktarımı ifade olarak nitelendirilmekte; hatta şiddet, nefret ve müstehcen içerikli söylemler, hakaret ve iftira niteliğindeki açıklamalar dahi 10. madde

⁴¹ AİHM: Altıntaş/Türkiye, 10.03.2020, 50495/08, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-202576%22%5D%7D>, (Erişim Tarihi 19.05.2020)

kapsamında görülmektedir. Fakat bu tip söylemlerin sözleşmenin 10/2. maddesinde yer alan sınırlandırmalara tabi olacağı şüphesizdir. AİHM, kurulduğu günden bu yana, ifade özgürlüğü ile ilgili bir takım temel ilke ve prensipler geliştirerek yerleşik içtihatları doğrultusunda ihtilafları çözüme eğilimi göstermiştir. Bununla birlikte AİHM, özellikle şiddet içerikli söylemlerin sözleşmenin 10. maddesinde öngörülmüş olan korumadan yararlanıp yararlanamayacağını tespit etmek adına, her somut olayı kendi bağlamı içerisinde değerlendirme yoluna gitmiş ve ulusal mahkemelerden farklı olarak özgün bir bakış açısı geliştirmiştir. Mahkeme,

• İfadeyi kullanan kişinin kimliğinden bağımsız bir değerlendirme yapmanın doğru olmayacağını,
• İfadenin kullanıldığı aracın ve alıcıları üzerindeki etki derecesinin önemini,
• İfadelerin kullanıldığı zamanın siyasi konjonktürünün etkisi,
• Şiddet içeren söylemlerin, şiddet ve cebri telkin teşvik edip etmediğini ve bu söylemlerin sonucu olarak kamu düzeninin bozulup bozulmadığının tespit edilmesi gerektiğini vermiş olduğu tüm kararlarında vurgulamaktadır.

AİHM genel anlamda ifadelerin basın yolu ile aktarıldığını göz önünde bulundurarak, dergi/gazete gibi basın-yayın araçlarıyla yayımlanmış olan fakat başkalarının imzasını taşıyan açıklamaların dergi/gazetenin bildirisi gibi değerlendirilmesini, basının genel ilgi alanına giren konuların tartışılmasını engelleyeceğini ve çok önemli bir neden olmadıkça bunun kabul edilemeyeceğini açıkça ifade etmektedir.

Yapılan çalışmada sonuç olarak, AİHM'nin vermiş olduğu ihlal kararlarında genellikle müdahale ve meşru amaç ile varılmak istenen sonuç arasında bir orantısızlık olduğu belirlenmiştir. Mahkemeye göre, ceza son çare olmalı ve meşru amaçlar ile varılmak istenen sonuç, daha hafif tedbirler ile sağlanabilmelidir.

KAYNAKÇA

- BIÇAK, Vahit, Der.: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2002.
- BOZKURT, Enver/DOST Süleyman: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, 7(1), 2002, s.47-74.
- DEĞER, Ozan: “AİHS'nin 10. Maddesi Çerçevesinde Şiddet Unsuru İçeren İfade: Güneydoğu Davalarından Örnekler”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(1), 2007, s.43-64.
- ERDOĞAN, Mustafa: İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, Ankara 2016.
- ERGİL, Doğu: “Uluslararası Terörizm”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 47(3), 1992, s.139-143.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 6. Basım, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2004.
- GÜL, Cengiz/ÇAKAN, Seher: “AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13(1), 2018, s.365-410.
- KABOĞLU, İbrahim: Özgürlükler Hukuku-İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, Afa Yayınları, İstanbul 1999.
- KARAKAYA, Yavuz Selim: “İfade Özgürlüğünün En Yeni İhlali: Wikipedia'ya Erişim Engeli”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2018, s.103-124.
- KARAN, Ulaş: İfade Özgürlüğü-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Ankara 2018, https://www.anayasa.gov.tr/media/3545/02_ifade_ozgurlugu.pdf (Erişim Tarihi 03.11.2020).
- SUNAY, Reyhan: Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001, <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/ifade-hurriyetinin-muhtevasi-ve-sinirlari.pdf> (Erişim Tarihi 02.02.2020).
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.

MAHKEME KARARLARI

- Anayasa Mahkemesi, Ali Gürbüz ve Hasan Bayar, 24.06.2015 Tarih ve 2013/568 E. Sayılı kararı
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-568.pdf> (Erişim Tarihi: 18.05.2020)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Zana/Türkiye, 25.09.1997, No 69/1996/688/880
<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/zana1997.pdf> (Erişim Tarihi: 15.02.2020)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 21.01.1999, Fressoz ve Roire/Fransa, No 29183/95
[https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:\[%22001-58906%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-58906%22]}) (Erişim Tarihi:20.04.2020)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Gerger/Türkiye, 08.07.1999, No 24919/94
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-141253%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-141253%22]}) (Erişim Tarihi: 23.03.2020)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ceylan/Türkiye, 08.07.1999, No 23556/94
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-120890%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-120890%22]}) (Erişim Tarihi: 18.02.2020)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Falakoğlu ve Saygılı/Türkiye, 23.03.2007, No 22147/02 ve 24972/03
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-125775%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-125775%22]}) (Erişim Tarihi: 20.02.2020)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Tan/Türkiye, 03.07.2007 No 9460/03
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-159298%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-159298%22]}) (Erişim Tarihi: 12.04.2020)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sapan/Türkiye, 08.06.2010, No 44102/04
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-124533%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-124533%22]}) (Erişim Tarihi: 12.03.2020)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Gözel ve Özer/Türkiye, 06.07.2010, No 43453/04 ve 31098/05
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-121391%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-121391%22]}) (Erişim Tarihi: 02.04.2020)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kaos GL/Türkiye, 22.11.2016, No 4982/07
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-172086%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-172086%22]}) (Erişim Tarihi: 04.03.2020)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sarıgül/Türkiye, 23.04.2017, No 28691/05
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-181289%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-181289%22]}) (Erişim Tarihi: 10.05.2020)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Özalp/Türkiye, 18.07.2018, No 48583/07 ve 53717/07
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-180455%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-180455%22]}) (Erişim Tarihi: 08.04.2020)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Altıntaş/Türkiye, 10.03.2020, 50495/08
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-202576%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-202576%22]}), (Erişim Tarihi 19.05.2020)

**MÜLKİYET HAKKI KAPSAMINDA KAMU MALLARININ
HACZEDİLMEZLİĞİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME*** AN EXAMINATION ON SEIZURE BAN OVER THE PUBLIC PROPERTY
IN THE SCOPE OF RIGHT TO PROPERTYPınar YAĞCI**  **Makale Bilgi***Gönderilme: 29/03/2020
Kabul: 03/12/2020***Anahtar Kelimeler***Mülkiyet Hakkı,
Kamu Malı,
Haczedilmezlik,
Avrupa İnsan
Hakları Sözleşmesi.***Article Info***Received: 29/03/2020
Accepted: 03/12/2020***Keywords***Right to Property,
Public Property,
Seizure Ban,
European Convention of
Human Rights.***Özet**

Kamunun malları, kamunun özel malları ve kamu malları olarak ikiye ayrılmaktadır. Kamunun özel malları özel hukuk kişilerinin malları ile aynı hukuki rejime tabidir. Ancak kamu malları, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında kullanılmak üzere kamu yararı amacıyla tahsis edilirler. Söz konusu tahsisin gerçekleştirilmesi ile kamu malı niteliğine sahip olan bu mallar, ulusal mevzuatımız uyarınca birtakım özel korumalardan da yararlanır. Bu özel korumalardan biri de kamu mallarının haczedilememesi özelliğidir. Bu özel korumanın amacı ise kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi ve böylece kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin sağlanmasıdır. Ancak bu korumanın bir sonucu olarak idarelerden alacağı bulunan özel kişiler ulusal mevzuatımızda bulunan hükümler nedeniyle bu alacaklarını tahsil edememektedir. Böylece kişiler Anayasa'nın 35. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi ile korunan mülkiyet haklarından yoksun kalmaktadır. Alacak haklarını elde edemeyen kişiler öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, 2012 yılından beri ise Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kapsamında başvuruda bulunmaktadır. Her iki mahkemenin de yerleşik içtihadı uyarınca kamu mallarının haczedilmezliği özelliği gerekçe gösterilerek kişilerin alacak haklarından mahrum bırakılmalarının mülkiyet hakkı ihlali niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

Abstract

The goods of public administration are categorized as public goods and private goods of the public property. The private goods of the public property are subject to the same legal regime as goods of the private person. However, public goods are allocated for the purpose of public interest to be used during the execution of public services. With the realization of this allocation, these goods, which have become public goods, also benefit from a special regime of protection in accordance with our national legislation. One of these special protections is seizure ban over the public property. The purpose of this special protection is to ensure that public services are carried out without an interruption, thus ensuring the continuity of public services. However, as a result of this protection, private people who have receivables from the public administration shall not collect their receivables due to the provisions in our national legislation. Thus, private people are deprived of their property rights protected by Article 35 of the Constitution and Article 1 of the Protocol No. 1 of the European Convention on Human Rights. Those who couldn't collect their receivables within the scope of domestic remedies have directly applied to the European Court of Human Rights. Since 2012, they shall firstly apply to the Constitutional Court of Turkey within the scope of individual application. According to the established jurisprudence of both courts, it is accepted that the deprivation of private people from their receivables on the grounds of seizure ban over the public property is a violation of the right to property.

I. GİRİŞ

Mülkiyet hakkı bir temel hak olarak Türk Hukuku açısından hem 1982 Anayasasının 35. maddesi ile hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 Numaralı Protokolünün 1. maddesi ile koruma altına alınmıştır. Mülkiyet kavramı yalnızca menkul ve gayrimenkul mallar gibi malvarlığı değerlerini değil, fikri mülkiyet hakları, sınırlı ayni haklar ve bazı nisbi haklar gibi ekonomik bir değer ifade eden ve ileri sürülebilir malvarlığı değerlerini genel olarak kapsamına almaktadır. Bu bakımdan alacak hakları da belirli şartları taşımaları halinde Anayasa ve AİHS anlamında mülkiyet hakkı kapsamında korunmaktadır.

Alacak haklarının mülkiyet hakkı bağlamında korunmasının bir sonucu olarak kişilerin özel hukuk kişilerine ya da kamu tüzel kişilerine karşı alacaklı olmaları açısından bir fark bulunmamaktadır. Bu bakımdan her iki durumda da devletlerin kişilerin alacaklarına ulaşması için gerekli tedbirleri almak yönünde pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Ancak bazı durumlarda devletler kamu hizmetine tahsis ettikleri malları için haciz yasağı koyarak bunları özel bir korumaya alırlar. Bunun bir sonucu olarak da kamu tüzel kişilerinin alacaklısı durumunda olan kişiler koruma altına alınan kamu mallarına karşı icra takibinde bulunamamaktadır. Bu durum kimi zaman öyle bir hal almaktadır ki bazı kamu tüzel kişilerinin hiçbir malına karşı cebri icra yolu ile sonuç alınamamakta ve alacaklı kişiler mülkiyet haklarından mahrum kalmaktadır.

Alacak haklarına kamu mallarına getirilen haciz yasağı dolayısıyla ulaşamayan kişiler, son çare olarak Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde bireysel başvuruda bulunarak mülkiyet haklarına ulaşmayı amaçlamaktadır. Bu çalışmada da Türk hukuku açısından mülkiyet hakkının kapsamı ve sınırları kısaca ele alınacak, ardından kamu mallarının haczedilmezliği özelliği yargı kararlarına çoğunlukla konu olan devlet, üniversiteler ve belediyeler açısından açıklanacak ve son olarak konuya ilişkin AİHM ve Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararları incelenmeye çalışılacaktır.

II. BİR TEMEL HAK OLARAK TÜRK HUKUKUNDA MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI VE SINIRLARI

A. Mülkiyet Hakkının Hukuki Temelleri

Mülkiyet hakkı, 1982 Anayasası'nın "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı İkinci Kısmının "Kişinin Hak ve Ödevleri" başlıklı İkinci Bölümünde 35. madde ile düzenlenmiştir. Söz konusu madde ile Anayasa koyucu, mülkiyet hakkının sınırlandırılma sebebini kamu yararı ile sınırlı tutmuştur ve bu sınırlandırmanın da ancak kanunla öngörülmesi halinde gerçekleştirilebileceğini düzenlemiştir. Bunun yanında Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması" başlıklı 13. maddesi uyarınca, temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların "*Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine*" aykırı şekilde düzenlenemeyeceği kuralı getirilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesi temel hak ve hürriyetler için sınırlamanın sınırını düzenleyen bir hükümdür.

Anayasa'nın 35. maddesinin yanında, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların diğer milletlerarası andlaşmalar gibi kanun hükmünde olduğu ve bu andlaşmalarla kanunların farklı düzenlemeler getirmesi durumunda andlaşma hükümlerinin kanuna göre öncelikle uygulanacağı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan Türkiye'nin taraf olduğu "İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin (AİHS) mülkiyet hakkına ilişkin hükümlerinin kanunlarla farklı hükümler içermesi halinde AİHS hükümlerinin esas alınacağı açıktır. AİHS kapsamında mülkiyet hakkına, Sözleşmeye Ek 1 Numaralı Protokol'ün "Mülkiyetin Korunması" başlıklı 1. maddesinde yer verilmiştir.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1982 Anayasasında Mülkiyet Hakkının Kapsamı

AİHS kapsamında mülkiyet özerk(otonom) bir kavram olarak kabul edilmektedir¹. Bunun anlamı, AİHM'in mülkiyet hakkının kapsamını milli hukuklardan farklı şekilde yorumlayabilmesi, bu konuda milli hukukların yorum ve mevzuatları ile bağlı olmaması ve mülkiyet hakkına dahil olan unsurları kendisinin müstakil olarak belirleyebilmesidir².

¹ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.418; TEZCAN, Durmuş/ERDEM M. Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ÖNOK R. Murat: İnsan Hakları El Kitabı, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.646; GEMALMAZ, H. Burak: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı (Avrupa), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.124.

² GEMALMAZ, Avrupa, s.124.

AİHS’in Ek 1 Numaralı Protokol 1. maddesinde mülkiyet hakkı kapsamında “mal ve mülk” kavramları ifade edilmiştir. AİHS açısından bir varlığın mülkiyet hakkı çerçevesinde ele alınabilmesi için şu iki şartın birlikte var olması gerekir; söz konusu varlığın ekonomik bir değerinin bulunması³ ve bu varlığın somut şekilde veya en azından “meşru bir beklenti”⁴ ile belirlenebiliyor olmasıdır. Ancak sadece bir fiili durumu ifade eden ve bir hakka dayanmayan⁵ ve varlığın iktisadi değerinin tespit edilemediği⁶ hallerde mülkiyet hakkından söz edilemeyeceği belirtilmektedir. AİHM mülkiyet hakkını geniş yorumlama eğilimindedir. Bu sebeple hak ve menfaatler gibi somut bir varlığa karşılık gelmeyen ancak ekonomik değeri ifade eden varlıklar AİHM içtihatları ile mülkiyet hakkının kapsamında değerlendirilmektedir⁷.

Konumuz açısından önem arz eden alacak haklarının AİHS’in Ek 1 Numaralı Protokolünün 1. maddesi ve Anayasanın 35. maddesi kapsamında korunup korunmadığı konusunda, alacak haklarının da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirildiği yargı kararları⁸ ve öğreti⁹ bakımından tartışmasız niteliktedir. Çünkü mülkiyet hakkının unsuru niteliğindeki aynı ya da nisbi hakların da Devletin sorumluluğuna gidilebildiği sürece mülkiyet hakkı kapsamında korunacağı kabul edilmektedir¹⁰. Ancak AİHS açısından bir alacak hakkının mülkiyet hakkı kapsamında korunması için söz konusu alacak hakkının şarta bağlı olmaması, güncel ve icra edilebilir olması gerektiği belirtilmektedir¹¹. Bunların yanında AİHS kapsamında bir değer “mülk” olarak değerlendirilebilmesi için, hesaplanabilir yani ekonomik olarak bir değer aracılığıyla ifade edilebilir olması ve bu değer somut olarak ya da en azından meşru beklenti kapsamında tespit edilebilir olması aranmaktadır¹².

C. 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkına Müdahale Türleri ve Mülkiyet Hakkının Sınırlanması Koşulları¹³

1. Mülkiyet Hakkına Müdahale Türleri

Mülkiyet hakkının AİHS’teki düzenlenme biçimine göre AİHM içtihatları yolu ile üçlü bir inceleme yöntemi getirilmiştir. Buna “üç kural analizi”¹⁴ de denilmektedir. Bu inceleme yöntemine göre AİHM’in değerlendirmesinde AİHS’e Ek 1 Numaralı Protokolün 1. maddesinde yer verilen üç kural aynı zamanda mülkiyet hakkına müdahalenin üç türünü ortaya koymaktadır¹⁵. Bunlardan ilk kural mal ve mülk dokunulmazlığı, ikinci kural mal ve mülkten mahrum bırakma ve üçüncü kural ise mal ve mülkün kamu yararı amacı ile kullanımının denetimidir¹⁶. Bu kurallar için ayrı ayrı değerlendirme yapan Mahkeme bazı karmaşık olaylarda her birinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğine de hükmetmiştir¹⁷.

AİHM’in uyguladığı üç kural analizine göre; ikinci kural bireyin mülkiyet hakkından tamamen mahrum bırakıldığı, kamulaştırma ya da müsadere gibi mülkiyet hakkının tamamıyla sona erdirildiği durumlarda uygulanırken, üçüncü kuralda bireyin mülkiyet hakkının kamu yararı ile ya da vergi veya para cezası alınması gibi hallerde sınırlandırılması durumunda uygulanmakta ve birinci kural ise ilk iki kuraldan herhangi birine girmeyen hallerde uygulama alanı bulmaktadır¹⁸. Bu üç kural konusunda; iki ve üç numaralı kuralın hakka getirilen sınırlamanın görünüş biçimlerini ifade ettiği, birinci kural ile ihdas edilen genel ilke doğrultusunda son iki

³ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.418.

⁴ Mülkiyet hakkı kapsamında meşru beklenti kavramının ayrıntılı açıklaması için bkz. GEMALMAZ, Avrupa, s.139 vd.

⁵ ETGÜ, Mehmet Akif: Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s.206.

⁶ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.418-419.

⁷ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.418.

⁸ AİHM’in Stran ve Stratis Andreadis Yunan Rafineleri/Yunanistan, B.N. 13427/87 T.9.12.1994 ve Bourdov/Rusya, T. 7.5.2002 B.N. 59498/00 kararları örnek olarak verilebilir. Ulusal hukukumuz açısından Anayasa Mahkemesi kararlarında “kesin bir şekilde tanımlanmış alacak haklarının” mülkiyet hakkı kapsamında korunduğu belirtilmektedir. Örnek kararlar için bkz. AYM, E.2000/42, K.2001/361, K.T. 10/12/2001; AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24/9/2008. Anayasa Mahkemesi Bekir Yazıcı Bireysel Başvuru Kararı, B. No: 2013/3044, 17.12.2015, Aktaran: TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.646.

⁹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.646; GEMALMAZ, Avrupa, s.390 – 394; ETGÜ, s.205–206.

¹⁰ GEMALMAZ, Avrupa, s.390.

¹¹ Örnek karar için bkz. AİHM, Ryabykh/Rusya, B.N. 52854/99, T. 24.07.2003 Aktaran: GEMALMAZ, Avrupa, s.390-391.

¹² ETGÜ, s.209.

¹³ “Mülkiyet Hakkına Müdahale Türleri ve Mülkiyet Hakkının Sınırlanması” terimleri için yararlanılan eser; GEMALMAZ, H. Burak: Mülkiyet Hakkı - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6 (Mülkiyet), Avrupa Konseyi, 2018, s.100.

¹⁴ ŞİMŞEK, Suat: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi”, Sayıştay Dergisi, Sayı:88, Ocak - Mart 2013, s.28 vd.

¹⁵ GEMALMAZ, Mülkiyet, s.99.

¹⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.648; ŞİMŞEK, s.29.

¹⁷ AİHM’in James ve Diğerleri/Birleşik Krallık ve Beyeler/İtalya kararları kuralların birlikte değerlendirildiği karmaşık olaylara örnek olarak gösterilmektedir, Aktaran: ŞİMŞEK, s.29.

¹⁸ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.648; ŞİMŞEK, s.30 vd.

kuralın yorumlanması gerektiği de AİHM tarafından¹⁹ ve doktrinde²⁰ ifade edilmektedir. Bu noktada üç müdahale türünde, ölçülü bir sınırlandırma olup olmaması açısından yapılan değerlendirme de farklılaşabilmektedir²¹.

Tüm bu açıklamaların yanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilk zamanlarda üç kural analizini sıkı sıkıya uygularken, son zamanlarda verdiği kararlarında müdahale tipleri arasındaki ayrımın somut olaylar karşısında zor olması ve ölçülülük bakımından yapılan farklı değerlendirmenin yapay bulunması nedeniyle tüm müdahale tipleri açısından benzer sınırlandırma değerlendirmesinde bulunmaya başladığı belirtilmekte ve GEMALMAZ tarafından bunun isabetli olduğu ifade edilmektedir²². Böylece Mahkemenin üçüncü kural ve ikinci kural açısından yaptığı değerlendirmedeki farklılıkların azaldığı, fıkralar arasında bütünsellik sağlandığı ve bazı kararlarında Mahkemenin hangi müdahale türünü esas aldığını dahi belirtmeksizin ihlal kararı verdiği gözlemlenmektedir²³.

Üç kural analizine göre mülkiyet hakkına müdahalenin var olduğu tespit edildikten sonra müdahalenin AİHS ve Anayasa çerçevesinde hakkın sınırlandırılması koşullarına uygun olup olmadığı incelenmektedir²⁴.

2. Mülkiyet Hakkının Sınırlanması Koşulları

1982 Anayasası ve AİHS uyarınca mülkiyet hakkı sınırlandırılmaz bir hak olarak öngörülmemiştir ve ilgili düzenlemelerde sınırlamanın sınırları belirtilmiştir. 1982 Anayasasında mülkiyet hakkının sınırlanmasının şartları hem 35. maddenin hem de 13. maddenin birlikte değerlendirilmesi ile ortaya konmaktadır. Bu bakımdan mülkiyet hakkının sınırlandırılması şartları şu şekilde sayılabilir: sınırlamanın yasayla olması, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gereklerine uyması, ölçülülük ilkesine uygun şekilde gerçekleştirilmesi ve sınırlamanın kamu yararı amacı taşımasıdır²⁵.

AİHS'in Ek 1 Numaralı Protokolünün 1. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında mülkiyet hakkının sınırlanması nedenleri ve sınırlamanın şartları belirtilmiştir. Sınırlama sebepleri "*kamu yararı veya genel çıkar, vergilerin veya diğer katkıların ve para cezalarının ödenmesi, suç aletlerinin müsaderesi*"²⁶ şeklinde öngörülmüştür.

AİHM öncelikle AİHS kapsamında bir "mülkiyet" in bulunup bulunmadığını, mülkiyet hakkının varlığı durumunda mülkiyet hakkına bir müdahale olup olmadığını incelemekte²⁷, müdahale bulunduğunu tespit eder ise de bu müdahalenin hukuka uygun olup olmadığını şu yönlerden üç aşamada incelemektedir²⁸:

- 1) Müdahalenin kanun/yasa hükmü ile düzenlenmesi²⁹,
- 2) Müdahalenin hakkın sınırlandırılması ölçütlerine yani meşru sınırlama amaçlarına uygun olması³⁰, başka bir deyişle müdahalenin kamu yararı amacı güdülerek yapılması³¹,
- 3) Demokratik bir toplumda gerekli bir müdahalenin bulunması³², bir başka deyişle müdahalenin ölçülü olması³³.

a. Müdahalenin Kanun Hükmü İle Düzenlenmesi

AİHS Ek 1 No.lu Protokol 1. Maddesi ve Anayasanın 13. ve 35. Maddeleri gereğince mülkiyet hakkının sınırlanabilmesi için bu sınırlamanın kanunla öngörülmesi gerekir. Kanunla öngörülme şartı AİHM içtihatları bakımından mutlaka şekli anlamda kanunla öngörülme

¹⁹ AİHM James ve Diğerleri/Birleşik Krallık, T. 21.07.1986, B.N. 8793/79, paragraf. 37.

²⁰ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.648.

²¹ GEMALMAZ, Mülkiyet, s.101.

²² GEMALMAZ, Mülkiyet, s.102.

²³ AİHM Vendittelli/İtalya, B.N. 14804/89 ve AİHM Stretch/Birleşik Krallık, T. 24.06.2003 kararları örnek olarak gösterilmiştir bkz. GEMALMAZ, Mülkiyet, s.116.

²⁴ GEMALMAZ, Mülkiyet, s.99.

²⁵ ETGÜ, s.176-184.

²⁶ ETGÜ, s.225.

²⁷ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.648.

²⁸ GEMALMAZ, Avrupa, s.447.

²⁹ Ayrıntılı açıklamalar için bakınız. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.423; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.649; GEMALMAZ, Avrupa, s.447; ETGÜ, s.225.

³⁰ GEMALMAZ, Avrupa, s.447.

³¹ Ayrıntılı açıklamalar için bakınız. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.423; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.649.

³² GEMALMAZ, Avrupa, s.448.

³³ Ayrıntılı açıklamalar için bakınız. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.423; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.649; ETGÜ, s.225.

anlamına gelmemektedir; buna göre ikincil düzeydeki düzenlemeler de kanunla öngörülme şartını yerine getirmektedir³⁴. Ancak Anayasa Mahkemesi kanunla sınırlandırma bakımından ikincil düzenlemeleri yeterli görmemekte “kanun” kavramını Anayasanın 7., 13. ve 35. maddelerini de dikkate alarak şekli anlamda kanun olarak kabul etmektedir; bu noktada iç hukukumuzda mülkiyet hakkı bakımından sağlanan “ancak kanunla” sınırlanabilme güvencesi AİHS’e göre daha katı bir kanunilik şartına tabi tutulmaktadır³⁵.

AİHM kanun ile öngörülme şartının yerine getirilip getirilmediği konusunda, ilgili kanun hükmünün bireyler tarafından erişilebilir ve anlaşılır olup olmadığını incelemektedir³⁶. Kanun hükmünün belirlilik ve öngörülebilirlik şartlarını yerine getirmesi halinde kanunla öngörülme şartının sağlandığı kabul edilmektedir³⁷. Bu noktada AİHM içtihadı uyarınca ulusal mevzuatın yetkili mercilere keyfi uygulamalarda bulunacak kadar geniş yetki vermemesi gerekmektedir³⁸. Anayasa Mahkemesi de içtihadı ile öngörülebilirlik ve belirlilik şartlarının yerine gelmesi bakımından kriterlerini ortaya koymuştur³⁹.

Kanunla öngörülme koşulunun gereklerinden biri olarak mahkeme kararlarının yetkili idareler tarafından yerine getirilmesi ve idarelerin söz konusu kararlara uygun olarak işlem yapması ve hareket etmesi gösterilmektedir⁴⁰. Bu konuda AİHM bir kararında yargı kararının uygulanmamasını tek başına kanunilik koşuluna aykırı bularak bu sebeple hak ihlali olduğuna hükmetmiştir⁴¹.

b. Müdahalenin Kamu Yararı Amacına Uygun Olması

Mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin AİHS Ek 1 No.lu Protokol 1. Maddesinde hakkın sınırlandırılabilmesi koşullarından biri olarak, birinci fıkrada kamu yararı (public interest) ve ikinci fıkrada genel yarar (general interest) kavramlarına yer verilmiştir⁴². Kamu yararının toplumun her bir üyesinin genel faydasını ifade etmek üzere kullanıldığı belirtilmektedir⁴³. Anayasamız açısından da 35. Maddede mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Ancak bu kavramın içeriğinin oldukça muğlak bırakıldığı ve bu içerik konusunda herkesin ortak bir kanaatinin bulunmadığı yönlerinden tartışmalı hale gelebildiği ifade edilmektedir⁴⁴.

AİHS Ek 1 Numaralı Protokol Madde 1 kapsamında sınırlama ölçütü olarak belirlenen bu kavram konusunda AİHM de bir tanım vermemektedir⁴⁵. Bunun yanında AİHM’in kamu yararı ve genel yarar kavramları arasında esaslı bir ayırım gözetmediği ve aynı cümle içinde birbirine benzer durumlar için kullandığı ayrıca belirtilmektedir⁴⁶. Bunlar arasındaki farkın belirlenmesinin kolay olmadığı doktrinde de dile getirilmiştir⁴⁷. Bunun yanında kamu yararı ölçütünün somut olayın şartları açısından değerlendirilmesinde AİHM’in otonom (özerk) yorum yetkisini koruduğu ve bu şekilde hüküm kurduğu unutulmamalıdır⁴⁸.

AİHM’in önüne gelen uyuşmazlıklarda müdahale kapsamında kamu yararının bulunmamasına dayanarak karar verdiği çok az sayıda karar olduğu⁴⁹, meşru amaç bulunmadığını tespit ettiğinde dahi Mahkemenin ölçülülük ilkesi ve adil denge unsuru yönünden ihlal kararı verdiği gözlemlenmektedir⁵⁰. Bu noktada kamu yararı kavramının mahiyetinin belirlenmesi

³⁴ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.649; ETGÜ, s.237; GEMALMAZ, Mülkiyet, s.118.

³⁵ SAĞLAM, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 506, Ankara 1982, s.79; GEMALMAZ, Mülkiyet, s.118.

³⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.649; ETGÜ, s.237.

³⁷ TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s.149; GEMALMAZ, Mülkiyet, s.121.

³⁸ AİHM, Hentrich/Fransa, B.N. 13616/88, T. 22.09.1994. ETGÜ, s.238.

³⁹ AYM, Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu, B.N. 2014/6192, T. 12/11/2014, paragraf. 53. GEMALMAZ, Mülkiyet, s.122.

⁴⁰ ETGÜ, s.238.

⁴¹ AİHM; Iatridis/Yunanistan, B.N. 31107/96, T. 19/10/2000, paragraf. 62. ETGÜ, s.238.

⁴² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İngilizce metni için bakınız. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_Eng.pdf (08.09.2020), s.33. Metnin Türkçe versiyonunda iki fıkra için de kamu yararı kavramına tercüme olarak tercih edilmiştir bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkçe metni: https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf (08.09.2020), s.31.

⁴³ GEMALMAZ, Avrupa, s.476.

⁴⁴ GÜLAN, s.112.

⁴⁵ ŞİMŞEK, s.35.

⁴⁶ AİHM’in James ve Diğerler/Birleşik Krallık, T. 21.07.1986 ve Gashi/Hırvatistan, B.N.32457/05, T. 13.12.2007 kararları bu hususta örnek teşkil etmektedir, Aktaran: GEMALMAZ, Avrupa, s.476 – 477.

⁴⁷ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.649.

⁴⁸ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.651; GEMALMAZ, Avrupa, s.476.

⁴⁹ Örnek karar için bkz. AİHM, S.A. Dangeville/Fransa, B.N.36677/97, T. 16.04.2002. Aktaran: GEMALMAZ, Avrupa, s.482.

⁵⁰ Örnek kararlar için bkz. AİHM, Brumarescu/Romanya, B.N.28342/95, T. 28.10.1999; Zwierzynski/Polonya, B.N. 34049/96, T. 19.06.2001; Gashi/Hırvatistan, B.N.32457/05, T. 13.12.2007. Aktaran: GEMALMAZ, Avrupa, s.482.

bakımından devletlere geniş - hatta bazı görüşlere göre mutlak - bir takdir yetkisi tanındığı görülmektedir⁵¹.

c. Müdahalenin Ölçülü Olması

Mülkiyet hakkı bakımından ölçülülük koşulu doğrudan AİHS Ek 1 Numaralı Protokol Madde 1’de yer almasa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin diğer maddelerinden yola çıkarak içtihat ile bu koşulun mülkiyet hakkı açısından uygulanmasına hükmetmiştir⁵².

AİHM kişilerin mülkiyet hakkı ve kamu yararı amacı arasında adil denge kurulması yönünden bir inceleme yapmaktadır⁵³. Mülkiyet hakkına yapılan müdahale aracı ile güdülen amaç arasında makul ve dengeli bir orantı olması gerekir⁵⁴. AİHM, müdahale ile bireyin aşırı bir külfete maruz kalıp kalmaması açısından bir değerlendirme de yapmaktadır⁵⁵. Mülkiyet hakkına müdahale türleri bakımından AİHM’in ölçülülük değerlendirmesi farklılık gösterebilmektedir. Buna göre genel olarak Mahkeme birinci ve ikinci kural açısından tazminata hükmederken, üçüncü kural açısından ise usuli teminatların sağlanması, iyi yönetim hakkı, müdahalenin süresi gibi kriterleri esas olarak değerlendirme yapmaktadır⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi ise hem norm denetimi kararlarında⁵⁷ hem de bireysel başvuru kararlarında⁵⁸ ölçülülük ilkesini üç alt ilkeye ayırarak bir inceleme yapmaktadır; bunlar elverişlilik, gereklilik/zorunluluk ve orantılılıktır⁵⁹.

Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca ölçülülük ilkesi açısından bir önemli kriter daha getirilmiştir. Bu da hakların özüne dokunma yasağıdır, bu sınıra öz güvencesi de denmektedir⁶⁰. Hakkın özüne dokunan müdahalelerin evleviyetle ölçülülük ilkesine de aykırı olacağı belirtilmektedir⁶¹. Öze dokunma yasağı ile her hakkın bir özü, dokunulmaz bir çekirdeği olduğu var sayılır ve bu öze dokunulması halinde temel hakkın varlık sebebinin ortadan kalkacağı ve tamamen güvencesiz kalacağı kabul edilir⁶².

III. KAMU MALLARININ BİR ÖZELLİĞİ OLARAK HACZEDİLMEZLİK KURALI

Kamu mülkiyetinde bulunan mallar kamunun özel malları ve kamusal malları⁶³ olmak üzere ikiye ayrılmaktadır ve bu ayrımın bir sonucu olarak kamu malları ile kamunun özel mallarının tabi olduğu hukuki rejim birbirinden ayrılmaktadır⁶⁴. Ancak kamu malının genel ve kapsayıcı bir tanımının kanunlarda yapılmamış olması ve kanuni düzenlemelerde farklı isimler⁶⁵ altında bu mallardan söz ediliyor olması nedeniyle kamu malı kavramına ilişkin kriterlerin, öğretiden faydalanılarak somut olay üzerinden yapılan değerlendirmeler sonucunda yargı kararları ile ortaya koyulduğu belirtilmektedir⁶⁶.

⁵¹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.649; ŞİMŞEK, s.35. Örnek kararlar için bkz. AİHM, Ericksson/İsveç, T. 22.06.1989; Lithgow ve Diğerleri/Birleşik Krallık, T. 08.07.1986 kararları, Aktaran: GEMALMAZ, Avrupa, s.482.

⁵² ETGÜ, s.241-242.

⁵³ TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, s.155; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.650; GEMALMAZ, Mülkiyet, s.110. AİHM, Sporrang ve Lönnroth/İsveç, B.N.7151/75, T. 23.09.1982, paragraf 69.

⁵⁴ AİHM, Allan Jacobsson/İsveç, B.N. 10842/84, T. 25.10.1989; AİHM, Allard/İsveç, Başvuru No. 35179/97, T. 24.10.2003. GEMALMAZ, Mülkiyet, s.140.

⁵⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.650; GEMALMAZ, Mülkiyet, s.7.

⁵⁶ GEMALMAZ, Mülkiyet, s.142.

⁵⁷ AYM, E. 2014/171, K. 2015/41, T. 22.4.2015, R.G. T. 21.5.2015 - S.29362; AYM, E. 2016/165, K. 2017/76, T. 15.3.2017, R.G. T. 13.04.2017 - S.30037.

⁵⁸ AYM, Mehmet Akdoğan ve Diğerleri, B.N. 2013/817, T. 19.12.2013; AYM, İrfan Öztekin, B.N. 2014/19140, T. 5.12.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (10.09.2020).

⁵⁹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.650; ÖZEKES, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s.205-206.

⁶⁰ SAĞLAM, s.141; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.153.

⁶¹ METİN, Yüksel: “Temel Hakların Sınırlandırılması Ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(5), 2017, s.5.

⁶² SAĞLAM, s.155-156.

⁶³ Bu kategorideki mallara kısaca kamu malları da denmektedir.

⁶⁴ DURAN, Lütfi: “Kamusal Malların Ölçütü”, Amme İdaresi Dergisi, 19(3), 1986, s.43; GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN Turgut: İdare Hukuku Cilt: 1 Genel Esaslar, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s.925-926; GÖZLER, Kemal/KAPLAN Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 21. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2019, s.613; AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil: Türk İdare Hukuku, 11. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s.647; SANCAKDAR Oğuz/ÖNÜT Lale Burcu/US DOĞAN Eser/KASAPPOĞLU TURHAN Mine/SEYHAN Serkan: İdare Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.623.

⁶⁵ Bu adlandırmalara örnek olarak; mevzuatta yer verilen “amme emlaki”, “Hazine malı”, “Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki eşya”, “kamusal alan” ve “Devlet malı” terimleri örnek gösterilmektedir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.926.

⁶⁶ GÜLAN, Aydın: Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999, s.24-25; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.926; GÖZLER/KAPLAN, s.612 vd.; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, 645 vd.; SANCAKDAR/ÖNÜT/US DOĞAN/KASAPPOĞLU TURHAN/SEYHAN, 623 vd.

Kamu malları öğretide⁶⁷ ve yargı içtihatlarında⁶⁸ hizmet malları, orta malları ve sahipsiz mallar olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır. Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca genel olarak idarenin kamusal mallarının nitelikleri ortaya konularak bir tanımlama yöntemi seçilmekte ve bu tanımın dışında kalan mallar özel mal olarak kabul edilmektedir⁶⁹.

Kamu mallarının tanımlanmasına ilişkin öğretide iki adet şart öngörülmüştür. Bunlardan ilki organik şart ikincisi ise maddi şart olarak belirtilmektedir⁷⁰. Organik şart uyarınca, bir varlığın kamu malı olarak kabul edilmesi için bir kamu tüzel kişinin mülkiyetinde ya da Devletin hüküm ve tasarrufu altında⁷¹ bulunması gerekmektedir⁷². Böylece kiralama veya başka bir ilişki kapsamında bir kamu hizmetinin özel kişilerin mülkiyetindeki bir mal üzerinde yürütülmesi halinde de bu malların kamu malı sayılmalarının önüne geçilmektedir⁷³.

Kamu malları, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesindeki süreklilik ilkesi⁷⁴ ve dolayısıyla kamu yararı gereği kamu mallarından “en iyi yararlanmanın sağlanması”⁷⁵ için özel kişilerin mülkiyetindeki mallardan farklı olarak birtakım özel hukuki korumalardan faydalanırlar. Kamu mallarının dahil oldukları statüden⁷⁶ dolayı sahip oldukları hukuki korumalar şunlardır; kamu mallarının devir ve ferağ edilemezliği, zamanaşımı ile iktisap edilememesi, üzerinde özel kişiler lehine sınırlı aynı haklar kurulamaması, özel hukuk sözleşmelerine konu olmaması, tapu sicilinde tescile tabi olmaması, haczedilememesi ve kamulaştırmaya konu olamamasıdır⁷⁷.

Kamu mallarının yararlandığı korumalardan biri de haczedilemez olmalarıdır. Kamu mallarının haczedilmezliğinin hukuki gerekçesi olarak bu malların tahsis edildikleri kamu yararı amacı gösterilmektedir⁷⁸. Sahipsiz mallar üzerinde özel mülkiyetin kurulamayacağı yönündeki Anayasa Mahkemesi içtihadı⁷⁹ bulunması bakımından ve söz konusu malların orman⁸⁰, akarsu, deniz gibi alanlar olması nedeniyle haczedilemeyeceği söylenebilir. Bunun yanında Devlet dışındaki kamu tüzel kişilerine ait olup da kamu hizmetine tahsisini gerektiren bir durum bulunmayan ancak yine de hakkında tahsis kararı alınan malların da özel mallardan sayılacağı ve haczedilemezlikle korunmayacağı belirtilmektedir⁸¹.

Bilindiği üzere Türkiye Cumhuriyeti İdare Teşkilatında çok sayıda kamu tüzel kişisi, bunların tabi olduğu çok sayıda mevzuat hükmü ve bu kamu tüzel kişilerinin her birinin kamusal ve özel malları bulunmaktadır. Her ne kadar çalışmada kamu mallarının haczedilmezliği konu olarak alınsa da çalışmaya bir sınır getirebilmek açısından, çalışmanın konusu kapsamında aşağıda, mülkiyet hakkının sınırlanması ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarına yansıyan devlet malları, belediye malları ve üniversite mallarının haczedilemezlik özelliği ile ilgili açıklamalar yapılacaktır⁸².

A. Devlet Tüzel Kişiliğine Ait Malların Haczedilmezliği

Devlet tüzel kişiliğine ait malların haczedilmezliği 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun “Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar” başlıklı 82. maddesinde, “Aşağıdaki şeyler haczolunamaz: 1. Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar...” şeklinde düzenlenmiş ve böylece devlet mallarının haczedilmesi engellenmiştir. Devlete ait malların haczedilemeyeceği düşüncesinin temelinde devletin cebri icra tekeli elinde

⁶⁷ DÜREN, Akın: İdare Malları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s.38-39.

⁶⁸ AYM, E. 1996/66, K. 1997/7, T. 31.1.1997R.G. T. 28.10.1997, T. 23154. Aktaran. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.926.

⁶⁹ GÜLAN, s.31; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.927.

⁷⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.927.

⁷¹ Tartışmalar için bakınız. GÜLAN, s.82 vd.

⁷² GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.927.

⁷³ Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bakınız. GÜLAN, s.16 vd.

⁷⁴ Süreklilik ilkesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bakınız. SANCAKDAR/ÖNÜT/US DOĞAN/KASAPOĞLU TURHAN/SEYHAN, s.488; GÖZLER/KAPLAN, s.487.

⁷⁵ Kavrama ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bakınız. GÜLAN, s.154 vd.

⁷⁶ GÜLAN, s.119.

⁷⁷ GÖZLER/KAPLAN, s.693-698; GÜLAN, s.121–150; SANCAKDAR/ÖNÜT/US DOĞAN/KASAPOĞLU TURHAN/SEYHAN, s.623-628.

⁷⁸ GÜLAN, s.147; ÖZEKES, s.219-220.

⁷⁹ AYM E. 1963/126, K. 1965/7, T. 16/02/1965, RG T. 22/07/1965, S.12055. Aynı yönde bkz. AYM E. 1985/1, K. 1986/4, T. 25/02/1986, RG T. 10/07/1986, S.19160.

⁸⁰ Devlet ormanlarının haczedilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. KURU, Baki: “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(1), s.283; AŞIK, 1982 Anayasası, s.284.

⁸¹ GÜLAN, s.148.

⁸² Diğer kamu tüzel kişilerinin özel mevzuatlarında yer alan haczedilemezlik kurallarını içeren kanun hükümlerinin bir listesi için bkz. AŞIK, İbrahim: “1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Devlet Mallarının Haczedilmezliği” (1982 Anayasası), Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 7(18), 2011, s.62, dipnot 19.

bulundurması ve devletin kendisine karşı bu yetkisini kullanmasının mümkün olamayacağı fikri yatmaktadır⁸³.

Devlet mallarının haczinin kabil olmadığını düzenleyen İcra ve İflas Kanununun 82. Maddesinin kapsamı açısından; bu maddenin tüm kamu tüzel kişilerinin mallarını kapsamadığı ve bu hükmün uygulanması için ya söz konusu malın sahibi olan kamu tüzel kişisinin ilgili yasasında mallarının haczedilemeyeceğinin belirtilmiş olması ya da söz konusu kamu tüzel kişisinin malvarlığının devlet mallarına tanınan tüm ayrıcalıklardan faydalanacağına kanun hükmü ile açıkça belirtilmiş olması gerektiği belirtilmektedir⁸⁴. Bu konuda Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de ilgili idarelerin kanunlarında mallarının devlet malı sayılmasına ilişkin ifadelerin bu malların haczedilmezliğine yol açmayacağını, sadece ceza hukuku anlamında bir korumadan yararlanma sağlayacağını, bu noktada ilgili kanunlarda açıkça bu malların devlet mallarına tanınan ayrıcalıklardan yararlanacaklarının belirtilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁸⁵. Diğer kamu tüzel kişilerinden farklı olarak Devlet tüzel kişiliğine ait özel malların da haczedilemeyeceği belirtilmektedir⁸⁶. Bu konuda devletin her zaman borcunu ödeyeceği varsayımından hareketle haczedilemezlik kuralının getirildiği ifade edilmektedir⁸⁷.

Haczedilmesi yasaklanan mallar olarak Devlet mallarının genel⁸⁸ ve özel⁸⁹ bütçeli idarelere ait olan ve yönetim usulleri 5018 sayılı Kanun uyarınca gerçekleştirilen mallar olarak anlaşıldığı belirtilmektedir⁹⁰. Bunun yanında Danıştay onama yönünde verdiği bir kararında sermayesinin tümü Devlet tüzel kişiliğine ait olan kamu iktisadi teşebbüslerinin mallarının da Devlet malı sayılacağı ve bu sebeple haczedilemeyecekleri yönünde hüküm kurmuştur⁹¹.

B. Üniversitelere Ait Malların Haczedilmezliği

Üniversitelerin mallarının haczedilebilirliği açısından devlet üniversiteleri ve vakıf üniversiteleri açısından bir ayırım yapılmaktadır. Devlet üniversiteleri bakımından doktrinde ve yargı kararlarında; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 56. maddesinde yer alan, “*Üniversiteler ve yüksek teknoloji enstitüleri genel bütçeye dahil kamu kurum ve kuruluşlarına tanınan mali muafiyetler, istisnalar ve diğer mali kolaylıklardan aynen yararlanırlar.*” hükmü, devlet üniversitelerinin bütçeleri açısından 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 12. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen, “*Merkezî yönetim bütçesi, bu Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvelerde yer alan kamu idarelerinin bütçelerinden oluşur.*” hükmü ve devlet üniversitelerinin söz konusu kanunun ekli (II) sayılı cetvelinde yer alması karşısında, mallarının devlet malı niteliğinde olduğu ve haczedilemeyeceği kabul edilmektedir⁹².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına⁹³ göre, bir kamu tüzel kişisine ait malın İcra İflas Kanununun 82. Maddesi anlamında devlet malı sayılabilmesi ve dolayısıyla haczedilemezlikten yararlanabilmesi için, sözkonusu idarenin “*bütçesinin 1050 sayılı Genel Muhasebe Yasasına (5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu olarak anlaşılmalıdır.) tabi olması⁹⁴, Bütçe Yasasında sayılan Genel yada katma (5018 sayılı kanuna göre üniversiteler açısından özel bütçeli idareler olarak anlaşılmalıdır) bütçeli⁹⁵ daireler arasında yer alması, mallarının kamu*

⁸³ KURU, s.283.

⁸⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.967-968.

⁸⁵ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 1979/9923, K. 1979/10087, T.27.12.1979, Kazancı İçtihat Bankası; GÜLAN, s.148; HASIRCI, Hakan: “Belediye Mallarının Haczi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016, s.2825.

⁸⁶ GÜLAN, s.147.

⁸⁷ KURU, s.65.

⁸⁸ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kanununun 12. maddesi uyarınca, “Genel bütçe, Devlet tüzel kişiliğine dahil olan ve bu Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerinin bütçesidir.”

⁸⁹ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kanununun 12. maddesi uyarınca, “Özel bütçe, bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlere harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen ve bu Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir.”

⁹⁰ AŞIK, 1982 Anayasası, s.59, dipnot 2; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.968. GÖZÜBÜYÜK/TAN’da mülga 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu esas alınmış olmakla birlikte atf yapılarak söz konusu kanunu ilga eden ve yerine yürürlüğe konan 5018 sayılı Kanununa uygun olarak bir uyarılma yapılarak değerlendirilmiştir. İlgaya ilişkin 5018 sayılı Kanunun 81. maddesi şu şekildedir, “1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu ile ek ve değişiklikleri, ... yürürlükten kaldırılmıştır.”

⁹¹ Danıştay 3. Daire, T. 09.02.1993, E. 1992/799, K. 1993/637, Aktaran: GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.968.

⁹² AYDIN, s.11 ve devamı. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2003/12-116, K. 2003/111, T. 26.2.2003, Kazancı İçtihat Bankası. Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2002/12-1101, K. 2002/1113, T. 25.12.2002, Kazancı İçtihat Bankası.

⁹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2003/12-116, K. 2003/111, T. 26.2.2003, Kazancı İçtihat Bankası.

⁹⁴ Söz konusu kararda mülga 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu’ndan bahsedilmiş olmakla birlikte söz konusu kanun ilga edilerek yerine 5018 sayılı Kanun yürürlüğe konmuştur. Yargıtay’ın kriterlerinin buna göre anlaşılması gerekir.

⁹⁵ Söz konusu kararın verildiği tarihte yürürlükte olan mülga 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu ile bu kanunu yürürlükten kaldıran ve halihazırda yürürlükte olan 5018 sayılı Kanunun bütçelerine göre idareleri sınıflandırma şekli farklıdır. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının günümüz mevzuatı açısından anlaşılabilmesi bakımından üniversiteler özelinde şu belirtme yapılabilir; mülga 1050 sayılı Kanuna göre üniversiteler katma bütçeli daireler arasında sayılmakta iken (bkz.

hizmetlerine doğrudan tahsis edilmiş olması, sağladığı ekonomik ve sosyal yararlar dolayısıyla kamunun yararlandığı ve öz sermayesi devletçe temin edilen bir kuruluş olması gereklidir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu söz konusu kararında, Devlet üniversitelerinin bu koşulları sağladığını ve bu sebeple mallarının devlet malı olarak kabul edilerek haczedilmezlikten yararlanması gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu aynı kararında vakıf üniversitelerinin malları ile ilgili olarak bu üniversitelerin bütçelerinin her yıl Bütçe yasasında yer almaması ve o dönemde yürürlükte olan mülga 1050 sayılı Kanun uyarınca Genel ve Katma⁹⁶ bütçe ile idare edilen dairelerin arasında bulunmaması nedeniyle İcra İflas Kanunu 82. Maddeden yararlanamayacaklarını belirtmiştir⁹⁷. Bu noktada belirtmek gerekir ki her ne kadar 2547 sayılı Kanunun Ek Madde 7'nin ilk fıkrası uyarınca vakıf üniversiteleri hakkında *“Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumları, bu Kanunun 56 ncı maddesinde yer alan mali kolaylıklardan, muafiyetlerden ve istisnalardan aynen istifade ederler ve bunlar emlak vergisinden muaf tutulurlar.”* hükmüne yer verilse de; 5018 sayılı Kanun çerçevesinde 12. madde uyarınca merkezi yönetim bütçesine dahil edilen Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri arasında vakıf üniversiteleri sayılmamıştır⁹⁸. Bu bakımdan vakıf üniversitelerinin malları haczedilmezlikten yararlanamayacaktır.

C. Belediyelere Ait Malların Haczedilmezliği

İcra İflas Kanununun 82. Maddesi uyarınca Devlet tüzel kişiliği dışındaki kamu tüzel kişilerinin mallarının haczedilemez niteliği haiz olabilmesi için özel kanunlarında ayrıca buna dair açık bir hüküm bulunması gerekir⁹⁹. Bunlardan belediyeler bakımından 5393 sayılı Belediye Kanununun 15. Maddesinin 9. Fıkrasında şu hüküm yer alır, *“Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez.”* Aynı kanunun kentsel dönüşüm ve gelişim alanlarına ilişkin 73. maddesi uyarınca da, *“Anlaşma sonucu belediye mülkiyetine geçen gayrimenkuller haczedilemez.”*

Belediye Kanununda yer verilen hükümler, İcra İflas Kanununun devlet mallarına ilişkin düzenlemesinden farklı olarak tek tek Belediyenin hangi mallarının haczedilemeyeceğini belirtmiştir. 5393 sayılı Kanundan önce yürürlükte bulunan 1580 sayılı Belediyeler Kanununun 19. Maddesi uyarınca da belediyelerin kamu hizmetine tahsis edilmeyen özel hukuka tabi mallarının ve gelirlerinin haczedilebileceği hüküm altına alınmış ve belediyenin bankada bulunan ve kamu hizmetine ayrılan parasının haczedilemeyeceği kabul edilmişti¹⁰⁰.

5393 sayılı Kanun uyarınca belediyelere şarta bağlı olarak yapılan bağışlar, belediyelere genel bütçeden ayrılan paylar ile diğer kanunlar uyarınca verilen paylar dahil olmak üzere¹⁰¹ belediyelerin vergi, resim ve harç gelirleri¹⁰², belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri ve kentsel dönüşüm ve gelişim alanlarında maliklerle belediyeler arasında yapılan anlaşma sonucu belediyelerin malı haline gelen mallar belediyelerin haczedilemeyen

<https://www.kamusen.org.tr/arsiv/kamu-kurumlarının-butcelerine-gore-tasnifi-366/>, 5018 sayılı Kanuna göre özel bütçeli idareler arasında sayılmaktadır (bkz. 5018 sayılı Kanuna ekli (II) sayılı cetvel). 5018 sayılı Kanunun 12. maddesi uyarınca da *“Merkezi yönetim bütçesi, bu Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerinin bütçelerinden oluşur.”* hükmüne yer verilerek üniversitelerin merkezi bütçe kapsamında sayılması kurala bağlanmıştır. Ayrıntılı açıklama için bkz. AŞIK, 1982 Anayasası, s.59, dipnot 2.

⁹⁶ Genel ve Katma bütçe ile ilgili olarak açıklamalarımız için bakınız. Dipnot 60.

⁹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2003/12-116, K. 2003/111, T. 26.2.2003, Kazancı İçtihat Bankası.

⁹⁸ Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruya ilişkin kararında, devlet üniversitelerinin mallarının devlet malları arasında sayılması açısından 2547 sayılı Kanunda yer verilen muafiyet ve istisnânın yanında 5018 sayılı Kanunda yer verilen merkezi bütçeye dahil olmalarını Yargıtay'ın da bir gereklilik olarak saydığına değinmiştir: AYM, Medican Medikal Ürünler İth. İhr. Tic.veTurz. Ltd. Şti. Başvurusu, B.N. 2014/6025, T. 22/6/2017, paragraf. 16, 18.

⁹⁹ HASIRCI, s.2824-2825.

¹⁰⁰ KURU, s.286.

¹⁰¹ 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun 7. maddesine göre, *“Bu Kanunda, il özel idareleri ve belediyelere, genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtından ayrılacak paylar ile diğer kanunlarda bu idarelere verilmesi öngörülen paylar vergi hükmündedir.”* şeklinde bu payların da vergi niteliğinde olduğu hüküm altına alınmıştır ve belediyelere ait yerdenli geniş malvarlığı değerinin haczedilemez nitelikte kabul edilmesi öğretide eleştirilmektedir: HASIRCI, s.2827. Borçlunun yeterli malvarlığı var iken haciz uygulanmamasının mülkiyet hakkı ihlaline neden olduğuna dair açıklamalar için bkz. ÖZEKES, s.184.

¹⁰² 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca belediyelerce tahsil edilen katılma paylarının (yol, kanalizasyon ve su tesisleri harcamalarına katılma payları gibi) ise Anayasa Mahkemesinin, E. 1987/19, K. 1987/31 sayılı ve 24.11.1987 tarihli (RG T. 29.03.1988, S.19769) kararı uyarınca *resim benzeri bir mali yükümlülük* olarak kabul edildiğinden bahisle haczedilemez mallar arasında olduğu öğretide ve yargı kararlarında (bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E. 2014/23012 K. 2014/22358, T.16.02.2014, Kazancı İçtihat Bankası) belirtilmektedir: HASIRCI, s.2828. Ancak belediyelerin yararlananlarla arasında özel hukuk sözleşmesine tabi bir ilişki bulunan su, doğalgaz, atık su gibi gelirlerinin haczinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2010/23311, K. 2010/23349, T. 14.10.2010 Kazancı İçtihat Bankası.

mallarındandır. 5393 sayılı Kanunda belediyelerin *kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları* da haczedilemeyen mallar arasında sayılmaktadır.

1580 sayılı Belediyeler Kanunundan farklı olarak 5393 sayılı Belediye Kanununda belediyeye ait bir malın kamu hizmetine tahsis edilip edilmemesine bir önem verilmemekte, malın kamu hizmetinde fiilen kullanılması şartı aranmaktadır. Bu bakımdan fiilen bir kamu hizmetinde kullanılan belediyeye ait bir mal bir idari işlem ile kamu hizmetine tahsis edilmemiş olsa da 5393 sayılı Kanun uyarınca haczedilemeyecektir. Bunun yanında imar planı ya da başka bir idari işlem ile kamu hizmetine tahsis edilen belediyeye ait bir malın da kamu hizmetinde fiilen kullanılmıyorsa haczedilebileceği kabul edilmektedir¹⁰³. Bu konuda Yargıtay içtihatları da kamu hizmetine tahsis kararının sonuca etkisi bulunmadığı yönündedir¹⁰⁴.

Yargıtay *kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan mallar* konusunda hacze konu malın kamu hizmetinin işleyişinde gerekli bir unsur olup olmadığını da sorgulamaktadır; örneğin belediye başkanının makam aracının haczi konusunda Yargıtay¹⁰⁵, makam aracının kamu hizmetinin yürütülmesinde gerekli ya da zorunlu bir unsur olmamasını gerekçe göstererek belediye başkanının makam aracının haczedilebileceğine karar vermiştir. Dahası Yargıtay bir kararında¹⁰⁶, belediyenin borcu var iken belediye başkanının makam aracı kullanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir. Ancak daha eski bir kararında Yargıtay¹⁰⁷ belediye başkanının *bir adet olan makam aracının kendiliğinden kamu hizmetinde kullanıldığının kabulünün gerektiğine* karar vermiştir. Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında alacak haklarını korumak yönünde karar vermesi mülkiyet hakkının korunmasının gerekleri açısından umut verici niteliktedir.

Belediyelerin banka hesaplarındaki paralar da haczedilmezlik konusunda önemlidir. Söz konusu durumda banka hesabındaki paraların, belediyenin vergi, resim ya da harç gelirlerinden müteşekkil olduğunu belediyenin ispat etmesi halinde paraların haczedilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁰⁸. Yargıtay, paranın harcanma şeklinin her zaman idari bir kararla değiştirilebileceğinden hareketle vergi, resim ve harçlar dışında hesaplardaki paralar için *fiilen kamu hizmetinde kullanılma* halinin mümkün olamayacağını belirtmiştir¹⁰⁹. Belediyenin haczedilmez nitelikteki paralar ile haczedilebilir paralarını “havuz hesabı” şeklinde aynı hesapta buldurması halinde ise haczedilebilirlik açısından bir ayırım yapılması imkanı kalmamaktadır; bu durumda belediyenin haczedilebilirlik iddiasını ispat imkanını kendisinin ortadan kaldırdığı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bir davranış olduğu kabul edilmekte¹¹⁰ ve Yargıtay tarafından belediyenin haczedilmezlik hakkından feragat ettiği şeklinde hüküm kurulmaktadır¹¹¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu konuya ilişkin bir kararında¹¹², “*Haczedilmezlik istisnai bir durum olduğundan, bu yöndeki düzenlemelerin de dar yorumlanması gerekir.*” şeklinde hüküm kurmuş ve asıl amacın alacaklıların alacağına ulaşması olduğunu belirtmiştir. Belediyelerin 5393 sayılı Kanunun 15. ve 73. maddesi kapsamına girmeyen malları ise haczedilebilir niteliktedir¹¹³.

5393 sayılı Belediye Kanununun 15. Maddesinin 9. Fıkrasının iptali istemi ile Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile başvurulsa da Anayasa Mahkemesi hükmü iptal etmemiştir¹¹⁴. Anayasa Mahkemesi ilgili kararında, belediyelerin kanunda belirtilmeyen diğer mallarının haczedilmesinin mümkün olması nedeniyle alacaklıların haklarını elde etme imkanının olduğu ve belediyenin görevlerini ifa edebilmesi için hizmet araçlarının haczedilmesinin kamu

¹⁰³ AYDIN, Muzaffer: Haczedilemeyen Mal ve Haklar, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.21-22; HASIRCI, s.2837.

¹⁰⁴ “...mahcuzların kamu hizmetinde (fiilen) kullanılması gerekli olup kamuya tahsis kararı alınmasının sonuca etkisi bulunmamaktadır.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2018/12893, K. 2019/16269, T. 11.11.2019, Kazancı İçtihat Bankası; Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E. 2017/35, K. 2017/12843, T. 12.10.2017; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E. 2016/20139, K. 2017/3680, T. 16.3.2017; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E. 2014/12692, K. 2014/12618, T. 16.06.2014; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E. 2014/20262, K. 2016/633, T. 21.1.2016; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2006/23468, K. 2007/856, T. 23.01.2007 Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁰⁵ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 2019/7271, K. 2019/9780, T. 10.6.2019 Kazancı İçtihat Bankası; Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E. 2017/35, K. 2017/12843, T. 12.10.2017; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E.2016/17324, K. 2017/3190, T. 9.3.2017 Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁰⁶ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E. 2016/17324, K. 2017/3190, T. 9.3.2017.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 2009/25068, K. 2010/6557, T. 22.3.2010 Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁰⁸ AYDIN, s.21.

¹⁰⁹ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E. 2014/25512, K. 2015/3926, T. 12.02.2015 Kazancı İçtihat Bankası. HASIRCI, s.2839.

¹¹⁰ AYDIN, s.22.

¹¹¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 2019/6736, K. 2019/9205, T. 27.5.2019 Kazancı İçtihat Bankası. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 2011/4066, K. 2011/20293, T. 24.10.2011, Aktaran: AYDIN, s.22. HASIRCI, s.2839-840.

¹¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2013/12-399, K. 2013/1697, T. 25.12.2013 Kazancı İçtihat Bankası.

¹¹³ KURU, s.286.

¹¹⁴ AYM, 16.12.2010 tarihli ve E.2007/37, K. 2010/114 sayılı kararı, R.G.: 06.07.2011-27986.

hizmetlerinin devamlılığı açısından istenmeyen bir durum olacağı gerekçesiyle fıkranın Anayasa'ya uygun olduğuna hükmetmiştir. Fakat altı Anayasa Mahkemesi üyesi karara katılmamış ve karşı oy yazısı yazmıştır. Anayasa Mahkemesi üyesi Osman Alifeyyaz Paksüt'ün karşı oy yazısında, "*Haklı bir alacağın tahsil edilememesinde kamu yararı bulunduğu savunulamaz.*"¹¹⁵ denilerek hizmetlerin aksamaması için mali kaynak yaratılması açısından hukuk devleti çerçevesinde başka çözümlerin bulunması gerektiği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi üyeleri Fulya Kantarcıoğlu ve Fettah Oto ise karşı oy yazılarında, "*...kamu yararı da kişi haklarının tümüyle yok edilebilmesinin gerekçesi olamaz.*"¹¹⁶ görüşlerini ifade ederek maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde görüş bildirmişlerdir.

Son olarak Anayasa Mahkemesi üyeleri Recep Kömürücü, Alparslan Altan ve Celal Mümtaz Akıncı'nın karşı oy yazısında ise, "*...çağdaş demokrasilerde, kamu yararı gerekçesiyle de olsa hakları tümüyle kullanılamaz hale getiren düzenlemelere izin verilmemekte, bu konuda adil bir denge kurulmasına özen gösterilmektedir.*"¹¹⁷ şeklinde görüşlerini ortaya koyarak düzenlemenin iptal edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.

Öğretide de Anayasa Mahkemesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konu hakkındaki ihlal kararlarına hiç değinmeden karar vermesi eleştirilmiş; yine de karşı oyların ümit vaat ettiği belirtilmiştir¹¹⁸.

Belediye mallarının haczedilmezliği konusunda 6552 sayılı Kanun ile 5393 sayılı Belediye Kanununun 15. maddesine şu fıkra eklenmiştir,

"İcra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesi istenir ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır. On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi, alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamaz."

Söz konusu kanun hükmünün iptali istemi ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ve fıkranın birinci cümlesindeki "*... ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır*" kısmı ve ikinci cümlesindeki "*... veya kamu hizmetlerini aksatacak ...*" kısmı Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir¹¹⁹.

Anayasa Mahkemesi haciz işleminin yalnızca Belediyenin göstereceği mallar üzerinde uygulanmasının Belediyeden alacaklı olan kişilerin alacaklarına ulaşmasını imkansız hale getirebileceğini, bu sebeple mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiğini belirterek kuralın "*ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır*" kısmını iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında fıkranın ikinci cümlesi bakımından ise "*... veya kamu hizmetlerini aksatacak...*" ibaresinin belirsiz bir ifade olduğunu ve belirlilik ilkesini ihlal eden bu kısmı Anayasanın 35. Maddesine aykırı bulmuştur. Mahkemenin 16.12.2010 tarihli ve E.2007/37, K.2010/114 sayılı kararı, Mahkemenin yeni tarihli kararında temellendirilmeye çalışılmasına rağmen doktrindeki görüşler doğrultusunda 2010 tarihli kararın halen eleştiriye açık olduğu kanısındayız.

Anayasa Mahkemesi 17.6.2015 tarihli kararında eklenen fıkranın ilk cümlesindeki "*...ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır*" hükmünü oybirliğiyle iptal etmiştir. Ancak ikinci cümledeki "*... veya kamu hizmetlerini aksatacak ...*" ifadesine ilişkin iptal kararını oy çokluğu ile almış ve iptal kararına kamu yararı gerekçe gösterilerek karşı oy yazıları yazılmıştır.

5393 sayılı Belediye Kanununun 15. Maddesinin son fıkrasının son hali ile en fazla 10 gün haciz işlemini ertelemesi durumu dışında mülkiyet hakkını kısıtlayan bir düzenleme ortaya koymadığından, Anayasanın 35. Maddesine uygun olduğu görüşündeyiz.

¹¹⁵ Osman Ali Feyyaz Paksüt'ün karşı oy yazısından AYM, 16.12.2010 tarihli ve E.2007/37, K. 2010/114 sayılı kararı, R.G.: 06.07.2011-27986.

¹¹⁶ Fulya Kantarcıoğlu ve Fettah Oto'nun karşı oy yazısından AYM, 16.12.2010 tarihli ve E.2007/37, K. 2010/114 sayılı kararı, R.G. Tarih-Sayı : 06.07.2011-27986.

¹¹⁷ Recep Kömürücü, Alparslan Altan ve Celal Mümtaz Akıncı'nın karşı oy yazısından AYM, 16.12.2010 tarihli ve E.2007/37, K. 2010/114 sayılı kararı, R.G. Tarih-Sayı : 06.07.2011-27986.

¹¹⁸ AŞIK, İbrahim: "Anayasa Mahkemesi'nin Devlet Mallarının Haczedilmezliği Hakkındaki Kararlarıyla İlgili İçtihat Notu" (Anayasa Mahkemesi), MİHDER, 7(20), 2011/3, s.12.

¹¹⁹ AYM, 17.6.2015 tarihli ve E. 2014/194, K. 2015/55 sayılı kararı, R.G.: 26.6.2015-29398.

IV. HACZEDİLMEZLİK KURALININ BİREYLERİN MÜLKİYET HAKKINI SINIRLANDIRMASI SORUNU

A. Genel olarak

Kamu mallarının haczedilemezliği kuralı ile bireylerin mülkiyet hakkının çatışması; kamu tüzel kişilerinin özel kişilerle borç ilişkisinden doğan borçlarını ifa etmediği ve özel kişilerin alacaklarını tahsil edemedikleri durumda ortaya çıkmaktadır.

Uyuşmazlıkların ortaya çıkma şekli özetle şöyledir: İlgili idarenin özel hukuk kişisi ile girdiği borç ilişkisinden kaynaklanan borcunu ifa etmemesi üzerine, özel hukuk kişisi alacağını tahsil edebilmek için genel haciz ve takip usulleri uyarınca icra takibi başlatmakta ve takip kesinleştikten sonra ilgili idarenin malları üzerinde haciz işlemleri için harekete geçmektedir. Bu noktada idare, İcra Dairesinin işlemleri aleyhine haczedilmezlik kuralını ileri sürerek İcra Mahkemesine şikayette bulunmakta ve İcra Mahkemeleri de ilgili kanun hükümleri uyarınca şikayeti kabul etmektedir. Böylece haciz işlemleri durmaktadır. Özel hukuk kişisi kanun yollarına başvurmakta ancak karar onanmaktadır. Özel hukuk kişisi alacağından mahrum kalmakta ve alacağını tahsil edebileceği başka herhangi bir yol bulunmamaktadır.

Özel hukuk kişilerinin mahrum kaldığı malvarlığı değeri alacak hakkı olmaktadır. Alacak hakları mülkiyet hakkı kapsamında korunduğundan¹²⁰, kişilerin kamu tüzel kişilerinden olan alacaklarını alamamalarının mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Bu bakımdan söz konusu müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı tespit edilebilmesi için, AİHM'in üç kural analizi ve mülkiyet hakkının sınırlandırılması koşulları bakımından bir değerlendirme yapılarak kamu mallarının haczedilmezliği kuralı ve iç hukukta yapılan yargılama sonucunda mülkiyet hakkı ihlalinde bulunulup bulunulmadığı ortaya konmalıdır.

Anayasa Mahkemesi, yargı kararının yerine getirilmemesi ya da geç yerine getirilmesi sonucu alacak haklarına kişilerin kavuşamamasını ikinci veya üçüncü kural kapsamında değil; birinci kural kapsamında mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkı bakımından ele alarak değerlendirme yapmıştır¹²¹. Öğretide de idare aleyhine yargı kararı ile kesinleşmiş alacak hakkına özel hukuk kişilerinin ulaşamaması durumunda birinci kural kapsamında müdahale olduğu ifade edilmektedir¹²². AİHM¹²³ de mahkeme kararıyla kesinleşen alacakların kamu tüzel kişilerinden tahsil edilememesi halinde mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına bir müdahale oluştuğunu belirtmiştir¹²⁴.

Kamu mallarının haciz yasağından yararlanması kamu yararı amacına dayandırılmaktadır¹²⁵. AİHM'in mülkiyet hakkının sınırlandırılması koşulları açısından sırf kamu yararının bulunmadığı gerekçesi ile genellikle ihlal kararı vermediğini belirtmiştik. Kamu hizmetlerinin sürekliliği gereği kamu mallarının tümünün haczedilebilmesinin kamu yararına uygun olmayacağı düşünülebilir. Bu bakımdan sırf bu koşul gerekçe gösterilerek AİHM içtihadı uyarınca hukuka aykırılık bulunduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

Mülkiyet hakkına müdahalenin kanunla öngörülmesi şartı açısından ise ilgili kanunlar gereğince devlet, belediye ve üniversite malları için getirilen haciz yasağının AİHS kapsamındaki kanunilik kriterini sağladığı düşünülebilir. Fakat AİHM içtihadı gereğince kanuniliğin gereklerinden biri de yargı kararlarının idarelerce gereği gibi yerine getirilmesidir¹²⁶. Bu bakımdan yargı kararı ile kesinleşmiş bir alacağın borçlu idarelerce ifa edilmemesi kanunilik şartının ihlali anlamına gelecektir. Bunun yanında mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamanın AİHS ve Anayasa'ya uygunluğu, kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasındaki adil denge ve ölçülülük ilkesi kapsamında incelenmelidir.

B. Mahkeme Kararları Işığında Haczedilmezlik Kuralı ve Mülkiyet Hakkı İlişkisi

Bu kısımda konu özelinde verilen AİHM ve Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararları incelenecektir.

¹²⁰ İlgili açıklama için II/B Bölümüne bakınız.

¹²¹ AYM, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu, B.N. 2013/711, T. 03/04/2014.

¹²² GEMALMAZ, Mülkiyet, s.116.

¹²³ AİHM, Burdov/Rusya, B.N. 59498/00, T. 07/05/2002, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-60449%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-60449%22]}) (Erişim tarihi: 06.12.2019).

¹²⁴ AİHM, Burdov/Rusya, paragraf. 40.

¹²⁵ GÜLAN, s.112.

¹²⁶ AİHM, Iatridis/Yunanistan, B.N. 31107/96, T. 19/10/2000, paragraf. 62. ETGÜ, s.238.

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Konuya İlişkin İçtihadı

AİHS kapsamında kamu tüzel kişilerinden olan alacaklarına kamu mallarının haczedilmezliği nedeniyle ulaşamayan bireylere ilişkin verilen -ulaşabildiğimiz- ilk karar AİHM'in Burdov/Rusya kararıdır¹²⁷. Olayda Chernobyl nükleer felaketinde zarara uğrayan başvuru, zararlarının tazmini için ulusal hukukunda mahkemeye başvurmuş ve Rus Sosyal Hizmetler Servisi'ne karşı tazminata hak kazanmıştır. Alacağını icra takibine konu eden başvurunun talebi yeterli mali kaynak bulunmaması gerekçesiyle reddedilmiştir. Olay hakkında yapılan başvuru üzerine AİHM, mali kaynakların yetersizliğinin bireylerin mülkiyet hakkından mahrum bırakılmasını meşrulaştıramayacağına karar vermiştir. Bu sebeple mahkeme kararlarının icrasının imkansızlığının mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına müdahale niteliğini taşıdığına hükmetmiştir¹²⁸. İlgili diğer kararlarda da pilot karar niteliğindeki bu karara atıfta bulunulmuştur.

Konumuza ilişkin Türkiye ile ilgili kararlardan idarelere karşı cebri icra yolunun "tüketilmesi gerekli etkili bir iç hukuk yolu olmadığını" belirten AİHM kararları önemlidir. AİHM'in Bildirici/Türkiye kararına¹²⁹ konu olayda başvurunun kamulaştırma davasından kaynaklanan ve yargı kararı ile kesinleşen gecikme faizi borçlu idare tarafından ödenmemiş ve başlatılan icra takibi tamamlanmadan AİHM'e başvurulmuştur. AİHM, ulusal mevzuatın kamu mallarına karşı icra takibinde bulunulmasını engellediği gerekçesiyle cebri icra yolunun etkili bir yol olmadığını belirterek AİHM'e başvuru şartları açısından cebri icra yolunun tüketilmesinin gerekli olmadığına hükmetmiştir¹³⁰. Aynı şekilde AİHM Ato/Türkiye kararında, kesinleşen kamulaştırma bedelini ödemeyen idareye karşı cebri icra takibi yolunu devam ettirmeyen başvurunun "mahkemeler tarafından ödenmesine hükmedilen tazminatın ödenmesine imkan tanımayan bir başvuru yolunu takip etmemekle suçlanamayacağını"¹³¹ belirtmiştir.

Haczedilemezlik açısından Türkiye aleyhine -ulaşabildiğimiz- ilk başvuru, AİHM Kanioglu ve Diğerleri/ Türkiye davasıdır¹³². Olayda başvuru Belediye aleyhine kıdem tazminatlarının ödenmesi için haciz işlemleri başlatmışlardır; ancak yerel mahkemelerce haciz kararı kaldırılmıştır. Belediye tazminatları dört yıl gecikerek ödemiş, gecikme faizinin eksik ödenmesi nedeniyle başvuru mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM başvuruların alacak haklarına ulaşma imkanının iç hukukta bulunmadığına vurgu yaparak gecikme faizi açısından mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. AİHM Karacan/Türkiye davasında¹³³ Belediye mallarının kamu yararına tahsisi gerekçesiyle kıdem tazminatını tahsil edemeyen kişinin mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir.

AİHM, Ünal Akpınar İnşaat İmalat Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Akpınar Yapı Sanayi A.Ş. / Türkiye kararında da borçlu Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından

"alacağın ödenmesi ile ilgili düzenlemenin gecikmeli yapılmasının ödemenin uygun niteliğini hatırı sayılır ölçüde azalttığını ve öngörülen ödeme şeklinin -paranın Türkiye'de değer kaybetmesi- gibi ekonomik unsurları göz ardı etmesinin başvuruyu belirsizlikte bıraktığını ve maddi kaybının artmasına neden olduğuna"¹³⁴ hükmetmiştir.

AİHM'in Uygurur İnşaat San. Tic. Ltd. Şti./Türkiye kararında¹³⁵ başvuru şirket, Belediye için yapım işi gerçekleştirmiş ve bedelin ödenmemesi nedeniyle icra ve haciz yollarına başvurursa

¹²⁷ AİHM, Burdov/Rusya, B.N. 59498/00, T. 07/05/2002, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60449%22%5D%7D> (Erişim tarihi: 06.12.2019).

¹²⁸ Paragraf. 40.

¹²⁹ AİHM, Bildirici/Türkiye, B.N. 43227/04, T. 08/06/2010, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-99190%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 09/12/2019).

¹³⁰ AİHM, Bildirici/Türkiye, paragraf. 10-11.

¹³¹ AİHM, Ato/Türkiye, kararın AİHM'in HUDOC veritabanında yer verilen Türkçe çeviri metni için bkz.file:///C:/Users/USER/Downloads/CASE%20OF%20ATO%20v.%20TURKEY%20-%20%20Turkish%20Translation%20summary%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf, s.3, (Erişim Tarihi: 09/12/2019).

¹³² AİHM, Kanioglu ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 44766/98, 44771/98 ve 44772/98, T. 11.10.2005. (AİHM burada üç başvuruyu birleştirerek karar vermiştir.)<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-70509%22%5D%7D> (Erişim tarihi: 06.12.2019).

¹³³ AİHM, Karacan/Türkiye, B.N. 14886/05, T. 08.06.2010, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-99200%22%5D%7D> (Erişim tarihi: 06.12.2019).

¹³⁴ AİHM, Ünal Akpınar İnşaat İmalat Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Akpınar Yapı Sanayi A.Ş./Türkiye, B.N. 41246/98, T. 26.05.2009, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D%7D,%22itemid%22:%5B%22001-92655%22%5D%7D> (Erişim tarihi: 08.09.2020).

¹³⁵ AİHM, Uygurur İnşaat San. Tic. Ltd. Şti./Türkiye, B.N. 26664/05, T. 06.10.2009, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D%7D,%22itemid%22:%5B%22001-94707%22%5D%7D> (Erişim tarihi: 06.12.2019).

da haczedilemezlik nedeniyle haciz işlemi engellenmiştir. AİHM, alacağına ulaşamayan başvuruçunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir¹³⁶.

AİHM'in Çoban ve Diğerleri/Türkiye kararına¹³⁷ konu olayda belediye otobüsü şoförü görevi sırasında geçirdiği trafik kazasında hayatını kaybetmiştir. Mirasçılarının belediyeye karşı tazminat alacakları mahkeme kararı kesinleşmiştir. Cebri icraya başvurulsa da haczedilemezlik gerekçesiyle başvuruçular tazminatlarına ulaşamamıştır. Bunun üzerine AİHM, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM Sakarya/Türkiye kararına konu olayda başvuruçunun aracına polis aracı çarpmıştır. İç hukuktaki yargılamada İçişleri Bakanlığı tazminata mahkum edilmiştir. Kısmi ödeme yapılmış, kalan kısım için başlatılan icra takibine rağmen ödemede bulunulmamıştır. AİHM mahkeme kararıyla kesinleşen borçları ödemekten kaçınmak için kaynak yokluğunun ileri sürülemeyeceğini belirterek mülkiyet hakkının ihlaline hükmetmiştir¹³⁸.

AİHM kararlarına konu olaylarda ortak nokta; idarelerin yargı kararıyla kesinleşmiş borçlarına karşı yapılan cebri icra girişimlerini haczedilemezlik kuralı ile engellemeleri, borçları için kişilere ödeme planı çıkarmaları ancak ödemeleri uzun zamanda kısmen ödemeleridir. AİHM benzer olaylar karşısında benzer hukuki gerekçelerle ihlale hükmetmiştir. AİHM'in söz konusu kararlarında değindiği esas noktalar özetle şu şekildedir; ödemelerin gecikmeli ve kısmen yapılması ile alacak hakkına erişimin imkansız kılınması, kişilerin belirsizlikte bırakılması ve ödemenin uzun sürede yapılması ile Türkiye'deki paranın değer kaybetmesi ve bunun karşılığının ödenmemesi ve gecikmeye ilişkin faizin de ödenmemesi sonucu mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkının ihlal edildiği belirtilmektedir. AİHM, ilgili kararlarında mülkiyet hakkının sınırlanması koşullarından kamu yararı ya da ölçülülük ilkesi bakımından ayrıca bir değerlendirme yapmamıştır.

2. Anayasa Mahkemesinin Konuya İlişkin İçtihadı

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkanının 2010 yılında tanınması ile bu tarihe kadar konuya ilişkin ihlal kararları AİHM içtihadı ile şekillenmişken, 2010 yılından sonra Anayasa Mahkemesi kararları ile ihlal kararları verilmeye devam etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin konumuzla ilgili Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım bireysel başvuru kararına¹³⁹ konu olayda başvuruçuların mülkiyetine kamulaştırmaz el atma yoluyla el konulmuş ve ilgili Belediye aleyhine yerel Mahkemece bedele hükmedilmiş, icra takibi başlatılmış, başvuruçular alacaklarına ulaşamamışlardır. Bireysel başvuruda bulunan başvuruçular için Anayasa Mahkemesi şu gerekçeler ile mülkiyet haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir:

"70. [Ancak] idarelerin, mal, hak ve alacaklarının haczedilememesi kuralının arkasına sığınarak mahkeme kararıyla hükmedilen ve kesinleşen kamulaştırmaz el atılan taşınmaz bedelini ödemekten imtina etmeleri, kamu yararı ile kişi hakları arasındaki dengeyi kişilerin zararına olacak şekilde bozabilir. Bu durum, taşınmazına el konulduğu halde, Mahkemece hükmedilen taşınmazının bedeli ödenmeyen kişi yönünden mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde kabul edilir.

*74. Başvuruçuların, Mahkeme kararına dayalı ve mülkiyet hakkı kapsamında kabul edilen alacaklarının tahsili amacıyla İdare aleyhine yaptıkları icra takibinin uzun sürmesi ve alacağa ulaşmada bir belirsizlik bulunması, Mahkemece verilen kararı, etkili sonuçları bakımından konusuz bırakmıştır."*¹⁴⁰

Anayasa Mahkemesinin Global Yapı Elemanları Sanayi Ve Ticaret Limited Şirketi Başvurusu kararına konu olayda başvuruçular, alacaklı olduğu kamu hastanesine karşı icra takibinde bulunmuş; ancak haczedilemezlik gerekçesiyle icra takibinden sonuç alınamamıştır. Anayasa Mahkemesi şu gerekçelerle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir:

¹³⁶ Kararın değerlendirilmesi için bakınız. AKİL, Cenk: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilemezliği Kuralı Üzerine Düşünceler", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, 2012, s.101.

¹³⁷ AİHM, Çoban ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 2620/05, T. 24/01/2008, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20C3%87OBAN%20AND%20OTHERS%20v.%20TURKEY%20-%20\[Turkish%20Translation\]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice%22%22,%22respondent%22:%5B%22TUR%22%22,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22,%22itemid%22:%5B%22001-164212%22%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20C3%87OBAN%20AND%20OTHERS%20v.%20TURKEY%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice%22%22,%22respondent%22:%5B%22TUR%22%22,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22,%22itemid%22:%5B%22001-164212%22%22%7D), (Erişim Tarihi: 09/12/2019).

¹³⁸ AİHM, Sakarya/Türkiye, B.N. 11912/04, T. 20/05/2008, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-86332%22%22%7D> (Erişim Tarihi: 09/12/2019), paragraf. 19-21. Anı yönde bkz. AİHM, Arıcı ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 35528/03, T. 28/04/2009, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-153178%22%22%7D>, (Erişim Tarihi: 09/12/2019).

¹³⁹ AYM Bireysel Başvuru kararı, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım, B.N. 2013/711, T. 03/04/2014.

¹⁴⁰ Aynı yönde bakınız. AYM, Halil Afşin ve Diğerleri Başvurusu, B.N. 2013/4824, T. 25/02/2015, R.G.: 27/5/2015-29368.

“22. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında icra edilebilir bir alacağın da mülkiyet hakkı kapsamında korunan ekonomik bir değer ifade ettiği kabul edilmiştir. Ayrıca kamu kurum ve kuruluşlarının böyle bir alacağın hiç ödenmemesi ya da ödenmesinin uzun sürmesinin mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına müdahale teşkil ettiği ve bu müdahale nedeniyle oluşan belirsizliğin ise mülkiyet hakkının ihlaline neden olduğu sonucuna varılmıştır.

23. Somut olayda bu ilkelerden ayrılmayı gerektiren bir durum söz konusu olmayıp başvuru icra edilebilir nitelikteki kesinleşmiş alacağının idare tarafından borcun varlığının da kabul edilmesine rağmen yaklaşık dört yıl beş ay geçtiği halde tamamıyla ödenmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmak gerekir.”¹⁴¹

Konumuzla ilgili mülkiyet hakkının ihlal edildiğine dair diğer bireysel başvuru kararları şunlardır; Şenal Haylaz Başvurusu¹⁴², Anadolu Kayak İşletmeleri Ve Turizm Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu¹⁴³, S.S. Yeni Foça Asmadere Konut Yapı Kooperatifi Başvurusu¹⁴⁴, Roche Diagnostics Turkey A.Ş. Başvurusu¹⁴⁵ ve Sise Pet. Yaş Sebze Mey. Oto Al. Sat. Teks. İnş. Tur. San. Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu¹⁴⁶ kararlarıdır.

Anayasa Mahkemesi özetle; haczedilemezlik gerekçesiyle idarelere karşı cebri icranın uygulanmamasını, kişiler için belirsizlik yaratılmasını ve gecikmeli olarak kişilerin alacaklarına kavuşmasını, mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkının ihlali olarak görmektedir. Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesi açısından; haczedilemezlik kuralının uygulanmasıyla kişilerin alacaklarına ulaşmasının imkansız hale gelmesi durumunda, kamu yararı ile bireylerin hakları arasındaki dengenin bireyler aleyhine bozulduğuna hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı vermediği karara örnek olarak; Medican Medikal Ürünler İth. İhr. Tic. ve Turz. Ltd. Şti. Başvurusu kararına¹⁴⁷ konu olayda, başvuru ile Üniversite hastanesi arasındaki medikal sarf malzemesi satışı ilişkisinde idare borcunu ödememesi ve aleyhine icra takibi başlatılmıştır. Ancak haczedilemezlik gerekçesiyle icra takibi sonuçsuz kalmıştır. Üniversite borçlarını kısım kısım ödemişse de başvuru bireysel başvuruda bulunmuştur. Ancak Üniversite başvuru icra takibi başlatmasından 15 ay - bireysel başvuruda bulunmasından da 8 ay- sonra kanuni faiziyle borcunun tümünü ödemediğinden Anayasa Mahkemesi “Başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmamış olması nedeniyle düşmesine” karar vermiştir. Kanaatimizce mahkemenin ihlal kararı vermemesindeki etken, AİHM kararlarında önem atfedilen “alacağı uzun sürede ve kısmen ulaşılması” unsurunun olayda bulunmamasıdır. İdarenin 15 ay içinde yasal faiziyle borcunun tamamını ödemesiyle mülkiyet hakkı açısından mahrumiyetin sonlandırılması nedeniyle başvurunun düşmesine karar verilmiştir.

V. SONUÇ

Anayasanın 35. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 Numaralı Protokolünün 1. maddesi ile korunan mülkiyet hakkı, ileri sürülebilir ve koşula bağlanmamış alacak haklarını da kapsamaktadır. Her temel hak gibi mülkiyet hakkının sınırlanması nedenleri Anayasa ve AİHS’te belirlenmiştir. Buna göre mülkiyet hakkına müdahalenin kanunla düzenlenmesi, müdahalenin kamu yararı amacıyla yapılması ve ölçülü olması gerekmektedir.

Mülkiyet hakkının sınırlanması açısından kamu mallarının haczedilememesi hukukumuzda kanunla öngörülmektedir ve kamu hizmetine tahsis kararları nedeniyle görünüşte kamu yararından bahsedilebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca kamu yararı ile bireylerin hakları arasında adil dengenin kurulması gerektiğinden, idarelerin tüm malları için görünüşte bir kamu hizmetine tahsis kararı alınarak kişilerin alacaklarına ulaşmasının engellenmesi mülkiyet hakkının ihlaline yol açmaktadır. Kaldı ki mülkiyet hakkı bakımından, alacaklıların hızlı şekilde ve değerini kaybetmeden alacaklarına ulaştığı etkili bir icra usulü oluşturulması devletin pozitif yükümlülüklerindedir¹⁴⁸.

Başta İcra ve İflas Kanununun 82. Maddesi, Belediye Kanununun ilgili maddeleri ve özel kanunlardaki düzenlemeler ile kamu mallarının haczedilmesi hukukumuzda engellense de, AİHM

¹⁴¹ AYM, Global Yapı Elemanları Sanayi Ve Ticaret Limited Şirketi Başvurusu, B.N. 2014/17557, T. 8/11/2017, paragraf. 22, 23, 24.

¹⁴² AYM, Şenal Haylaz Başvurusu, Başvuru. No: 2013/3457, T. 25/2/2015.

¹⁴³ AYM, Anadolu Kayak İşletmeleri Ve Turizm Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, B.N. 2016/6935, T. 4/7/2019.

¹⁴⁴ AYM, S.S.Yeni Foça Asmadere Konut Yapı Kooperatifi Başvurusu, B.N. 2015/14525, Karar Tarihi : 10/10/2019, Resmi Gazete Tarihi: 7 Kasım 2019, Resmi Gazete Sayısı: 30941.

¹⁴⁵ AYM, Roche Diagnostics Turkey A.Ş. Başvurusu, B.N. 2014/20036, T. 8/6/2017.

¹⁴⁶ AYM, Sise Pet. Yaş Sebze Mey. Oto Al. Sat. Teks. İnş. Tur. San. Ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, B.N. 2016/9115, T. 12/9/2019.

¹⁴⁷ AYM, Medican Medikal Ürünler İth. İhr. Tic.veTurz. Ltd. Şti. Başvurusu, B.N. 2014/6025, T. 22/6/2017.

¹⁴⁸ ÖZEKES, s.182; GEMALMAZ, Mülkiyet, s.194.

ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları ile bu durumun kişilerin mülkiyet hakkını ve daha somut şekilde mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkını ihlal ettiği istikrarlı şekilde ortaya konmuştur.

İcra İflas Kanununun 82. Maddesi özelinde devlet malı kavramının 5018 sayılı Kanunda yer alan genel ve özel bütçeli tüm idareler için geçerli sayılması ve kapsamının bu denli geniş tutulması bireylerin çok sayıda idare karşısında alacağının güvencesiz kalmasına neden olmaktadır. İcra İflas Kanunundaki haczedilemezliğin yalnızca devlet tüzel kişiliğinin malları açısından uygulanması mülkiyet hakkı ihlallerinin önlenmesi açısından başlangıç olabilir. Devlet tüzel kişisi açısından ise özel mallarının dahi haczedilemiyor olması ihlaller açısından neden oluşturma potansiyeli taşımaktadır. Bu bakımdan kamu hizmetinin sürekliliğindeki kamu yararı ve bireylerin mülkiyet hakkının korunması arasında adil denge kurulması açısından, devletin özel mallarının haczedilebilmesinin sağlanmasının AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarına uygun olacağı görüşüdeyiz.

Belediye malları bakımından her ne kadar Belediye Kanununun 15. Maddesinin 9. fıkrasına ilişkin Anayasa Mahkemesinin 2010 tarihli ret kararı mülkiyet hakkının korunması açısından eleştirilebilir bir karar olsa da, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu maddeye eklenen fıkraya ilişkin 2015 yılında verdiği iptal kararı 2010 yılındaki karşı oyları karşılayacak şekilde mülkiyet hakkının korunmasına uygun bir yorum olmuştur. Böylece Anayasa Mahkemesi somut norm denetiminde de bireysel başvuru kararları ile uyumlu bir içtihat geliştirmiştir. Belediye Kanununun 15. Maddesinin 9. fıkrası yürürlükte olsa da, Yargıtay'ın haciz yasaklarına ilişkin kanun maddelerinin istisnai olduğuna ve dar yorumlanması gerektiğine dair kararları ve somut olay özelinde kamu hizmetinde gerekli olmayan ancak görünüşte kamu hizmetine tahsisli malların haczedilebilmesine hükmetmesi mülkiyet hakkının korunmasında umut vericidir.

Yerleşik içtihat halini alan AİHM ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları karşısında, hukukumuzda kanunlarla öngörülen kamu mallarının haczedilmezliği kuralının, mevzuatımız ve mahkeme içtihatlarımız yönünden mülkiyet hakkının gereklerine uygun olarak yeniden düzenlenmesi ve iç hukukta bir mülkiyet hakkı sorunu halini alan bu durumun Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince giderilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde kamu tüzel kişilerinden alacaklı olan kişiler her seferinde başvuru yollarını tüketerek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak zorunda kalarak alacak haklarına kavuşabilecektir. Bu ise AİHS ve Anayasanın bağlayıcılığı ve usul ekonomisi açısından hukukumuzda uygun olmayan bir durum yaratmaktadır.

KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2012, s.97-119.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil: Türk İdare Hukuku, 11. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- AŞIK, İbrahim: “1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Devlet Mallarının Haczedilmezliği”(1982 Anayasası), Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 7(18), 2011, s.57-93.
- AŞIK, İbrahim: “Anayasa Mahkemesi’nin Devlet Mallarının Haczedilmezliği Hakkındaki Kararlarıyla İlgili İçtihat Notu”(Anayasa Mahkemesi), MİHDER, 7(20), 2011/3, s.1-12.
- AYDIN, Muzaffer: Haczedilemeyen Mal ve Haklar, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- DURAN, Lütfi: “Kamusal Malların Ölçütü”, Amme İdaresi Dergisi, 19(3), Eylül 1986, s.43-52.
- DÜREN, Akın: İdare Malları, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.
- ETGÜ, Mehmet Akif: Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- GEMALMAZ, H. Burak: Mülkiyet Hakkı - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6 (Mülkiyet), Avrupa Konseyi, Ankara 2018.
- GEMALMAZ, H. Burak: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı (Avrupa), Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.
- GÖZLER, Kemal/ KAPLAN Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 21. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN Turgut: İdare Hukuku Cilt: 1 Genel Esaslar, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- GÜLAN, Aydın: Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Alfa Yayınları, İstanbul 1999.
- HASIRCI, Hakan: “Belediye Mallarının Haczi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016, s.2821-2865.
- KURU, Baki: “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(1), s.277-326.
- METİN, Yüksel: “Temel Hakların Sınırlandırılması Ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(5), 2017, s.1-74.
- ÖZEKES, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- SAĞLAM, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 506, Ankara 1982.
- SANCAKDAR, Oğuz/ÖNÜT Lale Burcu/US DOĞAN Eser/KASAPOĞLU TURHAN Mine/SEYHAN Serkan: İdare Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara,2019.
- ŞİMŞEK, Suat: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi”, Sayıştay Dergisi, (88), Ocak-Mart 2013, s.27-47.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM M. Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ÖNOK R. Murat: İnsan Hakları El Kitabı, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

TİCARİ SÖZLEŞMELERİN YABANCI DİLDE HAZIRLANMASINA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

LEGAL CONSEQUENCES OF DRAFTING COMMERCIAL CONTRACTS IN A FOREIGN LANGUAGE

Semih Sırrı ÖZDEMİR*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 07/05/2020
Kabul: 08/12/2020

Anahtar Kelimeler

805 Sayılı Kanun,
Sözleşmelerde
Yabancı Dil
Kullanımı,
Lehe Sözleşme
Maddelerine
Dayanılmaması
Yaptırımı.

Article Info

Received: 07/05/2020
Accepted: 08/12/2020

Keywords

Act No 805,
Use of Foreign
Language in Contracts,
The Sanction of not
Relying Upon Contract
Articles.

Özet

805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılmasına Dair Kanun, sözleşmelerde yabancı dil kullanımına ilişkin getirdiği sınırlamalar ve bunlara ilişkin müeyyidelerle, Türk ticaret hukuku açısından özel bir önem taşımaktadır. Özellikle, düzenlemenin kapsamı ve müeyyidenin borçlar hukuku açısından sonuçlarının tayininde yaşanan belirsizlik, konunun tartışmalı yönlerine işaret etmektedir. Bu konuda, “sözleşmedeki lehe nitelikteki maddelere dayanılmaması” genel kabul gören yaptırımdır. Ancak, Kanun’un uygulanması açısından birbirinden farklılaşan yargı kararları tespit edilmektedir. Bazı kararlarda yabancı dilde düzenlenen sözleşmenin hükümsüz olduğu kabul edilmekte; aksi yöndeki kararlarda ise, bu duruma rağmen sözleşmeye dayalı olarak talepte bulunulabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca, bazı kararlarda “tarafardan birinin yabancı tabiiyetinde olması” veya “tarafaların basiretli davranma yükümü taşıyan tacirler olması” gibi nedenlere dayalı olarak 805 sayılı Kanun’un uygulanmayacağına karar verdiği; fakat bu kararların Yargıtay tarafından bozulduğu görülmektedir. Çalışmanın ilk kısmında, 805 sayılı Kanun’un ve yabancı dildeki sözleşmelere bağlanan hukuki sonuçların açıklanması amaçlanmaktadır. İkinci kısımda, konuya ilişkin yargı kararları incelenecek ve son kısımda ise, düzenlemenin hukuk uygulamasındaki etkileri değerlendirilecektir.

Abstract

Act No 805 on Compulsory Use of Turkish in Commercial Enterprises has a specific importance according to Turkish commercial law, due to its constraints on the use of foreign languages and regarding sanctions. In particular, the scope of the regulation and ambiguity in determining the results of the sanctions regarding law of obligations point out the controversial sides of the regulation. On this subject, “not relying upon contract articles” is a commonly accepted sanction. However, it is noted that there are differing judicial decisions considering the application of the Act. In some decisions, it is accepted that the contract drawn up in a foreign language is invalid; in countering decisions, it is accepted that parties could depend on these contracts for their claims. Besides, some courts decide that Act No 805 is inapplicable according to the grounds such as “a party is a foreign national” or “parties are merchants who are liable to act prudently”; yet, it is noted that these decisions are reversed by the Court of Cassation. In the first section of the study, it is aimed to explain the Act No. 805 and the legal consequences regarding the contracts in a foreign language. In the second section, relevant judicial decisions are examined and in the last section, the effects of the regulation in legal practice are evaluated.

I. GİRİŞ

Ticari ilişkilerde ve bu çerçevede yapılan sözleşmelerde, ilgili ülke resmi dilinden farklı bir dil kullanımıyla sıklıkla karşılaşmaktadır. Sözleşmenin kurulması açısından, sahip olduğu mali güç veya sözleşmenin karşı tarafını seçmedeki hareket özgürlüğü gibi nedenlerle, ticari ilişkide daha baskın olan tarafın dilinin esas alınması, bu durumun örnekleri arasındadır. İlgili taraf sözleşmeyi kendi dilinde akdetmekle, kendisine göre yabancı bir dilde yapılacak sözleşmeden doğabilecek dilbilimsel belirsizlikleri bertaraf etme ve bunun gerektirebileceği danışmanlık masraflarından tasarruf etme çabası içinde bulunmaktadır.

Yabancı dille sözleşme akdedilmesinin diğer nedenleri arasında, o faaliyet konusuna ilişkin teknik düzeyde ilgili dilin daha yoğun kullanımda olması, ihale süreçlerine ilişkin şartlar, ilgili sektör standartları, sözleşmenin ifa edileceği yerin resmi dilinin seçimi gibi ihtimaller de gösterilebilir. Sözleşme tarafı şirketin, gelecekte bu yabancı dille faaliyet gösteren alt yüklenicilerle anlaşması veya şirketin bu dili kullanan bir gerçek veya tüzel kişiye devri beklentisi gibi olasılıklar da, anılan yaklaşımın dolaylı nedenleri arasında yer almaktadır.

Bu açıdan, sözleşmede yabancı dil kullanımının sözleşmenin taraflarından birinin dilinin seçilmesine olduğu kadar, aynı dili kullanan tarafların kendilerine göre bir yabancı dili kullanmayı tercih etmelerine de dayanabileceği açıktır. Türkiye ve dünya uygulamasına bakıldığında, sözleşmede yabancı dil kullanımına dair sıklıkla karşılaşılan örnekler de, bu ve daha birçok ihtimalin etkisini doğrular niteliktedir.

Ticari gereksinimler her ne kadar yabancı bir dilin kullanımı ihtiyacını doğursa da, bunun sözleşme taraflarının tabi olduğu hukuk sistemleri açısından oluşturduğu sonuçlar arasında farklılıklar gözlemlenmektedir. Türk hukuku yönünden, 1926 yılında kabul edilen ve hâlen yürürlükte bulunan 805 sayılı “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılmasına Dair Kanun”, getirdiği sınırlamaların geniş kapsamı ve bunlara dair müeyyidelerle konu açısından özel bir önem taşımaktadır.

Çalışmanın ilk kısmında, 805 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemenin ana esasları ve sözleşmelerin yabancı dilde hazırlanmasına bağlanan hukuki sonuçlar açıklanacaktır. İkinci kısımda, konuya ilişkin yargı kararları incelenecek ve son kısımda ise, düzenlemenin sözleşmeler açısından etkilerinin değerlendirilmesine yer verilecektir.

II. 805 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN YABANCI DİL KULLANIMINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

A. Düzenlemenin Ana Esasları

805 sayılı Kanun ile Türk tabiiyetindeki şirketler sözleşmeler, ülke sınırları içindeki kayıtlar, haberleşmeler ve işlemler yönünden her iş ve işlemi Türkçe yapmakla yükümlü tutulmuştur¹. Kanun, konu ve gereksinimler yönünden herhangi bir ayrıma gitmemekte, anılan başlıklardaki tüm faaliyetlerin resmi dilde yürütülmesini zorunlu kılmaktadır. Türk hukukunda, anılan Kanun’un yanı sıra, ticari defterlerdeki kayıtların Türkçe tutulmasının Vergi Usul Kanunu m.215² ve Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ³ kapsamında ayrıca düzenlendiği görülmektedir.

Öğretide, şirket kavramının ticaret şirketlerinin tamamını kapsadığı yönünde genel bir görüş birliği bulunmakta⁴; adi şirketlerin ve gerçek kişilere ait ticari işletmelerin kapsama dahil olup olmadığı açısından ise, ayrılan görüşlere yer verilmektedir⁵. Kanun’da yer verilen “*her nevi*

¹ “Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar.” (805 sayılı Kanun, m.1).

² “Bu Kanuna göre tutulacak defter ve kayıtların Türkçe tutulması zorunludur. Ancak, Türkçe kayıtlar bulunmak kaydıyla defterlerde başka dilden kayıt da yapılabilir.” (Vergi Usul Kanunu m.215/1).

³ “Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Kanun ve bu Tebliğ uyarınca tutulacak ticari defterler Türkçe tutulur ve kayıtlarda Türk para birimi kullanılır.” (Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ, m.19, RGS: 28502, RGT: 19.12.2012).

⁴ BAHTIYAR, Mehmet: “805 Sayılı ‘İktisadi Müesseselerde ‘Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Kapsamı ve Yapıtırımı Sorunu”, Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, II. Cilt, İstanbul 2007, s.1734-1735; KIRCA, İsmail: “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun Üzerine”, Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, II. Cilt, İstanbul 2007, s.1932.

⁵ Bu hususta, BAHTIYAR adi şirketin kapsama dahil olup olmadığı sorusu açısından, dayarılan gerekçelere göre, ulaşılabilecek sonuçların farklılık gösterebileceğini; gerçek kişilere ait ticari işletmelerin ise, anılan zorunluluk kapsamı dışında olduğunu belirtmektedir, (BAHTIYAR, s.1734-1737). OĞUZMAN/ÖZ tarafından da, düzenlemenin yalnızca tüzel kişilere yönelik olduğu kabul edilmektedir, (OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2013, s.145. ALIŞKAN ve KIRCA ise, bir iktisadi işletme işleten gerçek kişilerin de anılan kapsamda olduğunu belirtmekte; bu durum neticesinde, ticari işletmelere ek olarak, esnaf işletmelerinin de anılan zorunluluğa tabi olduğunu kabul etmektedir, (ALIŞKAN, s.350-351; KIRCA, 1932-1933).

şirket ve müessese” ifadesinin yorumundan, öğretilerdeki ilgili görüşlere benzer olarak kanaatimizce de, adı şirket ve diğer işletmelerin düzenleme kapsamına dahil olduğu sonucuna varılması mümkün gözükmemektedir⁶. Düzenleme tarafından esas alınan husus şirketin tabiiyeti olduğundan dolayı, şirket ortaklarının tabiiyeti anılan düzenlemenin sonuçları açısından etki doğurmazdır⁷. Buradan hareketle ortaklarının tamamı yabancı olan ancak Türk tabiiyetinde olan bir şirketin, Kanun’un birinci maddesindeki hükümlere tabi olacağı sonucuna varılabilir.

805 sayılı Kanun’da yabancı şirketler⁸ açısından Türkçe kullanma zarureti ise, Türk tabiiyetindeki kurum, kuruluşlar ve diğer kişilerle aralarındaki haberleşme, işlem ve görüşmeler yönünden getirilmiştir⁹. Devlete ibraz edilecek belgeler yönünden de aynı kural geçerli kılınmıştır. Türk tabiiyetindeki şirketlerden farklı olarak, yabancı şirketlerin ticari ilişkileri çerçevesinde resmi dilden başka bir dilde faaliyet yürütme ihtimalleri de dikkate alınarak, bunlar tarafından yabancı dillerin kullanımına izin verilmiştir. Bununla birlikte, aynı hususta farklı dillerde birden fazla nüsha düzenlenmesi halinde, aralarından resmi dilde düzenlenmiş belgenin esas alınacağı ve temsile dair imzaların resmi dilde hazırlanmış olan metinde bulunmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir¹⁰. İmzanın yalnızca farklı dilde hazırlanmış olan belgeye atılması durumunda dahi, geçerli olan, Türkçe hazırlanmış belge olacaktır¹¹.

Resmi dil dışında akdedilen sözleşmelere bağlanan hukuki sonuç, emredici hukuk kurallarına aykırılığa dayanmaktadır¹². Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, şekle tabi değildir (BK m.12/1). Bu durum, öğretilerde sözleşme yapma özgürlüğünün alt başlıklarından biri olarak değerlendirilmekte ve “*şekil özgürlüğü*” olarak adlandırılmaktadır¹³. 805 sayılı Kanun ile, anılan özgürlüğe kanuni bir istisna getirilmiştir¹⁴. Borçlar Kanunu açısından, kanun ile getirilen şekli şarta aykırılığın sonucu, kural olarak, sözleşmenin hüküm doğurmamasıdır¹⁵. 805 sayılı Kanun ise, anılan hükümlere aykırılığa, günümüz hukuk bakış açısıyla yaklaşıldığında ilginç gelebilecek bir hukuki yaptırım öngörmüştür. Bu, anılan belgelerin ilgili şirket lehine dikkate alınmamasıdır¹⁶.

B. 805 Sayılı Kanun Açısından Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar

1. Yabancı Dil Kullanımına Dair Sınırlamanın Kapsamı

Türk tabiiyetindeki şirketlerin resmi dile ilişkin yükümlülüklerinin ülke sınırları içindeki faaliyetleri ile sınırlı tutulmasından, anılan zorunluluğun bunların ülke dışında yürütecekleri faaliyetleri kapsamadığı sonucuna ulaşılmaktadır¹⁷. Örneğin, Türk tabiiyetindeki bir şirket, yurtdışındaki bir ülkede yürüteceği faaliyete ilişkin bir alt yüklenici ile, o ülkenin dilinde sözleşme akdederse, anılan düzenlemeye aykırı davranmamış olacaktır. Bununla birlikte, Kanun’da yer verilen “*Türkiye dahilindeki*” ifadesinin açık bir kesinlik taşımadığı ve Türkiye’de yerleşik şirketlerin yurtdışındaki bir başka kişiyle olan anlaşması kapsamında, ihraç edilmek üzere Türkiye sınırları içinde sürdürdüğü mal veya hizmet üretimine dair faaliyeti de kapsama ihtimali bulunduğu vurgulanmalıdır. Öğretilerde hakim görüş “*Türkiye dahilindeki*” ifadesinin sözleşme yeri olarak kabulü yönündedir¹⁸. Kanaatimizce de, uygulanabilirliğin temini ve düzenleme sınırlarının makul düzeyde tutulması gayesi açısından, bu yaklaşım yerindedir.

⁶ ALIŞKAN, s.350-351; KIRCA, 1932-1933.

⁷ KIRCA, s.1932.

⁸ Tüzel kişiler yönünden, yabancılık kavramı hakkında bkz. Doğan, Vahit: Türk Yabancılar Hukuku, Ankara 2017, s.22-24.

⁹ “*Ecnebi Şirket ve müesseseler için bu mecburiyet Türk müessesatı ile ve Türkiye tebaasından olan efrat ile muhabere, muamele ve temaslarına ve devair ve memurini Devletten birine ibraz mecburiyetinde buldukları evrak ve defterlerine hasredilmiştir.*”, (805 sayılı Kanun, m.2).

¹⁰ “*İkinci maddede mezkûr şirket ve müesseseler muamelatında Türkçeden başka bir lisanı dahi ilaveten kullanabilirlerse de asıl olan Türkçe olup mesul imzaların Türkçe metin zirine vaz’ı mecburidir.*”, (805 sayılı Kanun, m.3, ilk cümle).

¹¹ “*Bu memnuiyete rağmen imza diğer lisanla yazılmış kısım veya nüshanın altına mevzu olsa dahi Türkçesi muteberdir.*”, (805 sayılı Kanun, m.3, ikinci cümle).

¹² Emredici hukuk kurallarına aykırılığın sonuçları hakkında bkz. EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.319-321.

¹³ ATEŞ, Derya: “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, TBB Dergisi, 72, 2007, s.80.

¹⁴ Sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü hakkında bkz. ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra: “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M.27”, İÜHFİM, LXXIV(2), 2016, s.721.

¹⁵ “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” (Borçlar Kanunu, m.12/2).

¹⁶ “*Bu kanunun mevkii meriyete vaz’ından sonra birinci ve ikinci maddeler ahkâmına muhalif olarak tanzim kılınmış olan evrak ve vesaiik şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz.*” (805 sayılı Kanun, m.4).

¹⁷ ALIŞKAN, Murat: “İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu”, AÜEHFD, VIII (1-2), 2005, s.351.

¹⁸ Türkiye dışında yapılan sözleşmelerin, konusu veya ifası Türkiye dahilinde olsa dahi, Türkçe yapılmak zorunda olmadığı görüşü için bkz. ALIŞKAN, s.353-354; DİNÇ, İlhan: “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılmasına Dair Kanuna İlişkin Güncel Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, TAAD, 11(44), 2020, s.133.

Bununla birlikte, düzenlemenin bir bütün olarak amaçsal yorumu¹⁹ halinde, “Türkiye dahilindeki” ifadesinin geniş yorumlanabileceği görüşünün²⁰, bazı yargı kararlarında destek bulmasının da mümkün olduğu belirtilmelidir.

Kanun’un ikinci maddesinde ise, yabancı şirketlerin Türkçe kullanım zorunluluğu sınırları, Türk tabiiyetindeki kişi ve her türlü müessese ile yürütecekleri haberleşme, işlem yapma ve iletişim kurma ile devlet kurumlarına sunacakları belge ve defterler ile belirlenmiştir. Düzenleme, Kanun’un birinci maddesi ile birlikte yorumlandığında, yabancı şirketlerin resmi dile ilişkin yükümlülüğünün, karşı tarafında Türk tabiiyetindeki şirketlerin bulunması ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Türk tabiiyetindeki şirketlere ilişkin düzenlemeden (m.1) farklı olarak, yabancı şirketler açısından ilgili faaliyetin Türkiye sınırları içinde yürütülmesi şartına yer verilmemiştir. Buna dayalı olarak, yabancı şirketlerin Türkiye dışında yürütülecek faaliyetler de dahil olmak üzere, Türk tabiiyetindeki şirketler ile her türlü iletişiminin ve karşılıklı işlemlerinin Kanun kapsamına alındığı anlaşılmaktadır. Örneğin, yabancı ve Türk tabiiyetindeki şirketler arasında, bir başka ülkede yürütülecek inşaat faaliyetine ilişkin haberleşmenin de Kanun’da yer verilen müeyyideye tabi olacağı sonucuna ulaşılabilir. Bununla birlikte, Türk hukukuna ilişkin bu düzenlemenin etkisini, ancak Türk hukuku açısından uygulanabilirliğine ihtiyaç duyulan sözleşmeler açısından daha yoğun olarak gösterebileceği; ifası ile birlikte, diğer hukuki süreçler açısından da ülke sınırları dışında kalacağı öngörülen sözleşmeler yönünden, yabancı muhatapların sözleşmenin Türkçe düzenlenmesi yönünde bir tercihte bulunmasının oldukça düşük bir ihtimal olduğu değerlendirilmelidir.

Kanun’da yabancı şirketlerin yabancı şirketlerle olan iletişimi ise düzenleme kapsamına alınmamıştır. Buna göre, Türkiye dahilindeki bir faaliyet için olsa dahi, yabancı şirketlerin kendi aralarındaki iletişimleri, bunlar Devlet makamlarına sunulacak belgeler olmadıkça, müeyyideye tabi tutulmayacaktır.

Kanun’un ikinci maddesi yönünden dikkat çekici bir diğer husus, birinci maddenin aksine, sözleşmelerin resmi dil yükümlülüğüne ilişkin kapsam dahilinde açıkça anılmamış olmasıdır. Bir görüş olarak, bu durumun kanun koyucu tarafından yabancı şirketlerin sözleşmeler yönünden anılan sınırlamaya tabi tutulmamasının ticaret uygulamasına daha uygun görülmesine dayandığı ileri sürülebilir. Bununla birlikte, işlem yapma²¹ ve iletişim kurma başlıklarının, halihazırda sözleşmeleri de kapsayacağı sonucuna ulaşılması mümkündür²². İletişim kurulmasının dahi anılan sınırlamanın kapsamına alınması karşısında, buna dayalı olarak ortaya konulan iradenin²³ bir yansıması olan sözleşmelerin düzenleme kapsamı dışında görülmemesi, düzenlemenin yorumu yönünden daha yerinde olacaktır²⁴. Konuya dair yargı kararlarının da ekseriyetle bu görüşte olduğu tespit edilmektedir²⁵. Sonuç olarak, Kanun’da sözleşmelerin açıkça anılmamasının, sözleşmelerin kapsam dışında bırakıldığı yönündeki yorumun açık bir kesinlikle kabulüne imkân tanımadığı anlaşılmaktadır.

2. Sözleşme Nüshaları ve İmzasız Geçerlilik Sorunu

805 sayılı Kanun ilgi çekici bir yaklaşımla, farklı dillerde düzenlenen nüshalar arasından Türkçe olanı, üzerinde imza bulunmasa dahi geçerli kabul etmektedir. Bunun için, diğer nüshaların en azından birinde imzanın bulunması yeterlidir (m.3)²⁶. Borç altına girenlerin

¹⁹ Amaçsal yorum kavramı hakkında bkz. AKTAŞ, Sururi: “Hukukta Yorum Çabaları”, EÜHFD, 15(3-4), 2011, s.16-22.

²⁰ ESEN, “Türkiye dahilindeki” ifadesinin, tüm unsurları ülkede bulunan ve hiçbir yabancılık unsuru içermeyen sözleşmelere karşılık geldiğini belirtmektedir, (ESEN, Emre: “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi”, Public and Private International Law Bulletin, 40(1), 2020 s.218)

²¹ Hukuki işlem kavramı hakkında bkz. ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 5/1,1, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s.137-138.

²² Sözleşmelerin de bu kapsamda sayıldığı hususunda, aynı yönde bkz. ALIŞKAN, s.352; AKÜZÜM, Ural: “805 Sayılı Kanun & Tahkim Dilinin Türkçe Olması Zorunluluğu (Karar İncelemesi)”, <http://www.ista.org.tr/tr/blog/805-sayili-kanun-tahkim-dilinin-turkce-olmasi-zorunlulugu-karar-incelemesi>, (erişim tarihi: 10.04.2020), s.1.

²³ Sözleşme ve irade beyanı ilişkisi hakkında bkz. KOCAAĞA, Köksal: “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, TBB Dergisi, 79, 2008, s.73 vd.

²⁴ Aynı doğrultuda bkz. ALIŞKAN, s.351; BAHTİYAR, s.1738-1739; DİNÇ, s.137. Aksi yönde bkz. ESEN, s. 221. KIRCA ise, yasalama sürecinde muamele kavramının sözleşmeleri de kapsamı yönünde bir irade bulunsa idi, Kanun’un 1. maddesinde açıkça “muamele” ve “mukavele” kavramlarına birlikte yer verilmeyeceğini belirtmekte; 2. maddede, “mukavele” kavramına yer verilmemesinin bilinçli bir tercih olduğunu ve 2. maddenin sözleşmeleri kapsamadığını kabul etmektedir, (KIRCA, s.1934-1939).

²⁵ Örnek olarak bkz. Yargıtay 11 HD, E. 2016/5836, K. 2017/4720, T. 26.09.2017.

²⁶ “...asil olan Türkçe olup mesul inzaların Türkçe metin zirine vaz’ı mecburidir. Bu memnuiyete rağmen imza diğer lisanla yazılmış kısım veya nüshanın altına mevzu olsa dahi Türkçesi muteberdir.”, (805 sayılı Kanun m.3).

sözleşme metninin altına imza atması ilkesinin²⁷ istisnası olarak kabul edilebilecek bu düzenlemenin sınırlarına ilişkin Kanun'da herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Özellikle, ayrı dillerde düzenlenmiş nüshalar arasındaki çeviriden doğabilecek, içeriğe ilişkin veya hesaplama hatalarına dayanabilecek farklılıklar söz konusu olduğunda, anılan hükme dayanılmasının daha da tartışmalı bir hal alacağı öngörülebilir²⁸. Bu ihtimaller karşısında, imzanın sadece yabancı dildeki metne atıldığı bir olayda, nüshalar arasında çeviriye dayalı anlam farklılıkları bulunsada dahi, bunlar içinden Türkçe olanın esas alınmasının kanun koyucunun iradesine daha uygun olduğu ileri sürülebilir (m.3). Aksi yöndeki yorum, ayrı dillerdeki nüshalar arasından Türkçe olanın esas alınması yönündeki müeyyidenin amacı ile çelişecektir.

Bununla birlikte, nüshalar arasında rakamsal değişikliklerin bulunması, tarafların değişmesi veya yabancı nüshada bulunan belirli bir paragrafta, Türkçe olanda hiç yer verilmemesi gibi bariz farklılıkların, Kanun m.3 kapsamında değerlendirilmemesi yerinde olacaktır. Aksine yaklaşım, 805 sayılı Kanun'un sözleşmenin kurulmasına ilişkin borçlar hukuku temel ilkeleri ile doğrudan çelişmesi sonucunu doğuracaktır²⁹. Düzenlemenin ayrıca, altında taraf imzası bulunmayan Türkçe hazırlanmış belgelerin, gerçekten de yabancı dildeki sözleşmenin gerçek bir nüshası olup olmadığının ispatı hususunda belirsizlik taşıdığı vurgulanmalıdır. Kanaatimizce, anılan müeyyidenin uygulanabilmesi için mahkemelerce, en azından yabancı dildeki sözleşme nüshasında, anılan sözleşmenin farklı dillerde nüshalarının düzenlenmiş olduğu yönünde bir hükmün veya imzasız belgenin, gerçekten de sözleşmenin bir nüshası olduğunu ispata yarar delillerin aranması yerinde olacaktır. Bunun yapılmaması halinde, zaten taraf imzalarını taşımayan bu belgelerin, karşı tarafın bilgisine dahi dayanmaksızın uyuşmazlık taraflarından birince sonradan hazırlanması ve mahkemelerce muteber kabul edilmesi ihtimali ortaya çıkacaktır. Konuya ilişkin yargı kararları incelendiğinde, anılan hususta bir örnek karara henüz rastlanılamamakla birlikte, düzenlemenin uygulama açısından taraf iradeleri ve sözleşmenin geçerliliği hususlarında önemli bir belirsizlik oluşturmaya devam ettiği sonucuna ulaşılabılır.

3. Müeyyide

Kanun'un resmi dile ilişkin benimsediği yaptırım uygulamada soru işaretlerine neden olabilecek niteliktedir. Borçlar Kanunu m.12'deki genel kuraldan farklılaşarak³⁰, aykırılığa sözleşmenin hüküm doğurması sonucu bağlanmamıştır. Bunun yerine, sözleşmenin ayakta tutularak, şekil şartına aykırılık taşıyan belgenin ilgilisi yönünden doğurduğu lehe sonuçların dikkate alınmayacağı belirtilmiştir (m.4). İlk olarak karşımıza, yabancı dilde yapılan sözleşmenin taraflarından yalnızca birinin resmi dilde sözleşme akdetme yükümlülüğüne tabi olması ihtimali çıkmaktadır. Bu durum açısından, üzerinde durulması gereken konu, sözleşmenin uygulanmasının hangi hallerde bu taraf açısından lehe sonuç doğurduğunun nasıl tespit edilebileceğidir. Sözleşmenin karşı tarafınca ceza koşuluna³¹, ifaya ilişkin belirli masrafları karşılanmasına veya faiz ödenmesine³² ilişkin yapılan taahhütler, lehe sonuç doğurmanın daha açık bir şekilde tespit edildiği durumlara örnek olarak gösterilebilir. Bununla birlikte örneğin, sözleşmenin ifa yerine, ifanın şekline veya ödeme planına ilişkin sözleşme hükümlerinin hangi hallerde, resmi dile dair zorunluluğa aykırı hareket etmiş olan tarafın lehine hüküm olarak değerlendirilebileceği belirsizlik içermektedir. Ayrıca, bu durumun tespiti halinde dahi, lehe

²⁷ "Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.", (BK m.14/1). Konu hakkında ayrıca bkz. TAŞPINAR AYVAZ, Sema: "Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış", AUHFD, 61(1), 2012, s.324-325.

²⁸ Düzenlemenin Borçlar hukuku kuralları ile çeliştiği hakkında bkz. KIRCA, s.1940.

²⁹ "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.", (BK m.1/1). Sözleşmelerde irade açıklamalarının karşılıklılığı hakkında bkz. EREN, s.243-261.

³⁰ "Bir hukuki işlem, konusu, veya meydana gelişi itibarıyla emredici hukuk kurallarına aykırı olabilir. Öze ilişkin emredici hükümlere aykırılık halinde hukuki işlem mevcut olmakla beraber konusu bakımından amaçlanan hüküm ve sonuçları başlangıçtan itibaren hiç kimseye karşı sonuç doğurmaz.", (Yargıtay 23 HD, E. 2016/7440, K. 2019/5307, T. 12.12.2019 - Kazancı); "Kurucu-şekli nitelikteki emredici hukuk kurallarına aykırılık halinde ise kurucu unsurların, örneğin irade beyanının veya kanuni şeklin eksikliği sebebiyle hukuki işlem şeklen meydana gelememektedir. İşte bu değişik özellikler göz önüne alınmak suretiyle öze dair emredici hükümlere aykırılık halinde mutlak butlandan ve hukuki işlemin şekli unsurlarını tespit eden emredici hukuk kurallarına aykırılık sebebiyle hukuki işlemin mevcudiyet kazanamaması halinde ise hukuki işlemin yokluğundan söz edilmektedir.", (Yargıtay 22 HD, E. 2016/12861, K. 2016/16434, T. 06.06.2016 - Kazancı).

³¹ Ceza koşulu kavramı hakkında bkz. CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar: "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8, 2013, s.713 vd. Ceza koşulunun hukuki niteliğine ilişkin görüşler hakkında bkz. AKSOY, "Hüseyin Can: Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranışı ile İlişkisi Nedir?", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24(2), 2018, s.1003-1006.

³² Ticari işlerde faize ilişkin olarak bkz. ORBAY ORTAÇ, Nurdan: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz", Ankara Barosu Dergisi, 2, 2014, s.119 vd.; YÜCESOY YILMAZ, Yasemin: "Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması", TBB Dergisi, 140, 2019, s.303 vd.

hükümün dikkate alınmaması yaptırımı karşısında, anılan hükme dair boşluğun ne şekilde doldurulacağı hususunda da Kanun'da herhangi bir açıklamaya yer verilmemektedir³³.

Uygulanacak müeyyidenin tespiti hususunda öğretide, birbirinden ayrılan görüşler bulunmaktadır. *Alışkan*, aykırılık taşıyan lehe hükümün yazılmamış sayılması gerektiğini kabul etmektedir.³⁴ *Kırca*, ihlale bağlanan sonucun, aykırılık taşıyan maddenin sözleşmenin içeriğine dahil edilmemesi olduğunu kabul etmekte ve bunun bir akdin içeriğini belirleme meselesi olduğunu beyan etmektedir³⁵. *Tandoğan ve Bahtiyar*, sözleşme diline ilişkin bir düzenleme ile, sözleşme hükümlerinin geçerliliğinin düzenlenemeyeceğini ve 4. maddenin, yabancı dilde düzenlenen sözleşme maddesinin lehe yönde yorumlanmasını talep eden kişi açısından, bunu ispat etmekle yükümlü kılınması yaptırımından ibaret olduğunu savunmaktadır³⁶. *Oğuzman/Öz* tarafından ise, düzenleme ile aykırılığa bağlanan sonucun butlan olduğu kabul edilmekte; bununla birlikte, tarafların sözleşmenin mevcut halini bilerek imzalamış olmaları karşısında, yargıcın bu yaptırımı dayanamak isteyen tarafın taleplerini, dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesiyle reddetmesinin yerinde olacağı savunulmaktadır³⁷. *Esen*, müeyyidenin geçersizlik sonucunu doğurmayacağını ve yalnızca, ilgili tarafın aykırılık taşıyan belgeye dayanmasına engel oluşturacağını kabul etmektedir³⁸. *Dinç* ise, düzenlemeye aykırılığa öngörülen yaptırımın, buna ilişkin sözleşme veya sözleşme maddelerinin ispat vasıtası olarak kullanılması imkanından yoksun kalınması olduğunu belirtmektedir³⁹.

Öncelikle, nadir olsa da, Türk hukukunda da yasalarla sözleşme taraflarının iradelerine çeşitli sınırlamalar getiren ve sözleşmenin, tarafların ortak iradelerinden farklı şekilde değerlendirilmesi sonucunu doğuran düzenlemelerle karşılaşılabilir⁴⁰. 805 sayılı Kanun'un da genel olarak bu istisnai düzenlemelerden birisi olarak kabulü yerinde olacaktır. Anılan düzenleme açısından öğretideki eserler değerlendirildiğinde, uygulanacak yaptırımı dair, sözleşmenin kısmen⁴¹ veya tamamen hükümsüz⁴² sayılması ile mahkemelerce lehe değerlendirilmemesini de kapsar farklı görüşlere yer verildiği tespit edilebilmektedir. Yaptırımın Türk hukuku açısından alışılabilir niteliği⁴³, bu hususta yürütülecek yorum ekseninde, anılan her bir görüşün de ikna edici delillerle desteklenmesini mümkün kılmaktadır. Bu durum kendisini Yargıtay'ın birbirinden ayrılan konuya ilişkin kararlarında da göstermektedir⁴⁴. Bununla birlikte, öğretide *Dinç* tarafından da değinildiği üzere, düzenlemenin tasarı aşamasında “...*Türk dilinde olmadıkça...mahkemeler ve resmi dairelerde lehlerine olarak nazarı itibara alınmayacağı*” hükmüne yer verilmesi dikkate alınarak, aykırılığa bağlanan yaptırımın, (aykırı) hükme dayanan tarafın bunu mahkemede bir ispat aracı olarak kullanamaması olması gerektiği savunulabilir⁴⁵. Bu durum karşısında, aykırılık her iki taraf açısından da geçerli ise, her ikisi de; eğer sadece bir taraf için geçerli ise, yalnızca o taraf mahkemede anılan sözleşme veya sözleşme maddesine bir ispat aracı olarak dayanamayacaktır⁴⁶.

Öğretide, sözleşmelerin hukuki uyumsuzluklara konu olmadaki görece sıklığı ile de bağlantılı olarak, aykırılığın yaptırımı çoğunlukla sözleşmeler üzerinden değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, düzenlemenin sözleşmelerin yanı sıra, şirketlerin hesap, defter ve iletişimlerini de kapsadığı görülmektedir. Hesap ve defterler açısından, anılan yükümün ihlali durumunda, belirtilen müeyyide çerçevesinde mahkemeler nezdinde bunlara dayanılmayacağı anlaşılmaktadır. Örneğin ticari defterindeki kayıtlarından bir bölümünü yabancı dilde tutmuş olan

³³ Yaptırımın kapsam belirsizliği hakkında aynı doğrultuda bkz. KIRCA, s.1941.

³⁴ ALIŞKAN, s.366.

³⁵ KIRCA; s.1941-1942.

³⁶ TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 2010, s.746; BAHTİYAR, s.1744-1746.

³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.145-146.

³⁸ ESEN, s.225.

³⁹ DİNÇ, s.144-147.

⁴⁰ “*Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.*”

⁴¹ Kısmi hükümsüzlük kavramı hakkında bkz. KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s.48-49.

⁴² Kesin hükümsüzlük kavramı hakkında bkz. ANTALYA, s.185-188. Kesin hükümsüzlük yönündeki bir Yargıtay karar örneği hakkında bkz. Yargıtay 11 HD, E. 2017/5003, K. 2019/842, T. 05.02.2019.

⁴³ KIRCA, s.1941.

⁴⁴ Bu konuda çalışmada bkz. III, A.

⁴⁵ DİNÇ, s.144-146.

⁴⁶ KIRCA, s.1940-1942; DİNÇ, s.147-148. Ayrıca benzeri yönde bkz. TANDOĞAN, s.1746; BAHTİYAR, s.1744-1746.

tacir bunları mahkemeye sunsa dahi, bunlar lehe ispat aracı⁴⁷ olarak kullanılamayacaktır. Burada irdelenmesi gereken husus, yaptırımın yargılama dışındaki etkisidir. Aynı örnek üzerinden devam edilirse, yalnızca birkaç kaydın yabancı dilde tutulması, tacirin TTK m.18⁴⁸ çerçevesinde defter tutma yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna ulaşılmasını da mümkün kılacak mıdır? Kanaatimizce, belirtilen durum, tutulan kaydın ticari defter olma niteliğini konuya ilişkin düzenlemeler açısından ortadan kaldırmadıkça⁴⁹, doğrudan 805 sayılı Kanun ile kabul edilen “lehe sonuç doğurmama” müeyyidesi çerçevesinde, tacirin ticari defter tutma yükümüne aykırı davrandığı kanaatine de ulaşılmasını sağlamamalıdır. Bir diğer ifadeyle, 805 sayılı Kanun’un müeyyidesi nedeniyle ilgili belgelere yargı ve diğer devlet daireleri nezdinde ispat aracı olarak dayanılamaması, o belgelerin hiç tutulmamış veya düzenlenmemiş olmasına bağlanan hukuki sonuçların doğmasına tek başına sebep olmamalı; bu yönde kanaate ulaşılabilmesi için, konuya ilişkin düzenlemeler incelenmelidir.

Sonuç olarak, düzenlemenin yasalama sürecinin ve olması gereken hukuk⁵⁰ açısından müeyyidelerinin kapsamının değerlendirilmesi neticesinde, aykırılığa bağlanan yaptırımın anılan şekilde kabulü en makul gözükten çözüm olarak öne çıkmaktadır. Bununla birlikte, Kanun’daki müeyyidenin düzenleniş esasları itibarıyla, butlan yorumunu destekleyen yazarlara da belirli düzeyde gerekçe sağlamanın olası olduğu vurgulanmalıdır⁵¹. Her hâlükârda, belirtilen görüşlerden hangisi desteklenirse desteklensin, düzenlemenin oldukça ağır bir müeyyide ile birlikte, genel bir yaptırım belirsizliğine neden olduğu anlaşılmaktadır.

III. YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE 805 SAYILI KANUN’UN TÜRK HUKUKUNDAKİ ETKİ VE SONUÇLARI

Türkiye’de yürütülen ticari faaliyetlerde yabancı dilin kullanım sıklığı ve yurtdışıyla karşılıklı ticari ilişkilerin yoğunluğu dikkate alındığında, 805 sayılı Kanun’un uygulamada oluşturduğu fiili etkinin sınırlı düzeyde kaldığı savunulabilir. Sözleşmeler açısından tarafların şekil özgürlüğü üzerine getirilen kısıtlamanın borçlar hukukunun genel ilkelerine yönelik oluşturduğu önemli istisna, konunun teorik önemini; diğer tüm şekli şartları yerine getiren bir sözleşmeye yalnızca yabancı dilde akdedildiği için dayanılmama ihtimali de, konunun uygulamadaki sonuçlarını açıkça ortaya koymaktadır.

Yargı kararları üzerinde yapılan inceleme çerçevesinde, konunun önemine rağmen uygulamada ancak kısıtlı oranda ilgi uyandırmış olmasının nedenlerinden birini, 805 sayılı Kanun’un tatbikine dair yargı kararlarının görece azlığının oluşturduğu savunulabilir. Bunda, dava taraflarınca 805 sayılı Kanun’un uygulanmasına ilişkin talebin ileri sürülmediği uyuşmazlıkların bir kısmında, mahkeme tarafından aykırılığın re’sen dikkate alınmamış olmasının da etkili olduğu düşünülebilir⁵². Her ne kadar, mahkemeler tarafından anılan Kanun’un

⁴⁷ “İkinci fıkrada belirtilen şartlara uygun olarak tutulan ticari defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya diğer tarafın ticari defterlerini ibraz etmemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir.” (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m.222/3)

⁴⁸ “Tacir, her türlü borcu için iflasa tabidir; ayrıca kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmek, ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmek ve bu Kanun hükümleri uyarınca gerekli ticari defterleri tutmakla da yükümlüdür.”, (Türk Ticaret Kanunu, m.18/1)

⁴⁹ “Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Kanun ve bu Tebliğ uyarınca tutulacak ticari defterler Türkçe tutulur ve kayıtlarda Türk para birimi kullanılır.” (Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ, m.19 (RG T:19.12.2012).

⁵⁰ Bu kavram hakkında bkz. İŞİKTAC, Yasemin: “Bir Hukuk Tanımı Belirlenmesi Zorunluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 1998, s.1 vd.; AKTAŞ, Sururi: “Hukuk Kavramının Analizi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 67(3), 2018, s.242.

⁵¹ Bu yönde bir yargı kararı örneği için bkz. “805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun’un 1. maddesi Türkiye Cumhuriyeti taahhütündeki şirket ve müesseselerin ülke içindeki her türlü sözleşmeleri hesap ve defterlerini Türkçe olarak düzenlemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaksızın düzenlenen sözleşmeler ise aynı Kanun’un 4. maddesine göre geçersizdir. Somut olayda taraflar arasındaki tahkim şartını içeren acentalık sözleşmesi yabancı dilde düzenlenmiş olmakla yukarıda sözü edilen yasa gereğince geçersizdir.” (Yargıtay 11 HD, E. 2017/5003, K. 2019/842, T. 05.02.2019 – Kazancı).

⁵² “Mahkemece... davalı banka çalışanın İngilizce olarak davacıya hesabın mahiyetini anlattığı, sözleşmeyi imzalayan davacının belgelerin niteliğini anlamış olması halinde imzalamadan önce tercümandan yararlanması ya da belgenin çevirisini istemesi gerektiği... karar verilmiştir.” (Yargıtay 11 HD, E. 2016/13474, K. 2018/4959 – Kazancı); “...mahkeme kararında bahsi geçen ve konişmento eki olarak kabul edilen 6.9.2013 tarihli sözleşmede de tahkim kaydı bulunduğu ve kayda dayalı olarak davalı tarafça tahkim itirazında bulunulduğuna göre, dosyada mevcut 6.9.2013 tarihli İngilizce olan charter parti (taşıma) sözleşmesinin tahkimle ilgili hükümlerinin Türkçe tercümesi yapılmak suretiyle kapsamının belirlenmesi gerekirken...” (Yargıtay 11 HD, E. 2015/7971, K. 2016/2490, T. 07.03.2016 – Kazancı); “...konşimentonun İngilizce aslının ve Türkçe tercümesinin incelenmesinde konşimentonun 10.3 maddesinde yetkili yargı yeri belirlenmiş olup, davaya konu emtianın taşınmasından doğan ihtilaflarda Londra Yüksek Mahkemesi’nin yetkili olduğu, konşimentoda gösterilen yargı yeri düzenlemesinin yetki sözleşmesi niteliğinde bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” (Yargıtay 11 HD, E. 2014/4830, K. 2014/7414, T. 15.04.2014 - Kazancı); “Belirtilen sözleşmelerin asıl ve alt (tali) taşıma sözleşmeleri ile gemi işletme müteahhidi sözleşmesi olabileceği izlenimi gözlemlendiğinden, bu sözleşmelerin açıklığa kavuşturulması, İngilizce sözleşmenin tercümesinin yapılması...” (Yargıtay 11 HD, E. 1996/7174, K. 1997/1035, T. 24.02.1997 - Kazancı).

re'sen uygulandığı kararlar bulunsa da⁵³, bunların da yıllara göre dağılımı incelendiğinde, uygulamada gerçekleşen aykırılıklar karşısında sayıca sınırlı düzeyde kaldıkları tespit edilmektedir. Bir diğer neden olarak ise, taraf vekillerince konuya yönelik itirazların getirildiği örneklerle rağmen⁵⁴, hukuk uygulamasında 805 sayılı Kanun ve sonuçlarına dayanma eğiliminin düşük düzeyde seyretmesi gösterilebilir. Bu durumda, Kanun'un kabul tarihi ile günümüz arasında yaklaşık yüz yıl geçmesi, borçlar hukukuna hâkim olan şekil serbestisi ilkesine sonuçları itibarıyla hukuk teorisi açısından alışılmalmedik bir istisna oluşturması ve konunun uygulamada kendisine fazla bir yer bulamamış olması etkili olmuş olabilir. Sonuç olarak, Kanun ile getirilen müeyyidelere rağmen, ticari sözleşmelerin yabancı dilde hazırlanmasına sıklıkla rastlanmaya devam edilmekte⁵⁵ ve Kanun'un Türk hukukundaki fiili etkisi sınırlı düzeyde kalmaktadır.

A. Yargı Kararlarında 805 Sayılı Kanun'a Aykırılığa Bağlanan Müeyyideler

Yabancı dile ilişkin düzenlemeye aykırılığa bağlanan sonuçlar, Yargıtay kararları arasında farklılık göstermektedir. Bu durumda, 805 sayılı Kanun m.4 çerçevesinde uygulanacak yaptırımın taşıdığı belirsizliğin de etkili olduğu savunulabilir. Bazı kararlarda Türkçe düzenlenme şartını yerine getirmeyen belgelere “değer verilemeyeceği”⁵⁶, bunlardan “hareketle hüküm tesis edilemeyeceği”⁵⁷ veya bunlara “dayanılmasının mümkün olmadığı”⁵⁸ gibi ifadelerle yer verilmekte olduğu ve 805 sayılı Kanun'un sözleşmenin geçerliliği üzerindeki etkisine dair tartışmalar üzerinde durulmaksızın, doğrudan uyuşmazlık açısından oluşturduğu sonuçlara değinildiği görülmektedir. Anılan düzenlemenin sözleşmeler üzerindeki etkilerine yönelik belirsizlik içeren bu durum kendini, anılan müeyyidenin “mutlak geçersizlik sonucu doğuran maddi bir hukuk kuralı niteliğinde olup olmadığı, aksi halde ispat hukukuna dair bir kural mahiyetinde bulunup bulunmadığı” hususunun tartışılmasının gerekli olduğu yönündeki bir başka kararda da göstermektedir⁵⁹.

Bazı kararlarda ise, düzenlemeye aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğu açık bir şekilde ifade edilmektedir⁶⁰. Bununla aksi yöndeki bir Yargıtay kararına konu olan olayda ise, her iki tarafın da Türk tabiiyetinde olduğu bir uyuşmazlıkta, taraflar sözleşmeyi İngilizce olarak düzenlemiş; sözleşme çerçevesinde bazı hizmetler sunulmuş ve karşılığında ödeme yapılmıştır. İlk derece mahkemesi, sözleşmeyi 805 sayılı Kanun m.4 uyarınca geçersiz kabul etmiştir. Yargıtay kararında ise, mahkemenin konuya yaklaşımının ilkesel olarak doğru olduğu; bununla birlikte, anılan şekli aykırılığın davacının sözleşme çerçevesinde sunmuş olduğu hizmetlere ilişkin talep hakkını ortadan kaldırmadığı yönünde hüküm kurulmuştur⁶¹. Anılan karar bu yönüyle, 805 sayılı

⁵³ “Davalı banka tarafından davacıya “vadeli/spot alım satım işlemleri sözleşmesi ve eklerinin” İngilizce metnin imzalandığı. Türkçe metnin davacıya vermediği taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir. Mahkemece de davacının İngilizce metinleri imzalandığı kabul edilmiş fakat, davalı bankanın 2002 yılından beri mudisi olan davacının yüksek montantlı hesabında bu tip işlemleri bilebilecek seviyede olduğu, davacının hileye uğratıldığını ispatlayamadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir... Oysa, ... Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar. Bu itibarla mahkemece, Türkiye’de bulunan davalı banka tarafından düzenlenen ve Bahreyn şubesine İngilizce olarak gönderilen sözleşme ve belgelerin bu kanun kapsamında geçerli olup olmadığının tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (Yargıtay 11 HD, E. 2006/8049, K. 2007/15338, T. 18.12.2007).

⁵⁴ “Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. 1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillere gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde değildir. 2- Ancak; 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun'un 2. maddesinde sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi öngörülmüştür. Davacı tarafından dava dilekçesine eklenen tahkim şartını içeren sözleşmenin ise İngilizce düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla mahkemece tahkim şartının geçerli olup olmadığı değerlendirilip tahkim itirazının buna göre karara bağlanması gerekirken bu husus nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 11 HD, E. 2012/4088, K. 2013/3972, T. 04.03.2013 - Kazancı); Yargıtay 11 HD, E. 2014/9841, K. 2015/6367, T. 05.05.2015.

⁵⁵ Aynı yönde bkz. ERSOY, Yüksel: “Turkey” in CAMPBELL, Dennis: International Joint Ventures: The Comparative Law Yearbook of International Business, 1. Bası, Kluwer Law International, Hollanda 2008, s.393.

⁵⁶ Yargıtay 11 HD, E. 2014/15066, K. 2015/11597, T. 05.11.2015.

⁵⁷ Yargıtay 11 HD, E. 2017/4747, K. 2018/1344, T. 22.02.2018.

⁵⁸ Yargıtay 11 HD, E. 2009/2051, K. 2009/5292, T. 04.05.2009.

⁵⁹ Yargıtay 11 HD, E. 2012/3122, K. 2012/4073, T. 16.03.2012.

⁶⁰ “805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun'un 1. maddesi Türkiye Cumhuriyet tabiiyetindeki şirket ve müesseselerin ülke içindeki her türlü sözleşmeleri hesap ve defterlerini Türkçe olarak düzenlemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaksızın düzenlenen sözleşmeler ise aynı Kanun'un 4. maddesine göre geçersizdir. Somut olayda taraflar arasındaki tahkim şartını içeren acentalık sözleşmesi yabancı dilde düzenlenmiş olmakla yukarıda sözü edilen yasa gereğince geçersizdir.” (Yargıtay 11 HD, E. 2017/5003, K. 2019/842, T. 05.02.2019 – Kazancı).

⁶¹ “...her ne kadar Türk Tabiiyetinde olmalarına rağmen taraflar arasındaki davaya dayanak yapılan sözleşmenin İngilizce düzenlendiği, bu durumun 805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun'un 1 ve 4. maddeleri uyarınca emredici yasa hükmüne aykırı olduğu, bu bağlamda sözleşmenin geçersiz olduğuna dair mahkemenin kabulü ilkesel olarak doğru ise de, taraflar arasında sözleşme çerçevesinde sunulan bir takım hizmetler karşılığı ödemenin de yapılmış olmasına nazaran, salt sözleşmenin İngilizce düzenlenmesinin, davacının sözleşme karşılığı davalıya vermiş olduğu hizmet bedellerini istemeye engel teşkil etmeyeceğinin kabulü gerekir.” (Yargıtay 11 HD, E. 2015/11036, K. 2016/9260, T. 01.12.2016 – Kazancı).

Kanun m.4'ün aksi yönünde, taraflarca lehe hükümler yönünden dahi ilgili sözleşmeye dayanılmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir.

805 sayılı Kanun'un uygulanması açısından Yargıtay ile ilk derece mahkemeleri arasında belirgin görüş ayrılıkları gözlemlenmektedir. Feribot satımına ilişkin İngilizce hazırlanmış olan bir sözleşmenin tarafı olan ve yabancı dil bilgisi bulunmayan alıcının sözleşme esaslarına vakıf olamadığı iddiası karşısında, ilk derece mahkemesi tarafından alıcının tacir olması nedeniyle basiretli davranma yükümlülüğüne⁶² vurgu yapılmış ve sözleşmenin geçersiz sayılmayacağına hükmedilmiştir⁶³. İlgili karar, Yargıtay tarafından 805 sayılı Kanun yönünden sözleşmenin geçerli olup olmadığının tartışılmadığı gerekçesiyle bozulmuş⁶⁴ ve ilgili tarafın basiretli davranma yükümünün anılan Kanun çerçevesinde de devam ettiği kabul edilmiştir. Bir başka uyuşmazlıkta ise istinaf mahkemesi, taraflardan birinin Türk vatandaşı olmaması nedeniyle 805 sayılı Kanun'un bu uyuşmazlık açısından uygulanamayacağı görüşüne ulaşmış; karar, Yargıtay tarafından bozulmuştur⁶⁵.

Sonuç olarak, yıllara dağılan Yargıtay kararları arasında görüş birliğinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kararların sayısal dağılımı üzerinden bir değerlendirme yapılırsa, müeyyideye dair baskın görüşün, sözleşmenin geçerliliği üzerinde inceleme yapılmaksızın, taraf veya tarafların sözleşmedeki lehe hükümlere dayanamayacaklarının kabul edilmesi yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, sırasıyla 2019 ve 2016 yıllarında verilmiş olan, geçersizlik yaptırımını savunan ve buna rağmen sözleşmeye dayanılmasını kabul eden iki ayrı karar arasında gözlemlenen belirgin farklılık, konuya yönelik içtihat birliği bulunmadığını açık şekilde ispat etmektedir⁶⁶. Bazı ilk derece mahkeme kararları incelendiğinde ise, 805 sayılı Kanun'un uygulama alanının, ticaret hukukunun genel ilkelerinden doğan farklı gerekçelere dayanılarak sınırlandırılması eğilimi gözlemlenmektedir. Bunun, mahkemelerin Kanun'un müeyyidelerini ve sözleşmeler üzerindeki kapsamlı etkisini, yorum yoluyla daraltma çabası olarak değerlendirilmesi mümkündür.

B. 805 Sayılı Kanun'un Müeyyideleri Açısından Yargı Kararlarında Benimsenen İstisnalar

Yargı kararlarında, 805 sayılı Kanun'a yönelik istisnaların getirildiği görülmektedir. Öncelikle, yazılı metinlerde belirli düzeydeki yabancı dil kullanımının, ticaret hayatının olağan akışından doğan zaruretten kaynaklandığı ve 805 sayılı Kanun'a aykırılık oluşturmadığı kabul edilmektedir. Türkçe olarak düzenlenen bir sözleşmede, işin niteliğinin gerekli kıldığı yabancı terim ve ifadelerin aynen kullanılması⁶⁷ ile milletlerarası sözleşmelerden doğan kavramlara doğrudan atıf yapılması bu kapsamda görülmektedir⁶⁸. Uluslararası sigortacılık uygulamasında teamül haline gelen belirli İngilizce klozların kullanımı, buna örnek olarak gösterilebilir. Anılan kavramların Türkçe'ye resmi tercümelerinin yapılmamış olması, sözleşmenin genel itibarıyla Türkçe düzenlenmiş olması ve kavramlara yalnızca özel şartlarla sınırlı olarak yer verilmesi mahkeme tarafından dikkate alınarak, anılan kullanımın 805 sayılı Kanun'a aykırılık taşımayacağı görüşüne ulaşılmıştır⁶⁹. Buradan hareketle, aykırılığın tespiti için sözleşmeye

⁶² "Mahkemece, davacının denizcilik alanında çalışan tacir olması nedeniyle basiretli tacir gibi davranması gerektiğinden sözleşmenin İngilizce düzenlenmesinin geçersizlik nedeni olmayacağı...", (İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi, E. 2005/136, K. 2009/44, T. 12.02.2009).

⁶³ İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi, E. 2005/136, K. 2009/44, T. 12.02.2009.

⁶⁴ Yargıtay 11 HD, E. 2009/10605, K. 2011/10371, T. 03.10.2011.

⁶⁵ "Dava; acentalık sözleşmesinin haksız feshi nedeniyle portföy tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece, taraflar arasındaki sözleşmede tahkim şartı bulunduğu ve geçerli bu şart nedeniyle mahkemenin görevsiz olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiş, davacı vekilinin istinaf istemi de; sözleşmenin taraflarından birisinin yabancı olduğu, 805 Sayılı Kanun'un bu sözleşme açısından uygulanabilecek norm olmadığı... gereğince esastan reddedilmiştir.", (Yargıtay 11 HD, E. 2017/5003, K. 2019/842, T. 05.02.2019 - Kazancı). Bununla birlikte somut olayın gerekleri uyarınca, Yargıtay'ın bozma kararında 805 sayılı Kanun'un yabancı şirketler yönünden uygulanmasına (m.2) atıfta bulunulmamış; ilgili tarafın yabancı tabiyetinde olmadığı gerekçesine dayanmıştır: "İlk derece mahkemesindeki yargılama aşamasında ve istinaf incelemesi sırasında dosyaya ibraz edilen sözleşme ve ticaret sicil kayıtlarına göre tali acentalık sözleşmesinin tarafları Türkiye Cumhuriyeti tabiyetindedir. Bu husus süre tutum dilekçesi, yanıt dilekçesi eki vekaletname dayanağı imza sirküleri ile de sabittir. Ayrıca, davalı vekili müvekkilinin yabancı olduğunu da iddia etmemiştir."

⁶⁶ Bkz. Yargıtay 11 HD, E. 2017/5003, K. 2019/842, T. 05.02.2019 ve Yargıtay 11 HD, E. 2015/11036, K. 2016/9260, T. 01.12.2016.

⁶⁷ "...kökleşmiş Yargıtay İçtihatlarına göre, aslında Türkçe olarak düzenlenen bir sözleşmeye tarafların beynelmînel terim ve tabirleri özel şart olarak yazmaları mümkün ise de, işin niteliği ve özelliği bu tür yabancı terim ve tabirlerin aynen kullanılmasını zorunlu kılması gerekir. Bu halde, 805 Sayılı Yasaya aykırılık teşkil edecek bir işlemin varlığından da söz edilemez." (Yargıtay 11 HD, E. 1979/3309, K. 1979/5469, T. 30.11.1979 - Kazancı).

⁶⁸ Aynı yönde bkz. Dinç, s.1.

⁶⁹ "Poliçenin (şerait) hanesine "işbu sigorta ilişik Institute Standart T.L.O. Clauses (Hulls) 4/4 Ths.R.D.C. kurtarma masrafları dahil" kaydı dercedildikten başka mukaveleye hem Türk tekne poliçesi genel şartları ve hem de (Institute Standart T.L.O. Clause-Hulls) Klozu eklenmiştir. Her ne kadar bu kloz İngilizce yazılı ise de, bugün Türkiye dahil birçok ülkede bu tür klozların tekne

yabancı dilin hâkim olmasının arandığı; ticari teamülden veya faaliyet konusuna ilişkin zaruri gereksinimlerden kaynaklanan makul düzeydeki kullanımların ise, sözleşme veya yabancı dildeki bu ifadeler açısından 805 sayılı Kanun'da yer verilen müeyyidenin uygulanması sonucunu doğurmayacağı anlaşılmaktadır.

Henüz istikrar kazanan bir görüş olmamakla birlikte, bazı Yargıtay kararlarında 805 sayılı Kanun ile getirilen müeyyidelerin, sözleşmenin oluşturduğu sonuçların Kanun m.4 çerçevesinde lehe nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesi yoluyla sınırlandırılması yaklaşımı ile de karşılaşılmaktadır. Olayda, taraflar İngilizce hazırlanmış taşeronluk sözleşmesini akdetmiş, sonradan doğan uyuşmazlıkta sözleşme taraflarından birisi, sözleşmede yer alan tahkim şartına dayalı olarak, tahkim itirazında bulunmuştur. Yargıtay 805 sayılı Kanun m.4'ten doğan müeyyideyi belirtmekle birlikte, tahkim şartına dayanılmasının “*bir tarafın lehine*” nitelik taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁷⁰. Anılan kararın, sözleşme maddelerinin lehe niteliği üzerinde daha daraltıcı bir yorum yapılması ve müeyyideye istisna getirilmesi görüşüne işaret ettiği savunulabilir.

IV. 805 SAYILI KANUN'UN SÖZLEŞMELER YÖNÜNDE HÜKÜM VE SONUÇLARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A. Ticari Sözleşmeler Yönünden

Sözleşmelerde tercih edilen dil, ticari görüşmelerin hazırlık aşamalarında olduğu kadar, sözleşmenin uygulanması ve yorumlanması süreçlerinde de oldukça önem taşımaktadır⁷¹. Yabancı dil kullanımına dair ihtiyaç doğrudan Türk tabiiyetindeki bir şirketin ihraç edeceği ürün veya hizmetlerden kaynaklanabileceği gibi, makine ithaline veya teknoloji transferine de dayanabilir. Yabancı yatırımcı ve fonlarla⁷² olan yazışmalar da bu konudaki örnekler arasındadır. Neticede, günümüzün ticari ilişkilerinin çok boyutlu yapısı ve yatırımın uluslararası niteliği karşısında, şirketlerin ticari yazışmalarında yabancı dili de kullanma gereksinimi açık bir şekilde ortadadır. Bunun, makul istisnası olarak ise, şirketlerin tutmakla yükümlü oldukları ticari defterler⁷³ ve vergi⁷⁴ benzeri alanlara ilişkin kayıtlar gösterilebilir.

805 sayılı Kanun ile getirilen müeyyidenin ağırlığı ve tacirlerin genellikle, yabancı dil kullanımına ilişkin bu düzenlemenin sınırlamalarına vakıf olmaması, uygulamada aykırılık taşıyan sözleşmelerle karşılaşılma olasılığını artırmaktadır. Konuya ilişkin Yargıtay kararlarının içtihat birliği oluşturmaması bir kenara bırakılarak, ilgili müeyyidenin yalnızca, lehe nitelikteki sözleşme hükümlerine dayanılamaması olduğu varsayılsa dahi, bu durumun ticari ilişkilerde önemli bir belirsizlik oluşturacağı açıktır. Yabancı dilde düzenlenmiş acentelik sözleşmesi kapsamında, karşılıklı olarak yatırımlarda bulunan ve uzun bir süredir sözleşme çerçevesinde faaliyetine devam etmekte olan tarafların, meydana gelen bir uyuşmazlık karşısında, ilişkilerinin temel hukuki dayanağını oluşturan sözleşmedeki birçok maddeye dayanamaması olasılığı, bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Uluslararası ticari sözleşmelerin hazırlanması ve akdedilmesi sürecinde, yabancı dil ve kavramların kullanımına dayalı olarak zaten yaşanabilecek dilbilimsel sorunlara ek olarak⁷⁵,

sigortacılığında aynen kullanılmalari teammül haline gelmiştir. Kaldı ki bunların Türkçeye resmen tercümelere de yapılmamıştır. Aslında Türkçe olarak düzenlenen bir sigorta poliçesine tarafların, beynelmilel terimleri ve tabirleri özel şart olarak dercetmeleri mümkündür. Bazen işin niteliği ve özelliği bu tür yabancı tabirlerin aynen kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Olayımızda da sigorta tekniğinin bir icabı olarak bahis konusu klozun adı poliçeye dercedilmiş ve teamüle uyularak klozun İngilizce metni poliçeye eklenmiştir. Bu durumda, tarafların amacının, Türkçe'den başka bir dil ile mukavele yapmak olduğu iddia edilemeyeceğine göre, iktisadi müesseselerde mecburi Türkçe kullanılması hakkındaki 805 sayılı kanuna aykırılık teşkil edecek bir muamelenin varlığından da söz edilemez.” (Yargıtay 11 HD, E. 1977/1651, K. 1977/2245, T. 03.05.1997 - Kazancı).

⁷⁰ “...davanın her iki yanının da Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan şirketler olup aralarındaki varlığı ihtilafsız sözleşme (ler) in -ifa yerlerinin Türkiye dahilinde olduğu da gözetildiğinde- 805 Sayılı Kanununun 1. maddesi uyarınca Türkçe olması zorunlu iken İngilizce düzenledikleri anlaşılmaktadır. Aynı Kanununun 4. maddesinde sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi konusundaki gerekliliğe uyulmamasının müeyyidesi yer almakta olup... tahkim itirazında bulunmanın ve buna dair sözleşme hükmüne dayanmanın “bir tarafın lehine” bir durum tevhit eder nitelikte olup olmadığı... değerlendirilip tartışılmadan... tahkim itirazının kabulüne karar verilmesi doğru olmamış...” (Yargıtay 11 HD, E. 2012/3122, K. 2012/4073, T. 16.03.2012 - Kazancı).

⁷¹ GREENBERG, M.E.: “International Contracts: Problems of Drafting and Interpreting and the Need for Uniform Judicial Approaches”, Boston University International Law Journal, 5(2), 1987, s.363.

⁷² Konu hakkında örnek olarak bkz. SHADAB, Houman B.: “The Law and Economics of Hedge Funds: Financial Innovation and Investor Protection”, Berkeley Business Law Journal, 1-2, 2009, s.247-249.

⁷³ “Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Kanun ve bu Tebliğ uyarınca tutulacak ticari defterler Türkçe tutulur ve kayıtlarda Türk para birimi kullanılır.” (Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ, m.19 (RG T:19.12.2012)).

⁷⁴ “Bu Kanuna göre tutulacak defter ve kayıtların Türkçe tutulması zorunludur.”, (Vergi Usul Kanunu, m.215/1).

⁷⁵ Konu hakkında bkz. TUNG, Sherlin: “The Importance of Languages in International Arbitration and How They Impact Parties’ Due Process Rights”, Contemporary Asia Arbitration Journal, 113, 2017, s.114-117.

Kanun ile getirilen bu müeyyidenin kapsamı, konuya yönelik yabancı uygulamacılar açısından da dikkat çekici bir nitelik taşımaktadır⁷⁶. Bankacılık⁷⁷, fikri mülkiyet⁷⁸, ortak girişim sermayesi⁷⁹ ile milletlerarası mal satımı ve sözleşmeler⁸⁰ gibi birçok başlıkta yapılan çalışmalarda, anılan düzenlemeye atıfta bulunulduğu görülmektedir⁸¹. Sonuç olarak, 805 sayılı Kanun ile getirilen müeyyidenin ticari faaliyetin uluslararası niteliği ile çeliştiği ve hukuki uyumsuzlukların çözümü yönünden de, dikkate değer bir belirsizlik oluşturma ihtimali taşıdığı anlaşılmaktadır.

B. Tahkim Sözleşmeleri Yönünden

Bir uyumsuzluk çözüm yöntemi olarak tahkime ülkemizde, hem milli⁸², hem de milletlerarası⁸³ hukuk açısından yer verilmiş olup; yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi de Türk hukukunda⁸⁴ ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarda⁸⁵ düzenlenmiştir. Yabancı tahkim merkezlerindeki⁸⁶ uyumsuzluklar arasında Türkiye'deki ticari hususlardan kaynaklananların oransal dağılımı⁸⁷ ve İstanbul Tahkim Merkezi'nin kuruluşu⁸⁸, tahkime yönelik ülkemizdeki süregelen ilginin bir göstergesi olarak kabul edilebilir⁸⁹.

Tarafların tahkime olan yönelimi, uyumsuzluğun alana ilişkin uzmanlarca karara bağlanması, gizlilik, düşük maliyet veya uluslararası tanınma kolaylığı gibi nedenlere dayanmaktadır⁹⁰. Bunun için taraflar, sözleşmelerine tahkime dair bir madde eklemekte veya konuya ilişkin ayrı bir sözleşme akdetmektedirler⁹¹. Borçlar hukukuna ilişkin genel ilkeler, anılan sözleşmelere de uygulanmaktadır⁹². Özellikle milletlerarası tahkim açısından, tarafların farklı tabiiyetlerden olma ihtimalinin yüksekliği nedeniyle veya yabancı tahkim merkezlerindeki yargılama sürecinin daha verimli yürütülebilmesi gayesiyle, uygulamada yabancı dilde yapılmış sözleşmelerle sıklıkla karşılaşmaktadır.

Bu hususta, 805 sayılı Kanun'un tahkim uygulaması üzerinde, özellikle müeyyideleri itibarıyla önemli bir etki oluşturduğu tespit edilebilmektedir. Yargıtay yabancı dilde düzenlenen tahkime dair sözleşmeleri 805 sayılı Kanun yönünden değerlendirmeyen ilk derece kararlarını

⁷⁶ Örnek olarak bkz. BİLGEHAN, Ersoy: "Turkey" in Wormald, Chris: Alternative Corporate Re-Engineering, 1. Bası, European Lawyer Reference, Londra 2012, s.409; BAYSAL, Pelin/KAĞAN ÇEVİK, Bilge: "Can One Arbitrate with a Turkish Party Based on a Contract in a Language other than Turkish", 09.08.2019 <https://www.mondaq.com/turkey/arbitration-dispute-resolution/838512/can-one-arbitrate-with-a-turkish-party-based-on-a-contract-in-a-language-other-than-turkish>.

⁷⁷ BASMACI, Arzu/SU, İrem: "Republic of Turkey" in Aubin, Yann/Longeaux, Luouis/Vecchiato, Jean-Claude: International Bank and Other Guarantees Handbook, 1. Bası, Kluwer Law International, Hollanda 2011, s.580.

⁷⁸ BAYRAMLIOĞLU, Emre: "Turkish Copyright Law on Free and Open Source Software (FOSS) Licenses", in Metzger, Axel: Free and Open Source Software (FOSS) and Other Alternative License Models: A Comparative Analysis, 1. Bası, Springer, İsviçre 2016, s.452.

⁷⁹ Ersoy, s.393.

⁸⁰ SCHWENZER, Ingeborg/HACHEM, Pascal/KEE, Christopher: Global Sales and Contract Law, 1. Bası, Oxford Yayınevi, New York 2012, s.296, dn. 40.

⁸¹ Düzenleme, yabancı yatırımcılara yönelik hazırlanan bilgi notlarında da, üzerinde önemle durulan başlıklar arasında yer almaktadır. Örnek olarak bkz. EY Global Legal Commercial Terms Handbook, 2017, ([https://www.de.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-global-legal-commercial-terms-handbook-dec-2017/\\$FILE/EY-global-legal-commercial-terms-handbook.pdf](https://www.de.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-global-legal-commercial-terms-handbook-dec-2017/$FILE/EY-global-legal-commercial-terms-handbook.pdf)), s.122.

⁸² "Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyumsuzluklar hakkında uygulanır.", (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m.407).

⁸³ "Bu Kanunun amacı, milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyumsuzluklar hakkında uygulanır.", (Milletlerarası Tahkim Kanunu, m.1).

⁸⁴ "Kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir.", (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, m.60/1).

⁸⁵ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, (RG S.20877, T. 21.05.199).

⁸⁶ Kurumsal tahkimde, tarafların tahkim merkezi seçimi hakkında bkz. TRAKMAN, Leon: "Legal Traditions" and International Commercial Arbitration", American Review of International Arbitration, 29, 2007, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=986507), s.16-19.

⁸⁷ Türk tabiiyetinde olan kişiler, ICC tahkimi çerçevesinde taraf olduğu uyumsuzluklar açısından ülkelere göre oluşan dağılımda 13. sırada yer almaktadır, (International Chamber of Commerce Dispute Resolution Bulletin, 2, 2018, s.5).

⁸⁸ Bkz. 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu, (RG S.29190, T. 20.11.2014).

⁸⁹ Tahkimin tarihi gelişimi hakkında bkz. YEŞİLOVA, Bilgehan: "Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler", TBB Dergisi, 76, 2008, s.85-90.

⁹⁰ MOSES, Margaret L.: The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 1. Bası, Cambridge University Press, New York 2008, s.3.4.

⁹¹ Tahkim anlaşması ve tahkim şartı kavramları hakkında bkz. BLACKABY, Nigel/PARTASIDES, Constantine/REDFERN, Alan/HUNTER, Martin: Redfern and Hunter on International Arbitration, 5. Bası, Oxford University Press, New York 2009, s.18-19; AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2016, s.93-98.

⁹² ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİĞENMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.604.

eksik inceleme nedeniyle bozmuş⁹³ ve bu sözleşmelere dayanılmayacağı yönünde karar vermiştir⁹⁴. Anılan kararın, tahkim ilk itirazına dayanılmasının önüne geçtiği ve tarafların sözleşme ile ortaya konan tahkime gidilmesi yönündeki ortak iradesinin, en azından Türk hukuku itibarıyla sonuç doğurmamasına neden olduğu açıktır. Her ne kadar 805 sayılı Kanun'un etkileri daha çok her iki tarafın da Türk tabiiyetinde olduğu uyuşmazlıklarla sınırlı olarak öne çıksa da⁹⁵, yalnızca bir tarafın Türk tabiiyetinde olduğu uyuşmazlıklar açısından da Yargıtay'ın verdiği olduğu benzeri yöndeki kararlar⁹⁶ dikkate alındığında, mevcut yargı uygulaması çerçevesinde bir tahkim şartına dayanılmaması ihtimalinin gerçekleşmesi için, taraflardan birinin Türk tabiiyetinde olmasının yeterli olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Bu konuda istisnai nitelik taşıyan bir örnek olarak, Yargıtay'ın 2012 yılında verdiği karar incelenebilir. Kararda Yargıtay, tahkim sözleşmesine dayanılmaması müeyyidesinin uygulanabilmesi için bunun "bir tarafın lehine" nitelik taşıyıp taşımadığının da değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁷. Anılan yaklaşım, en azından müeyyideleri yönünden 805 sayılı Kanun'un sınırlandırılması ve uyuşmazlık çözüm yöntemi tercihi gibi hususların, doğrudan bir tarafın lehine nitelik taşımadığı görüşüne dayalı olarak, anılan müeyyidenin dışında tutulması gayesini taşımaktadır. Bu görüşün uygulanması durumunda dahi, tahkim dili, yeri veya uygulanacak hukuk gibi başlıklara yönelik olarak tahkim sözleşmesinde taraflarca belirtilen tercihlerin, taraflardan birinin menfaatlerine daha yakınlığı nedeniyle, "lehe" vasıfta değerlendirilme ve neticede, müeyyide sınırları içinde görülme ihtimali devam etmektedir. Bir diğer ifadeyle, sözleşme genelinde yer alan tahkim şartı özellikle bir taraf lehine değerlendirilmese bile, bu şart özelinde, mahkemelerce tahkim uygulamasına yönelik yapılmış olan tercihlerin ve dolayısıyla tahkim uygulamasının kendisinin, en azından belirli ölçüde 805 sayılı Kanun müeyyide sınırları içinde görülmesi olasıdır. Ayrıca, bu görüşün henüz istikrar kazanmadığı ve yabancı dilde düzenlenmiş tahkim sözleşmelerinin, daha farklı bir müeyyide yorumuna tabi tutulması ihtimalinin devam ettiği de belirtilmelidir⁹⁸.

Bu açıdan, Yargıtay'ın tahkim sözleşmesi ve 805 sayılı Kanun ilişkisine dair kararlarında içtihat birliğinin olmadığı tespit edilmektedir. Konu özellikle milletlerarası tahkim açısından değerlendirilirse, bu durumun tahkimin uluslararası niteliği⁹⁹ ve Türkiye'nin de taraf olduğu New York Sözleşmesi¹⁰⁰ çerçevesinde öne çıkan, tahkim iradesinin önemli istisnalar dışında taraf ülkelerde eşgüdüm içinde korunması ilkesi¹⁰¹ ile örtüşmediği açıktır¹⁰². Ayrıca, anılan müeyyidenin, tahkimin yabancı dilde yürütülebileceğini belirten¹⁰³ ve yabancı hakem kararlarının tenfizi açısından resmi dil kullanımına dair bir koşul getirmeyen¹⁰⁴ Türk hukukundaki hükümlerle

⁹³ "Davacı tarafından dava dilekçesine eklenen tahkim şartını içeren sözleşmenin ise İngilizce düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla mahkemece tahkim şartının geçerli olup olmadığı değerlendirilip tahkim itirazının buna göre karara bağlanması gerekirken bu husus nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.", (Yargıtay 11 HD, E. 2012/4088, K. 2013/3972, T. 04.03.2013 - Kazancı).

⁹⁴ "Somut olayda taraflar arasındaki tahkim şartını içeren acentalık sözleşmesi yabancı dilde düzenlenmiş olmakla yukarıda sözü edilen yasa gereğince geçersizdir. İlk derece mahkemesince davalının tahkim ilk itirazının reddedilmesi gerekir iken, yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir.", (Yargıtay 11 HD, E. 2017/5003, K. 2019/842, T. 05.02.2019).

⁹⁵ Bu konuda bkz. AKINCI, s.124. Tahkim sözleşmesinin niteliği gereği, 805 sayılı Kanun'un, sözleşmenin her iki tarafının Türk tabiiyetinde olduğu durumlarda dahi uygulanamayacağı görüşü için bkz. NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s.569.

⁹⁶ Yargıtay 11 HD, E. 2012/4088, K. 2013/3972, T. 04.03.2013 – Kazancı. Aynı yönde bkz. BAYSAL/KAĞAN ÇEVİK, s.1.

⁹⁷ "Mahkemece söz konusu yasa hükümleri nazara alınarak yasada belirtilen müeyyidenin mutlak geçersizlik sonucu doğuran maddi bir hukuk kuralı niteliğinde olup olmadığı, aksi halde ispat hukukuna dair bir kural mahiyetinde bulunup bulunmadığı, bu anlamda davalı yan dayanağı sözleşmenin özellikle tahkime dair hükümlerinin onun lehine nazara alınıp alınmayacağı, tahkim itirazında bulunmanın ve buna dair sözleşme hükmüne dayanmanın "bir tarafın lehine" bir durum tevhit eder nitelikte olup olmadığı... hususları değerlendirilip tartışılmadan taraflar arasındaki 22.4.2007 tarihli sözleşmenin ilgili hükümlerine değer izafe olunarak davalının tahkim itirazının kabulüne karar verilmesi doğru olmaması", (Yargıtay 11 HD, E. 2012/3122, K. 2012/4073, T. 16.03.2012 – Kazancı).

⁹⁸ İlgili Yargıtay kararlarında, konunun tahkime dair "ayrılabilirlik doktrini" açısından değerlendirilmediği görülmektedir. Bununla birlikte, anılan doktrinin uygulanmasının da, 805 sayılı Kanun'dan doğan müeyyidenin önüne geçilmesine imkan tanımayacağı savunulabilir. Bunun nedeni, tahkim şartı sözleşmenin genelinden bağımsız olarak değerlendirilse dahi, yabancı dilde hazırlanan bu şartın da kendi özelinde 805 sayılı Kanun'a aykırılık taşımaya devam edeceğidir. Aksi yönde bkz. NOMER, s.569. Ayrılabilirlik doktrini hakkında bkz. BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s.117-121; ROSEN, Janet, A.: "Arbitration under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence de la Competence", Fordham International Law Review, 17, 1994, s.606-608.

⁹⁹ BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s.8-11.

¹⁰⁰ New York Konvansiyonu hakkında bkz. Kronke, Herbert (NACIMIENTO, Patricia/OTTO, Dirk/PORT, Nicola Christine): Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, New York 2010 içinde), s.1-10.

¹⁰¹ Bu konuda bkz. KRONKE, s.4.

¹⁰² Aynı yönde bkz. İstanbul Asliye 10. Ticaret Mahkemesi, E. 2004/353, K. 2005/314, T. 10.05.2005.

¹⁰³ Bkz. Milletlerarası Tahkim Kanunu m.10.

¹⁰⁴ Bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m.60 ve 62.

de çeliştiği görülmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu 1958 tarihli New York Sözleşmesi çerçevesinde, tahkim sözleşmelerinin geçerliliğine yönelik "kullanılan dil" üzerinden bir sınırlama getirilmemiş olması karşısında¹⁰⁵, 805 sayılı Kanun'a bağlanan müeyyidelerin milletlerarası tahkim sözleşmeleri yönünden uygulanamayacağı öğretide ileri sürülen görüşler arasındadır¹⁰⁶. Milletlerarası anlaşmaların Türk hukukundaki kanunlar hiyerarşisi açısından etkileri dikkate alındığında, anılan görüşe New York Sözleşmesi kapsamındaki tahkim sözleşmeleri yönünden katılmak mümkün gözükmemektedir¹⁰⁷. Bununla birlikte, mevcut Yargıtay kararlarının belirtilen görüşle çelişmeye devam ettiği ve bu nedenle de, konuya dair uygulamadaki belirsizliğin sürdüğü tespit edilmektedir.

Sonuç olarak, 805 sayılı Kanun'a dayalı olarak taraflardan birinin tahkim itirazında¹⁰⁸ bulunmasına imkân tanınmaması, tahkim iradesine rağmen yargılama sürecinin devam ettirilmesi sonucunu doğuracak; tahkime devam edilmesini amaçlayan taraf açısından, en azından milli hukuk sistemi içinde, istenilen uyumsuzluk çözüm yönteminin uygulanmasının önüne geçilmesine neden olacaktır. Tahkime ilişkin yabancı öğretide de 805 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemenin istisnai niteliği üzerinde özellikle durulması¹⁰⁹, konunun uygulama açısından önemine ve hukuki düzenleme ihtiyacına işaret etmektedir.

V. SONUÇ VE ÖNERİLER

805 sayılı Kanun'un yasalaştığı 1926 yılında Türkiye ve dünyanın iktisadi, hukuki ve sosyal durumu ile gereksinimleri bir arada değerlendirildiğinde, Türkçe kullanımının zorunlu kılınmasına ilişkin düzenlemenin gerekçeleri somut bir zemine yerleştirilebilir. Bununla birlikte günümüzde, ticari ilişkilerin çok boyutlu yapısı ve teknik birçok konuda yabancı dillerin kullanımı ihtiyacı, belirtilen düzeyde bir sınırlama getirilmesi eğilimini uluslararası hukuk çerçevesinde oldukça azaltmıştır. Ticari sözleşmeler yönünden incelendiğinde, dünyada yabancı dil kullanımına yönelik müeyyide getiren ülkelerle ancak nadiren karşılaşıldığı tespit edilebilmektedir¹¹⁰.

805 sayılı Kanun'un hukuk ve ticaret uygulaması açısından etkileri değerlendirildiğinde, öncelikli olarak sınırlamanın kapsamının genişliği ve müeyyidenin ağırlığı dikkat çekmektedir. Yabancı dilde düzenlenmiş olan sözleşmeler, ilgili faaliyet konusu veya ticari gereksinimler yönünden herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın, doğrudan anılan müeyyidenin kapsamına girmektedir. Bu, anılan şekli şarta ayrı hazırlanmış sözleşmelerdeki lehe olan hükümlere dayanılmaması sonucunu doğurmakta ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin tespitinde belirsizliklere neden olmaktadır¹¹¹.

İkinci olarak, Kanun'da belirlenen müeyyidenin, sonuçları itibariyle borçlar hukuku çerçevesinde, oldukça yoruma açık bir yapıda olduğu tespit edilmektedir. Bu durum kendisini, Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihat birliği oluşturmayan kararlarında da göstermektedir. Gerek Kanun ile getirilen sınırlamanın kapsamı, gerekse de tatbik edilecek yaptırım açısından karşı karşıya kalınan bu belirsizlik, uygulamada ciddi sorunlara yol açma ihtimali taşımaktadır. Ticari sözleşmeler yönünden, anılan düzenlemenin sözleşme taraflarınca genellikle gözden kaçırıldığı ve belirtilen sınırlamaların ihlal edilmesiyle sıklıkla karşılaşıldığı açıktır.

Sonuç itibariyle anılan düzenlemenin uygulamada sözleşmelerin yabancı dille hazırlanmasının tam olarak önüne geçemediği ve etkisini daha çok, yargı önüne getirilen

¹⁰⁵ "Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration." (New York Convention, m.II/1); "The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams." (New York Convention, m.II/2).

¹⁰⁶ ESEN, s.209-214.

¹⁰⁷ Tahkim sözleşmelerinin, 805 sayılı Kanun açısından istisnai bir yapıda olmadığı ve bunlara da, diğer sözleşmelere uygulandığı şekliyle aynen tatbiki yönünde, karşı görüş olarak bkz. DİNÇ, s.158.

¹⁰⁸ Tahkim ilk itirazı hakkında bkz. ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi", ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2, 2019, s.180-186.

¹⁰⁹ Örnek olarak bkz. KIRKMAN GUCUK, Courtney /TALAZ, Can: "Turkey's Court of Cassation Refuses to Enforce an Arbitration Clause in English Based on a Turkish Language Requirement", <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/29/turkey-court-of-cassation-refuses-to-enforce-an-arbitration-clause-in-english-based-on-a-turkish-language-requirement/> (29.09.2018).

¹¹⁰ Örnek olarak Endonezya'daki benzeri düzenleme hakkında bkz. PENASTHIKA, Priskila Pratita: "The Mandatory Use of National Language in Indonesia and Belgium: An Obstacle to International Contracting", Indonesia Law Review, 3, 2017, s.89-92; "Implementing Regulation on the Use of Indonesian Language Necessitates a New Approach for Commercial Agreements", <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2019/10/implementing-regulations-indonesian-language>, (22.10.2019).

¹¹¹ Kanun'da yer verilen terimlerin belirsizliği ve Kanun kapsam tayinindeki zorluk hakkında bkz. KIRCA, s.1943; ESEN, s.207.

uyuşmazlıklara müeyyide tatbiki vasıtasıyla gösterdiği ileri sürülebilir. Belirtilen durum karşısında, 805 sayılı Kanun'a dair yeni bir düzenleme yapılması ihtiyacı açık bir şekilde tespit edilebilmektedir. Bu açıdan kanaatimizce, işlem, sözleşme ve haberleşmelerin yabancı dilde yürütülmemesine ilişkin 805 sayılı Kanun'un ilgası yerinde olacaktır¹¹². Özel hukuk ilişkileri yönünden, ülkemizde tanınan yabancı dillerin sözleşmelerde kullanımına yönelik anılan sınırlamaların kaldırılması, ticari sözleşmeler ve bunların hukuki geçerlilikleri yönünden meydana gelebilecek olası tartışmaların önüne geçilmesine imkân tanyacaktır. Bu durumun, uluslararası hukukun mevcut eğilimine uygunluk taşıyacağı ve Anayasa m.167/1 çerçevesinde piyasaların sağlıklı ve düzenli işleyişine katkı sunacağı savunulabilir. Konuya şirketler özelinde yaklaşırsa da, ticaretine ilişkin tüm faaliyetlerinde basiretli davranması beklenen bir tacir olan Türk tabiiyetindeki şirketlerin (TTK m.18/2) ister kendi aralarında, isterse de yabancı şirketlerle karşılıklı olarak akdettikleri sözleşmeler yönünden, yabancı dil kullanımından doğabilecek olası riskleri öngörme yükümü altında oldukları açıktır. Yabancı dil kullanımından doğan riskleri üstlenip üstlenmeme tercihinin, doğrudan tacirin takdirine bırakılmasının, bu açıdan daha yerinde bir yaklaşım olacağı ileri sürülebilir.

Bu ölçüdeki bir yasal değişiklik mümkün görülmez ve kanun koyucuda sınırlamanın devamı yönünde irade oluşursa da, ilk aşamada en azından anılan müeyyidenin yabancı şirketlerin taraf olduğu özel hukuk ilişkileri yönünden kaldırılması¹¹³ önerisi getirilebilir. Bu değişiklik, yabancı dilde sözleşme akdedilmesi açısından daha belirgin bir gereksinimle karşılaşılabilecek durumların kapsam dışına çıkarılmasına ve uygulamada karşılaşılan konuya ilişkin uyuşmazlık sayısının azaltılmasına imkân tanyacaktır. Ayrıca, sözleşmenin bir tarafının yabancı olduğu, uluslararası ticari sözleşmelerde veya tahkim sözleşmelerinde karşılaşılabilecek belirsizliklerin en aza indirilmesine katkı sunacaktır. Buna ek olarak, ihlale uygulanacak müeyyidenin daha belirgin hale getirilmesi önerisi getirilebilir. Bu hususta, sözleşme farklı dillerde birden fazla nüsha şeklinde akdedilmişse, mahkemelerce sadece Türkçe olanın esas alınması; eğer, sözleşme yalnızca yabancı dilde akdedilmişse, buna ilişkin müeyyidenin de sadece (805 sayılı Kanun m.8'da yapılacak değişiklik) idari para cezası ile sınırlı tutulması önerisi getirilebilir¹¹⁴. Bu sayede, sözleşmede taraf lehine olan hükümlere dayanılamaması (m.4) müeyyidesinden doğan uygulama ve yargı kararlarındaki belirsizliğin önüne geçilmiş olacaktır. Ayrıca, kanun koyucunun iradesine bağlı olarak, uygulanabilecek nispi veya maktu idari para cezaları vasıtasıyla, ihlale karşı 805 sayılı Kanun'un mevcut durumuna benzer bir önleyicilik etkisi korunmuş olacaktır.

Sonuç olarak, uygulamadaki önleyiciliği sınırlı düzeyde kalan; fakat buna rağmen, hukuki uyuşmazlıkların çözümü açısından uygulamada önemli bir belirsizliğe neden olan 805 sayılı Kanun'a ilişkin ilga veya değişiklik yoluyla, yeni bir düzenleme yapılması gereksinimi açık bir şekilde tespit edilebilmektedir.

¹¹² 805 sayılı Kanun'un "zamanını doldurmuş olduğu" yönünde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.146; ESEN, s.208.

¹¹³ Aynı yönde benzeri görüşler için bkz. ALIŞKAN, s.372; DİNÇ, s.181; AKÜZÜM, s.1.

¹¹⁴ 805 sayılı Kanun'a aykırılık açısından meydana gelen ihlalin, yapısı gereği adli para cezasından çok, idari para cezasına uygun nitelik taşıdığı savunulabilir. Bu yaklaşım, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.1'de "ekonomik düzeni" koruma amacına yapılan atıfla da örtüşmektedir. İdari ve adli para cezası kavramları hakkında bkz. ERDİNÇ, Burcu: İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması, Ankara Barosu Dergisi, 70(2), 2012, s.272-274. Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi hakkında bkz. GİŞİ, Selçuk: Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1), 2017, s.130-152.



KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2016.
- AKSOY, Hüseyin Can: “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranışı ile İlişkisi Nedir?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24(2), 2018, s.999-1018.
- AKTAŞ, Sururi: “Hukuk Kavramının Analizi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 67(3), 2018, s.227-252.
- AKTAŞ, Sururi: “Hukukta Yorum Çabaları”, EÜHFD, 15(3-4), 2011, s.1-33.
- AKÜZÜM, Ural: “805 Sayılı Kanun & Tahkim Dilinin Türkçe Olması Zorunluluğu (Karar İncelemesi)”, <http://www.ista.org.tr/tr/blog/805-sayili-kanun-tahkim-dilinin-turkce-olmasi-zorunluluğu-karar-incelemesi>, (erişim tarihi: 10.04.2020).
- ALİŞKAN, Murat: “İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu”, AÜEHFD, VIII (1-2), 2005, s.349-378.
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 5/1,1, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- ATEŞ, Derya: “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, TBB Dergisi, 72, 2007, s.75-93.
- BAHTİYAR, Mehmet: “805 Sayılı ‘İktisadi Müesseselerde ‘Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Kapsamı ve Yaptırımı Sorunu”, Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, II. Cilt, İstanbul 2007, s.1731-1750.
- BASMACI, Arzu/SU, İrem: “Republic of Turkey” in Aubin, Yann/Longeax, Luouis/Vecchiatto, Jean-Claude: International Bank and Other Guarantees Handbook, 1. Bası, Kluwer Law International, Hollanda 2011, s.559-606.
- BAYRAMLIOĞLU, Emre: “Turkish Copyright Law on Free and Open Source Software (FOSS) Licenses”, in Metzger, Axel: Free and Open Source Software (FOSS) and Other Alternative License Models: A Comparative Analysis, 1. Bası, Springer, İsviçre 2016, s.445-460.
- BAYSAL, Pelin/KAĞAN ÇEVİK, Bilge: Can One Arbitrate with a Turkish Party Based on a Contract in an Language other than Turkish, 09.08.2019 <https://www.mondaq.com/turkey/arbitration-dispute-resolution/838512/can-one-arbitrate-with-a-turkish-party-based-on-a-contract-in-a-language-other-than-turkish>
- BİLGEHAN, Ersoy: “Turkey” in Wormald, Chris: Alternative Corporate Re-Engineering, 1. Bası, European Lawyer Reference, Londra 2012, s.393-412.
- BLACKABY, Nigel/PARTASIDES, Constantine/REDFERN, Alan/HUNTER, Martin: Redfern and Hunter on International Arbitration, 5. Bası, Oxford University Press, New York 2009.
- CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8, 2013, s.713-733.
- DOĞAN, Vahit: Türk Yabancılar Hukuku, Ankara 2017.
- DİNÇ, İlhan: “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılmasına Dair Kanuna İlişkin Güncel Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, TAAD, 11(44), 2020, s.129-184.
- ERCOŞKUN Şenol, Kübra: “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M.27”, İÜHFM, LXXIV(2), 2016, s.709-737.
- ERDİNÇ, Burcu: “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, Ankara Barosu Dergisi, 70(2), 2012, s.241-276.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 14. Bası, Yetkin Yayınları, 2012.
- ESEN, Emre: “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi”, Public and Private International Law Bulletin, 40(1), 2020, s.204-229.
- ERSOY, Yüksel: “Turkey” in Campbell, Dennis: International Joint Ventures: The Comparative Law Yearbook of International Business, 1. Bası, Kluwer Law International, Hollanda 2008, s.372-420.
- GİŞİ, Selçuk: Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1), 2017, s.130-152.
- GREENBERG, M.E.: “International Contracts: Problems of Drafting and Interpreting and the Need for Uniform Judicial Approaches”, Boston University International Law Journal, 5(2), 1987, s.363-388.
- İŞIKTAÇ, Yasemin: “Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorunluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 1998, s.1-8.
- KIRCA, İsmail: “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun Üzerine”, Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, II. Cilt, İstanbul 2007, s.1929-1947.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- KIRKMAN GUCUK, Courtney /TALAZ, Can: “Turkey’s Court of Cassation Refuses to Enforce an Arbitration Clause in English Based on a Turkish Language Requirement”, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/29/turkeys-court-of-cassation->

- refuses-to-enforce-an-arbitration-clause-in-english-based-on-a-turkish-language-requirement/ (29.09.2018).
- KOCAAĞA, Köksal: “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, TBB Dergisi, 79, 2008, s.73-102.
- MOSES, Margaret L.: *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 1. Bası, Cambridge University Press, New York 2008.
- NACIMIENTO, Patricia/OTTO, Dirk/PORT, Nicola Christine): *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, New York 2010.
- NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- ORBAY ORTAÇ, Nurdan: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz”, Ankara Barosu Dergisi, 2, 2014, s.119-133.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi”, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2, 2019, s.179-253.
- PENASTHİKA, Priskila Pratita: “The Mandatory Use of National Language in Indonesia and Belgium: An Obstacle to International Contracting”, *Indonesia Law Review*, 3, 2017, s.83-104.
- ROSEN, Janet, A.: “Arbitration under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence de la Competence”, *Fordham International Law Review*, 17, 1994, s.599-666.
- SCHWENZER, Ingeborg/HACHEM, Pascal/KEE, Christopher: *Global Sales and Contract Law*, 1. Bası, Oxford Yayınevi, New York 2012.
- SHADAB, Houman B.: “The Law and Economics of Hedge Funds: Financial Innovation and Investor Protection”, *Berkeley Business Law Journal*, 1-2, 2009, s.240-297.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİĞENMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- TANDOĞAN, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- TAŞPINAR AYVAZ, Sema: “Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İmza Atamayanlarla İlgili Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış”, *AUHFD*, 61(1), 2012, s.321-349.
- TRAKMAN, Leon: “Legal Traditions” and International Commercial Arbitration, *American Review of International Arbitration*, 29, 2007, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=986507), s.1-35.
- TUNG, Sherlin: “The Importance of Languages in International Arbitration and How They Impact Parties’ Due Proces Rights”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 113, 2017, s.113-132.
- YEŞİLOVA, Bilgehan: “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, TBB Dergisi, 76, 2008, s.83-164.
- YÜCESOY YILMAZ, Yasemin: “Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması”, TBB Dergisi, 140, 2019, s.303-330.

COSTA CONCORDIA DENİZ KAZASININ DENİZ EMNİYETİ BAKIMINDAN SONUÇLARI

RESULTS OF COSTA CONCORDIA MARINE ACCIDENT ON THE SCOPE OF MARITIME SAFETY

İsmail DEMİR*  & Özgenur KARA** 

Makale Bilgi

Gönderilme: 25/09/2020
Kabul: 11/12/2020

Anahtar Kelimeler

*Costa Concordia,
Deniz Emniyeti,
SOLAS,
Deniz Kazası,
Deniz Emniyeti
Komitesi.*

Article Info

Received: 25/09/2020
Accepted: 11/12/2020

Keywords

*Costa Concordia,
Maritime Safety,
SOLAS,
Marine Accident,
Maritime Safety
Committee.*

Özet

COSTA CONCORDIA isimli yolcu gemisinin sebep olduğu deniz kazası neticesinde toplam olarak otuz üç kişi hayatını kaybetmiş, yüzlerce kişi yaralanmış ve gemi tamamen kullanılamaz bir hâle gelmiştir. COSTA CONCORDIA kazasının büyüklüğü ve sonuçları, onun deniz emniyeti bakımından değerlendirilmesini gerektirmiştir. Bu çalışmada ilk olarak kaza, meydana geliş şekli bakımından açıklanmıştır. İkinci olarak, deniz emniyetine ilişkin sorunlar ve uluslararası düzenlemeler kapsamında ihlal olarak nitelendirilebilecek hususlar tespit edilmiştir. Son olarak Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın bir uzmanlık kuruluşu olan Uluslararası Denizcilik Örgütü (International Maritime Organization – “IMO”) Deniz Emniyeti Komitesi (Maritime Safety Committee – “MSC”) ve Avrupa Birliği'nin meseleye ilişkin çalışmalarına temas edilmiştir. Bu çalışmada COSTA CONCORDIA kazası sonrası IMO-MSC'nin katkısıyla, yolcu gemisi donatanlara yönelik geçici tedbirlerin belirlendiği, deniz emniyetine yönelik sorun teşkil edebilecek hususların uzun vadeli eylem planına eklendiği ve 1974 tarihli Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi (International Convention for the Safety Life at Sea, 1974 – “1974 SOLAS”)’da değişiklik yapıldığı tespit edilmektedir. Ayrıca, COSTA CONCORDIA kazası, Avrupa Birliği ve sivil toplum kuruluşları nezdinde de deniz emniyeti boyutu ile dikkat çekmiştir.

Abstract

As a result of the marine accident, caused by the cruise ship named COSTA CONCORDIA, a total of thirty-three people lost their lives, hundreds of people were injured and the ship became completely unusable. The magnitude of the COSTA CONCORDIA accident and its results required it to be evaluated in terms of maritime safety. In this study, firstly, the accident is explained in terms of the occurrence. Secondly, the problems related to maritime safety and the issues that could be described as violations within the scope of international regulations are established. Finally, it is dealt with Maritime Safety Committee (“MSC”) of the International Maritime Organization (“IMO”) which is a specialised agency of the United Nations and European Union’s works in relation to the matter are explained. In this study it has been found that, following COSTA CONCORDIA accident, the temporary measures for passenger ship’s owners have been established, the issues that may pose a problem related to accident have been added to the long-term action plan for maritime safety, and the amendments have been made to International Convention for the Safety Life at Sea, 1974 (“1974 SOLAS”) with the contribution of IMO-MSC. In addition, COSTA CONCORDIA accident has been attracted attention with its maritime safety aspect at the European Union and non-governmental organizations.

I. GİRİŞ

Günümüzde bilim ve teknolojiye yaşanan ilerlemelere paralel şekilde daha emniyetli ve sofistike, yüksek donanıma sahip gemiler inşa edilmesine rağmen, deniz kazalarının meydana gelmesi engellenememektedir. Deniz kazalarının meydana gelmesini tamamen önlemek mümkün değildir. Ancak, kazaların olumsuz etkilerinin asgari seviyeye indirilmesi gereğinin her geçen gün daha fazla hissedilmekte olduğu da bir gerçektir¹. Özellikle devasa büyüklükte, binlerce yolcu taşıma kapasitesine sahip yolcu gemilerinin karıştığı deniz kazalarının sonuçları bir hayli ağırdır². Deniz kazaları, binlerce yolcunun ölümüne, bedensel zarara maruz kalmalarına, eşya ve çevre zararlarına yol açmaktadır.

Diğer gemilerin tabi olduğu deniz emniyetine (*maritime safety*) dair kurallar, genel olarak yolcu gemileri için de geçerlidir. Bununla birlikte, münhasıran yolcu gemileri için geliştirilen deniz emniyeti kuralları da mevcuttur. Deniz kazalarının önlenmesi, kazaların olumsuz sonuçlarının asgari seviyeye indirilmesi, söz konusu kurallara azami ölçüde uyulmasına bağlıdır. Yaşanan tecrübeler çerçevesinde bu kurallar, sürekli olarak geliştirilmekte ve yenilenmektedir. Deniz kazalarından alınan dersler, ister istemez mevcut kuralların gözden geçirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Denizdeki tehlikelerin fazlalığı ve çeşitliliği, deniz emniyetine ilişkin çok sayıda ve kapsamlı düzenlemelerin yapılmasını gerektirmektedir. Deniz emniyetine dair düzenlemeler, esas itibarıyla ticaret gemilerinin inşası, donanımı ve işletilmesi ile seyrüsefer koşullarına ilişkin standartlara uygunluklarını ilgilendiren bir teknik alanda yer alır³. Dar anlamıyla sadece gemilerin denizde seyrüsefer emniyetini ifade eden deniz emniyeti kavramı, son yıllarda yaygın şekilde deniz kirliliğinin (*marine pollution*) önlenmesi ve denizde güvenliğin (*maritime security*) sağlanmasını da kapsar şekilde daha geniş bir anlamda kullanılmaktadır⁴.

Deniz emniyetine ilişkin kuralların oluşturulması, XX. yüzyılın başlarına rastlamaktadır. Bu dönemden önce devletler, özellikle deniz ticaretini sekteye uğratacağı ve uluslararası alanda rekabeti engelleyeceği endişesiyle düzenleme yapmaktan kaçınmışlardır⁵. Deniz emniyetine dair düzenlemelerin oluşturulmasında resmî ve gayri resmî uluslararası örgütlerin çabaları büyüktür. Özellikle Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın bir uzmanlık kuruluşu olan Uluslararası Denizcilik Örgütü (*International Maritime Organization: "IMO"*),⁶ küresel ölçekte denizde emniyete ilişkin kurallar ihdas eden tek yetkili uluslararası örgüttür. IMO, "temiz denizlerde emniyetli, güvenli ve verimli denizcilik" (*safe, secure and efficient shipping on clean ocean*) hedefi çerçevesinde, kuruluşundan bu zamana kadar ana ve alt komiteleri aracılığıyla kırktan fazla milletlerarası sözleşme, yüzlerce kod ve tavsiye niteliğinde kararları kabul etmiştir⁷. Bunlar arasında deniz emniyetini ilgilendiren en önemli düzenleme, 1974 tarihli Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi ("1974 SOLAS")⁸ dir⁹. Çalışmamızda COSTA CONCORDIA deniz kazasının deniz emniyeti bakımından sonuçları, bütün dünyada geniş kabul gören 1974 SOLAS ve bu Sözleşme'ye bağlı sair düzenlemeler bağlamında ele alınmıştır.

II. KAZANIN MEYDANA GELİŞİ

İtalyan bayraklı kruvaziyer gemisi COSTA CONCORDIA, Costa Crociere isimli bir anonim şirket tarafından işletilmektedir. COSTA CONCORDIA, denize indirildiği 2 Eylül 2005

¹ DEMİR, İsmail: "Deniz Kazalarını ve Olaylarını Araştırma ve İnceleme Yönetmeliği Üzerine Değerlendirmeler", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. I, 22(3), 2016, s.880.

² MANDARAKA-SHEPPARD, Aleka: *Modern Maritime Law Volume II: Managing Risks and Liabilities*, 3. Bası, Informa Law from Routledge, London 2013, s.791.

³ BOISSON, Philippe: "Law of Maritime Safety", in Attard, David Joseph/Fitzmaurice, Malgosia/Martínez Gutiérrez, Norman/Arroyo, Ignacio/Belja, Elda (ed.), *The IMLI Manual on International Maritime Law II: Shipping Law*, Oxford University Press, Oxford 2016, s.180.

⁴ DEMİR, İsmail: "Türk Hukukunda Deniz Emniyetine İlişkin Düzenlemelere Genel Bakış", in Kırca, İsmail/Şit İmamoglu, Başak/Gürel, Murat/Tekin, Ufuk/Bektaş, İbrahim/Yener, Merve İrem (ed.), Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.354.

⁵ BOISSON, s.181.

⁶ Türkiye'nin 25.03.1958 tarihinden itibaren üyesi olduğu Birleşmiş Milletler nezdindeki bir örgüt olan IMO'ya toplamda 174 devlet üyedir: Bkz. <http://www.imo.org/en/About/Membership/Pages/MemberStates.aspx>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020). Önceki adı International Maritime Consultative Organization ("IMCO") olan örgütün kuruluşuna dair bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XII/XII-1.en.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.09.2020).

⁷ BOISSON, s.182; GREWAL, Devinder: "International Ship Safety Regulations", in Talley, Wayne (ed.), *Maritime Safety, Security and Piracy*, Informa Law, London 2008, s.11.

⁸ *International Convention for the Safety Life at Sea, 1974*. Türkiye 06.03.1980 tarihli ve 8/522 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 1974 tarihli SOLAS'ı onaylamış ve SOLAS'ın Türkçe ve İngilizce metinleri yayımlanmıştır: Bkz. RG: 25.05.1980; 16985. Türkiye, 1974 tarihli SOLAS'ın 1978 tarihli Protokolü'ne taraf olmasına rağmen, henüz 1988 tarihli Protokol ile 1996 tarihli tadilatlarla taraf olmamıştır: Bkz. <http://www.imo.org/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

⁹ GREWAL, s.12.

tarihi itibarıyla İtalya'nın en büyük yolcu gemisidir¹⁰. Gemi, 13 Ocak 2012 tarihine kadar bir kruvaziyer gemi olarak işletilmiştir¹¹. COSTA CONCORDIA, düzenli olarak bir hafta sürecek şekilde Akdeniz'de seferler yapmaktadır. Geminin güzergâhında Civitavecchia, Savona, Marsilya, Barselona, Palma de Mallorca, Caligari ve Palermo limanları yer almaktadır¹².

COSTA CONCORDIA, 13 Ocak 2012 tarihinde Civitavecchia Limanı'ndan ayrılmasını takiben yaklaşık iki saat sonra İtalya'nın Tiren Denizi karasularında ciddi bir deniz kazasına maruz kalmıştır¹³. Gemi, İtalya'nın Giglio Adası'na yakın bir yerde sığ sulara yönelmiş, önce Le Scole resiflerine çarparak hasar almış, sonrasında hızla su almaya devam etmesi neticesinde yan yatarak batmıştır¹⁴. Kazanın gerçekleştiği sırada gemide 3.206 yolcu ve 1.023 mürettebat bulunmaktadır¹⁵. Yolcuların büyük bir kısmı İtalya vatandaşlarıdır. Gemide İngiliz, İspanyol, Alman, Fransız, Güney Koreli, Kuzey ve Güney Amerikalı yolcular da bulunmaktadır. Geminin mürettebatı, Filipinli, Hindistanlı ve Endonezyalı gemi adamlarından oluşmaktadır¹⁶.

Gemi kaptanı Francesco Schettiona, ilk ifadesinde turistik amaçla adaya yakın sefer yaptığını, karanlık olması sebebiyle adaların çok iyi görünmediğini belirtmiştir. Kaptan, geminin navigasyon sistemini kapatmış, önceden belirlenen rotadan saparak adaya yönelmiştir¹⁷. Yapılan ilk soruşturmada geminin kıyıda 5 mil açıkta olması gerekirken, karaya oturduğu sırada kıyıya yalnızca 150 metre mesafede bulunduğu ve geminin 15,5 knot gibi yüksek bir hızda kayalıklara çarptığı tespit edilmiştir¹⁸. Geminin donatısı Costa Crociere tarafından yapılan ilk açıklamalarda kaptanın belirlenen rotadan saptığı ve gemide acil durumda uyulması gerekli olan standart prosedürlere uyulmadığı ifade edilmiştir¹⁹.

Geminin kayalıklara çarpmasını takiben çarpma sesi duyulmuş ve geminin ışıkları sönmüştür. Gemi personeli tarafından bunun bir elektrik arızası olduğuna ilişkin duyuru yapılmıştır. Yolcuların yapmış olduğu çağrı üzerine İtalyan Sahil Güvenliği tarafından gemi ile temasa geçilmişse de gemide yalnızca elektrik kesintisi olduğu ve gerekli bakımın yapıldığı bildirilmiştir. Geminin kayalıklara çarpmasından yaklaşık bir saat sonra İtalyan Sahil Güvenliği tarafından tekrar bir çağrı yapılmış, kaptan bu kez imdat çağrısı göndermiş ve kaptan tarafından "gemiye terk talimatı" verilmiştir. Bunun üzerine yolculardan bir kısmı üçüncü güvertedeki can kurtarma istasyonlarında toplanmış, diğer bir kısmı ise denize atlayarak adaya doğru yüzmeye başlamıştır. Gemi, ilk olarak sancağa çarpmış, sonrasında sancağa doğru dairesel manevranın devam etmesiyle birlikte 20 derece yan yatmıştır. Geminin giderek yatması sebebiyle bir süre sonra filikaların indirilmesi imkânı tamamen ortadan kalkmıştır. Geminin tahliyesi İtalyan Sahil Güvenliği tarafından sağlanmış, kaptan ve gemi personeli yolcular tamamen tahliye edilmeden önce gemiyi terk etmişlerdir²⁰.

COSTA CONCORDIA kazası, otuz ikisi yolcu ve mürettebat, biri kurtarma görevlisi olmak üzere toplam otuz üç kişinin ölümü, yüz elli yedi kişinin yaralanmasıyla sonuçlanmıştır. 13 Ocak ilâ 30 Ocak 2012 tarihleri arasında kurtarma ekipleri tarafından kayıp kişilerin aramasına ilişkin çalışmalar devam etmiştir²¹. Kurtarma çalışmalarında gemide bulunan 2.400 metrik ton yakıtın çevreye yayılması engellenmiştir²².

¹⁰ KARA, Hacı: "Costa Concordia Kazasının Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 25(104), 2013, s.137.

¹¹ DAKE, Shawn: "A Short History of the Costa Concordia", 22.01.2012, <https://maritimematters.com/2012/01/a-short-history-of-the-costa-concordia/>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

¹² Italian Ministry of Infrastructures and Transports, Marine Casualties Investigative Body: Cruise Ship Costa Concordia, Report on the Safety Technical Investigation, https://www.fomento.gob.es/recursos_mfom/2012costaconcordia.pdf, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

¹³ SOMERS, Eduard: "The Costa Concordia Incident and Liability for Passenger Damage: An International and European Law Approach", in Govaere, Inge/Lannon, Erwan/Van Elsuwege, Peter/Adam, Stanislas (ed.), The European Union in the World Essays in Honour of Marc Maresceau, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2014, s.341.

¹⁴ ELNABAWYBAHRİZ, Mohamed Nabil/HASSAN, Mohamed Hussein Nassar: "The Impact of Low Efficient Evacuation Plan During Costa Concordia Accident", International Journal of Mechanical Engineering, 5(1), 2016, s.45; KARA, Hacı: "Costa Concordia Kazasının Sebepleri", Aktüeldeniz, S.32, 2012, s.21.

¹⁵ IMO, 10.04.2012, MSC 90/27/5, s.1.

¹⁶ KARA, Sebepleri, s.21.

¹⁷ SOMERS, s.342.

¹⁸ Italian Ministry of Infrastructures and Transports, Marine Casualties Investigative Body: Cruise Ship Costa Concordia, Report on the Safety Technical Investigation, s.3, https://www.fomento.gob.es/recursos_mfom/2012costaconcordia.pdf, (Erişim Tarihi: 15.09.2020); KARA, Sebepleri, s.21.

¹⁹ KARA, Sebepleri, s.21.

²⁰ Italian Ministry of Infrastructures and Transports, Marine Casualties Investigative Body: Cruise Ship Costa Concordia, Report on the Safety Technical Investigation, s.16 vd., https://www.fomento.gob.es/recursos_mfom/2012costaconcordia.pdf, (Erişim Tarihi: 15.09.2020); KARA, Sebepleri, s.22.

²¹ Bkz. <https://gis.imo.org/Members/MCI/Browse.aspx?Form=Analysis&Action=View&IncidentID=8482&AnalysisID=3171>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020); Bkz. <https://safety4sea.com/maritime-history-costa-concordia-disaster/>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

²² KARA, Sonuçları, s.141.

Kazayı takiben İtalya tarafından MSC'ye sunulan raporda üç farklı soruşturmanın yürütülmekte olduğu ifade edilmiştir²³. Öncelikle İtalyan Sahil Güvenliği tarafından İtalyan Denizcilik Kanunu (*Italian Code of Navigation*)²⁴ gereğince idari soruşturma yürütülerek, kazanın muhtemel nedenleri ve kimlerin sorumlu tutulabileceği saptanmaya çalışılmıştır. İkinci olarak IMO ve Avrupa Birliği düzenlemeleri gereğince²⁵ kazanın gerçekleşmesine sebep olan teknik aksaklıkları belirlemek üzere kaza sonrası teknik soruşturma gerçekleştirilmiştir. Son olarak adli makamlarca kazanın gerçekleşmesinde sorumlu kişilerin takibine yönelik bir ceza soruşturması yürütülmüştür²⁶.

Kaza neticesinde ilk olarak 26 Ocak ve 27 Ocak 2012 tarihlerinde iki tazminat davası açılmıştır²⁷. Bu davaları Amerika Birleşik Devletleri'nde açılan davalar izlemiştir²⁸. Daha fazla sayıda tazminat davası açılma ihtimalini değerlendiren Carnival Corporation, yeni davalara mahal vermeden uyuşmazlıkların çözümü amacıyla herhangi bir bedensel zarara maruz kalmayan yolcuların zarar gören eşyasını ve manevi zararlarını tazmin etmeye yolcu başına 11.000 Euro ödemeyi teklif etmiştir. Ayrıca şirket tarafından yolcuların seyahat ve sağlık giderlerinin de karşılanacağı taahhüt edilmiştir²⁹. Kazada ölen yolcuların yakınları ile yaralanıp tedavi görmekte olan yolcular için de onların durumlarına göre farklı tekliflerin sunulabileceği belirtilmiştir³⁰. Esasen yolcu gemilerinin karıştığı deniz kazalarında genellikle dava yoluna başvurulmaksızın uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlendiği, bu yöntemin uzun dava prosedürüyle uğraşmak istemeyen çoğu yolcular tarafından da tercih edildiği görülmektedir. Önceki deniz kazalarıyla karşılaştırıldığında, COSTA CONCORDIA kazasında önerilen tazminat miktarının yolcular için kabul edilebilir şekilde bir hayli yüksek olduğu değerlendirilmektedir³¹.

III. DENİZ EMNİYETİNE İLİŞKİN SORUNLARIN TESPİTİ

A. Genel Olarak

Kazanın meydana gelmesine yol açan sorunlar, genel olarak geminin teknik yapısına ilişkin sorunlar ve geminin organizasyonuna ilişkin sorunlar olarak gruplandırılabilir. Her ne kadar kazanın meydana gelmesinden sonra kaptanın hatalı davranışlarına ve genel olarak insan unsuruna odaklanılmış olsa da geminin teknik donanım eksikliği ve gerekli yeterliliğe sahip

²³ MSC, İtalya'nın kazaya ilişkin teknik, idari ve cezai soruşturmalardan sürekli olarak komiteyi bilgilendirmesini istemiş, bu doğrultuda İtalya, kaza sonrası gerçekleşen MSC toplantılarında komiteyi gelişmelerden haberdar ederek, yürütülen soruşturmalara ilişkin raporlar sunmuştur: Bkz. IMO, 10.04.2012, MSC 90/27/5; IMO, 10.04.2012, MSC 90/27/10; IMO, 25.09.2012, MSC 91/7/5; IMO, 16.11.2012, MSC 91/7/7; IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3; IMO, 13.05.2013, MSC 92/INF.6; IMO, 11.02.2014, MSC 93/6/1. Söz konusu raporlar neticesinde IMO nezdindeki "Marine Casualties and Incidents - GISIS" sisteminde Costa Concordia kazası "C008482" referans numarası ile "çok ciddi deniz kazası (*very serious marine casualty*) olarak kaydolmuştur. Kazaya ilişkin raporlar ve analizler bu sistemde yer almaktadır: Bkz. <https://gisis.imo.org/Members/MCI/Browse.aspx?Form=Analysis&Action=View&IncidentID=8482&AnalysisID=3171>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

²⁴ Bkz. <http://www.satiratore.it/Diritto/Codice%20della%20Navigazione.pdf>, (Erişim Tarihi: 18.09.2020).

²⁵ Bkz. 1974 SOLAS XI. Bölüm, Kural 1(6) ve 2009/18/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi.

²⁶ IMO, 10.04.2012, MSC 90/27/5, s.2. Bu doğrultuda, kazadan sonra İtalyan yetkililerce gemide bulunan gemi sefer kayıt cihazındaki (*voyage data recorder* - VDR) veriler incelenmeye ve geminin kaptanı ile köprüstünde bulunan gemi adamlarının ifadeleri alınmaya başlanmıştır: PICCINELLI, Mario/GUBIAN, Paolo: "Modern Ships Voyage Data Recorders: A Forensics Perspective on the Costa Concordia Shipwreck", *The International Journal of Digital Forensics & Incident Response*, C. 10, 2013, s.41 vd. Ayrıca, geminin hasar aldıktan sonraki stabilitesini ölçmek üzere kardeş gemisi (*sister ship*) Costa Serena üzerinde simülasyon çalışmaları gerçekleştirilmiştir: IMO, 10.04.2012, MSC 90/27/5, s.2. Costa Concordia gemisinin kaptanı ve birinci zabiti kazanın gerçekleşmesinin sonra adam öldürme ve geminin terk edilmesi gibi suçlar bakımından tutuklanmıştır. İtalyan Yargıtay'ı tarafından Mayıs 2017 tarihinde Costa Concordia gemisinin kaptanını, taksirle adam öldürme, gemi kazasına sebep olma ve batmış olan deniz aracını yolcu ve mürettebatı hâlen daha gemideyken terk etme suçlarından 16 yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir: PARSONS, James/ALLEN, Chad: "The History of Safety Management", in Olteda, Helle/Lützhöft, Margareta (ed.), *Managing Maritime Safety*, Routledge, New York 2018, s.27; KARA, Sonuçları, s.141. Ayrıca gemi adamlarından beşi de kasten öldürme ve yaralanmaya sebep olmaktan mahkum edilmişlerdir: Bkz. <https://safety4sea.com/maritime-history-costa-concordia-disaster/>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

²⁷ Bu konuda bkz. KARA, Sonuçları, s.142 vd.

²⁸ SOMERS, s.344 vd. Kazada 1974 tarihli Yolcuların ve Bagajlarının Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Atina Sözleşmesi (*Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974 - Atina Sözleşmesi*)'nin uygulanabilirliği ise m. 2(1) gereğince, ancak taşıma sözleşmesinin taraf devletlerden birinde yapılmış olması hâlinde mümkündür: KARA, Sonuçları, s.145. 20.04.1987 tarihinde yürürlüğe giren Atina Sözleşmesi'nin İngilizce metni için bkz. http://library.arcticportal.org/1700/1/Athens_convention_compilation.pdf, (Erişim Tarihi: 18.09.2020). Zira, Costa Concordia gemisi İtalyan sicilinde kayıtlı olmakla birlikte, seferin hem kalkış hem varış yeri İtalya sınırları içerisinde olup, İtalya Atina Sözleşmesi'ne taraf değildir: Bkz. <http://www.imo.org/en/About/Membership/Pages/MemberStates.aspx>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

²⁹ ELNABAWYBAHRİZ/HASSAN, s.51; KARA, Sonuçları, s.142. Bunun sonucunda gemide bulunan Fransız yolcuların 180'ini davadan vazgeçerek 11 bin Euro tazminat teklifini kabul etmiş, 20'si ise Amerika Birleşik Devletleri'nde açılan davaya iştirak etmiştir: IMO Maritime Knowledge Centre: *Current Awareness Bulletin*, 24(5), 2012, s.4. Carnival Corporation şirketi tarafından 22 Ocak 2013 tarihinde yapılan açıklamada yolcuların %62'si ve gemi adamlarının %93'ü ile anlaşmaya varıldığı belirtilmiştir: DICKERSON, Thomas: "The Cruise Passenger's Rights and Remedies 2014: The Costa Concordia Disaster: One Year Later Many More Incidents Both on Board Megaship and During Risky Shore Excursions", *Tulane Maritime Law Journal*, 38(2), 2014, s.525. Ayrıca şirket bu tazminat teklifinin uluslararası sözleşmelerde öngörülen sorumluluk sınırlarından daha yüksek olduğunu da açıklamıştır: SOMERS, s.346.

³⁰ SOMERS, s.345.

³¹ SOMERS, s.346.

olmayan gemi adamlarının gemide çalıştırılması sebebiyle donatanın sorumluluğu meselesi ihmal edilmemelidir. Öncelikle belirtilmelidir ki, kazanın meydana gelmesine yol açan sebepler, doğrudan deniz emniyetine ilişkin düzenlemelerin ihlal edilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Ayrıca, kazada tespit edilen sorunların deniz emniyetine ilişkin düzenlemelere yansımaları da oldukça sınırlı olmuştur.

IMO tarafından oluşturulan sistemde “çok ciddi deniz kazası” kapsamında yer alan COSTA CONCORDIA kazasına yol açan unsurlar; risk analizinin ve seyrüsefer planlamasının düzgün bir şekilde yapılamaması, geminin kontrolünün tam olarak sağlanamaması, köprü üstündeki yönetimin düzgün gerçekleşmemesi, geminin konumunun izlenmesindeki aksaklıklar olarak sıralanabilir³².

Kazanın sonuçlarının ölümcül olması ise geminin tahliyesinin başarılı bir şekilde gerçekleştirilememesiyle oldukça yakından ilgilidir³³. Bu anlamda öncelikle gemi adamları tarafından yolcuların tahliye ve gemide acil durumlarda yapılması gerekenlere ilişkin yeterli şekilde bilgilendirilmemesi ve gemide bu konularda anlaşılabilir uyarı levhalarının bulunmaması önemli bir sorun teşkil etmiştir. Zira başarılı bir tahliyenin gerçekleşebilmesi için gerek yolcuların, gerekse gemi adamlarının acil durumlarda yapmaları gerekenleri bilmeleri hayati önem taşımaktadır³⁴.

B. Geminin Teknik Yapısına İlişkin Sorunlar

COSTA CONCORDIA, 1974 SOLAS gereklerine uygun şekilde yeterli sayıda can kurtarma ekipmanlarıyla donatılmıştır³⁵. İtalyan otoritelerince yapılan teknik soruşturmada gemide 6.115 kişinin kurtarılmasına yetecek kadar ekipman bulunduğu saptanmıştır³⁶. Ancak geminin 20 dereceden fazla olacak şekilde yatması sebebiyle gemide bulunan 26 adet can kurtarma botundan 23 adeti kullanılabilmiş³⁷, 69 adet can kurtarma salından ise yalnızca 6 adetinin denize indirilmesi mümkün olmuştur³⁸. Bir görüşe göre belirli bir derecede yan yatan gemiler bakımından kullanılmaya elverişli olan geleneksel biniş merdivenleri, COSTA CONCORDIA’da tam olarak bulunması gereken sayıdan biraz daha fazla olsaydı, bu sorunun çözülmesi mümkün olabilirdi³⁹. Diğer görüşe göre ise geminin daha hızlı ve başarılı bir şekilde tahliye edilebilmesi için yolcu gemilerine yönelik kaydıraklı tahliye sistemlerine ihtiyaç bulunmaktadır. Ayrıca, tahliye sırasında can kurtarma botlarından bazılarının indirilirken hızla geminin bordasına çarptığı ve bu durumun geminin daha çabuk su almasına yol açtığı tespit edilmiştir⁴⁰.

Kazada birçok kişinin soğuk sudan etkilenerek hipotermi nöbeti geçirmesi sebebiyle hayatını kaybetmiş olabilecekleri değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda gemilerde genellikle gemi adamlarının eğitiminde kullanılan ve gemi adamları bakımından bulundurulması gerekli olan ısı korumalı giysiler ile ekipmanların yolcu gemilerinde yolcular için de bulundurulması gereği ortaya çıkmıştır. Son derece lüks bir yolcu gemisi olan COSTA CONCORDIA’nın her türlü olanağa sahip olmasına rağmen, gemide yaşanabilecek acil durumlarda kullanılmak üzere özellikle yaşlılar, çocuklar ve engelliler için bir ambulans helikopter bulunmaması eleştirilmektedir⁴¹.

1974 SOLAS Bölüm III, Kural 21(1)(3) uyarınca geminin terk edilmesine ilişkin uyarıyı takiben gemideki tüm insanları kurtarmak için gereken sayıda can kurtarma ekipmanının 30 dakika içerisinde denize indirilebilecek düzende olması gerekmektedir. Bu kurala uygun davranılması için tüm can kurtarma ekipmanlarının erişilebilir ve istendiğinde kullanılabilir

³² Bkz. <https://gis.imo.org/Members/MCI/Browse.aspx?Form=Analysis&Action=View&IncidentID=8482&AnalysisID=3171>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

³³ Bu husus İtalyan yetkililerince ilk yapılan soruşturmada dahi ortaya konulmuş ve kazadaki en temel sorunun; acil duruma ilişkin sinyalin geç verilmesi ve geminin tahliyesine ilişkin yapılması gerekenlerin zamanında yapılmaması olduğu belirtilmiştir: IMO, 10.04.2012, MSC 90/27/5, s.3.

³⁴ IMO, 26.03.2012, MSC 90/27/4, s.3.

³⁵ ELNABAWYBAHRİZ/HASSAN, s.47.

³⁶ Italian Ministry of Infrastructures and Transports, Marine Casualties Investigative Body: Cruise Ship Costa Concordia, Report on the Safety Technical Investigation, s.26, https://www.fomento.gob.es/recursos_mfom/2012costaconcordia.pdf, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

³⁷ IMO, 10.04.2012, MSC 90/27/5, s.1.

³⁸ Italian Ministry of Infrastructures and Transports, Marine Casualties Investigative Body: Cruise Ship Costa Concordia, Report on the Safety Technical Investigation, s.26, https://www.fomento.gob.es/recursos_mfom/2012costaconcordia.pdf, (Erişim Tarihi: 15.09.2020); ELNABAWYBAHRİZ/HASSAN, s.47.

³⁹ IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3, s.5. Bu konuda bkz. 1974 SOLAS Bölüm III, Kural 11(7).

⁴⁰ Bkz. <http://www.marpolandsolas.com/tr/?ai=206&k=86&mb=Edit%F6%FCn%20Yaz%FDlar%F>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

⁴¹ Bkz. <http://www.marpolandsolas.com/tr/?ai=206&k=86&mb=Edit%F6%FCn%20Yaz%FDlar%F>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

durumda olması⁴², kaptanın tahliye edilecek kişilere ilişkin listelere hâkim olması, insanların paniklemeden tahliye edilmeyi beklemesi gibi tüm şartların uygun olması gereklidir⁴³. COSTA CONCORDIA kazasında bu kural uygulanamamış, geminin boşaltılması saatler sürmüştür. Esasen büyük yolcu gemilerinin acil bir durumda her zaman 30 dakika içerisinde boşaltılması pek mümkün değildir. Bu kural, çoğu hâllerde sadece eski gemiler bakımından uygulanabilir⁴⁴. Nitekim İtalyan Sahil Güvenliği ve İtalyan Donanması tarafından gerçekleştirilen kurtarma faaliyetleri sonucunda bile tüm yolcuların gemiyi terk etmesi toplamda altı saatin sonunda gerçekleşebilmiştir⁴⁵.

Kazayı farklı kılan hususlardan biri, gemide hayati öneme sahip ekipmanların bulunduğu beş farklı su geçirmez bölmenin kazanın gerçekleşmesiyle sular altında kalmasıdır⁴⁶. Gemide su geçirmez kapıların (*watertight doors*) tümü kapalı değildir⁴⁷. Ayrıca, ikiden fazla su geçirmez bölmenin sular altında kalması, geminin dengesini korumasını oldukça zorlaştırmıştır⁴⁸. Dolayısıyla kazada sorun teşkil eden konulardan biri de “gemi stabilitesi” olmuştur. Bu kavram, geminin herhangi bir dış kuvvetin etkisiyle bozulan eski konumuna dönebilme kabiliyeti olarak ifade edilmektedir⁴⁹. Gemi inşasında büyük yolcu gemileri stabilite açısından her zaman risk taşımaktadır. Bu anlamda stabilite hesaplarının tekrar gözden geçirilmesi gerekliliği kaza sonrası sıklıkla gündeme gelmiştir⁵⁰.

COSTA CONCORDIA kazasını takiben 1974 SOLAS’ta yer alan hayati öneme sahip ekipmanların yedeklenmesine⁵¹, su basması tespit sistemi kurulmasına⁵² ve Elektronik Harita Gösterim ve Bilgi Sistemi’nin (*Electronic Chart Display System – “ECDIS”*) kullanımına⁵³ ilişkin kuralların gündeme gelmesi gerektiği düşünülebilir⁵⁴. Ancak, gemi, inşa edildiği yıl itibarıyla ilk iki düzenlemenin kapsamı dışında kalmakta, 1 Temmuz 2011’den önce inşa edilmiş olmasına rağmen henüz 1 Temmuz 2012’den sonra ilk sörveyden geçmediği için son düzenlemeye de tabi olmamaktadır. Böylece söz konusu kurallara ilişkin herhangi bir ihlal gerçekleşmemektedir. Yine 1974 SOLAS’ın seyrüsefere ilişkin en önemli değişikliklerinden biri olan Yolcu Gemilerinde Köprüüstü Seyir Alarm Sistemi’nin (“BNWAS”)⁵⁵ COSTA CONCORDIA’da kurulmamış olması, bir aykırılık oluşturmamaktadır. Zira bu sistem, sadece 1 Temmuz 2011’den sonra omurgası kızığa konulan gemiler bakımından geçerlidir.

C. Geminin Organizasyonuna İlişkin Sorunlar

Kazada hayatını kaybeden kişi sayısı, diğer benzeri kazalara kıyasla az olmakla birlikte, kaza, özellikle kaptanın karar alma sürecindeki hataları sebebiyle hem kamuoyunda, hem de denizcilik çevresinde uzun tartışmalara yol açmıştır⁵⁶. Kaptanın, geminin hasara uğramasını takiben yaklaşık bir saat boyunca karar almakta zorlanması, gemi adamlarının yolcuların gemiyi terk etmek istediklerini kendilerine iletmelerinden ardından geminin terk edilmesi kararının alınması yoğun şekilde eleştirilmektedir. Zira kaptanın karar alma süreci boyunca gemi, su almaya devam etmiş, sancağa doğru yatmaya başlamıştır. Kaptanın gecikmiş talimatıyla verilen gemiyi terk alarmından sonra da organizasyon hataları yapılmıştır. Sonuçta yolcuların ve

⁴² Örneğin, can yeleklerinin geminin hangi kısmında depo edileceğine ilişkin 1974 SOLAS’ta herhangi bir düzenleme bulunmadığından yolcuların paniklemesi ve acil duruma ilişkin bilgilendirilmenin tam olarak yapılmaması durumunda can yeleklerine ulaşmak dahi sorun teşkil edebilir: KLEIN, Ross: “In the Aftermath of the Costa Concordia Disaster”, Magazine of the Centre for Analysis of Risk and Regulation”, No: 24, Summer 2012, s.5.

⁴³ ELNABAWYBAHRİZ/HASSAN, s.47.

⁴⁴ KLEIN, s.5.

⁴⁵ PENSE, Caner: “Deniz Kazalarında İnsan Faktörü ve Bir Çözüm Olarak E-Seyir”, Akıllı Ulaşım Sistemleri ve Uygulamaları Dergisi, 1(2), 2018, s.72-86.

⁴⁶ IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3, s.2. Ayrıca bkz. <https://safety4sea.com/maritime-history-costa-concordia-disaster/>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

⁴⁷ KLEIN, s.4. Ayrıca bkz. Italian Ministry of Infrastructures and Transports, Marine Casualties Investigative Body: Cruise Ship Costa Concordia, Report on the Safety Technical Investigation, s.57, https://www.fomento.gob.es/recursos_mfom/2012costaconcordia.pdf, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

⁴⁸ IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3, s.2.

⁴⁹ Bkz. <https://www.marineinsight.com/naval-architecture/intact-stability-of-surface-ships/>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

⁵⁰ Bkz. <http://www.marpolandsolas.com/tr/?ai=206&k=86&mb=Edit%F6r%FCn%20Yaz%FDlar%F>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

⁵¹ Bu konuda, 1 Temmuz 2010 tarihi ve sonrasında inşa edilecek gemiler bakımından geçerli olan 1974 SOLAS Bölüm II, Kural 1, 8(1), 2(21) ve 2(22) örnek olarak verilmiştir: IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3, s.2.

⁵² Bu konuda, 1 Temmuz 2010 tarihi ve sonrasında inşa edilecek gemiler bakımından geçerli olan 1974 SOLAS Bölüm II, Kural 1 ve 22(1) örnek olarak verilmiştir: IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3, s.2.

⁵³ Bkz. 1 Temmuz 2011 tarihinden önce inşa edilmiş bütün gemilerde, 1 Temmuz 2012’deki ilk sörveylerinde bulunmak üzere geçerli olan 1974 SOLAS Bölüm V, Kural 19(2)(2)(3)(2). ECDIS eğitimi gemi adamları bakımından zorunlu tutulmuştur. Bu konuda bkz. MANDARAKA-SHEPPARD, s.50.

⁵⁴ IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3, s.2.

⁵⁵ Söz konusu sistem IMO, 05.07.2009, MSC.282(86) sayılı karar ile 1974 SOLAS Bölüm II, Kural 19(2)(2)(3) ve 19(2)(2)(4)’de eklenmiştir.

⁵⁶ PENSE, s.5.

mürettebatın tamamının zamanında gemiyi terk etmeleri mümkün olamamıştır⁵⁷.

Kazada kaptanın gemiyi kıyıya çok yakın bir şekilde ilerletmesi oldukça eleştirilmiştir. Kaptan, ilk ifadesinde bunun turistik amaçla olduğunu vurgulamaktayken, mahkemede yapmış olduğu savunmada bunun denizcilikte yaygın olarak yapılan “yelken selamı” (*sail-by salute*) olduğunu ve şirketin talimatlarına uygun davrandığını ifade etmiştir⁵⁸. Ancak, deniz emniyeti kuralları gereğince geminin kıyıda belirli bir uzaklıkta durması gerekmektedir. Nitekim kıyıya yakın seyir, 1974 SOLAS Bölüm V, Kural 34(1)’de yer alan emniyetli seyir ve tehlikeli durumlardan kaçınmaya ilişkin kurala da aykırılık teşkil etmektedir⁵⁹.

Kazada gemi adamlarının acil durumlara ilişkin yeterli eğitimlerinin olmadığı ve acil durumda yolcuların gemiden tahliyesine ilişkin yapılması gerekenleri gerçekleştirmedikleri birçok raporda yer almıştır. Ayrıca, kaptan dâhil olmak üzere, gemi adamlarının yolculardan önce gemiyi terk etmeleri de geminin organizasyonuna ilişkin önemli bir sorun olduğunu göstermektedir. Deniz emniyetine ilişkin düzenlemelerde gemi adamlarının eğitilmesi gerektiği belirtilmekteyse de eğitimin niteliğine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Her denizcilik işletmesi bu noktada farklı metotlar izlemektedir⁶⁰. Ancak kaza göstermektedir ki, gemi adamlarının eğitimi için oluşturulmuş standartların mevcudiyetine rağmen, eğitim sistemleri gemi adamlarının görevlerine göre farklılık göstermelidir⁶¹.

Kazaya dair yapılan soruşturmalarda yolcular ve gemi adamları arasında bir iletişim probleminin olduğu ifade edilmiştir. Gemide otuz sekiz farklı devletin tabiiyetinde bulunan gemi adamlarının çalıştırılması ve bu kişilerin çoğunun İtalyanca bilmemesine rağmen, gemideki yazılı bilgilendirmeler ve emirlerin İtalyanca olduğu görülmüştür⁶². İletişim kurmaya ilişkin yaşanan sıkıntılar, geminin tahliyesine ilişkin verilen emirlerin anlaşılmasına yol açmış, gemi adamları arasında işbirliği kurulmasını olumsuz etkilemiştir. Ayrıca, gemide bulunan yolculardan birçoğu tarafından İtalyanca yapılan bilgilendirmelerin anlaşılmasına da sorun teşkil etmiştir⁶³. Geminin çalışma dilinin İtalyanca olmasına rağmen⁶⁴, geminin bu dili bilmeyen mürettebatla donatılması, esasen donatanın emniyet yönetimi sistemine ilişkin önemli bir kusurunu oluşturmaktadır⁶⁵. Özellikle tahliyenin gerçekleştirilmesi sırasında yolcuların farklı tabiiyetten olmaları sebebiyle bilgilendirme ve talimatların yeterince anlaşılacağı tespit edilmiştir⁶⁶. Deniz emniyeti bakımından iletişim ve dil becerilerinin önemi ile mürettebatın anlaşılabilirliği için ortak bir dil belirlenmesi gerektiği hususu, gerek 1978 tarihli Gemi Adamlarının Eğitim, Belgelendirilme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşme’de (*International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers*, “1978 STCW”)⁶⁷, gerekse 1974 SOLAS’da açıkça vurgulanmaktadır⁶⁸. Keza, zamanında ve başarılı bir tahliyenin gerçekleşmesi bakımından iletişimin önemli olduğu, MSC’de Birleşmiş Milletler tarafından kaza sonrası sunulan raporda da belirtilmiştir⁶⁹.

Yolcu gemilerinde yolcuların gemiye binmelerinin ardından eğitilmiş gemi adamları tarafından acil durumlarda geminin nasıl terk edileceğine ilişkin bilgilendirilmeleri gerekir. 1974 SOLAS’ın can kurtarma ekipmanlarına ilişkin III. Bölümü’nde yer alan “Acil Durum Eğitim ve Talimleri” başlıklı Kural 19’a göre gemi, seyrüsefere başladıktan sonra yolculuk 24 saatten fazla sürecek ise geminin hareket etmesini takiben 24 saat içerisinde bir toplanma talimi (*muster drills*)

⁵⁷ PENSE, s.5.

⁵⁸ KLEIN, s.4.

⁵⁹ Bu husus İtalyan Delegasyonu tarafından sunulan raporda da belirtilmiştir: IMO, 10.04.2012, MSC 90/27/10, s.2.

⁶⁰ KLEIN, s.4.

⁶¹ KARA, Sonuçları, s.146.

⁶² OLTEDAL, Helle/LÜTZHÖFT, Margareta: “The Human Contribution”, in Oltedal, Helle/Lützhöft, Margareta (ed.), *Managing Maritime Safety*, Routledge, New York 2018, s.77.

⁶³ ELNABAWYBAHRİZ/HASSAN, s.47.

⁶⁴ Italian Ministry of Infrastructures and Transports, Marine Casualties Investigative Body: Cruise Ship Costa Concordia, Report on the Safety Technical Investigation, s.26, https://www.fomento.gob.es/recursos_mfom/2012costaconcordia.pdf, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

⁶⁵ OLTEDAL/LÜTZHÖFT, s.77.

⁶⁶ IMO, 17.12.2012, MSC 91/22, s.33.

⁶⁷ 1995 ve 2010 yıllarında revize edilen STCW’nin İngilizce metni için bkz. https://www.itfglobal.org/media/1391/stcw_revised_rk-bb_small.pdf, (Erişim Tarihi: 15.09.2020). Türk hukuku bakımından da “Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği” m. 62(f)’de gemide etkili bir sözlü iletişimin kurulması gerekliliği açıkça ifade edilmektedir: Bkz. RG: 10.02.2018; 30328.

⁶⁸ MANDARAKA-SHEPPARD, s.18.

⁶⁹ IMO, 26.03.2012, MSC 90/27/4, s.3. Yine aynı raporda ayrıca STCW gereğince gemi adamlarının kriz yönetimi konusunda görevleri ve sorumlulukları olmasına rağmen, iletişim eksikliği sebebiyle yolcuların kimin gemi adamı olduğunun bile farkına varamaması hâlinde gemi adamının bu görevini yerine getirme imkânının kalmayacağı da belirtilmiştir: IMO, 26.03.2012, MSC 90/27/4, s.3.

ya da denizcilikteki adıyla “role eğitimi”⁷⁰ yapılması gerekmektedir. COSTA CONCORDIA kazasında ise kaza, geminin hareketinden henüz 24 saat geçmeden gerçekleşmiş, dolayısıyla söz konusu eğitim yapılamamıştır. Bununla birlikte, bu konuda yaygın uygulama, geminin hareketinden önce toplanma talimi yapılması yönündedir. Ancak, olayda geminin hareketinden önce de böyle bir eğitim verilmiş değildir⁷¹. Belirtilen sebeplerle 1974 SOLAS’ta yer alan bu düzenleme gereği yolculara acil durumlarda yapılması gerekenlere ilişkin bir eğitim verilmemesi ya da kısa bir bilgilendirme yapılmaması, herhangi bir aykırılık taşımamaktadır. Ancak, kazadan sonra yapılan ilk MSC toplantısından itibaren 1974 SOLAS hükümleri eleştirilmeye başlanmış ve değiştirilmesi gerektiği sıklıkla vurgulanmıştır⁷².

IV. KAZA SONRASI YÜRÜTÜLEN ÇALIŞMALAR

A. Uluslararası Denizcilik Örgütü Nezdindeki Çalışmalar

1. Genel Olarak

COSTA CONCORDIA deniz kazası, IMO’da özellikle MSC’nin gündemine alınmış, MSC’nin 90. toplantısından itibaren kazaya ilişkin raporlar paylaşılmış ve deniz emniyetine ilişkin olarak kazadan çıkarılabilecek dersler ortaya konulmuştur. Bu tartışmalar, esas itibarıyla yolcu gemileri bakımından deniz emniyeti hakkında MSC nezdinde oluşturulan geçici çalışma grubu tarafından yürütülmüştür⁷³. Çalışma grubu, özellikle büyük yolcu gemilerinde deniz emniyetine ilişkin gerek teknik, gerekse geminin organizasyonuna ilişkin konuların tartışılması amacıyla kurulmuştur. Aşağıda detaylı olarak incelenen geçici tedbirler, kazaya ilgili uzun vadeli eylem planında yer verilen konular ve 1974 SOLAS’ta yapılan değişiklikler, bu çalışma grubunun çalışmaları ile ortaya çıkmıştır⁷⁴.

2. Geçici Tedbirler

COSTA CONCORDIA kazasının gerçekleşmesinden beş ay sonra MSC tarafından kazaya ilişkin o tarihte elde edilen bilgiler çerçevesinde yolcu gemisi işleten donatanlarca alınabilecek geçici tedbirlere yönelik kararlar kabul edilmiştir⁷⁵. Bu tedbirler ihdas edilirken devletler ve sivil toplum örgütlerinin yolcu gemilerindeki emniyetin artırılması amacıyla yaptıkları öneriler dikkate alınmıştır. Getirilen geçici tedbirlerle IMO üyesi devletlerdeki yolcu gemisi işletenleri tarafından deniz emniyetine yönelik hâlihazırda alınan tedbirlerin gözden geçirilmesi teşvik edilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda MSC tarafından 2012 yılında Yolcu Gemilerinin Emniyetinin Artırılmasına Yönelik Yolcu Gemisi Şirketleri İçin Tavsiye Edilen Geçici Tedbirler (*Recommended Interim Measures for Passenger Ship Companies to Enhance the Safety of Passenger Ships*) isimli sirküler kabul edilmiştir⁷⁶. Söz konusu tedbirler, bağlayıcı nitelikte olmayıp, tedbirlerin devletlerce dikkate alınması tamamen gönüllük esasına dayanmaktadır⁷⁷. Geçici tedbirlerin ilk yayımlanan hâlinde beş ana konu yer almaktaydı. Bunlar; gemideki can yeleklerinin yolcu kabinleri dışındaki yerlerde de bulundurulmasına, yolcular için acil durum bilgilendirmelerinin anlaşılır olmasına, gemiye sonradan binen yolcular için bireysel veya grup olarak kısa bir acil durum bilgilendirmesinin yapılmasına, köprüüstüne erişim sağlayabilecek personelin karar alma sürecinin doğru işleyebilmesi adına sınırlı tutulmasına ve geminin seyir planının bu konudaki kılavuzlara uygun olmasına ilişkinidir.

Geçici tedbirlere ilişkin sirküler daha sonra iki kez revize edilmiştir⁷⁸. 2012 yılında yayımlanan sirküler, 2013 yılında yayımlanan sirküler ile yürürlükten kaldırılmıştır⁷⁹. 2013

⁷⁰ 1980’li ve 1990’lı yıllarda yolcuların can yeleklerini giydiği ve can kurtarma istasyonlarında gerçekleşen bir talim yapılmaktayken, 2000’li yılların başından itibaren sanal ortamda bir talim yapılmaktadır: KLEIN, s.4.

⁷¹ KLEIN, s.4.

⁷² Bu husus kazadan sonra gerçekleştirilen ilk MSC toplantısından itibaren, özellikle CLIA delegasyonu tarafından sunulan raporlarda sıklıkla vurgulanarak, 1974 SOLAS’ta değişiklik yapılmasının gerekliliği ifade edilmiştir: IMO, 21.05.2012, MSC 90/WP.1, s.31.

⁷³ Söz konusu çalışma grubu “*ad hoc working group on passenger ship safety*” olarak ifade edilmektedir: IMO, 14.02.2012, MSC 90/27, s.2.

⁷⁴ IMO, 14.02.2012, MSC 90/27, s.2.

⁷⁵ Costa Concordia kazasının takiben deniz emniyetine ilişkin yapılan çalışmalar 2 Temmuz 2013 tarihli konsey raporunda da geçici tedbirlere ilişkin tavsiyeler ve uzun vadeli eylem planı olmak üzere iki madde olarak ifade edilmiştir: IMO, 02.07.2013, C. 110/8/Add.1, s.3.

⁷⁶ IMO, 01.07.2012, MSC.1/Circ.1446 sayılı sirküler. Yolcu gemilerinde emniyeti artırmaya yönelik olan bu tedbirlerin IMO üyesi devletlerin bayrağını taşıyan gemilerde acil ve etkili şekilde dikkate alınması gerekmektedir. Ancak bağlayıcılığı olmayan tedbirlerin alınması gönüllük esasına dayanmaktadır: IMO, 25.05.2012, MSC.336(90).

⁷⁷ IMO, 01.07.2012, MSC.1/Circ.1446 sayılı sirküler m. 3.

⁷⁸ IMO, 22.01.2013, MSC.1/Circ.1446/Rev.1 sayılı sirküler.

⁷⁹ IMO, 08.08.2013, MSC.1/Circ.1446/Rev.2 sayılı sirküler. Costa Concordia kazasını takiben MSC tarafından kabul edilen 2012 tarihli sirküler ile bu sirküleri yürürlükten kaldıran revize edilmiş 2013 tarihli sirküleri takiben Mülga Ulaştırma Denizcilik ve

sirküleri oluşturulurken özellikle Uluslararası Deniz Ticaret Odası'nın (*International Chamber of Shipping – "ICS"*) revize edilmiş geçici tedbirlere ilişkin önerileri dikkate alınmıştır⁸⁰. Bu doğrultuda yolcu can yeleklerinin aynı tasarıma sahip olması, yolculara yapılacak olan acil durum bilgilendirmelerine ilişkin video hazırlanması ve acil durum bilgi kartlarının kullanılması konularında geçici tedbirlerde değişiklik yapılması uygun görülmüştür. Ayrıca köprüüstüne erişim ve köprüüstü yönetimine ilişkin yolcu gemisi işletenlerinin benimsedikleri politikalar bakımından uyumun sağlanması ve hangi hâllerde planlanan seyir planına uyulmayabileceği hakkında da geçici tedbirlerde düzenlemeler yapılması kabul edilmiştir⁸¹.

2013 tarihli sirkülerde yer alan geçici tedbirlerde yolcu gemisi maliklerinin veya bir yolcu gemisini işleten şirketlerin bu gemilerde yapacakları denetimlerde gerekli özeni göstermesi gerektiği hususu vurgulanmıştır. Bu kapsamda denetimlerin ne şekilde gerçekleştirileceğine ve uygulanması tavsiye edilen ek tedbirlere ilişkin çerçeve belirlenmiştir. Sirkülerde deniz emniyetine ilişkin çerçevesi çizilen konular kısaca şunlardır: Can yeleklerinin sayısı ve ulaşılabilirliği, yolculara yönelik acil durum talimatları, role ve acil durum talimatlarının kapsamı⁸², yolcu role talim noktası, personelin köprüüstüne erişimi, seyir planı, yolcuların milliyetinin kaydı, filika eğitim talimleri, ağır cisimlerin güvenceye alınması, "Yolculuk Veri Kaydedici" ("VDR") için meyl ölçme hakkında bilgi kaydı⁸³.

3. Uzun Vadeli Eylem Planı

MSC'de kazaya ilişkin soruşturmanın tamamlanmasının sonra gerek teknik, gerekse gemilerin organizasyonu hakkındaki konular, yolcu gemilerine ilişkin uzun vadeli eylem planına dâhil edilmiştir. Uzun vadeli eylem planı, deniz emniyetine ilişkin düzenlemelerde ivedi değişiklik gerektirmeyen, ancak COSTA CONCORDIA kazasıyla olan ilişkisi sebebiyle gelecekte değişiklik yapılması muhtemel konulardan oluşmaktadır. Bu doğrultuda uzun vadeli eylem planı MSC dönem toplantılarını takiben sıklıkla revize edilmiş ve güncellenmiştir⁸⁴. COSTA CONCORDIA kazasına ilişkin konuların plana dâhil edilmesinde İtalya delegasyonunun önerileri ve bu önerilere Uluslararası Kruvaziyer Hatları Birliği (*Cruise Lines International Association – "CLIA"*) tarafından getirilen eleştiriler etkili olmuştur.

MSC'de geminin tahliyesiyle ilgili olmak üzere çeşitli öneriler gündeme gelmiştir. Bunlar; yeni gemilerde yapım aşamasında tahliye analizinin yapılmasına⁸⁵ ve gemi inşa projesinin erken safhalarında acil durumlarda yolcu ve mürettebatın kaçış yollarının belirlenmesi hakkındaki 1974 SOLAS düzenlemesinin⁸⁶ yolcu gemileri bakımından zorunlu olmasına ilişkindir. Ayrıca 20 derece üzerinde yan yatma gerçekleştikten sonra geleneksel merdivenlerin kullanılmasının daha elverişli olduğunun saptanması üzerine, geminin her tarafındaki biniş merdiveni sayısının en az birer artırılması da önerilmiştir⁸⁷. CLIA tarafından tahliye analizi ve tahliyeye ilişkin öneriler uygun bulunmuş, bu konuda özellikle COSTA CONCORDIA'nın yüksek tarafında kalan merdivenlerin eğitilmemiş insanlar tarafından kullanılmaya çalışılmasındaki güçlükler işaret edilmiştir⁸⁸. Getirilen öneriler ve eleştiriler doğrultusunda yeni gemiler için tahliye analizi yapılması ve biniş merdiveni sayısının artırılması konuları uzun vadeli eylem planına dâhil

Haberleşme Bakanlığı Deniz ve İçsular Düzenleme Genel Müdürlüğü tarafından öncelikle 2012 tarihli sirkülere uygun olarak 2013/97 sayılı Uygulama Talimatı, sonrasında ise 2013 tarihli sirkülere uygun olarak 2013/192 sayılı Uygulama Talimatı yayımlanmıştır: Bkz. <https://imo.uab.gov.tr/tum-uygulama-talimatları>, (Erişim Tarihi: 25.06.2020). Esasen söz konusu uygulama talimatlarının yayımlanması Türkiye'nin IMO üyesi bir devlet olması sebebiyle taahhüdünün bir gereğidir.

⁸⁰ IMO, 05.04.2013, MSC 92/6/5.

⁸¹ IMO, 27.06.2013, MSC 92/WP.8/Rev.1, s.11.

⁸² İtalyan delegasyonu deniz emniyetini sağlamak üzere görevli olan mürettebatın sertifika ya da belgelerini de gösterir bir role cetveli oluşturmasına ilişkin bir öneride de bulunmuştur. Ancak öneri CLIA tarafından uygun bulunmamıştır. Zira hâlihazırda düzenlemeler gereğince gemi adamlarının sertifikaları ve yeterlilikleri zaten yolcu gemisi şirketleri tarafından değerlendirilmektedir. CLIA tarafından, bu hususun yeterince bilginin yer aldığı role cetvelini gereksiz bir bilgiyle daha doldurmak olduğu ifade etmiştir: IMO, 28.05.2013, MSC 92/6/10, s.4. Ancak öneri kaza raporunda yer alan bazı gemi adamlarının can kurtarma ekipmanlarını kullanmada geçerli sertifikaları olmadığı yönündeki bağlantının kurulabileceği düşüncesiyle makul görülmüştür. Bu doğrultuda MSC tarafından acil durum konusunda görevli olan mürettebatın gerekli eğitimi aldığı veya sertifikaya sahip olduğunun önemini doğrulamak üzere bu hususun revize edilecek olan geçici tedbirlere dahil edilmesi uygun görülmüştür: IMO, 27.06.2013, MSC 92/WP.8/Rev.1, s.8.

⁸³ İtalyan delegasyonu meyl ölçümlerinin VDR'a dahil edilmesi önerisinde bulunmuştur. Bu öneri kazayla ilgili görülmele birlikte, bu konuda 90. dönem toplantısında kabul edilen karar gereğince, 1 Temmuz 2014 tarihinden itibaren gerekli olmak üzere, VDR'a ilişkin revize edilmiş standartların içerisinde meyl ölçmeye ilişkin bir izleme sistemi de olacağı öngörülmüştür. Ancak MSC tarafından bu hususun revize edilmiş geçici tedbirlere yolcu gemisi şirketleri bu özelliğe sahip VDR kullanımında teşvik etmek üzere eklenmesi uygun bulunmuştur: IMO, 27.06.2013, MSC 92/WP.8/Rev.1, s.9.

⁸⁴ IMO, 26.06.2013, MSC 92/WP.8/Rev.1; IMO, 23.05.2014, MSC 93/WP.6/Rev.1; IMO, 15.01.2015, MSC 95/6/1; IMO, 09.02.2016, MSC 96/6.

⁸⁵ Bu husus ayrıca Almanya ve İspanya delegasyonları tarafından sunulan raporda da ifade edilmiştir: IMO, 12.03.2013, MSC 92/6/2.

⁸⁶ Bkz. 1974 SOLAS Bölüm II(2), Kural 13(7)(4).

⁸⁷ IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3, s.5. Bu konuda bkz. 1974 SOLAS Bölüm III, Kural 11(7).

⁸⁸ IMO, 28.05.2013, MSC 92/6/10, s.4.

edilmiştir⁸⁹.

İtalyan delegasyonu tarafından COSTA CONCORDIA kazasını farklı kılan unsurlardan birini oluşturan gemi stabilitesi konusunda çeşitli öneriler ileri sürülmüştür. Bunlar; hayati öneme sahip ekipmanların bulunduğu ve elektrik üretimi için kullanılan su geçirmez bölmelerin çift cidarlı olması, su geçirmez bölmelerdeki su baskını noktalarının sınırlandırılması, su basması durumlarında kaptan için bilgisayar sistemine dayanan bir stabilite desteği sağlanması, 1974 SOLAS Bölüm II(1), Kural 8(1) ve 22(1) uyarınca su basması izleme ve tespit sistemi ile gemi stabilitesine ilişkin bilgisayar sisteminin bağlantılı olmasıdır⁹⁰. Bu öneriler, CLIA delegasyonu tarafından da genel olarak uygun bulunmuş ve desteklenmiştir⁹¹. Ancak, su geçirmez bölmelerin çift cidarlı olmasına ilişkin önerinin deniz kazası raporuyla ilişkisi tam olarak saptanamadığından MSC, bu öneriye ilişkin İtalya'dan açıklama talep etmiştir⁹². İtalyan delegasyonu tarafından gemi stabilitesine ilişkin diğer öneriler ise uzun vadeli eylem planının kapsamına dâhil edilmiştir⁹³.

Hayati ekipmanlar ve gemideki elektrik dağıtımına ilişkin olarak ise İtalyan delegasyonu tarafından yeni gemilerde geçerli olmak üzere hayati ekipmanların bulunduğu kompartımanların fonksiyonel olarak yerleştirilmesi gerektiğine, sintine pompalarının geminin uzunluğuna uygun olmasına ve en az bir adet büyük su miktarının tahliyesine imkân veren pompanın bulunması gerektiğine, ana santral odalarının su geçirmez bölmelere yerleştirilmesine ilişkin önerilerde bulunulmuştur⁹⁴. Bu önerilerin de MSC tarafından uzun vadeli eylem planı kapsamına dâhil edilmesi uygun görülmüştür⁹⁵. Ayrıca, 1974 SOLAS Bölüm II(1), Kural 42'de düzenlenen acil durumlarda güç üretimine ilişkin olarak İtalyan delegasyonu tarafından çeşitli öneriler getirilmiştir. Bunlar; su tahliyesine ilişkin yüksek kapasiteli pompaları beslemek üzere acil durum jeneratörlerinin kapasitesinin artırılması ve bu jeneratörlerin düzgün çalışabilmesi amacıyla gerekli diğer sistemlerin kurulması, can yeleklerinin konumunu vurgulamak üzere tüm kabinlerde acil durum ışığı sağlanmasıdır⁹⁶. Acil durum jeneratörlerinin kapasitesinin artırılması deniz kazası raporuyla ilişkili bulunmadığından bu öneri uzun vadeli eylem planına eklenmemiş olmakla birlikte, diğer öneriler MSC tarafından uygun görülmüş ve planda yer almıştır⁹⁷.

Kaza bakımından bir diğer sorunu kaptanın seyir emniyetine veya çevrenin korunmasına ilişkin bir sebep bulunmaksızın onaylanmış seyir planından sapması oluşturmaktadır. Buna ilişkin 1974 SOLAS IX. Bölüm, Kural 1(2)'de yer alan düzenlemeye ek olarak MSC tarafından kaptanın onaylanmış planlanan rotadan sapmasına cevaz veren hâllere ilişkin kapsamlı bir düzenlemenin uzun vadeli eylem planı içerisine yer alması öngörülmüştür⁹⁸.

COSTA CONCORDIA kazasında özellikle köprüüstünde karar alma sürecinin düzgün işleyemediği dikkati çekmiştir. Bu doğrultuda İtalyan delegasyonu tarafından Köprüüstü Ekip Yönetimi (*Bridge Team Management*) kursuna ilişkin sertifikaların 1 Ocak 2015 tarihinden önce yenilenmesine⁹⁹ ilişkin bir öneri sunulmuştur¹⁰⁰. Ancak bu öneri, 1 Ocak 2015 tarihine kadar olmasa da, 1 Ocak 2017 tarihine kadar STCW Manila Değişiklikleri'yle ("2010 Manila amendments": STCW Convention and STCW Code)¹⁰¹ bu şekilde bir gereklilik öngörülmüş olması sebebiyle konunun uzun vadeli eylem planına alınması uygun görülmemiştir¹⁰².

⁸⁹ IMO, 27.06.2013, MSC 92/WP.8/Rev.1, s.9.

⁹⁰ IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3, s.2. İlk iki önerinin yeni inşa edilecek gemiler bakımından dikkate alınması talep edilirken, diğer iki önerinin ise tüm gemiler bakımından hayata geçirilmesi istenmiştir: IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3, s.2.

⁹¹ IMO, 28.05.2013, MSC 92/6/10, s.2.

⁹² Bu doğrultuda İtalyan delegasyonu tarafından yapılan açıklama yeterli görülmemiş ve tekrar bir rapor istenmiştir: IMO, 20.05.2014, MSC 93/WP.6, s.3.

⁹³ IMO, 27.06.2013, MSC 92/WP.8/Rev.1, s.4.

⁹⁴ IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3, s.3. Söz konusu düzenlemeler için sırasıyla bkz. 1974 SOLAS Bölüm II(2), Kural 21; 1974 SOLAS Bölüm II(1), Kural 35(1); 1974 SOLAS Bölüm II(1), Kural 41.

⁹⁵ IMO, 27.06.2013, MSC 92/WP.8/Rev.1, s.4.

⁹⁶ IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3, s.4.

⁹⁷ IMO, 27.06.2013, MSC 92/WP.8/Rev.1, s.6.

⁹⁸ IMO, 17.12.2012, MSC 91/22, s.33. Ancak bu hâllerin IMO'nun A.893(21) sayılı kararıyla 04.02.2000 tarihinde kabul edilen "Seyir Planlama Hakkındaki Kılavuz (*Guidelines for Voyage Planning*)"da da öngörülebileceği değerlendirilmiştir. Elbette bu kılavuzun yolcu gemilerinden daha geniş bir kapsamı bulunur: IMO, 17.12.2012, MSC 91/22, s.33. Kılavuz için bkz. [http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.893\(21\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.893(21).pdf), (Erişim Tarihi: 16.06.2020).

⁹⁹ Bu öneri CLIA tarafından yeterince açık bulunmamıştır: IMO, 28.05.2013, MSC 92/6/10, s.3.

¹⁰⁰ IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3, s.5.

¹⁰¹ 1978 STCW, Haziran 2010'da Filipinler'in başkenti Manila'da gerçekleştirilen bir diplomatik konferansta değiştirilmiş ve "Manila Değişiklikleri" olarak anılmaya başlanmıştır. Bu değişikliklerde gemi adamlarının eğitimi ve sertifikalandırılmasında küresel standartlara ve gelişen teknolojiye uygunluk dikkate alınmıştır.

¹⁰² IMO, 27.06.2013, MSC 92/WP.8/Rev.1, s.8. Yine İtalyan delegasyonunca Asgari Güvenli Yönetim İlkelerinin (*Principles of Minimum Safe Manning*) büyük yolcu gemileri bakımından daha iyi uygulanabilecek şekilde güncellenmesi ve ilkelerin zorunlu hâle getirilmesi hususları gündeme getirilmiştir: IMO'nun A. 1047(27) sayılı kararıyla 20.12.2011 tarihinde kabul edilen ilkeler, [http://www.imo.org/en/OurWork/HumanElement/VisionPrinciplesGoals/Documents/1047\(27\).pdf](http://www.imo.org/en/OurWork/HumanElement/VisionPrinciplesGoals/Documents/1047(27).pdf), (Erişim Tarihi: 17.06.2020);

COSTA CONCORDIA kazasıyla doğrudan ilgili görülmemekle birlikte, bu kaza vesilesiyle arama kurtarma çalışmalarında yolcuların tabiiyetlerine ilişkin kayıtların tutulmasının önemi gündeme gelmiştir. Bu konuda MSC tarafından her bir kişinin tabiiyetinin de kayıt altına alınmasına yönelik bir düzenleme yapılmasına ilişkin öneri, uzun vadeli eylem planına eklenmiştir¹⁰³. Ancak, COSTA CONCORDIA'daki esas sorun, tahliye sırasındaki bilgilendirme ve talimatların farklı devletlerin tabiiyetinde olan yolcular tarafından anlaşılabilmesidir. Bununla birlikte, yolcuların tabiiyetlerine yönelik kayıtların tutulmasına ilişkin söz konusu önerinin meseleye ilişkin dolaylı bir etki yaratabileceği söylenebilir.

4. 1974 SOLAS Değişiklikleri

TITANIC faciasının arkasından kabul edilen SOLAS kuralları, yaşanan her bir kaza sonrasında gözden geçirilerek ya mevcut kurallar değiştirilmiş ya da yeni kurallar kabul edilmiştir. COSTA CONCORDIA kazasını müteakip MSC toplantılarında 2013 yılında 1974 SOLAS III. Bölüm, Kural 19'da yer alan acil durum eğitimleri ve talimleri (*muster drills*) hakkındaki hükümde ve 2017 yılında 1974 SOLAS'ın II. Bölümü'nde yer alan "bölmeleme ve stabilite" (*subdivision and stability*) ile ilgili hükümlerde değişiklikler yapılması kabul edilmiştir. 2017 yılındaki değişikliklerle ilgili olarak 1974 SOLAS'ın II. Bölümü'ne ilişkin revize edilmiş bir açıklama notu (*revised explanatory notes to SOLAS Chapter II*) yayımlanmıştır¹⁰⁴. Ayrıca kazada da tartışma konusu olan yolcu gemilerinin seferleri sırasında su geçirmez kapıların durumuna ilişkin olarak bir kılavuz (*revised guidance for watertight doors on passenger ships which may be opened during navigation*) kabul edilmiştir¹⁰⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, su geçirmez bölmelere ilişkin düzenlemeler uzun vadeli eylem planında kazayla doğrudan ilgili olarak nitelendirilmemiştir¹⁰⁶.

Kazanın sonrasında ilk olarak CLIA tarafından yolcuların ve mürettebatın acil durumlarda yapmaları gereken hususlara ilişkin toplanma taliminin geminin kalkışından 24 saat içerisinde değil, derhal gerçekleştirilmesi önerilmiştir. Zira kazada en çok dikkat çeken ve yolcular arasında paniğe sebep olan husus, gemiye yeni binmiş yolcuların henüz deniz emniyetine ilişkin hiçbir bilgilendirme almamış olmalarıdır¹⁰⁷. 1974 SOLAS III. Bölüm, Kural 19(2)(2)'de yer alan acil durum eğitimleri ve talimleri hakkındaki hükümde yer alan "... 24 saat içinde ..." ibaresi, geminin kalkışından itibaren "... derhal ..." olarak değiştirilmiştir¹⁰⁸. Ayrıca, MSC nezdinde oluşturulan Yolcu Gemilerinin Emniyetine İlişkin Çalışma Grubu'nda gemideki tüm yolcuların gemiye geç binip binmediklerine bakılmaksızın aynı kalitede acil durum eğitimi alması gerektiği değerlendirilmiştir. Bu da gemiye sonradan binen yolcular bakımından 1974 SOLAS Bölüm III, Kural 19(2)(3)'te yer alan geç binen yolcular bakımından yalnızca kısa bir bilgilendirme yapılmasına ilişkin düzenlemede de değişiklik yapılmasını gündeme getirmektedir¹⁰⁹. Ancak, bu hususta 1974 SOLAS'ta herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

1974 SOLAS III. Bölüm, Kural 19(2)(2)'de yapılan değişiklik, Ocak 2015'ten itibaren zorunlu olarak uygulanmak üzere kabul edilmiştir¹¹⁰. Bu bağlamda tüm yolcuları kapsayacak nitelikteki zorunlu talim, geminin kalkışından hemen sonra yapılacak olmakla birlikte, gemiye geç binen yolcular için bireysel veya grup olarak eğitim verilmesi gerekmektedir. Böylece tüm yolculara mümkün olan en kısa sürede zorunlu eğitimin verilmesi veya gerekli bilgilendirmelerin yapılması sağlanmaya çalışılmıştır¹¹¹. MSC'de özellikle bu eğitim ve bilgilendirmelerin olmazsa olmaz unsurlarının belirlenmesi ve bu konuda bir standart oluşturulmasına yönelik çalışmalar yapılarak yolcuların eğitimlere katılmaları teşvik edilmektedir¹¹².

COSTA CONCORDIA kazasının etkisiyle MSC'nin 98. Dönem toplantısında özellikle yeni inşa edilen yolcu gemilerine ilişkin 1974 SOLAS II. Bölüm, Kural 1'e ilişkin değişiklikler

IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3, s.5. Asgari Güvenli Yönetim İlkeleri'ne ilişkin getirilen öneriler ise kazayla ilgisinin bulunmadığı ve bu konuda mevcut düzenlemelerin varlığı sebebiyle dikkate alınmamıştır: IMO, 27.06.2013, MSC 92/WP.8/Rev.1, s.8.

¹⁰³ IMO, 17.12.2012, MSC 91/22, s.33. 1974 SOLAS Bölüm III, Kural 27 uyarınca ise yolcuların bilgilerinin her bir yolcu ismini, cinsiyetini içerecek ve yetişkin, çocuk ve genç olmak üzere ayrırt edilecek şekilde arama kurtarma çalışmalarına uygun olarak kaydedilmesi öngörülmekte olup, milliyete ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹⁰⁴ IMO, 09.06.2017, MSC 98/23/Add.1.

¹⁰⁵ IMO, 16.07.2017, MSC.1/Circ.1564.

¹⁰⁶ IMO, 27.06.2013, MSC 92/WP.8/Rev.1, s.5.

¹⁰⁷ DICKERSON, s.524.

¹⁰⁸ Bu düzenleme öncelikle kazayı takiben yolcu gemilerindeki acil durum eğitimlerine ilişkin bir zorunluluk olarak geçici tedbirlerin içerisinde yer almıştır: IMO, 17.12.2012, MSC 91/22, s.32. Ancak "... kalkıştan sonra derhal ..." ifadesi çok açık olmaması sebebiyle eleştirilmiş ve bu konuda ek açıklama yapılabileceği değerlendirilmiştir: IMO, 17.12.2012, MSC 91/22, s.32.

¹⁰⁹ IMO, 28.11.2012, MSC 91/WP.8, s.3.

¹¹⁰ Bkz. <https://safety4sea.com/maritime-history-costa-concordia-disaster/>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

¹¹¹ ELNABAWYBAHRİZ/HASSAN, s.51.

¹¹² IMO, 17.12.2012, MSC 91/22, s.33.

kabul edilmiştir. Söz konusu değişiklikler ile geminin çarpması ya da batmasından sonra dahi dengesini kaybetmeden yüzmeye devam edebilme becerisini, diğer bir ifadeyle stabilitesini arttırmak hedeflenmektedir¹¹³. Ayrıca, MSC, yolcu gemilerinde yer alan ve seyir sırasında açık tutulabilen su geçirmez kapılara ilişkin olarak da bir kılavuz hazırlamıştır¹¹⁴.

COSTA CONCORDIA kazasında özellikle köprüüstünde karar alma sürecinin düzgün işleyemediğinin tespiti sebebiyle konuya ilişkin muhtelif öneriler gündeme getirilmiştir. İtalyan delegasyonu tarafından köprüüstü yönetimine ilişkin getirilen öneriler, her ne kadar kaza raporuyla ilişkili olsa da halihazırda konuların 1974 SOLAS V. Bölüm, Kural 15(6)'da Uluslararası Emniyetli Yönetim Kodu (*International Safety Management Code* – “ISM Kod”)¹¹⁵ çerçevesinde düzenlenmesi sebebiyle değişiklik yapılmasına gerek olmadığı değerlendirilmiştir¹¹⁶. Ayrıca, geçici tedbirlere ilişkin sirkülerde yer alan rehber kurallar kapsamında¹¹⁷ da meseleye temas edilmiştir. Sonuçta, her ne kadar kazadaki sorunlardan biri olarak değerlendirilse de MSC tarafından köprüüstünde görevli personel dışındaki kişilerin bulunmasına ve dikkat dağıtıcı unsurlara yönelik ayrıca bir çalışma yapılmasına gerek duyulmamıştır¹¹⁸.

Deniz emniyeti bakımından kazada geminin seyrüseferine ilişkin insan hataları ve geminin tahliye edilmesindeki başarısızlıklar, esasen 1978 STCW ve ISM Kod ile de yakından ilgilidir¹¹⁹. MSC’de Birleşmiş Milletler delegasyonu tarafından sadece COSTA CONCORDIA deniz kazası bakımından değil, genel olarak yolcu gemilerinin emniyeti bakımından büyük önem taşıyan gemi adamlarının eğitimi meselesine dair Gemi Adamlarının Eğitim ve Vardiya Standartları Alt Komitesi’nin (*Standards of Training and Watchkeeping Sub Committee* – “STW”) toplantısına yeni bir gündem maddesi eklenmesi önerilmiştir. Zira yolcu gemilerindeki personelin eğitiminin niteliğine ilişkin asgari standartlar, uzun bir zamandan beri değiştirilmemiştir. Bu doğrultuda Birleşmiş Milletler delegasyonu, verilecek eğitimin personelin görev ve sorumluluklarıyla doğrudan ilgili olması gerektiğini vurgulamıştır¹²⁰. Ancak, bu hususta yeterince düzenlemenin mevcut olduğu gerekçesiyle herhangi bir değişiklik yapılmasına gerek görülmemiştir.

B. Avrupa Birliği ve Sivil Toplum Örgütleri Nezdindeki Çalışmalar

Avrupa Parlamentosu Taşıma Komitesi’nin Ocak 2012 tarihli toplantısında yolcu gemilerinde deniz emniyeti meselesi, COSTA CONCORDIA kazası bağlamında ele alınmıştır. Genel olarak IMO’nun belirlemiş olduğu uluslararası kurallardan etkilenecek oluşturulan Avrupa Birliği deniz emniyeti kurallarının 2010 yılından itibaren güncel gelişmelere uygun olarak gözden geçirilmesi gerektiği hususu, Komite’nin gündem maddeleri arasında yer almıştır. Kaza, mevcut kuralların yeterliliğinin sorgulanmasına yola açmıştır. Bu doğrultuda geminin stabilitesi, tasarımı ve tahliyesi ile gemi adamlarının eğitilmesine ilişkin konularda Avrupa Birliği kurallarının revize edilebileceği değerlendirilmiştir¹²¹.

Avrupa Birliği, yolcu gemilerine yönelik temel uluslararası deniz emniyeti kurallarının her bir üye devletin kendi sularında veya üye devletlerin birbirlerinin sularında yapılacak seferlere de uygulanmasını sağlamaktadır¹²². Bu konuda temel düzenleme, 2009/45 sayılı Avrupa Birliği Yolcu Gemileri Hakkında Emniyet Kuralları ve Standartlara Dair Yönerge’dir (*The European Union Directive on Safety Rules and Standards for Passenger Rules, Directive 2009/45*)’dir¹²³.

¹¹³ Bkz. <http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/passengership/Pages/default.aspx>, (Erişim Tarihi: 15.09.20 20). Aksi düzenlenmedikçe değişiklikler, 1 Ocak 2020 tarihinden itibaren gemi inşa sözleşmesiyle inşa edilecek gemileri, bir gemi inşa sözleşmesinin bulunmadığı durumlarda ise 1 Ocak 2020 tarihinden itibaren omurgası inşa edilmiş olan veya bu seviyede başka bir kısmı inşa edilmiş olan gemileri ya da teslimi 1 Ocak 2024 tarihi ve sonrasında gerçekleştirilecek gemileri kapsamaktadır: IMO, 15.07.2017, Resolution MSC.421(98), s.2.

¹¹⁴ Bkz. <http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/passengership/Pages/default.aspx>, (Erişim Tarihi: 15.09.20 20).

¹¹⁵ ISM Kod, Herald of Free Enterprise deniz kazası sonucunda, 1993 yılında kabul edilmiş ve 1998 yılından itibaren zorunlu olmuştur: GREWAL, s.12. ISM Kod, gemilerin güvenli olarak yönetimi ve işletilmesi ile deniz kirliliğine karşı koruma sağlanması amaçlarıyla IMO tarafından oluşturulan kuralları ihtiva etmektedir. ISM Kod, 1993 yılında IMO’nun A.741(18) sayılı kararıyla kabul edilerek, 1994 yılında 1974 SOLAS’ın IX. Bölümü’ne eklenmiştir: DEMİR, Genel Bakış, s.362, dn.56. ISM Kod’a ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ANDERSON, Phil: ISM Code: A Practical Guide to the Legal and Insurance Implications, 3. Bası, Informa Law from Routledge, New York 2015.

¹¹⁶ IMO, 27.06.2013, MSC 92/WP.8/Rev.1, s.7. Ayrıca, köprüüstü yönetimi ve karar alma sürecine ilişkin olarak STCW’de değişiklikler yapıldığı belirtilmiştir: IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3, s.7.

¹¹⁷ IMO, 01.07.2012, MSC.1/Circ.1446 sayılı sirküler.

¹¹⁸ IMO, 17.12.2012, MSC 91/22, s.33.

¹¹⁹ PARSONS/ALLEN, s.27.

¹²⁰ IMO, 28.11.2012, MSC 91/WP.8, s.3.

¹²¹ European Commission, 20.01.2012, MEMO/12/25, s.2.

¹²² European Commission, 20.01.2012, MEMO/12/25, s.3.

¹²³ Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:163:0001:0140:EN:PDF>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020). Yolcu gemilerindeki deniz emniyetine ilişkin diğer düzenlemeler için bkz. Regulation 336/2006, Directive 96/98, Directive 2003/25.

Avrupa Birliği, deniz emniyetine ilişkin düzenlemelerinde IMO'dan farklı olarak gerekli siyasi ve yasal kaynaklara sahip olduğundan Avrupa Birliği sularında tüm bayrak devletlerini ihdas etmiş olduğu kuralara uymaya zorlayabilir¹²⁴. COSTA CONCORDIA kazasından sonra Avrupa Birliği, ISM Kod'un boşluklarını doldurmak amacıyla MSC'ye yaşanan deniz kazalarında insan unsurunun rolüne ilişkin altı başlıktan oluşan bir rapor sunmuştur. Avrupa Birliği, TITANIC kazasına benzettiği COSTA CONCORDIA kazasından deniz emniyetine ilişkin ihtiyaç duyulan düzenlemelerin geliştirilmesi için gerekli derslerin çıkarılabilmesinin önemine sürekli vurgu yapmaktadır¹²⁵.

Avrupa Deniz Emniyeti Ajansı (*European Maritime Safety Agency*:- “EMSA”), COSTA CONCORDIA kazasının etkisi altında 2016 yılında yolcu gemilerinde zarar stabilitesine (*damage stability*) ilişkin bir çalışma başlatmıştır. Bunlar, MSC'nin Temmuz 2017'deki toplantısında 2020 tarihli 1974 SOLAS'ın “*required index R*”de yer alacak değişiklikleri olarak kabul edilmiştir. Bu doğrultuda geminin, olası bir çarpmadan sonra tekrar yüzmesi sağlanabilececek şekilde inşa edilmesine ilişkin dikkate alınması gereken veriler ortaya konulmuştur¹²⁶.

CLIA, Avrupa Kruvaziyer Konseyi (*European Cruise Council*) ve Yolcu Gemileri Birliği (*Passenger Shipping Association*) tarafından yolcu gemilerinde toplanma taliminin zorunluğu dışında, görevli olmayan personelin köprüüstünde bulunmaması, gemide daha fazla can yeleği bulundurulması ve tüm seyrüsefer boyunca köprü ile iletişim ve onaylama sisteminin kurulması gerekliliğine ilişkin düzenlemelerin yapılması önerilmiştir¹²⁷. CLIA tarafından kaza sonrası IMO'nun Seyir Planlama Hakkındaki Kılavuzu, CLIA üyeleri için zorunlu hâle getirilmiştir. Ayrıca, kaza sonrasında köprüüstüne erişim ve geminin seyrine ilişkin karar almaya yetkili kişilerin bir hayli katı kurallara tabi tutulması öngörülmüştür¹²⁸.

Acil durumlardaki bilgilendirmeye ilişkin levhalar ile acil duruma ilişkin verilmesi gerekli eğitim ve bilgilendirme hakkındaki düzenlemeler, 1974 SOLAS Bölüm III, Kural 8 ve 19'da yer almaktadır. CLIA, bunlara ek olarak üyelerine acil durumlardaki bilgilendirmeye ilişkin uymaları gerekli yeni kurallar getirmektedir. Bunlar; can yeleğinin nerede tutulacağı, acil durumlardaki sinyallerin nasıl olacağı, yolculara ilişkin listenin nasıl oluşturulacağı, acil durum bilgilendirmesinin nasıl yapılacağı ile acil durum çıkışlarının ve acil durumlarda izlenecek olan yolun belirlenmesine ilişkindir¹²⁹.

COSTA CONCORDIA kazasından sonra, kaptanın hatalı davranışlarına ilişkin olarak işleten Costa Crociere şirketi tarafından bundan sonra gemilerinde kullanılmak üzere canlı bir izleme sistemi kurulacağı ifade edilmiştir. Şirket, karar alma sürecinde kaptanların tek başına davranmasını engellemek üzere köprüüstünde diğer ilgili personelin de yer almasını sağlayacak düzenlemeler getirmiştir¹³⁰.

V. DEĞERLENDİRMELERİMİZ

COSTA CONCORDIA kazasının en önemli sebeplerinden birisi, diğer deniz kazalarında olduğu gibi insan unsurudur. Kaza, otuz üç kişinin ölümüne ve çok sayıda kişinin yaralanmasına yol açmakla “çok ciddi deniz kazası” grubu içinde yer almaktadır. Diğer deniz kazalarına paralel şekilde bu kazanın arkasından başta IMO olmak üzere birçok resmî ve gayri resmî uluslararası örgütler, deniz emniyetine ilişkin kuralları gözden geçirerek önerilerini ortaya koymuşlar ve gerekli düzenlemeleri yapmışlardır.

Yeni düzenlemelerin kabulünde MSC'nin yürütmüş olduğu çalışmalar belirleyici olmuştur. Kazanın hemen arkasından mesele, MSC'nin gündemine alınmış, hemen hemen her toplantıda kazaya ilişkin konular üzerinde çalışılmıştır. Bu çalışmalar, esas itibarıyla yolcu gemisi işletenlerine yönelik geçici tedbirler hakkında sirküler yayımlanması, kazada sorun olarak değerlendirilen konuların uzun vadeli eylem planına eklenmesi ve 1974 SOLAS'da yapılan değişiklikler olarak sınıflandırılabilir. Diğer yandan, Avrupa Birliği, İngiltere ve bazı sivil toplum kuruluşları tarafından da kazanın deniz emniyeti boyutuna ilişkin değerli çalışmaların yapıldığı dikkati çekmektedir.

Söz konusu çalışmalar ve özellikle 1974 SOLAS'da yapılan değişiklikler, yolcu gemilerinin emniyetinin sağlanmasında oldukça önemli ve değerli gelişmelere işaret etmektedir.

¹²⁴ BOISSON, s.182.

¹²⁵ IMO Maritime Knowledge Centre: Current Awareness Bulletin, 24(5), 2012, s.10.

¹²⁶ Bkz. <https://safety4sea.com/maritime-history-costa-concordia-disaster/>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

¹²⁷ ELNABAWYBAHRİZ - HASSAN, s.50.

¹²⁸ IMO, 21.05.2012, MSC 90/WP.1, s.32.

¹²⁹ IMO, 24.09.2012, MSC 91/7/1, s.2.

¹³⁰ ELNABAWYBAHRİZ - HASSAN, s.51.

Şüphesiz, deniz emniyetinin sağlanmasında en önemli hukuki belge, 1974 SOLAS ve bu Sözleşme'nin değişiklikleridir. COSTA CONCORDIA kazası bağlamında 1974 SOLAS'da gerçekleştirilen değişiklikler, zımni kabul usulüyle kabul edilmiştir.

Zımni kabul usulü, teknik meselelere ilişkin değişikliklerin yeni bir diplomatik konferans düzenlenmeden süratle kabulü ve yürürlüğe girmesini kolaylaştırdığından zaman ve emekten önemli ölçüde tasarruf edilmesine katkı sağlamaktadır. Zımni kabul usulü, milletlerarası sözleşmelerde teknik meselelere ilişkin değişikliklerin basit ve pratik bir şekilde yürürlüğe girmesini sağlamaktadır. Türkiye, 1974 SOLAS'a taraf olurken zımni kabul usulüne ilişkin hükme karşı çekince beyanında bulunmadığından bu yöntem uygun olarak yürürlüğe giren bütün değişiklikler, Türkiye bakımından da bağlayıcıdır¹³¹.

Zımni kabul usulüne uygun şekilde kabul edilen değişikliklerin bir uygun bulma kanunu ile onaylanması gerekmeyecek şekilde, hukuksal ve uygulamaya ilişkin sorunların önlenmesi için değişikliklere aleniyet kazandırılması ve yürürlük tarihlerinin duyurulması gerekmektedir. Bunun en uygun yolu, değişiklik metinleriyle birlikte bunların yürürlük tarihlerinin bir Cumhurbaşkanlığı Kararı ekinde Resmî Gazete'de yayımlanmasıdır. Türkiye, zımni kabul usulünde tercihini uygun bulma kanunu çıkarmak yönünde kullanmıştır. 14.05.2013 tarihli ve 6478 sayılı 1974 Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesine İlişkin 1988 Protokolüne Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun'un 2. maddesi hükmü ile Protokol'ün teknik eklerine ilişkin değişiklikleri onaylamaya Bakanlar Kurulu (Cumhurbaşkanı) yetkili kılınmıştır¹³². Ne yazık ki, Türkiye, COSTA CONCORDIA kazası bağlamında 1974 SOLAS'da yapılan değişiklikleri yayımlamamıştır. Türkiye'nin bir an evvel söz konusu değişiklikleri bir Cumhurbaşkanlığı Kararı ekinde yayımlaması gereklidir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesine göre usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar, kanun hükmünde olmakla doğrudan uygulanırlar. Ancak, söz konusu değişikliklerin yürürlüğe girmelerine rağmen yayımlanmamaları, bir uyuşmazlıkta zorunlu olarak uygulanıp uygulanmayacakları hususunda ciddi tereddütlere yol açabilir. Yukarıda açıklandığı üzere, bu sorunun aşılması için öncelikle yapılması gereken, değişiklik metinlerinin yayımlanmasıdır. Diğer yandan, Resmî Gazete'de yayımlanmış olsalar dahi mevcut deniz mevzuatı kapsamında söz konusu değişikliklerin uygun ve sağlıklı bir şekilde uygulanmaları için bazı hukuki düzenlemelerin yapılmasında da fayda bulunmaktadır.

COSTA CONCORDIA kazası bağlamında SOLAS 1974'te yapılan değişikliklerin iç hukukumuzda adapte edilmesi için Ro-Ro Yolcu Gemileri ve Yüksek Hızlı Yolcu Tekneleri Yönetmeliği¹³³ ile Yolcu Gemilerinin Emniyetine ve Gemilerdeki Yolcuların Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yönetmelik'te¹³⁴ gerekli değişiklikler yapılmalıdır. Ancak, bu değişiklikler de yeterli olmayabilir. Zira ilk Yönetmelik'in kapsamı, ro-ro yolcu gemileri ve yüksek hızlı yolcu tekneleri ile sınırlı iken ikinci Yönetmelik'in kapsamı, kabotaj hattında çalışan yolcu gemileriyle sınırlıdır. Uluslararası sefer yapan, özellikle kruvaziyer gemiler, söz konusu yönetmeliklerin kapsamı dışında kalmaktadır. 1974 SOLAS değişikliklerinin bu gemileri de kapsayacak şekilde düzenleme yapılması gereklidir. Ayrıca, yapılacak düzenlemeler çerçevesinde MSC tarafından kabul edilen geçici tedbirler ve Rehber Kurallar'ın da dikkate alınmasında büyük fayda bulunmaktadır.

Yolcu gemilerinde emniyetin sağlanmasına yönelik MSC tarafından kabul edilen uzun vadeli eylem planları ile Avrupa Birliği çalışmaları yakından takip edilmelidir. Bu çalışmaların sonucunda ortaya çıkan kurallar, gecikmeksizin iç hukukumuzda aktarılmalıdır.

VI. SONUÇ

Deniz emniyetine ilişkin kurallar sürekli değişmektedir. Yaşanan her deniz kazası sonrası alınan dersler, kuralların gözden geçirilmesini zaruri kılmaktadır. Kazaların meydana gelmesi, tamamen önlenemeyeceğinden bu durum, böyle devam edecektir. Yolcu gemilerinin emniyeti bakımından COSTA CONCORDIA kazası, önemli bir dönüm noktası oluşturmaktadır. Kazanın akabinde, başta IMO olmak üzere milletlerarası deniz topluluğu, olaya ciddi tepki vermiş, gerek

¹³¹ Aksi fikir için bkz. KARAN, Hakan: "The Process of Revising Liability Limits Under International Maritime Conventions", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.429 vd. Yazar, zımni kabul usulüne uygun şekilde yapılan değişikliklerin Türk kanunlarına değişiklik getirdiğinden bahisle kabul edilmelerinin bir kanunla uygun bulunmalarının gerektiğini, dolayısıyla zımni kabul usulünün Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi hükmüne aykırı olduğu görüşündedir.

¹³² Bkz. RG: 29.05.2013; 28661.

¹³³ Bkz. RG: 30.01.2008; 26772.

¹³⁴ Bkz. RG: 12.12.2007; 26728.

teknik, gerekse hukuksal olarak yapılabilecekler, kısa zamanda tespit edilmiş, gerekli adımlar atılmıştır. TITANIC faciasıyla karşılaştırıldığında, her ne kadar yaşamını kaybeden ve yaralanan yolcuların sayısı bir hayli sınırlı kalmış ise de binlerce yolcuyu taşımakta olan böyle devasa büyüklükteki bir kruvaziyer geminin karışabileceği benzer olaylarda doğacak zararların boyutunun bir hayli endişe verici olması, bu tepkinin haklılığını ortaya koymaktadır. Zira son yıllarda kruvaziyer yolculuklara ilgi artmakta, buna paralel olarak büyük kruvaziyer gemiler inşa edilmektedir. Yolcu gemilerinin karıştığı kazalar, hiç de nadir değildir.

Özellikle IMO koordinasyonunda kabul edilen kurallar ve alınan kararların yolcu gemilerinin emniyetinin sağlanmasındaki önemi çok büyüktür. Devletlerin bu kural ve kararlara uygun davranmaları, iç hukuklarında gerekli değişiklikleri zaman geçirmeksizin yapmaları, yaşamsal öneme sahiptir. Ancak, sadece yeni kuralların kabul edilmesi ve yeni kararların alınması yeterli değildir. Söz konusu kural ve kararlara uygun davranılmasını sağlamak için sürekli ve etkili bir denetimin yapılması şarttır.

Türkiye, özellikle alt düzenleyici işlemler bazında geniş deniz mevzuatına sahiptir. IMO'nun COSTA CONCORDIA kazası sonrası kabul ettiği 1974 SOLAS değişiklikleriyle birlikte geçici tedbirler ve Rehber Kurallar çerçevesinde yolcu gemilerinin emniyetine yönelik ilgili yönetmeliklerde gerekli değişikliklerin yapılması büyük önem taşımaktadır. Ancak, bunun öncesinde zımni kabul usulü gereğince kabul edilen değişikliklerin, yürürlük tarihleri de belirtilmek suretiyle, bir an evvel bir Cumhurbaşkanlığı Kararı ekinde yayımlanması şarttır.

KAYNAKÇA

- ANDERSON, Phil: *ISM Code: A Practical Guide to the Legal and Insurance Implications*, 3. Bası, Informa Law from Routledge, New York 2015.
- BOISSON, Philippe: "Law of Maritime Safety", in Attard, David Joseph/Fitzmaurice, Malgosia/Martínez Gutiérrez, Norman/Arroyo, Ignacio/Belja, Elda (ed.), *The IMLI Manual on International Maritime Law II: Shipping Law*, Oxford University Press, Oxford 2016, s.180-208.
- DAKE, Shawn: "A Short History of the Costa Concordia", 22.01.2012, <https://maritimematters.com/2012/01/a-short-history-of-the-costa-concordia/>, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).
- DEMİR, İsmail: "Deniz Kazalarını ve Olaylarını Araştırma ve İnceleme Yönetmeliği Üzerine Değerlendirmeler", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. I, 22(3), 2016, s.879-904 (Değerlendirmeler).
- DEMİR, İsmail: "Türk Hukukunda Deniz Emniyetine İlişkin Düzenlemelere Genel Bakış", in Kırca, İsmail/Şit İmamoğlu, Başak/Gürel, Murat/Tekin, Ufuk/Bektaş, İbrahim/Yener, Merve İrem (ed.), Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.343-398 (Genel Bakış).
- DICKERSON, Thomas: "The Cruise Passenger's Rights and Remedies 2014: The Costa Concordia Disaster: One Year Later Many More Incidents Both on Board Megaship and During Risky Shore Excursions", *Tulane Maritime Law Journal*, 38(2), 2014, s.515-582.
- ELNABAWYBAHRİZ, Mohamed Nabil/HASSAN, Mohamed Hussein Nassar: "The Impact of Low Efficient Evacuation Plan During Costa Concordia Accident", *International Journal of Mechanical Engineering*, 5(1), 2016, s.43-54.
- GREWAL, Devinder: "International Ship Safety Regulations", in Talley, Wayne (ed.), *Maritime Safety, Security and Piracy*, Informa Law, London 2008, s.11-30.
- KARA, Hacı: "Costa Concordia Kazasının Sebepleri", *Aktüeldeniz*, S.32, 2012, s.21-22 (Sebepleri).
- KARA, Hacı: "Costa Concordia Kazasının Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 25(104), 2013, s.137-148 (Sonuçları).
- KARAN, Hakan: "The Process of Revising Liability Limits Under International Maritime Conventions", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.429-444.
- KLEIN, Ross: "In the Aftermath of the Costa Concordia Disaster", *Magazine of the Centre for Analysis of Risk and Regulation*, No: 24, Summer 2012, s.4-5.
- MANDARAKA-SHEPPARD, Aleka: *Modern Maritime Law Volume II: Managing Risks and Liabilities*, 3. Bası, Informa Law from Routledge, London 2013.
- OLTEDAL, Helle/LÜTZHÖFT, Margareta: "The Human Contribution", in Oltedal, Helle/Lützhöft, Margareta (ed.), *Managing Maritime Safety*, Routledge, New York 2018, s.71-90.

- PARSONS, James/ALLEN, Chad: “The History of Safety Management”, in Oltedal, Helle/Lützhöft, Margareta (ed.), *Managing Maritime Safety*, Routledge, New York 2018, s.16-32.
- PENSE, Caner: “Deniz Kazalarında İnsan Faktörü ve Bir Çözüm Olarak E-Seyir”, *Akıllı Ulaşım Sistemleri ve Uygulamaları Dergisi*, 1(2), 2018, s.72-86.
- PICCINELLI, Mario/GUBIAN, Paolo: “Modern Ships Voyage Data Recorders: A Forensics Perspective on the Costa Concordia Shipwreck”, *The International Journal of Digital Forensics & Incident Response*, C. 10, 2013, s.41-49.
- SOMERS, Eduard: “The Costa Concordia Incident and Liability for Passenger Damage: An International and European Law Approach”, in Govaere, Inge/Lannon, Erwan/Van Elsuwege, Peter/Adam, Stanislas (ed.), *The European Union in the World Essays in Honour of Marc Maresceau*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2014, s.341-362.
- Italian Ministry of Infrastructures and Transports, Marine Casualties Investigative Body: *Cruise Ship Costa Concordia, Report on the Safety Technical Investigation*, https://www.fomento.gob.es/recursos_mfom/2012costaconcordia.pdf, (Erişim Tarihi: 15.09.2020).

IMO Maritime Knowledge Centre: *Current Awareness Bulletin*, 24(5), 2012.

Raporlar

- European Commission, 20.01.2012, MEMO/12/25.
- IMO, 14.02.2012, MSC 90/27.
- IMO, 26.03.2012, MSC 90/27/4.
- IMO, 10.04.2012, MSC 90/27/5.
- IMO, 10.04.2012, MSC 90/27/10.
- IMO, 21.05.2012, MSC 90/WP.1.
- IMO, 25.05.2012, MSC.336(90).
- IMO, 01.07.2012, MSC.1/Circ.1446.
- IMO, 02.07.2013, C 110/8/Add.1.
- IMO, 24.09.2012, MSC 91/7/1.
- IMO, 25.09.2012, MSC 91/7/5.
- IMO, 16.11.2012, MSC 91/7/7.
- IMO, 28.11.2012, MSC 91/WP.8.
- IMO, 17.12.2012, MSC 91/22.
- IMO, 22.01.2013, MSC.1/Circ.1446/Rev.1.
- IMO, 12.03.2013, MSC 92/6/2.
- IMO, 18.03.2013, MSC 92/6/3.
- IMO, 05.04.2013, MSC 92/6/5.
- IMO, 13.05.2013, MSC 92/INF.6.
- IMO, 26.06.2013, MSC 92/WP.8/Rev.1.
- IMO, 28.05.2013, MSC 92/6/10.
- IMO, 27.06.2013, MSC 92/WP.8/Rev.1.
- IMO, 08.08.2013, MSC.1/Circ.1446/Rev.2.
- IMO, 11.02.2014, MSC 93/6/1.
- IMO, 20.05.2014, MSC 93/WP.6.
- IMO, 15.01.2015, MSC 95/6/1.
- IMO, 09.06.2017, MSC 98/23/Add.1.
- IMO, 09.02.2016, MSC 96/6.
- IMO, 16.07.2017, MSC.1/Circ.1564.
- IMO, 15.07.2017, Resolution MSC.421(98).

TAŞINMAZ SATIŞ VAADİNDEN DOĞAN HAKKA İLİŞKİN TERKİN EDİLMEMİŞ ŞERHİN ETKİSİ VE YARGITAY'IN KONUYA YAKLAŞIMI*

EFFECT OF NON-ERASURE ANNOTATION ON PRELIMINARY CONTRACT FOR REAL ESTATE SALE AND THE SUPREME COURT APPROACH TO ISSUE

Azım ÖNCÜ**  

Makale Bilgi

Gönderilme: 14/10/2020
Kabul: 05/12/2020

Anahtar Kelimeler

Taşınmaz,
Satış Vaadi,
Tapu Sicili,
Şerh,
Terkin.

Özet

Tapu Kanunu (TK) m.26/8'e göre, satış vaadinden doğan hakkın şerhinden itibaren beş yıl içinde satış yapılmazsa şerh tapu sicil görevlileri tarafından re'sen terkin edilmelidir. Diğer yandan, Tapu Sicil Tüzüğü (TST) m.69/3'e göre ise, şerhedilmiş kişisel haklarda kanunda belirlenen süre sona erdiğinde, malikin istemi üzerine terkin gerçekleştirilmelidir. Bu hükümler karşısında, şerh süresi sona erdiğinde terkinin tapu memurunca re'sen mi yoksa talep üzerine mi yapılacağı konusunda çelişkili bir durum ortaya çıkmaktadır. Çelişkili hükümlerin varlığı, şerhten itibaren beş yıl geçmesine rağmen satışın yapılmaması durumunda terkin edilmemiş şerhin etkisinin kendiliğinden sona erip ermediği konusunda belirsizlik ortaya çıkarmaktadır. Kanun hükmüne üstünlük tanındığında şerhin etkisi beş yılın geçmesiyle kendiliğinden sona ermiş olur. Bu andan itibaren yapılan terkin açıklayıcı niteliktedir. Taşınmaz beş yıllık sürenin geçmesinden itibaren devredilirse vaat alacaklının bu şerhe dayanarak yeni malikten mülkiyetin kendisine geçirilmesini isteyememesi gerekir. Ancak, Yargıtay bazı kararlarıyla, TK m.26/8'de belirtilen beş yıllık süre sona ermesine rağmen şerhin terkinini gerçekleştirilmediyse yeni malikin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı gerekçesiyle, vaat alacaklının yeni malikten tescili talep etmekte haklı olduğu yönünde görüş benimsemiştir. O nedenle satış vaadi bakımından şerh süresi sona erdiğinde meydana gelen hukuki duruma ilişkin farklı yaklaşımlar sebebiyle ilgili meselenin değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Article Info


Received: 14/10/2020
Accepted: 05/12/2020

Keywords

Real Estate,
Preliminary Contract,
Land Registry,
Priority Notice,
Deletion.

Abstract

According to article 28/(8) Land Registry Code (LRC), the priority notice must be deleted from the land register ex officio by the land registry officers. On the other hand, according to Statute of Land Registry, the deletion must be realized upon the request of the owner. Therefore these provisions cause a contradictory situation where the priority notice period expires, as to whether the land registry officer delete the land registry entry ex officio or upon request. Yet the effect of the priority notice automatically ends after five years where the application of the article 28/(8) of the LRC has a priority. Accordingly, if the real estate is transferred after the five-year period, the promise creditor should not be able to request the transfer of the property from the new owner based on this priority notice. The Turkish Supreme Court, in some of its decisions, adopted a view that if the priority notice is not deleted from the land registry, due to the fact that the new owner cannot rely on good faith claim, the promise creditor is justified in requesting registration from the new owner. Therefore in terms of the promise to sell, it is important to examine the relevant issue due to the different approaches regarding the legal situation that occurs when the priority notice period expires.

 Bu eser Creative Commons Atf 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Bu çalışma, İnönü Üniversitesi BAP Koordinasyon Birimi tarafından 1806 kodlu araştırma projesi kapsamında desteklenmiştir.

** Arş. Gör. İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

I. GİRİŞ

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, esasında borçlandırıcı işlem olması sebebiyle, nisbî borç ilişkisi meydana getirerek taraflar arasında kişisel hak ortaya çıkarmaktadır¹. Ancak, Türk Medenî Kanunu (TMK) m.1009/1 ve Tapu Kanunu (TK) m.26/7’de düzenlenen şerh müessesesi ile bu sözleşmeden kaynaklanan kişisel hakkın etkisinin kuvvetlendirilmesi mümkündür. Satış vaadi sözleşmesi kanunda öngörüldüğü gibi resmî şekle uyularak akdedildikten sonra, TK m.26/7’ye göre bu sözleşmeden doğan hak taraflardan birinin talebi ile tapuya şerh verdirilebilir. Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan ‘taşınmaz satışına ilişkin sözleşmenin kurulmasını isteme’ şeklindeki kişisel hak, tapuya şerh verdirilmekle beraber şerhin eşyaya bağlı borç hâline getirme etkisinden ve munzam etkiden yararlanmaya başlar².

Satış vaadinden doğan hakkın şerhinden itibaren beş yıl içinde satış ve tescil gerçekleşmezse şerh tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından TK m.26/8’e göre re’sen terkin edilir. Diğer taraftan, Tapu Sicil Tüzüğü (TST) m.69/3’te, şerh edilmiş kişisel haklarda belli bir süre söz konusu ise, bu süre sona erdiğinde taşınmaz malikinın talebiyle terkin işleminin yapılacağı düzenlenmektedir. Farklı sonuçlara yol açan bu hükümler karşısında, satış vaadinden doğan hakkın şerh verdirilmesinden itibaren beş yıl geçmesine rağmen satış yapılmaz ve şerh de terkin edilmezse şerhin etkisinin ne olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Zira bahsi geçen iki hüküm bakımından, satış vaadine ilişkin hakkın şerhinin terkin konusunda farklı usuller söz konusudur. Süresi sona ermesine rağmen sicilden terkin edilmemiş şerhe dayanarak, vaat alacaklının yeni malikten mülkiyetin kendisine intikalini isteyip isteyemeyeceği hususu, TK ve TST düzenlemelerinden hangisine üstünlük tanındığına göre farklılık gösterebilir. Yargıtay ise konuyla ilgili olarak, -önceki içtihatlarıyla çelişkili olan bazı kararlarıyla- beş yıllık süre sona erdiğinde şerh sicilden terkin edilmemişse, bu şerhi görerek taşınmazı edinen yeni malikin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı ve alacaklının yeni malike karşı açtığı dava ile tescili talep etmekte haklı olduğu yönünde hükümler tesis etmiştir. Doktrin, yargı içtihatları ve uygulamanın değerlendirilmesinden, TK m 26/8’de belirtilen beş yıllık süre sona erdikten sonra terkin gerçekleşmemişse şerhin etkisinin devam edip etmediği hususunda fikir birliği bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Çalışma, giriş ve sonuç kısmı haricinde üç bölüm olarak ele alınmıştır. Birinci bölümde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tanımı ve ortaya çıkardığı hakkın niteliği; ikinci bölümde, genel olarak şerh kavramı, şerhin hukukî dayanağı, şartları ve etkisi; üçüncü bölümde ise, vaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilmesinin şartları, bu hakkın şerh süresince ve beş yıllık kanunî süre sona erdikten sonraki etkisine ilişkin doktrindeki görüşler ile Yargıtay’ın yaklaşımı incelenmiştir. İncelenen hususta doktrinde görüş birliği bulunmaması ve Yargıtay içtihatlarının çelişkili olması karşısında bir çözüm önerilmesi hedeflenmiştir.

II. GENEL OLARAK TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİ

A. Tanımı

Mevzuatta birçok yerde bahsi geçmesine rağmen kanun koyucu tarafından satış vaadi sözleşmesinin tanımı yapılmamıştır³. Ancak doktrinde çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Satış vaadini ön sözleşme olarak kabul eden ve bu anlamda doktrinde çoğunluğu teşkil eden yazarlarca bu sözleşme, *sözleşmenin bir tarafına veya her iki tarafına bir taşınmazın mülkiyetinin devrine ilişkin satış sözleşmesinin yapılmasını isteme konusunda kişisel bir hak bahşeden ön sözleşme* olarak tanımlanmaktadır⁴. Bu tanıma göre, satış vaadi sözleşmesi bir tarafa veya her iki tarafa satış sözleşmesinin yapılmasını isteme hakkı vermek suretiyle, diğer tarafı borç altına sokma

¹ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019, s.196; Yarg. 1. HD, E. 1997/5237, K. 1997/5632, T. 30.4.1997: “...satış vaadi sözleşmesi ilgisine aynı değil, kişisel hak sağlar.”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 1.4.2020).

² EREN, Borçlar Özel, s.199; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku II- Mülkiyet, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.172-173.

³ Satış vaadi sözleşmesinden 4721 sayılı TMK’nın m.1009, 6098 sayılı TBK’nın m.237, 2644 sayılı TK’nın m.26 ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun m.60 hükümlerinde bahsedilmektedir

⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s.71; ÇENBERCİ, Mustafa: Gayrimenkul Satış Vaadi, En Yeni Yasa ve Yargıtay İçtihatlarına Göre Değiştirilmiş ve Yeni Bahisler Eklenmiş Üçüncü Baskı, Ankara, 1986, s.12; ÖZENLİ, Soysal: Uygulamada Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar, Ankara, 1986, s.7; OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2018, s.390; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, 3. Bası, İstanbul, 2013, s.131-132; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 4.Baskı, Ankara 2019, s.261; EREN, Borçlar Özel, s.194. Buna karşın azınlıkta kalan diğer görüş uyarınca; satış vaadi sözleşmesi taşınmaz satış sözleşmesinin kendisidir. Diğer deyişle satış vaadi sözleşmesinin ayrı bir hukukî varlığı bulunmamakla birlikte bu işlem ile kastedilen bizatihi satış sözleşmesidir. İlgili görüş için bkz. SUNGURBEY, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul, 1963, s.393.

hakkı vermektedir⁵. Satış vaadi sözleşmesini ön alım ve alım sözleşmesinden ayıran önemli nokta budur⁶.

B. Hükmü (Ortaya Çıkardığı Hakkın Niteliği)

Satış vaadi, sözleşmelerin hukukî sonuçlarına göre yapılan sınıflandırmada borç doğuran sözleşmeler içerisinde yer almaktadır⁷. Bu sözleşmelerin hukukî sonucu olarak bir borç meydana geldiği için bu borcun karşılığı olarak bir aynı hak değil kişisel hak doğmaktadır. Zira sırf satış vaadi sözleşmesinin kurulması, mülkiyetin el değiştirmesini sağlamamaktadır⁸. Satış vaadi sözleşmesi kurulduktan sonra, taraflar yalnızca ileride bir taşınmazın satışını konu edinen sözleşmenin kurulmasını isteme şeklindeki kişisel hakka sahip olmaktadır⁹. Bundan dolayı, satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan haklar, sözleşme taraflarının yalnızca birbirlerine karşı ileri sürebildikleri hak niteliğindedir¹⁰. Nitekim, Yargıtay da birçok kararında satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın kişisel hak olduğunu kabul etmiş ve buna bağlı hukukî sonuçları açıkça belirtmiştir¹¹.

Satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın kişisel hak olmasının birçok hukukî sonucu bulunmaktadır. İlki, satış vaadi sözleşmesinde vaat alacaklısının, sözleşmeden doğan hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürememesidir¹². Örneğin vaat borçlusu taşınmazı üçüncü bir kişiye satıp devrettiğinde, vaat alacaklısı, devralana karşı bir talepte bulunarak mülkiyetin kendisine devrini talep edemez¹³. İkincisi, vaat alacaklısının vaat konusu taşınmazın hukukî ve doğal ürünleri üzerinde de talep hakkı bulunmamasıdır¹⁴. Netice itibarıyla, vaat alacaklısının kişisel hakkına dayanarak sahip olduğu yegâne imkân, vaat borçlusuyla arasındaki sözleşme ilişkisi gereğince satış sözleşmesinin kurulmasını ve taşınmazın mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilmektir¹⁵.

III. ŞERH KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kişisel Hakların Şerhi

Şerh; kanunda öngörülmesi hâlinde, tapu kütüğünün ilgili kısmında gösterilen bir kişisel hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesini sağlayan hukukî bir imkândır¹⁶. Aynı hak sahiplerinin, resmî makamların veya kanunda kendisine yetki tanınan kişilerin tapuya başvurusu ile tapu kütüğünde ilgili kısma yazılan şerhlerin, kişisel hakları kuvvetlendirmek dışında da birtakım işlevleri bulunmaktadır¹⁷. Buna göre şerhlerin, taşınmaz malikinın tasarruf yetkisini belli

⁵ EREN, Borçlar Özel, s.194.

⁶ Zira önalm sözleşmesinde tek taraflı beyanla satış sözleşmesinin kurulması sağlanmaktadır (ÖZTÜRK, Gülay: "Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Borç İlişkisi (I)", Yargıtay Dergisi, 23(4), 1997, s.523).

⁷ Sözleşmelerin genel sınıflandırılması ve sözleşme türleri için bkz. EREN, Borçlar Özel, s.15 vd.; ALBAYRAK, Hakan: "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 5(10), 2017, s.50.

⁸ EREN, Borçlar Özel, s.197; ALBAYRAK, s.50. Satış vaadi sözleşmesinin tescilin hukukî sebebi olamayacağına ilişkin bkz. OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: "Yargıtay'ın MK. m.1023'ün Yanlış Uygulandığı Üç Kararın Değerlendirilmesi", Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C.1 Eşya Hukuku, (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 10.4.2020) (Üç Karar), s.612.

⁹ ÇENBERCİ, s.40.

¹⁰ Satış vaadi sözleşmesinde doğan kişisel hakkın niteliği konusunda esasen iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan birinci görüş, satış vaadine dayanarak satış ilişkisinin kurulmasını isteme hakkını bir alacak hakkı niteliğinde görmekte ve borcun sözleşmenin düzenlenmesiyle doğduğunu ileri sürmektedir (KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 103, dp. 26; ARPACI, s. 1085). Diğer görüşü savunanlar ise, satış ilişkisinin kurulmasını isteme hakkının yenilik doğuran bir hak olduğunu, hak sahibi tarafından muhataba yenilik doğurucu beyan şeklinde yöneltildiği anda borcun doğduğunu ileri sürmektedirler (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.392; TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I / 1, 4. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2008, s.246). Taşınmaz satış vaadinden doğan hakların niteliğine ilişkin ayrıca bkz. ÇENBERCİ, s.27 vd.). Vaat sözleşmesinin bahsettiği hak yalnızca diğer taraftan bir taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasını talep edebilmektir. Diğer bir deyişle, bu sözleşme hak sahibine tek taraflı bir irade beyanı ile satış sözleşmesinin kendiliğinden kurulmasını sağlama yetkisi vermemektedir. Vaat alacaklısının malikten satış sözleşmesinin kurulmasını talep ettikten sonra, tapuda resmî şekilde satış sözleşmesi düzenlenmesi ve akabinde geçerli bir tescil işleminin yapılması ile ifanın gerçekleşmesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hakkın yenilik doğuran hak olmadığı ve burada bir alacak (talep) hakkı bulunduğu söylenebilir.

¹¹ Yarg. 14 HD., E. 2017/6098, K. 2018/2609, T. 3.4.2018: "...*Davalı ile davacılar arasında düzenlenen satış vaadi sözleşmesi, vaat alacaklısı davacıya kişisel hak sağlar.*" Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 13.4.2020).

¹² ÖZENLİ, s.16; EREN, Borçlar Özel, s.197.

¹³ ÇENBERCİ, s.40.

¹⁴ ALBAYRAK, s.51.

¹⁵ ÖZTÜRK, s.529.

¹⁶ AKİPEK, Jale: Türk Eşya Hukuku, I. Kitap, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1972, s.387; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.212; ŞAHAN, Gökhan: Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi, Seçkin; Ankara 2020, s.29.

¹⁷ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 23.06.2015 tarihli ve 1766, 2015/4 sayılı Genelgesinde bütün şerh ve beyanların 02/07/2015 tarihinden itibaren tapu kütüğündeki şerhler ve beyanlar sütununa kaydedilmeden bunların yalnızca elektronik ortamda tutulacağı esası getirilmiştir. Dolayısıyla bu tarihten itibaren bütün şerhlerin yalnız elektronik ortamda tutulacağını söylemek gerekmektedir.

ölçüde sınırlandırmak veya kazanılmış ya da kazanılması muhtemel aynî hakların korunmasını mümkün hâle getirmek gibi farklı işlevleri bulunmaktadır¹⁸. TMK’da şerhler; kişisel hakları kuvvetlendirmeye yarayan (TMK m.1009) ve tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler (TMK m.1010) ile geçici tescil şerhleri (TMK m.1011) olarak üç farklı şekilde düzenlenmiştir. Bir takım özel kanunlarda bunların dışında bazı konularda da şerh imkânının tanındığı görülmektedir¹⁹. Ancak her ne kadar ‘şerh’ olarak ifade edilse de bunların aslında teknik anlamda şerh olmadığı, esasen beyan niteliği taşıdığı doktrinde ifade edilmektedir²⁰.

Şerh imkânına başvurulabilmesi için, ilgili hususun tapu kütüğüne şerhi bir kanun hükmüyle açıkça öngörülmüş olmalıdır²¹. Diğer bir deyişle, şerhler bakımından sınırlı sayı prensibi geçerlidir²². Bu durum, TMK m.1009/1’de: “*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir.*” şeklinde ifade edilmektedir. Bu hükümde sayılan kişisel hakların şerh yoluyla kuvvetlendirilmesi mümkündür. Aynı şekilde, TK m.26/7’de de taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın şerhedilebileceği düzenlenmektedir.

B. Şerhin Şartları

Kişisel hakların tapu kütüğüne şerh edilmesi için üç şartın bulunması gerekmektedir. Bunlar, şerhedilmesi istenen kişisel hakkın şerhine kanun tarafından imkân verilmiş olması, kişisel hakkın kaynaklandığı hukukî ilişkinin taraflarının şerh konusunda anlaşmış olması ve taşınmazda tasarruf yetkisi bulunan kişinin kişisel hak sahibi lehine tapuda şerhi talep etmiş olmasıdır²³. Tapu sicil müdürlüğünün şerh talebini kabul etmesi ancak bu şartların varlığı durumunda mümkündür.

C. Şerhin Etkisi

Özellikle; edimin ifasının sonraya bırakıldığı borç ilişkilerinden doğan, yalnızca sözleşmenin tarafları arasında ileri sürülebilen ve aynî hak tesis etmeyi amaçlayan kişisel haklar yönünden şerhin amacı, bu sürede taşınmazdaki aynî hakkı değiştiren işlemlerden ilgili hakların korunmasını sağlamaktır²⁴. Diğer bir deyişle, kişisel hak sahibi, sözleşmenin karşı tarafının sözleşme konusuna ilişkin sonraki muhtemel tasarruflarına karşı şerh yoluyla korunmuş olmaktadır²⁵.

Şerhin, kişisel hakkın aynî hak niteliğine bürünmesine yol açmadığı, bu yüzden herkese karşı değil yalnızca belli bir çevreye karşı etki doğurduğu konusunda doktrinde görüş birliğine varılmıştır²⁶. Zira TMK m.1009/2’de, kişisel hakların, “*şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir...*” hâle geldiği düzenlenmektedir²⁷. Bu hüküm şerhedilmiş kişisel hakların aynî haklardan farkını ortaya koymaktadır. Şerhedilmiş kişisel hak aynî hak olmadığı içindir ki, örneğin taşınmaza bir haksız fiil neticesinde zarar verildiğinde kişisel hak sahibinin failden tazminat talep edebilmesi mümkün değildir²⁸.

¹⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.212.

¹⁹ Bu konuda bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.222 vd.

²⁰ SİRMEN, A. Lâle: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2020, s.236.

²¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.213.

²² SUNGURBEY, s.4; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s.3; DOĞAN, s.12; ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2018, s.303.

²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.183; SUNGURBEY, s.46 vd.; TEKİNAY, Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Eşya Hukuku, İstanbul, 1989, s.379 vd.; ALBAYRAK, s.62.

²⁴ SARI, Suat: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, İÜHF, 64(2), 2006, s.280; ŞAHAN, s.28.

²⁵ SUNGURBEY, s.2; ÖZENLİ, s.16.

²⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.383; SUNGURBEY, s.79 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.193; ÇENBERCİ, s.49; ÜNAL/BAŞPINAR, s.349-350; AKİPEK Jale: Türk Eşya Hukuku, II. Kitap, Aynî Haklar, Ankara 1972, s.393; EREL, s.205; SİRMEN, s.223 vd.; GÜMÜŞ, M. Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, 2. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2007, s.107 vd.

²⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.383.

²⁸ ÜNAL/BAŞPINAR, s.350; NOMER, Haluk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 12 Levha, 7.Baskı, Ankara 2019, s.124.

Şerhedilen kişisel hakların etkisi konusunda Türk Hukukunda baskın görüş eşyaya bağlı borç görüşüdür²⁹. Bu görüşe göre kişisel hakkın şerhedilmesinin iki etkisi bulunmaktadır³⁰. Birincisi, kişisel hakka ilişkin borç doğuncaya kadar; ikincisi ise, borç doğduktan sonra söz konusu olmaktadır³¹. Şerhin ilk etkisinde, şerhedilen kişisel hakka ilişkin borç eşyaya bağlı duruma gelmektedir. Böylece taraf sıfatı, taşınmaz üzerinde hak sahibi olmaya bağlanmış olur³². Taşınmazın şerhten sonra üçüncü kişiye devri, kişisel hakkın ileri sürüleceği kişiyi -yani borçluyu- değiştirdiği için bu andan itibaren sözleşmeden doğan haklar yeni malike karşı kullanılabilir³³.

Eşyaya bağlı borç etkisi görüşüne göre, şerhin ikinci etkisi munzam etki veya aynî etki olarak ifade edilmektedir³⁴. Şerhin bu etkisi, şerhedilmiş kişisel hakka ilişkin borç doğduktan sonra ortaya çıkmaktadır. Buna göre, munzam etki sayesinde, kişisel hakkın şerhinden sonra taşınmaz üzerinde kazanılan ve borcun ifasına engel olan sınırlı aynî haklar ile diğer şerhedilmiş kişisel hakların alacaklıya zarar verdiği oranda etkisizleştirilmesi sağlanabilmektedir³⁵. Böylece, şerhedilmiş kişisel haklar bakımından aynî haklardaki sıra ilişkisine benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla kişisel hak sahibi, şerhten sonra taşınmaz üzerinde kurulan sınırlı aynî hak veya şerhedilen kişisel hak sahiplerine karşı hakkını satış vaadi sözleşmesi çerçevesinde ileri sürülebilmektedir³⁶.

IV. TAŞINMAZ SATIŞ VAADİNDEN DOĞAN HAKKIN ŞERHİ

A. Şerhin Şartları

TMK m.1009/1 hükmüne göre: “... *taşınmaz satış vaadi ... tapu kütüğüne şerhedilebilir.*” Bu hükmün varlığı, satış vaadinden doğan kişisel hak bakımından, ‘hakkın şerhine kanun tarafından açık bir hüküm ile imkân verilmiş olması’ şartını karşılamaktadır.

Satış vaadi sözleşmelerinde, ‘bir kişisel hakkın şerhedilebilmesi için şerh anlaşmasının yapılması’ şartının bir istisnası söz konusudur. TK m.26/7’ye göre satış vaadi sözleşmelerinden doğan hakkın taraflardan birinin talebiyle tapu siciline şerh verdirilmesi mümkündür. Bu hüküm mucibince, satış vaadinden doğan hakkın şerhedilmesi bakımından şerh anlaşması yapılması gerekliliği bulunmamaktadır³⁷.

Anılan hükümde, satış vaadinden doğan hak bakımından, kişisel hakların şerhinde aranan şartlardan birinin daha istisnası öngörülmektedir. Kişisel hakların şerhinde ‘şerh talebinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişi tarafından yapılması’ gereklidir³⁸. Ancak TK m.26/7’de vaat alacaklısına da bu hakkın şerhedilmesini tapu müdürlüğünden talep edebilme imkânı tanınmıştır³⁹.

B. Şerhin Etkisi

1. Genel Olarak

Şerhin satış vaadinden doğan hak bakımından etkisi, TMK m.1009/2 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu açıdan, şerhin en temel sonucu, satış vaadinden doğan kişisel hakkın sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesidir. Dolayısıyla şerh sayesinde, vaat alacaklısının şerhten sonra taşınmazı devralan kişilere karşı taşınmazın kendi

²⁹ Eşyaya bağlı borç kavramının ayrıntılı incelemesi için bkz. EREL, Şafak N.: Eşyaya Bağlı Borç, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982; OĞUZMAN, M. Kemal: “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 31(1-4), 2011, s.214. Şerhin eşyaya bağlı borç etkisi savunan görüşler için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.387-698; TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, I(1), s.253; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.249 vd.; EREN, Borçlar Özel, s.199; SARI, s.292; SİRMEN, s.223; ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, 14.Baskı, İzmir 2018, N.800.

³⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.249 vd.; EREL, s.205; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.385; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.200; NÖMER/ERGÜNE, s.134; SİRMEN, s.223; ERTAŞ, N.800

³¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.250.

³² EREL, s.8; SİRMEN, s.224, 226; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s.249.

³³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.250; ÖZ, Turgut: “Taşınmazda Mevcuttan Fazla Pay Satımında Şerhedilmiş Satış Vaadinin Önceliği ve Bu Konudaki Yargıtay Kararının Eleştirisi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Basım Yayın, İstanbul 2000, s.727 vd.

³⁴ EREL, s.205 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.385 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.200 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY/ÖZDEMİR, s.250; AKİPEK, s.393 vd.

³⁵ EREN, Borçlar Özel, s.199; AYAN, Eşya Hukuku-II, s.172-173.

³⁶ EREN, Borçlar Özel, s.200.

³⁷ ÇENBERCİ, s.49; ÖZENLİ, s.41; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.191.

³⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.215.

³⁹ TANDOĞAN, s.252; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.394; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.379-380. TK 26 hükmünün varlığına rağmen doktrinde bazı yazarlar satış vaadinden doğan hakkın şerh edilebilmesi için şerh anlaşması aranması gerektiğini, bunun yanında şerhi talep edebilmesi için vaat alacaklısına malik tarafından satış vaadine konulacak bir kayıtla ayrıca şerhi talep yetkisinin verilmesinin zorunlu olduğunu ileri sürmektedirler. İlgili görüşler için bkz. SUNGURBEY, s.57; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.189-190.

adına tescilini istemesi mümkün hâle gelmektedir⁴⁰. Bunun yanında, taşınmaz üzerinde şerhten sonra hak kazanan ve satış vaadinden doğan borcun ifasına engel olan sınırlı aynî hak sahipleri ile şerhedilmiş kişisel hak sahiplerinin haklarının da etkisizleştirilmesi sağlanabilmektedir⁴¹. Satış vaadinde şerhin etkisine ilişkin olarak, diğer şerhedilmiş kişisel haklarda olduğu gibi, sonraki malike karşı hak ileri sürüldüğünde ‘şerhin eşyaya bağlı borç ortaya çıkarma etkisi’; şerhten sonra taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak veya şerh edilmiş kişisel hak kazananlara karşı ileri sürüldüğünde ise ‘şerhin munzam(aynî) etkisi’ nin söz konusu olduğu değerlendirilmelidir⁴².

Şerhin etkili olduğu süre konusunda TK m.26/8 yol gösterici niteliktedir. Bu düzenlemede şerhten itibaren beş yıl içinde satış ve tescil gerçekleşmezse şerhin tapu sicil görevlilerince re’sen terkin edileceği belirtilerek şerhin etkisi azami beş yıl olarak öngörülmüştür⁴³. Şerhin süresinin, taraflardan birinin talebiyle mi yoksa şerh anlaşması sonucunda mı kurulduğu hususunda ayırım yapılmadan her durumda azami beş yıl olduğu değerlendirilmelidir. Tarafların şerh anlaşması yaptığı durumlarda beş yıldan daha uzun bir süre şerhin etkisini sürdüreceğini kararlaştırması mümkün değildir⁴⁴. Beş yıl dolduğu için kanun hükmü uyarınca tapu memuru tarafından re’sen terkin edilmesi gerekirken terkin edilmemiş şerhin bu andan itibaren hem maddî hem şeklî bakımdan yolsuz hâle geldiği kabul edilmelidir⁴⁵. Beş yıl dolduktan sonra hak sahibinin aynı nitelikteki bir korumaya sahip olabilmesi için, bu hakkın yeniden şerhedilmesi zorunludur⁴⁶. Diğer taraftan, şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmadığı takdirde, yani şerhin kanunî etki süresi dolduktan sonra, tarafların anlaşarak ikinci kez şerh verme imkânı bulunmaktadır⁴⁷. Böyle bir durumda yeniden yapılan şerhin etkililik süresi bakımından da azami beş yıllık süre esas alınmalıdır⁴⁸.

2. Kanunî Süre Sona Erdikten Sonra Şerhin Durumu

TK m.26/8’de satış vaadinden doğan hakkın şerhi bakımından beş yıllık süre zikredilmiştir. Kanun koyucu tarafından tapu sicil görevlilerine re’sen terkin yetkisi verilmesiyle şerhin etkisinin azami beş yıl olmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır⁴⁹. Buna karşın, TST m.69/3’de, şerhedilmiş kişisel haklarda sürenin dolması hâlinde ancak taşınmaz malikinin talebiyle terkin işleminin yapılacağı düzenlenmiştir. Kanun tarafından tanınan açık bir yetkiye ve verilen yükümlülüğe rağmen şerh tarihinden itibaren beş yıl dolmasıyla tapu memurunun terkin gerçekleştirilmemesi veya ilgililerin terkin talep etmemesi uygulamada karşılaşılabilecek durumlardır⁵⁰. Çelişkili görünen bu iki hükmün varlığı, tapu sicil görevlilerince re’sen terkin işleminin yapıp yapılamayacağı ve satış vaadinden doğan hakkın şerhinin beş yıldan sonra etkisini sürdürüp sürdürmediği hususlarında doktrinde ve yargı kararlarında farklı yaklaşımları ortaya çıkarmıştır.

Açık hükme rağmen satış vaadinden doğan hakkın şerhi re’sen terkin edilmediğinde ne olacağına ilişkin mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kanunda öngörülen sürenin dolması hâlinde, şerh tapu kayıtlarında varlığını devam ettirirse şerhin etkisinin devam edip etmeyeceği ve üçüncü kişi taşınmazı beş yılın dolmasından sonra edindiğinde vaat alacaklısının hakkını ona karşı kullanıp kullanamayacağı gibi durumların açığa kavuşturulması gerekmektedir.

a. Doktrindeki Görüşler

Satış vaadinden doğan hak bakımından, süresi dolduktan sonra terkin edilmemiş şerhin niteliği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, TK m.26/8 hükmünün lafzından hareket etmekte ve tapu sicil görevlilerine re’sen terkin yetkisi tanınmasını, satış vaadine ilişkin şerhin etki süresinin kanun tarafından beş yıllı sınırlandırıldığı şeklinde

⁴⁰ ÇENBERCİ, s.37.

⁴¹ EREN, Borçlar Özel, s.199; AYAN, Eşya Hukuku-II, s.172- 173.

⁴² Yarg. 14. HD, E. 1984/6664, K. 1984/7045, T. 20.11.1984, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 1.5.2020).

⁴³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.395; EREN, Borçlar Özel, s.198; AYAN, Eşya Hukuku-II, s.173.

⁴⁴ EREN, Borçlar Özel, s.200; ŞAHAN, s.153.

⁴⁵ ÖZEN, Burak: “Elbirliği ile Malik Olanlardan Biri Tarafından Yapılan Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şerhi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. 1, (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 01.06.2020), s.147, 148.

⁴⁶ AYAN, Eşya Hukuku-II, s.173-174.

⁴⁷ EREN, Borçlar Özel, s.200; Doktrinde şerhin bir kere yapılabileceği ve bu yüzden en fazla 5 yıl süre ile hüküm doğuracağına ilişkin görüş için bkz. ÖZENLİ, s.49.

⁴⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.395; EREN, Borçlar Özel, s.200.

⁴⁹ ALBAYRAK, s.65.

⁵⁰ Bunun tapu sicil görevlilerine verilen yalnızca bir yetki değil aynı zamanda yüklenilen bir yükümlülük olduğu hakkında bkz. ÖZEN, s.148.

yorumlamaktadırlar⁵¹. Bu görüş taraftarları, beş yıllık süreyi etki süresi kabul ettikleri için bu süre sonunda terkin edilmeyen şerhin etkisini yitirdiğini ve üçüncü kişilere karşı bundan doğan hakkın ileri sürülemediğini savunmaktadırlar⁵². Dolayısıyla, bu andan itibaren vaat alacaklısının hakkı şerhten yoksun olarak devam etmekte ve yalnızca sözleşmenin diğer tarafına veya onun küllî haleflerine karşı ileri sürülebilmektedir⁵³. Bunun sonucu olarak, beş yılın sonunda malikin taşınmazı başkasına devrettiği durumlarda, vaat alacaklısı mülkiyeti devralan üçüncü kişiden satış vaadine dayanarak talepte bulunamayacaktır⁵⁴.

Doktrindeki diğer görüş ise⁵⁵ tapu sicil görevlilerine re'sen terkin yetkisi veren TK m.26/8 hükmünü göz ardı etmekte ve bu hususta TST m.69/3 hükmünden hareket etmektedir⁵⁶. Bu görüşe göre, şerhedilmiş kişisel haklarda belli bir süre öngörülmüşse, bu sürenin dolması hâlinde malikin istemi üzerine terkin işleminin yapılması⁵⁷ ve dolayısıyla tapudaki terkin işlemleri bakımından talep esasının daima gözetilmesi gerekmektedir⁵⁸. Dolayısıyla isabetsiz olarak, satış vaadinden doğan hak bakımından, malik tarafından terkin talep edilmediği müddetçe şerhin etkisini sürdürüleceği sonucuna varılmaktadır.

b. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Tapu sicil görevlilerince re'sen terkin yapılabilip yapılamayacağı ve bunun sonucunda şerhin etkililik süresinin beş yıla sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı hususu ile ilgili Yargıtay'ın çelişkili kararlarına rastlanmaktadır.

ba. Re'sen Terkinin Esas Alındığı Kararlar

Yargıtay'ın bir kararında; *“Tapu Kanununun 26. maddesi satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesinden itibaren beş yıl içinde satış yapılmazsa iş bu şerhin tapu sicil memuru tarafından doğrudan silineceği öngörülmektedir. Buna göre şerh; beş yıl süre ile geçerlilik ve kuvvetini korur, bu beş yıllık sürenin geçmesinden sonra herhangi bir karar veya isteme gerek kalmadan kuvvet ve geçerliliğini yitirir. Dolayısıyla şerh ile birlikte aynı etkili hale gelen satış vaadi sözleşmesi bu sürenin geçmesiyle tekrar şahsi hak durumuna dönüşür.”*⁵⁹ ifadeleri bulunmaktadır.

Bu karar ve benzer yöndeki diğer kararlar, satış vaadi bakımından şerhin etkililik süresinin beş yıl olarak esas alınmasına dayanmaktadır⁶⁰. Bu kararlarda, TK m.26/8'de zikredilen sürenin etki süresi olduğu, bu süre sona erdiğinde şerhten önce olduğu gibi satış vaadinden doğan hakkın yalnızca sözleşmenin diğer tarafına karşı ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Diğer deyişle, beş yıllık süre, taşınmaz henüz vaat alacaklısına devredilmeden dolarsa şerhin üçüncü kişilere karşı koruma fonksiyonu ortadan kalkmış olmaktadır. Netice itibarıyla, Yargıtay bu yöndeki kararlarında şerhin etki süresini beş yıl olarak değerlendirmekte ve vaat alacaklısının bu süre sona erdikten sonra taşınmazı edinen kişilere karşı vaat sözleşmesine dayanan hakkını ileri süremeyeceğini kabul etmektedir.

bb. Talep Üzerine Terkinin Esas Alındığı Kararlar

Terkinin talep üzerine yapılabileceği görüşüne dayanan Yargıtay kararlarından birinde şu ifadeler yer almaktadır: *“Tapu Kanununun 26/5. maddesi uyarınca şerhin tapu sicil muhafızı veya memuru tarafından re'sen terkin olunması gerekir. Ancak; yasanın bu hükmünün Tapu Sicil*

⁵¹ SUNGURBEY, s.74; ÇENBERCİ, s.50; EREN, Borçlar Özel, s.200; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.699; REİSOĞLU, s.180; TANDOĞAN, s.254; TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Sermet Matbaası, 3. Bası, İstanbul 1977, s.299; ÖZEN, s.147; SİRMEN, s.369, dp.365; ALBAYRAK, s.65.

⁵² SUNGURBEY, s.75; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.699. Ayrıca, şerhten itibaren beş yılın dolması durumunda tapu sicilindeki şerhin hem maddî bakımdan hem şekli bakımdan yolsuz hâle geldiğini ifade eden görüş için bkz. ÖZEN, s.147, 148; ŞAHAN, s.56.

⁵³ AYAN, Eşya Hukuku-II, s.173-174.

⁵⁴ ÇENBERCİ, s.50; TANDOĞAN, s.251.

⁵⁵ Tüzükte re'sen terkinin öngörülmediğinden bahisle, malikin başvurusu söz konusu olmadıkça şerhin re'sen terkin edilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. SÜTÇÜ, Mustafa Nezi: “Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi”, (<http://yoktez.gov.tr>), (Erişim Tarihi: 25.5.2020), s.104, 105.

⁵⁶ İsviçre Federal Mahkemesi de birçok kararında İsviçre (Türk) tapu sicil sisteminde tapu sicili görevlilerin ancak kendilerine yapılan bir talep söz konusu olduğunda harekete geçebileceğini vurgulamıştır (BGE 104 Ib 257: TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.699, dp. 51).

⁵⁷ TST m.69/3 hükmünde bu durum açıkça ifade edilmiştir.

⁵⁸ SÜTÇÜ, s.105. Buna karşın, TST m.69 hükmünde şerhin süresinin dolması durumunda malikin talebi ile terkin işleminin yapılacağı düzenlenmesinin, TK m.26 hükmünde belirtilen re'sen terkin işleminin yapılamayacağını göstermediğine ilişkin görüş için bkz. ÖZEN, s.148.

⁵⁹ Yarg. 14. HD. T. 16.12.2002, E. 2002/6360, K. 2002/8356, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 1.5.2020).

⁶⁰ Benzer yöndeki başka kararlar için bkz. Yarg. 14. HD., T. 12.12.2002, E. 2002/6638, K. 2002/8418; Yarg. 12. HD., T. 9.3.2017, E. 2016/11897, K. 2017/3633, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 3.5.2020). Bu kararlarda açıkça re'sen terkin gerekliliğinden bahsedilmekte ve beş yılın sonunda şerhin etkisini yitireceği belirtilmektedir.

*Tüzüğü'nün 29/4. maddesi karşısında terkinin tapu sicil müdürlüğü veya memurunca re'sen yapılacağı şeklinde anlamamak, terkin işleminin taşınmaz mal malikinın istemesi üzerine yapılabileceği şeklinde yorumlamak gerekir.*⁶¹ Bu kararda, vaat sözleşmesinden doğan hakka ilişkin şerhin beş yılın dolmasıyla kanun hükmüne rağmen re'sen terkinin yerine, tüzük hükmü çerçevesinde talep üzerine terkin edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Terkinde talep esasını dikkate alan ve bu anlamda incelenmesi gereken başka bir Yargıtay kararında aşağıdaki ifadeler yer verilmiştir⁶²:

*“Tapu Kanununun 26. maddesinde “Şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmez ise iş bu şerh tapu müdürü veya memuru tarafından re'sen terkin olunur” hükmüne yer verilmiştir. Fakat bu düzenleme tapu sicil memurunun şerhi re'sen terkin yetkisi olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira TMK'nın 1027. maddesinde sadece adi yazım hatalarının tüzük hükümlerine göre tapu sicil memurunca düzeltilebileceğine bunun dışındaki tüm düzeltmelerin ilgilerinin yazılı izni veya mahkeme kararı ile yapılabileceğine dair açık hüküm vardır. Buna benzer bir diğer düzenleme Tapu Sicil Tüzüğü'nün 69. maddesinde yer almaktadır. Tüzükteki bu düzenlemede de tapuya şerh edilmiş süreye bağlı kişisel hakların sürenin dolması halinde sicilden terkinin sadece taşınmaz malikinın talebi ya da mahkeme kararı ile yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Tüm bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde Tapu Kanununun 26. maddesindeki düzenleme şerhin malikin istemi üzerine terkin edilebileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Taşınmaz maliki tarafından terkinin talep edilmediği için tapu sicilinde varolmaya devam eden şerh etkisini devam ettirecektir. Bu nedenle tapudaki satış vaadi şerhini görerek taşınmazı satın alan kişi TMK'nın 1023. maddesi anlamında iyiniyetli üçüncü kişi kabul edilmeyecek ve vaad alacaklısına karşı bu madde korumasından yararlanamayacaktır. Zira tapu sicilinin aleniliği dolayısıyla herkesin kütükte yer alan haklarla ilgili bilgisi olduğu varsayılır, bunun aksi iddia edilemez.”*⁶³

Bu kararda, TST m.69/3'e göre satış vaadine ilişkin hakkın şerhinin malikin talebiyle terkin edilebileceği; TMK m.1027 hükmüne göre re'sen terkinin sadece basit yazım hatalarının olduğu durumlarda mümkün olduğu; şerhten itibaren beş yıl geçtikten sonra terkinin talep edilmemiş ve tapu sicilinde hâlen kayıtlı bulunan şerhin bu sürenin dolmasından sonra tapu sicilinin aleniyeti ilkesi gereği etkisini sürdürdüğü kabul edilmiştir. Ayrıca, Yargıtay'ın bu kararında; şerhten itibaren beş yıl dolduktan sonra taşınmazı devralan kişilerin şerhi görerek hareket ettikleri, bu sebeple mülkiyet hakkını iyiniyetli olarak edindiklerini ileri süremeyecekleri gerekçesine dayanıldığı ve sonraki devirler bakımından TMK m.1023 ve 1024 hükümleri kapsamında iyiniyet araştırması yapıldığı görülmektedir. Söz konusu karar değerlendirildiğinde, süre dolmasına rağmen terkin edilmemiş şerhi görerek taşınmazı edinen kişilere karşı vaat alacaklısının kendi lehine tescil talep edebileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Satış vaadinden doğan hakkın şerhinin terkinin hususunun TMK m.1027'nin kapsamına girip girmediği ve süre sonunda terkin edilmemiş şerhe ilişkin hukukî durum bakımından TMK m.1023 ve 1024 hükümlerinin uygulanabilirliği aşağıda sırayla incelenmiştir.

bba. Şerhin Terkininin 'Düzeltilme' Sayılması Durumu

TMK m.1027'ye göre;

“İlgililerin yazılı rızaları olmadıkça, tapu memuru, tapu sicilindeki yanlışlığı ancak mahkeme kararıyla düzeltebilir.

Düzeltilme, eski tescilin terkinin ve yeni bir tescilin yapılması biçiminde de olabilir.

Tapu memuru, basit yazı yanlışlıklarını, Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik uyarınca re'sen düzeltir.”

TMK m.1027/3 çerçevesinde sadece basit yazım yanlışlarının tapu sicil memurunca re'sen düzeltilebileceği; bunun dışındaki tüm düzeltmelerin ilgilerinin yazılı izni veya mahkeme kararı ile yapılabileceği anlaşılmaktadır. Terkinin mutlaka talep üzerine yapılması gerektiği kabul edilen yukarıdaki kararda TMK m.1027'ye dayanılmaktadır. Burada, süre sona erdikten sonra şerhin terkin edilmesinin basit yazım yanlışını aşan bir durum teşkil ettiği varsayılmaktadır. Bu sebeple, TK m.26/8'in şerhin malikin istemi üzerine terkin edilebileceği şeklinde anlaşılması gerektiği;

⁶¹ Yarg. 14. HD., T. 2.3.2006, E. 2006/541, K. 2006/2270, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 4.5.2020).

⁶² Aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD, E. 2007/1953, K. 2007/6457, T. 29.5.2007 (SURLU, M. Handan: Taşınmaz Satış Vaadi, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2013, s.221 vd); Yarg. HGK, T. 10.7.2013, E. 2013/14-474, K. 2013/1050, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 4.5.2020).

⁶³ Yarg. HGK, T. 02.11.2016, E. 2015/12, K. 2016/1005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 5.5.2020).

süre dolmasına rağmen terkin talep edilmediği için tapu sicilinde var olmaya devam eden şerhin etkisini sürdüreceği sonucuna varılmaktadır.

Anılan gerekçenin, şerhin terkininin uygulaması bakımından iki açıdan isabetli olmadığı düşünülmektedir. İlk olarak, burada TMK m.1027 anlamında bir düzeltme söz konusu değildir. Zira ilgili madde çerçevesinde düzeltme, ancak ‘tapu sicilindeki belgelere aykırı olarak yapılan tescile ilişkin yanlışlık’ durumunda yapılabilecek bir işlemdir⁶⁴. Bu durum, geçerli bir hukukî sebep ve tescil talebi bulunmasına karşın tapu memurunun hataen belgelere uymayan yanlış bir tescil yapması sonucu ortaya çıkmaktadır⁶⁵. Ancak, şerh süresinin sona ermesi durumu tapu sicilindeki bir yanlışlık olarak değerlendirilemez⁶⁶. Burada yalnızca hukukî değerini yitirmiş bir kayıttan bahsedilebilir⁶⁷. İkinci olarak, TMK m.1027’nin kanun sistematüğindeki yeri göz önüne alındığında, bu hükmün aynı hakların tesciline ilişkin yanlışlıkların düzeltilmesi ile ilgili hususları düzenlediği görülmektedir⁶⁸. Dolayısıyla, bir kişisel hakkın şerhinin terkin edilmesi hususu TMK m.1027 kapsamında tapu sicilindeki bir yanlışlığın düzeltilmesi olarak değerlendirilemez. Sonuç itibarıyla, bir kişisel hakkın şerh süresinin sona ermesi durumunda, ‘tapu sicilinde basit yazım yanlışlığı veya bunu aşan düzeyde bir yanlışlık’ olmadığından burada TMK m.1027 hükmünün uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

bbb. İyiniyete Atıf Yapılması Durumu

Şerh verdirilmesinden itibaren beş yıl geçmesine rağmen tapu memurunca terkin gerçekleştirilmemiş olabilir. Bu durumda malik de terkin talep etmediği takdirde, etki süresi dolmuş ancak terkin edilmemiş bir şerh söz konusu olmaktadır. İncelenen Yargıtay kararında, beş yıl dolduktan sonra şerhi görerek taşınmazı devralanın TMK m.1023 anlamında iyiniyetli kabul edilmeyeceği ve vaat alacaklısına karşı bu madde korumasından yararlanamayacağı savunulmaktadır. Ancak, ilgili kararda zikredilen hükmün şerhin terkin edilmediği durumlarda uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

TMK m.1023 hükmünde, “*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.*” denilmektedir. Bu hükümde esasen tapu kayıtlarının yolsuz olduğunu bilmeyen kişilerin sicile güveni korunmaktadır⁶⁹. TMK m.1024/1’de ise, “*Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz.*” denilmektedir. Buna göre, tescildeki yolsuzluğu bilen veya bilmesi gereken kişinin iyiniyetli olmadığı ve bu sebeple yolsuz tescilin bu kişinin kazanımına engel olduğu anlaşılmaktadır. Diğer deyişle, bir kişinin tapu sicilindeki bir işlem bakımından iyiniyetli olarak değerlendirilebilmesi için bir aynı hakkın yolsuz tescil edildiğini bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesi icap etmektedir⁷⁰. Söz konusu iki hüküm karşısında, iyiniyetin değerlendirilebilmesi ancak taşınmazı edinen kişinin kazanımı bakımından aynı hakka ilişkin yolsuz bir tescile dayanması ihtimalinde mümkündür⁷¹. Bu anlamda öncelikle tapu sicili bakımından yolsuz tescil kavramının anlamı irdelenmeli; ardından yolsuz tescil bulunduğu kanaatinde varılırsa, aynı hakkı edinen kişinin iyiniyetli olup olmadığına bakılmalıdır.

Yolsuz tescil, TMK m.1024/2’ye göre, “*bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan*” tescildir⁷². Diğer bir deyişle, tapuya kaydedilmiş aynı hakkın gerçek hak sahipliğini yansıtmaması sicildeki yolsuzluğu teşkil etmektedir⁷³. Tescil tapu işlemleri bakımından aynı hakka ilişkin bir kayıt olduğu için, yolsuz tescil de aynı hakka ilişkin gerçek hak sahipliğini göstermeyen kayıttır⁷⁴. Diğer deyişle, ‘yolsuz tescil’ kavramındaki yolsuzluk aynı hakkı gösteren bir kayda ilişkin olmalıdır⁷⁵. Oysa, satış vaadinin şerhinde beş yıllık süre dolduktan sonra, aynı hakkı gösteren tescilin yolsuz hâle gelmesinden ziyade, kişisel hakkı kuvvetlendiren şerhin gerçek durumu yansıtmaması söz konusudur⁷⁶. Diğer taraftan, TMK sistematüğünde tapu

⁶⁴ SİRMEN, s.248; NOMER/ERGÜNE, s.176.

⁶⁵ SİRMEN, s.248.

⁶⁶ TST 74/1’e göre TMK 1027 çerçevesinde düzeltilebilecek yanlışlıklar; kütük, yevmiye defteri ve yardımcı sicillerde, belgelere aykırı olarak yapılan hatalardır.

⁶⁷ ÖZEN, s.149.

⁶⁸ SİRMEN, s.249.

⁶⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.240; SİRMEN, s.209.

⁷⁰ SİRMEN, s.213.

⁷¹ OKTAY-ÖZDEMİR, Üç Karar, s.205.

⁷² SİRMEN, s.242.

⁷³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.153.

⁷⁴ SİRMEN, s.211.

⁷⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.259.

⁷⁶ OKTAY-ÖZDEMİR, Üç Karar, s.211.

siciline ilişkin hükümlerin bulunduğu kısımda ‘tescil’ ve ‘şerh’lerin ayrı başlıklarda düzenlendiği görülmektedir. Esasen bu kavramlardan yalnızca ‘tescil’ aynî hakka ilişkin kayıtlara karşılık gelmektedir⁷⁷. Tescilin dayanağı olan hukukî işlemdeki geçersizlik veya tescilden sonra aynî hakta sicil dışı meydana gelen bir değişiklik gibi, devir konusu aynî hakka ilişkin bir eksiklik bulunmadıkça, vaat borçlusu malik adına olan tescilin yolsuzluğundan bahsedilemez. Beş yıllık sürenin geçmesiyle birlikte hem maddî hem şekli bakımdan yolsuz hâle gelen yalnızca şerhtir⁷⁸. Dolayısıyla, bir aynî hakka ilişkin olmayan şerhe dair kayıtların TMK m.1024/2 anlamında yolsuz tescil sayılmaması ve sonraki iktisaplarda iyiniyetin varlığının aranmaması gerekmektedir⁷⁹.

Süresi sona ermesine rağmen terkin edilmemiş şerhin yolsuz tescil sayılmaması nedeniyle, TMK m.1023’ün uygulanabilmesi için aranan yolsuz tescil şartı burada bulunmadığı için terkin edilmeyen şerh üçüncü kişinin kazanımına engel olarak görülmemelidir⁸⁰. Taşınmazı sonradan devralan kişi, vaat sözleşmesinin borçlusu ve mülkiyet hakkının gerçek sahibi ile işlem yapmaktadır. Diğer bir deyişle, tapudaki satış vaadi şerhini görerek taşınmazı satın alana devredilen mülkiyet hakkı bakımından, esasen bir yolsuzluk bulunmamaktadır. Sonuç olarak, Yargıtay kararında, şerhten itibaren beş yıl geçtikten sonra taşınmazı devralanın TMK m.1023 anlamında iyiniyetli üçüncü kişi kabul edilmeyeceği ve vaat alacaklısına karşı bu madde korumasından yararlanamayacağı gerekçesinin isabetsiz olduğu kanaatindeyiz.

3. Genel Değerlendirme

a. Terkin Bakımından Farklı Kuralların Öngörülmesi Meselesi

TST m.69/1 gereğince, tapu sicilinde terkin, tescilin kendisine hak sağladığı kimsenin talebi ya da yetkili makam veya mahkeme kararı üzerine yapılabilir. Bu hükümde, tapu sicilindeki tüm terkin işlemleri bakımından uygulanması gereken genel kural düzenlenmektedir⁸¹. Belirtilen kuralın şerhedilmiş kişisel haklar bakımından da geçerli olduğu TST m.69/3’de ayrıca yinelenmiştir. Buna karşın, TK m.26/8 ile yalnızca satış vaadi sözleşmelerine ilişkin şerh bakımından uygulanabilen farklı bir kural öngörülmektedir. Açıklanan gerekçeyle, TK m.26/8’in, sadece satış vaaadının şerhine ilişkin olarak uygulanabilen ve ‘tapu sicilinde talep üzerine terkin yapılabileceği’ genel kuralından farklı bir sonuç öngören bir hüküm olduğu kabul edilmelidir⁸². Dolayısıyla, kişisel hakların şerhinde sürenin sona ermesi durumunda TST m.69/3’deki genel kurala göre terkinin talep üzerine yapılması gerekirken; satış vaaadinden doğan hakkın şerhinde süre sona erdiğinde ise TK m.26/8’deki hükme göre terkinin re’sen yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Satış vaaadine ilişkin hakkın şerhinin terkin bakımından, farklı bir kuralın öngörülmesi meselesi aşağıdaki ihtimallerde somutlaştırılabilir:

- Satış vaaadinde taraflar ayrıca şerh anlaşması yaparak beş yıldan kısa süreli şerh kararlaştırmışlarsa: TST m.69/3, yani terkinin talep üzerine yapılmasına ilişkin genel kural uygulanır. Dolayısıyla bu ihtimalde, sürenin dolması hâlinde malikin istemi üzerine terkin gerçekleşmelidir.

- Taraflar beş yıldan kısa süreli satış vaadi sözleşmesi yapmışlarsa ve sonradan taraflardan biri kişisel hakkı tek başına şerh verdimişse: TST m.69/4, yani kişisel hakkın sona ermesi durumunda uygulanması gereken kural çerçevesinde terkinin talep üzerine yapılması gerekir⁸³.

- Sözleşme için geçerlilik süresi belirlenmediği ihtimalde, şerh taraflardan birinin talebi üzerine verilmişse veya taraflar anlaşarak beş yıldan uzun şerh süresi öngörmüşlerse: TK m.26/8 uygulanmalıdır. Dolayısıyla bu durumda, ‘tapu sicilinde talep üzerine terkin yapılabileceği’ genel kuralından farklı olarak şerhten itibaren beş yılın dolmasıyla tapu sicil görevlilerince re’sen terkin yapılabileceği kabul edilmelidir.

b. Süresiz Etkiye Sahip Şerhin Olamayacağı Meselesi

Şerh, bir kişisel hakkı aynî hakka dönüştürmemekte; yalnızca aynî hak etkisi

⁷⁷ SİRMEN, s.184. Tapu sicilindeki teknik kavramlarının birbirlerinin yerine kullanılmasının karışıklık yaratacağı hakkında bkz. ŞAHAN, s.25.

⁷⁸ ŞAHAN, s.154.

⁷⁹ OKTAY-ÖZDEMİR, Üç Karar, s.208.

⁸⁰ OKTAY-ÖZDEMİR, Üç Karar, s.211.

⁸¹ ŞAHAN, s.56.

⁸² ŞAHAN, s.56.

⁸³ Şerh süresinden önce hakkın kendisinin sona erdiği durumlarda terkin uygulaması için TST m.69/4’de ayrı bir hüküm ihdas edilmiştir.

doğurmaktadır⁸⁴. Bundan dolayı, şerhin süresiz olması veya hukukî ilişki sürdükçe etkisini devam ettirmesi şerhin ve kişisel hakkın niteliğine aykırıdır. Etkisi bakımından kanunun süre sınırı öngörmesi şerhin niteliği gereğidir⁸⁵. Kanun koyucu, birçok kişisel hakkın şerhinde süre olarak açıkça sınır getirmiş ve bunların etkisini belirli süre devam ettirmesini amaçlamıştır⁸⁶. Satış vaadi bakımından ise, TK 26/8'e göre bu süre beş yıldır. Bu hüküm çerçevesinde satış vaadinden doğan hakların şerhi bakımından tapu sicil görevlilerine re'sen terkin yetkisi tanınması bu şerhlerin etkisine sınırlama getirildiğini göstermektedir.

Şerhin fonksiyonu kişisel hakkı kuvvetlendirmek ve bu hakkın taşınmaz üzerindeki sonraki hak sahiplerine ileri sürebilmesini sağlamaktır⁸⁷. Şerh ile birlikte kişisel hakkın aynî hak niteliğine bürünerek üçüncü kişilere süresiz olarak ileri sürülme kabiliyeti kazandığından bahsedilmesi şerh kurumunun amacıyla bağdaşmamaktadır⁸⁸. Kişisel hakkı kuvvetlendiren şerhin etkisinin kanunun belirlediği ana kadar sürmesi bu kurumun niteliğine uygundur. Dolayısıyla, kanun koyucunun TK m.26/8'i ihdas etmekteki amacının, satış vaadinden doğan hakkın şerhi bakımından etki süresi getirmek olduğu kabul edilmelidir.

c. Normlar Hiyerarşisi Meselesi

Yargıtay'ın yukarıda incelediğimiz kararında, TST m.69/3 çerçevesinde terkin işleminin malikin istemi üzerine yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu esasın kabul edilmesi sebebiyle, çelişkili görünen TK m.26/8 ile TST m.69/3 satış vaadi şerhinin terkin bakımından uygulamada farklılık ortaya çıkarmaktadır. Burada değerlendirilmesi gereken husus, aynı anda yürürlükte bulunan bu hükümlerin niteliği ve bunlardan hangisinin uygulanacağıdır. Hükümlerden biri kanun diğeri ise tüzük hükmü olduğundan bunların normlar hiyerarşisindeki konumu önem kazanmaktadır. Normlar hiyerarşisinde tüzükler daha aşağıda bulunduğu için bunların kanunlara aykırı olmaması gerekmektedir⁸⁹. Bir kanun ve tüzük hükmünün aynı konuyu düzenlediği durumlarda öncelikle kanunun uygulanması gerektiği hukukun temel ilkelerindedir⁹⁰. Dolayısıyla, açık bir kanun hükmü varken bunun görmezden gelinerek tüzük hükmüne üstünlük tanınması normlar hiyerarşisine de aykırılık yaratmaktadır.

Diğer taraftan, genelge çıkarılarak satış vaadinde re'sen terkin düzenleyen kanun hükmünün (TK m.26/7) aksine düzenleme getirildiği görülmektedir. İlgili genelge hükmüne göre⁹¹: *“Tapu siciline şerh edilmesinden itibaren anılan taşınmazın satışı beş yıl içinde yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse malikin istemi ve terkin harcının yatırılması koşuluyla şerh terkin edilebilir.”* Görüldüğü üzere, TK m.26/8'de açıkça re'sen terkin düzenlenmesine rağmen bu genelgede terkinin talep üzerine yapılabileceği ifade edilmektedir.

Sonuç itibarıyla, normlar hiyerarşisi gereğince tüzüğün veya genelgenin kanuna aykırı olamayacağı gözetilerek satış vaadinin şerhine ilişkin TK m.26/8 uygulanmalı ve burada, TST m.69/3'deki 'terkinin talep üzerine yapılabileceği' kuralından farklı bir düzenleme getirildiği kabul edilmelidir.

d. Terkin Harcı Meselesi

Açık kanun hükmü çerçevesinde satış vaadine ilişkin hakkın şerhinde re'sen terkinin gerçekleştirilmesi gerekmesine rağmen TKGM tarafından bu kural uygulanmamaktadır. İlgili kurum, tapu makamının bir taleple harekete geçirilmesini ve terkin işlemi bakımından Harçlar Kanununun öngördüğü harcın bir mükellef tarafından ödenmesini aramaktadır. Bu nedenlerle, kanunda re'sen terkin düzenlenmiş olsa dahi satış vaadi şerhinin talep olmadan terkin edilmediği görülmektedir. TKGM Tapu Dairesi Başkanlığı, yayınladığı Tapu Sicili Uygulamaları Kitabı'nda bu husus açıkça belirtilmektedir⁹²:

“Ancak, tapu müdürü bu hakkı kanunda veya sözleşmede belirtilen sürenin sonunda,

⁸⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.249; GÜMÜŞ, Yeni Şerhler, s.107 vd.; SİRMEN, s.223 vd.

⁸⁵ DOĞAN, s.15.

⁸⁶ Örneğin alım, geri alım ve önalım haklarının şerhinde on yıllık bir süre öngörülmüştür (TMK m.735, 736).

⁸⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.249 vd.; ÖZ, s.727.

⁸⁸ SUNGURBEY, s.73.

⁸⁹ Danıştay'a göre, *“alt düzeydeki normların, yürürlüklerini üst düzeydeki normlardan aldığı kuşkusuzdur”*. 2. Daire, K. 2013/1481; Danıştay Dergisi, (133), 2013, 150 (SEZER, Abdullah: “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Karamameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]”, (https://anayasa.gov.tr/media/6109/abdullah_sezer.pdf), (Erişim Tarihi: 2.9.2020)).

⁹⁰ SEZER, s.364.

⁹¹ 3.3.2013 tarihli Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı 2009/6 sayılı Genelgesi.

⁹² Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı Tapu Sicili Uygulamaları Kitabı, Ankara 2014, s.78, (https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/tapu_sicili_uygulamari_2014_0_0.pdf), (Erişim Tarihi: 1.5.2020).

“resen terkin edilir” hükmü olsa dahi terkin edemez. Çünkü tapu müdürünü harekete geçirecek ve yevmiye defterinden terkin için numara alacak bir talep ve daha da önemlisi o terkin için Harçlar Kanununun öngördüğü harcı ödeyecek birinin (mükellefin) bulunması gerekmektedir. Bu nedenlerle, kanunda bir süre belirtilse ve “re’sen terkin edilir” hükmü olsa dahi satış vaadi şerhinin, kanunda belirlenen sürenin sonunda talep olmadan terkinini mümkün değildir. Bu talep uygulamasında bu hak nedeniyle yükümlü olan taşınmaz maliki tarafından yapılır.”

Görüldüğü üzere, açık bir kanun hükmü âdeta yok sayılmakta ve devlet kurumlarının hukuk kuralları çerçevesinde işlem yapması ilkesine aykırılık yaratılmaktadır.

Tapu sicilindeki işlemler bakımından tapu harcının ödenmesi gerekliliği karşısında, re’sen terkinini öngören kanun hükmünün uygulanmasına engel olarak harç meselesi gösterilmektedir⁹³. Zira satış vaadinden doğan hakkın şerhinde terkinine ilişkin harcın hangi şekilde ödeneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer taraftan, bu hususun yürürlükteki başka hükümlerin kıyasen uygulanarak ve bu çerçevede uygulama geliştirilerek çözülmesi mümkün görülmelidir.

Terkin harcı bakımından öncelikle mükellefin tespiti önem arz etmektedir. Bu çerçevede Harçlar Kanunu (HK) m.58/f hükmü yol göstericidir. Söz konusu hüküm uyarınca, tapuda harçlar bakımından mükellef lehine işlem yapılmış olan kişidir. Satış vaadinden doğan hakkın şerhinin terkininde lehine işlem yapılan kişi olarak, re’sen terkin yapıldığında bu işleme ilişkin harcın malik tarafından ödenmesi gerekmektedir.

Re’sen terkin işleminde harç meselesine ilişkin diğer nokta, harcın malik tarafından tapu müdürlüğüne yatırılma zamanıdır. Bu hususta, -her ne kadar kadastro ve tapulama harçlarını düzenlese de- HK m.68/1 kıyasen uygulanabilir. İlgili hükme göre, “kadastro ve tapulama harçları tahakkukundan itibaren bir sene içinde ödenir”. Bu çerçevede, satış vaadinden doğan hakkın şerhinin terkininde, harcın şerhin terkin edildiği tarihte tahakkuk ettiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla, tapu müdürlüğü re’sen terkinini gerçekleştirdiği gün yapacağı bildirimle harcın bir yıl içinde ödenmesini malikten talep etmelidir.

Malik, yapılan bildirimle rağmen terkin harcını yatırmadan taşınmazı üçüncü kişiye devretmişse, bu durumda HK m.68/3’ün kıyasen uygulanması düşünülebilir. İlgili hükme göre, “Ancak, kadastro ve tapulaması yapılan gayrimenkul bu süre içinde tedavül ederse, harç yeni malik adına yapılacak tescilden önce ödenir”. Bu hüküm doğrultusunda, asıl mükellef olan malikin harcı ödemediği takdirde taşınmazı devretmesi engellenebilir. Dolayısıyla, adına terkin harcı tahakkuk ettirilen malikin en geç devir anında yükümlülüğünü yerine getirmesi sağlanarak tahsilat gerçekleştirilebilir. Ancak tapu sicil görevlisinin dikkatinden kaçarak terkin harcı tahsil edilmeden taşınmaz başkası adına kayıt edilse dahi, HK m.69’un kıyasen uygulanması suretiyle bu durumun çözülmesi mümkündür. Bu hükme göre, “Tapulama Kanununa göre tahakkuk etmiş olup tapu kütüğünde kayıtlı bulunan gayrimenkuller kadastro harçlarında harcın teminatıdır ve maliki değiştiği takdirde yeni malikten dahi tahsil olunur”. Dolayısıyla, terkin harcı eski malikten tahsil edilememiş olsa dahi, bu hüküm kıyasen uygulanarak harcın ödenmesi yeni malikten talep edilebilmelidir. Sonuç olarak, belirtilen tüm bu hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla bir genelgeyle dahi düzenleme getirilerek satış vaadinden doğan hakkın şerhinde TK m.26/8 çerçevesinde re’sen terkin kuralının uygulanabileceği kanaatindeyiz.

e. Kanun Hükümlerinin Amacı-Menfaat Dengesi Meselesi

Kanun koyucunun satış vaadinden doğan hakkın şerhi bakımından tapu memurlarına re’sen terkin yetkisi tanınmasının amacını anlayabilmek için buna ilişkin TK m.26/8 ile TK m.26/7’nin ihdas edilme amaçları değerlendirilmelidir. TK m.26/7’de, malik yanında ayrıca taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan vaat alacaklısına da tek başına şerh verme imkânı tanınmaktadır. TK m.26/8’de ise, şerhten itibaren beş yıl geçtikten sonra tapu sicil görevlilerince re’sen terkinin gerçekleştirileceği düzenlenmektedir. TK m.26/7 sayesinde malikin rızası aranmaksızın bir taşınmaz üzerinde üçüncü kişinin tek taraflı iradesiyle şerhin kurulmasını sağlayabilmesi, esasen taşınmazın tedavülüne ilişkin bir olumsuzluk yaratmaktadır. Bu durumda taşınmazın kredi getirme ve tedavül potansiyeli etkilenmiş olduğundan tek taraflı şerh verme yetkisinin malik aleyhine durum yarattığı muhakkaktır. Ancak şerhin etkisi beş yılla sınırlandırılarak, malikin vaat ilişkisinin devamı boyunca şerhin taşınmaz üzerinde ortaya çıkardığı olumsuzluğa maruz kalmasının önüne geçilmiştir. Bunun için, TK m.26/8 çerçevesinde şerhin bu süre sonunda tapu görevlilerince re’sen terkin edileceği düzenlenmiştir. Belirtilen

⁹³ HK m.57 hükmüne göre: “Tapu ve kadastro işlemlerinden bu kanuna bağlı (4) sayılı tarifede yazılı olanları, tapu ve kadastro harçlarına tabidir.”

gerekeyle, söz konusu hükümlerin ihdas edilme amaçlarının malik ve vaat alacaklısının menfaatlerinin dengelenmesi olduğu kanaatindeyiz.

f. Kanunun Uygulanmaması Meselesi

Talep üzerine terkin esas alan ve yukarıda incelenen Yargıtay kararında, süresi dolduktan sonra taşınmazı devralan kişilerin terkin edilmemiş şerhi gördükleri için TMK m.1023 uyarınca iyiniyetli olmadıkları ve edinimlerinin geçerli olmadığı kabul edilmektedir.

Ancak taşınmazı devralan kişinin, beş yıl dolduktan sonra TK m.26/8 çerçevesinde şerhin re'sen terkin edilmesi gerektiğine inanarak işlemi yapmış olabileceği değerlendirilmelidir. Bu durumda, üçüncü kişi, tapu memurunun ihmaliyle terkin edilmemiş şerhin kendisine karşı etkisinin kalmadığı inancıyla taşınmazı devralmaktadır. Eğer taşınmazı şerhten itibaren beş yıl dolduktan sonra devralanın amacı bizzatıhi vaat alacaklısına zarar vermek değilse, bu kişinin TK m.26/8'in varlığına güvenerek yaptığı işlemin geçerli kabul edilmesi gerekmektedir⁹⁴. Aksi hâlde, yürürlükte olan bir hükmün (TK m.26/8) uygulanmaması neticesinde hem önemli bir anayasal güvencenin ihlali hem hukukî güvenlik ilkesinin sarsılması söz konusu olmaktadır. Şöyle ki; TK m.26/8'in uygulanmaması, taşınmazı devralan kişi bakımından Anayasanın m.35 hükmünde güvence altına alınan ve temel haklardan sayılan mülkiyet hakkının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Diğer taraftan, açık bir kanun hükmünün uygulanmaması hususunun hukukî güvenlik ilkesini sarstığı da değerlendirilmelidir. Zira, kanun koyucu tarafından yürürlükte olan bir hükmün uygulanmaması istendiğinde o hükmü yürürlükten kaldıracak nitelikte müdahalelerde bulunması hukuk devletinin gereğidir. Aksi takdirde açıkça bir hükmü uygulamamanın açıklanması zor bir durum yarattığı muhakkaktır. Aynı şekilde, TMK 1/1 gereğince kanunun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla, açık kanun hükmünün değindiği bir konuda herhangi bir gerekeyle uygulanmamasının hukukun temel ilkeleri bakımından izahı bulunmamaktadır

g. Vaat Sözleşmesinin Malikin Tasarruf Yetkisine Etkisi Meselesi

Taşınmaz üzerinde bir kişiye kişisel hak tanındıktan sonra malikin hâlen mülkiyet hakkının sahibi olarak dilediği gibi başka tasarruflarda bulunabileceği şüphesizdir⁹⁵. Diğer bir deyişle, bir taşınmaz üzerinde kişisel hak tesis edilmesi taşınmazın sonradan başka haklarla kayıtlanmasını engelleyen bir durum yaratmaz⁹⁶. Bundan dolayı, satış vaadi sözleşmesinin, malikin sonradan taşınmazı üzerinde tasarrufta bulunmasını engelleyen veya bu tasarrufları hükümsüz hâle getiren bir etkisi bulunmamaktadır⁹⁷. Üstelik satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın şerhedilmiş olması da bu durumu değiştirmemektedir. Sonuç olarak, satış vaadi sözleşmesinin varlığına ve hatta bu sözleşmeden doğan hakkın şerhedilmesine rağmen malikin taşınmazı üçüncü kişilere devredebilmesi, taşınmaz üzerinde başka haklar tesis edebilmesi mümkündür⁹⁸.

h. Şerhin Sonraki Tasarruflara Etkisi Meselesi

Taşınmazı devralan kişi, taşınmaz üzerindeki önceki kişisel hakları bilmek zorunda olmadığı gibi var olan kişisel haklardan etkilenmemektedir⁹⁹. Bunun sebebi, hem bir kişiye kişisel hak tanınmasının bu taşınmazın tapu sayfasını kilitlememesi hem aynî hakkın kişisel hak karşısındaki üstün konumudur¹⁰⁰. Diğer deyişle, malik vaat sözleşmesi ile bir kişiye taşınmazın devrini vaat etmiş olsa dahi, bu taşınmaz üzerinde sonradan başka kişilerin hak edinebilmesini sağlayabilir. Dolayısıyla, tek başına satış vaadi sözleşmesinin varlığı taşınmaz üzerindeki sonraki tasarrufları geçersiz kılmaz. Ancak, vaat alacaklısının aralarındaki sözleşme ilişkisi gereğince vaat borçlusuna karşı sahip olduğu imkânlar saklıdır¹⁰¹.

Satış vaadinden doğan hak şerhedilmiş olsa dahi şerhten sonra malikin taşınmazını üçüncü kişilere devretmesi mümkündür. Şerh, taşınmaz üzerinde tapuda işlem yapılmasını engelleyen bir fonksiyona sahip olmadığı için sonraki devir işleminin geçersizliğinden bahsedilemez. Diğer deyişle, tapuda taşınmazın başkasına vaat edildiği şerhini görerek taşınmazı edinen kişinin vaat

⁹⁴ Üçüncü kişinin taşınmazı edinmekteki amacı vaat alacaklısına zarar vermek ise o durumda TBK 49/2 uygulanarak edinen kişi adına kayıt edilen taşınmazın tapusunun iptaline karar verilmesi mümkündür. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. OKTAY-ÖZDEMİR, Üç Karar, s.217 vd.

⁹⁵ DOĞAN, Murat: Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004, s.15.

⁹⁶ SUNGURBEY, s.118; OKTAY-ÖZDEMİR, Üç Karar, s.211; ŞAHAN, s.30.

⁹⁷ OKTAY-ÖZDEMİR, Hukukî Sorunlar, s.613.

⁹⁸ OKTAY-ÖZDEMİR, Üç Karar, s.211.

⁹⁹ OKTAY-ÖZDEMİR, Üç Karar, s.207.

¹⁰⁰ Yarg. 1. HD, E. 1993/14023, K. 1993/16189, T. 29.12.1993: "...satış vaadi sözleşmesi ilgisine kişisel hak, sağlar. Kişisel hakkın aynı hakla çatışması halinde de aynı hakka üstünlük tanınmalıdır.", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 1.9.2020).

¹⁰¹ AYAN, Eşya Hukuku-II, s.173- 174; ALBAYRAK, s.67.

sözleşmesini ve şerhi bilmesi bu devir işlemini sakatlamaz¹⁰². Zira, taşınmaz üzerindeki kişisel hak şerhedilmiş olsa dahi bu hakkın yalnızca kaynakladığı sözleşmenin tarafları arasında ileri sürülmesi mümkündür¹⁰³. Ayrıca bu hakkın şerhedilmesi, vaat borçlusu olan malikin mülkiyet hakkını geçersiz kılmamakta ve bu durumda TMK m.1024/2 anlamında bir yolsuz tescil durumu ortaya çıkmamaktadır. Bundan dolayı, sonraki devirler bakımından üçüncü kişinin TMK m.1023 anlamında iyiniyetli olup olmadığının bir önemi kalmamaktadır¹⁰⁴.

Etkililik süresi TK m.26/8'ye göre beş yıl olarak kabul edildiğinde, bu sürenin dolmasıyla satış vaadi bakımından şerhin etkisinin kendiliğinden sona erdiği sonucuna varılmalıdır. Böyle bir durumda, vaat sözleşmesinden doğan hak artık şerhin korumasını yitirmiş ve şerhten önceki niteliğine dönmüştür. Satış vaadinin şerhinden itibaren beş yılın geçtiğini tapuda gören ve şerhin korumasının kendisine karşı TK m.26/8 hükmü çerçevesinde sona erdiği inancıyla taşınmazı devralan kişinin kanuna olan güveni korunmalı ve devrin geçerli olduğu kabul edilmelidir. Aksi takdirde hukukî güvenlik ilkesinin sarsılacağı gözetilmelidir.

V. SONUÇ

TK m.26/8'de satış vaadinden doğan hakkın şerhi bakımından beş yıllık süre zikredilmiş ve bu süre sonunda şerhin tapu memurlarınca re'sen terkin edileceği düzenlenmiştir. Buna karşın, TST m.69/3'te, şerhedilmiş kişisel haklarda sürenin dolması hâlinde taşınmaz malikinin talebiyle terkinin gerçekleşeceği belirtilmiştir. Kanun tarafından açıkça beş yıllık sürenin sonunda tapu memurunun terkinin gerçekleştirileceği düzenlenmesine rağmen bu işlem uygulamada ihmal edilmektedir. Çelişkili görünen hükümler dolayısıyla, satış vaadinden doğan hakkın şerhinde beş yıllık süre sonunda terkinin re'sen mi talep üzerine mi gerçekleşeceği hususlarında doktrinde ve yargı kararlarında farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Bu konuda mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kanunda öngörülen süre dolmasına rağmen şerh terkin edilmezse şerhin etkisinin devam edip etmeyeceği ve taşınmaz beş yılın dolmasından sonra başkasına devredilirse vaat alacaklısının devralana karşı talepte bulunup bulunamayacağı durumları açığa kavuşturulmalıdır.

Satış vaadinden doğan hakkın şerhinin öncelikle etki süresinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, kanun koyucu açıkça satış vaadinden doğan hakkın şerh süresini tayin etmemiştir. Ancak bu hususta TK m.26/8'den hareket edilmesi gerekmektedir. İlgili hükümde, şerhten itibaren beş yıllık sürede taşınmazın satışı ve tescili gerçekleşmediği takdirde bu süre sonunda tapu sicil görevlilerinin şerhi re'sen terkin edeceği düzenlenmektedir. **Bundan dolayı, bu hükümde anılan beş yıllık süre dolduktan sonra şerhin etkisini yitirdiği kabul edilmelidir.** Şöyle ki; kanun koyucu sevk ettiği TK mi 26/7 hükmü ile tek taraflı şerh verme yetkisi tanımış ve taşınmazın tedavülünü malik aleyhinde önemli ölçüde kısıtlamıştır. Bunun karşısında, tapu sicil görevlilerine re'sen terkin yetkisi tanınmakla vaat sözleşmesinin tarafları arasında menfaat dengesi gözetilmiş ve bu şerhin beş yıl boyunca etkisini sürdürmesi öngörülmüştür. Belirtilen gerekçeyle, söz konusu hükümlerin ihdas edilme amaçlarının malik ve vaat alacaklısının menfaatlerinin dengelenmesi olduğu kanaatindeyiz. **Dolayısıyla, satış vaadinden doğan hakkın etkisinin TK m.26/8 gereğince beş yıl olduğunu kabul etmek isabetli görünmektedir.** Kaldı ki, şerh ile beraber etkisi kuvvetlenen bu hakkın yalnızca şerh süresi boyunca bu fonksiyona sahip sayılması kişisel hakkın ve şerh kurumunun niteliğine de uygun düşmektedir.

Satış vaadinden doğan hakkın şerhinde, şerhten itibaren beş yıl dolunca ortaya çıkan hukukî durum konusunda doktrinde, uygulamada ve Yargıtay kararlarında farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. **Öncelikle;** doktrinde, isabetli olarak TK m.26/8 hükmü çerçevesinde şerhin etki süresinin beş yıl olduğu kabulünden hareketle, artık satış vaadinden doğan hak bakımından bu süre dolunca şerhin koruma fonksiyonu kalmadığı ileri sürülmektedir. Dolayısıyla, bu görüş çerçevesinde, beş yılın sonunda terkin edilmese dahi vaat alacaklısının şerhin koruma imkânından yararlanamayacağı ve hakkını sözleşmenin tarafı olmayan kişilere ileri süremeyeceği anlaşılmaktadır. Bu durumda, vaat borçlusu malik, taşınmazı beş yılın dolmasından sonra üçüncü kişilere devrederse, vaat alacaklısının devralana karşı sözleşmeye dayanan hakkını ileri sürme imkânından bahsedilemez.

İkinci olarak; bazı Yargıtay kararlarında, tapu sicil görevlilerine re'sen terkin yetkisi veren

¹⁰² OKTAY-ÖZDEMİR, Üç Karar, s.207.

¹⁰³ ÖZENLİ, s.16; EREN, Özel Hükümler, s.199.

¹⁰⁴ OKTAY-ÖZDEMİR, Hukukî Sorunlar, s.618.

TK m.26/8 çerçevesinde etki süresi beş yıl olarak esas alınmakta ve bu süre sonunda terkin gerçekleştirilme dahi şerhin etkisini yitirdiği kabul edilmektedir. Ancak yakın tarihli bazı Yargıtay kararlarında bu kabulden uzaklaşıldığı görülmektedir. Şöyle ki; TK m.26/8’de re’sen terkin yetkisi verilmesine karşın, tapu sicilinde terkinin TST m.69/3 gereğince mutlaka talep üzerine yapılması gerektiği ve bu talep bulunmadığı sürece terkinin re’sen gerçekleştirilemeyeceği kabul edilmektedir. İlgili kararlarda, beş yıl dolmasına rağmen satış vaadinden doğan hakkın şerhi terkin edilmemişse, tapu sicilinde varolmaya devam eden şerhin etkisini devam ettireceği; tapudaki satış vaadi şerhini görerek taşınmazı devralan kişinin iyiniyetli olarak kabul edilmeyeceği belirtilmektedir.

Yargıtay kararındaki anlayış esas alınır; süresi dolmuş, bu nedenle şekli ve maddi önemini kaybetmiş bir şerhe ilişkin kaydın bile, taşınmazı devralanın kazanımı üzerinde olumsuz bir etkide bulunması söz konusu olur. Ancak, Yargıtay’ın bu içtihadının isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira, şerh için öngörülen süre sona erdikten sonra, şerhin koruma fonksiyonu ortadan kalkmış olduğu için bunu görerek taşınmazı devralan kişiye satış vaadinden doğan hak ileri sürülemez. Re’sen terkin gerçekleşme bile şerhin etkisinin ortadan kalktığı kabul edilmeli ve süresi sona ermiş şerhten bir başka kişi lehine hukukî durum yaratılmamalıdır. Ayrıca, şerhten itibaren beş yılın geçtiği durumlarda TMK m.1023 ve m.1024 çerçevesinde bir yolsuz tescil bulunmadığından taşınmazı devralan bakımından iyiniyet araştırmasına da gerek yoktur.

Bir taşınmaz üzerinde hiç kimsenin daha önce kurulmuş olan kişisel hakları bilme zorunluluğu bulunmamaktadır. Vaat sözleşmesi bakımından bunun istisnası ancak vaat alacaklısına zarar verme kastı bulunduğu gündeme gelebilir. Gerçekten de TBK 49/2 hükmü gereği, zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Dolayısıyla taşınmazı sonradan edinen kişi, sırf vaat alacaklısının taşınmazı edinmesini engelleyerek onun zarara uğraması amacıyla hareket etmişse devir işleminin ortadan kaldırılması mümkün olabilir¹⁰⁵. Üstelik bu imkân TBK 49/2’ye dayandığı için satış vaadinden doğan hakkın şerh edilip edilmediğinin de bir önemi kalmaz.

Kanaatimizce, satış vaadinden doğan hakkın şerhinin beş yıl geçtikten sonra tapu sicil görevlilerince re’sen terkin edileceğini düzenleyen TK m.26/8 ile, şerhin taşınmaz malikinin istemi üzerine terkin edileceğini düzenleyen TST m.69/3’e satış vaadi şerhinin terkin bakımından farklı bir düzenleme öngörülmektedir. **Tapu sicilinde işlemlerin talep üzerine yapılması gerektiğine ilişkin genel kuraldan farklı bir düzenleme getirilerek tapu memurlarına re’sen terkin yetkisi tanınmasının amacı, satış vaadinin şerhi bakımından etki süresi öngörmektir.** Dolayısıyla bu hükümler değerlendirildiğinde kanun koyucu tarafından, satış vaadinde şerhin etkisinin beş yıl ile sınırlandırılmak istendiği ortaya çıkmaktadır.

Satış vaadinden doğan hakkın şerhinden itibaren beş yıl geçmesiyle vaat borçlusu ve alacaklısının anlaşarak yeniden şerh verilmesini talep etmeleri mümkündür. Böyle bir anlaşma gerçekleşmezse ilk şerhin verildiği andan itibaren beş yıl geçince bu şerhin etkisini yitirdiği kabul edilmelidir. Vaat alacaklısı, yeniden şerh verilmesi kararlaştırılmadığı takdirde ilk verilen şerhin ‘etkisinin beş yılın geçmesiyle sona erdiğini’ öngörebilecek durumdadır. Dolayısıyla, vaat alacaklısı buna rağmen şerh etkisini devam ettiren sözleşme gereğince satış ilişkisinin kurulmasını talep etmemişse öngördüğü bu sonuca katlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale: Türk Eşya Hukuku, I. Kitap, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1972.
AKİPEK; Jale: Türk Eşya Hukuku, II. Kitap, Aynî Haklar, Ankara 1972.
ALBAYRAK, Hakan: “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 5(10), 2017. s.43-95.
AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku II- Mülkiyet, Seçkin Yayınları, Ankara 2016. (Eşya Hukuku-II).
AYDOĞDU, Murat/ KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 4.Baskı, Ankara 2019.
ÇENBERCİ, Mustafa: Gayrimenkul Satış Vaadi, En Yeni Yasa ve Yargıtay İçtihatlarına Göre Değiştirilmiş ve Yeni Bahisler Eklenmiş Üçüncü Baskı, Ankara 1986.
DOĞAN, Murat: Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004.

¹⁰⁵ OKTAY-ÖZDEMİR, Üç Karar, s.217.

- EREL, Şafak N.: Eşyaya Bağlı Borç, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019.
- ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, 14.Baskı, İzmir 2018.
- GÜMÜŞ, M. Alper: Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, 2. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2007.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, 3. Bası, İstanbul, 2013.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959.
- NOMER, Haluk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 7. Baskı, 12 Levha, Ankara 2019.
- OĞUZMAN, M. Kemal: “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 31(1-4), 2011, s.209-219.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: “Yargıtay’ın MK. m.1023’ün Yanlış Uygulandığı Üç Kararının Değerlendirilmesi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C.1 Eşya Hukuku, (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 10.04.2020) (Üç Karar).
- OKTAY-ÖZDEMİR: Saibe: “Taşınmaz Satış Vaadinden Doğan Nisbî Hakkın Niteliğine Aykırı Uygulamalar Nedeniyle Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar”, Kendigelen, Abuzer/Oktay-Özdemir, Saibe (Ed.), Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Fezyioğlu'nun Anısına Armağan, 12 Levha, İstanbul 2020 (Hukukî Sorunlar).
- ÖZ, Turgut: “Taşınmazda Mevcuttan Fazla Pay Satımında Şerhedilmiş Satış Vaadinin Önceliği ve Bu Konudaki Yargıtay Kararının Eleştirisi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Basım Yayın, İstanbul 2000.
- ÖZEN, Burak: “Elbirliği ile Malik Olanlardan Biri Tarafından Yapılan Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şerhi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C.1, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 01.06.2020).
- ÖZENLİ, Soysal: Uygulamada Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar, Ankara, 1986.
- ÖZTÜRK, Gülay: “Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Borç İlişkisi (I)”, Yargıtay Dergisi, 23(4), 1997.
- REİSOĞLU, Safa: Türk Eşya Hukuku, C.1, Ankara 1980.
- SARI, Suat: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, İÜHFİM, 64(2), 2006, s.273-300.
- SEZER, Abdullah: “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]”, https://anayasa.gov.tr/media/6109/abdullah_sezer.pdf, (Erişim Tarihi: 2.9.2020).
- SİRMEN, A. Lâle: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2020.
- SUNGURBEY, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963.
- SURLU, M. Handan: Taşınmaz Satış Vaadi, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.
- SÜTÇÜ, Mustafa Nezih: “Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (<http://yoktez.gov.tr>), (Erişim Tarihi: 25.4.2020).
- ŞAHAN, Gökhan: Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi, Seçkin; Ankara 2020.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I/1, 4. Baskı, Vedat, İstanbul 2008.
- TEKİNAY, Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Eşya Hukuku, İstanbul 1989.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Sermet Matbaası, 3. Bası, İstanbul 1977.
- ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel: Şeklî Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2018.

ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONU’NUN “ULUSLARARASI ÖRF VE ÂDET HUKUKUNUN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN TASLAK SONUÇLAR” METNİ ÇERÇEVESİNDE ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN ULUSLARARASI ÖRF VE ÂDET HUKUKUNA ETKİSİ

THE EFFECT OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS ON CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW IN THE FRAMEWORK OF THE TEXT “DRAFT CONCLUSIONS ON IDENTIFICATION OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW” OF INTERNATIONAL LAW COMMISSION

Nergiz EMİR*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 11/09/2020
Kabul: 10/12/2020

Anahtar Kelimeler

Uluslararası
Örgütler,
Örf ve Âdet Hukuku,
Uluslararası Hukuki
Kişilik,
Uluslararası Hukuk
Komisyonu.

Article Info

Received: 11/09/2020
Accepted: 10/12/2020

Keywords

International
Organizations,
Customary International
Law,
International Legal
Personality,
International Law
Commission.

Özet

Uluslararası örgütler uluslararası hukukun kişileridir. Bu uluslararası hukuk kişileri uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları ile bağlıdır. Uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşturulmasına katkısı ise tartışmalıdır. Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) tarafından 2018 yılında yayımlanan Uluslararası Örf ve Âdet Hukukunun Belirlenmesine İlişkin Taslak Sonuçlar belgesi bu tartışmalara önemli bir etkiye bulunmuştur. ILC, uluslararası örgüt uygulamalarının bazı durumlarda uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumuna katkı sunabileceğini düzenlemiştir. Ancak opinio juris’in tespit edilmesi noktasında uluslararası örgütlere ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. ILC, uluslararası örgütleri uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumuna sınırlı ve muğlak bir biçimde dâhil etmektedir. Bu makale uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumuna etkisini doktrinindeki gelişmeler ve ILC’nin konuya yaklaşımıyla birlikte incelemektedir. Uluslararası hukuki kişiliği çerçevesinde uluslararası örgütler uluslararası andlaşma akdedebilir; bunların uluslararası sorumluluğu söz konusudur ve bu örgütler çeşitli ayrıcalık ve bağışıklıklara sahiptir. Bu nedenle, uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukuna da faaliyet alanlarına ilişkin hususlarda katkı sunabilmeleri gerekmektedir.

Abstract

International organizations are persons of international law. These international legal persons are bound by the rules of customary international law. The contribution of international organizations to the formation of international customary law rules is controversial. Draft Conclusions on Identification of Customary International Law published by the International Law Commission (ILC) in 2018, had a significant impact on these debates. The ILC has regulated that the practices of international organizations can contribute to the formation of international customary law in certain cases. However, there is no provision regarding international organizations at the point of determination of opinio juris. The ILC incorporated international organizations in the formation of international customary law in a limited and ambiguous way. This article examines the effect of international organizations on the formation of international customary law rules with the developments in the doctrine and the approach of the ILC to the subject. Within the framework of its international legal personality, international organizations can conclude international treaties, have international responsibilities and have various privileges and immunities. Therefore, international organizations should be able to contribute to international customary law, in matters related to their field of activity.

I. GİRİŞ

Uluslararası örgütler, devletler ile birlikte uluslararası hukukun kişilerinden biridir. Uluslararası örf ve âdet hukuku da uluslararası andlaşmalar gibi uluslararası hukukun asli kaynaklarından. Uluslararası örgütler uluslararası hukuki kişiliklerinin sonucu olarak uluslararası andlaşma akdetme yetkisine sahip oldukları gibi uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden de sorumlu tutulmaktadır. Öte yandan bu uluslararası hukuk kişileri uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarına uymakla yükümlüdür. Uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarına uymakla yükümlü olan uluslararası örgütlerin bu kuralların oluşumunda etkili olup olamayacağı tartışmalıdır. Ancak son yıllarda bunun mümkün olması gerektiğine ilişkin fikirlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Bu fikirlerin temeli, uluslararası hukuk kurallarının oluşturulmasında devletlerin yanında uluslararası örgütlerin de etkili olması gerektiğine dayanmaktadır. Çünkü uluslararası örgütler de devletler gibi uluslararası hukuk kişileridir.

Uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumunda uluslararası örgütlerin etkisini inceleyen çalışma bakımından uluslararası hukukta kişilik kavramı önemli bir yere sahiptir. Dolayısıyla ilk olarak, uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının uluslararası hukuktaki yeri incelenecek ve bunun ardından uluslararası örgütler üzerine hukuki kişilikleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır. Son olarak ise, çalışmanın esas konusu olan uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumunda uluslararası örgütlerin etkisi üzerinde durulacaktır. Bu konuya ilişkin en önemli gelişme, Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) tarafından 2018 yılında yayımlanan Uluslararası Örf ve Âdet Hukukunun Belirlenmesine İlişkin Taslak Sonuçlar¹ (Taslak Sonuçlar) metnidir. Dolayısıyla uluslararası örf ve âdet hukuku ile uluslararası örgütler arasındaki ilişkinin kapsamı ILC tarafından yayımlanan bu metin çerçevesinde sınırlandırılarak ele alınmıştır. Ancak esas konuya geçmeden önce hem uluslararası örf ve âdet hukukunun uluslararası hukuk kaynağı olma niteliğinin hem de uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişisi olduğuna ilişkin kabulün okuyucuya sunulmasına fayda görülmüştür. Zira çalışmanın amacı bir uluslararası hukuk kaynağı ile bir uluslararası hukuk kişisi arasında uluslararası hukuk çerçevesinde bir bağlantı kurmaktır.

II. ULUSLARARASI ÖRF VE ÂDET HUKUKU

A. Kavramsal İnceleme

Toplumsal birimlerin herhangi birinde ortaya çıkan kurallar ile belirli davranışlara izin verilmesi ve diğer bazı davranışların yasaklanması söz konusudur². Fakat bütün davranış kuralları ilgili toplumun üyeleri üzerinde bağlayıcı bir etkiye sahip değildir. Uluslararası hukukta uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları bağlayıcı bir nitelik taşıdığı için ihlali durumunda sorumluluğa neden olmaktadır³. Bu kuralların ortaya çıkmasına ilişkin farklı görüşler söz konusu olsa da hukuken bağlayıcı bir nitelik taşımaları nedeniyle uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları uluslararası hukuk kişileri üzerinde hak ve yükümlülükler doğurmaktadır⁴. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde, uluslararası örf ve âdet hukukunun "*hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak*"⁵ Uluslararası Adalet Divanı (Divan) tarafından önüne gelen uyuşmazlıklara uygulanacağı ifade edilmiştir⁶.

Uluslararası hukukta örf ve âdet hukuku ile iç hukuklardaki örf ve âdetin birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Özellikle Kıta Avrupası ülkelerinin iç hukuk sistemlerinde örf ve âdet hukuku önemli bir yere sahip değildir. Ancak uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları yazısız olmalarına rağmen en az andlaşmalar kadar etkilidir⁷. Örf ve âdet hukuku bakımından iç hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki bu farklılığın esas olarak bu iki hukuk sisteminin kendine has özelliklerinden kaynaklandığı ifade edilebilir. Zira devletin dikey örgütlenme biçimine bağlı olarak iç hukuklarda örf ve âdet hukuku önem kaybederken uluslararası hukuktaki yatay örgütlenme biçimi örf ve âdet hukukunun önemini korumasını sağlamıştır⁸. Üstelik uluslararası hukuk kuralları aynı zamanda kural koyucu olma rolü üstlenen uluslararası hukuk kişilerini

¹ Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries, https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf&lang=EF (Erişim Tarihi: 17.11.2020).

² SHAW, Malcolm N.: Uluslararası Hukuk, TÜBA, Ankara 2018, s.51.

³ ÖKTEM, Emre: Uluslararası Teamül Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.1.

⁴ TREVES, Tullio: "Customary International Law", in Wolfrum, Rüdiger (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, Oxford 2012, s.938.

⁵ KAYA, İbrahim: Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.436.

⁶ Statute of the International Court of Justice, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf (Erişim Tarihi: 04.03.2020).

⁷ GÜNDÜZ, Aslan: Milletlerarası Hukuk, 10. Baskı, Günel, Reşat Volkan (ed.), Savaş Yayınevi, İstanbul 2019, s.15.

⁸ ÖKTEM, s.4.

bağladığı için örf ve âdet hukuku değişen koşullara uyum sağlama yönünden “işlevsel” bulunmaktadır⁹.

Uluslararası örf ve âdet hukuku genel olarak uluslararası hukukun bir kaynağı olarak incelenmekte ve bu kaynağın ortaya çıkabilmesi için gerekli olan koşullar üzerinde durulmaktadır¹⁰. Ancak uluslararası örf ve âdet hukukunun dayanakları konusunda kuramsal düzeyde farklı görüşler söz konusudur.¹¹ Kuramsal tartışmalar hala devam etmekte¹² ve genellikle iradeci pozitivist görüşler ile objektivist görüşler şeklinde iki farklı yaklaşım penceresinden incelenmektedir¹³. Uluslararası örf ve âdet hukukuna ilişkin tartışmaların sınıflandırılmasında uluslararası hukukun kendisine yönelik tartışmalarda yapılan ayırım etkisini sürdürmektedir¹⁴.

İradeci görüş, uluslararası hukuku yalnızca devletlerin iradesine dayandırmaktadır¹⁵. Bu görüş uluslararası hukuka ilişkin yaklaşımıyla uyumlu olarak uluslararası örf ve âdet hukukunu devletlerin örtülü iradelerine dayandırma eğilimindedir¹⁶. Uluslararası örf ve âdet hukuku, uluslararası hukukun diğer bir asli kaynağı olan andlaşmalardan farklı olarak devletlerin iradelerini açıkça ortaya koymasıyla değil; örtülü bir biçimde açıklamalarıyla ortaya çıkmaktadır¹⁷. Objektivist görüş ise, uluslararası hukuku devletlerin iradesine değil; objektif kriterlere göre tespit etmektedir¹⁸. Dolayısıyla, uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumunda da mantıksal ya da sosyal bir zorunluluk durumuna vurgu yapmışlardır¹⁹. *Öktem*, uluslararası örf ve âdet hukukunun dayanaklarına ilişkin bu iki farklı kuramsal yaklaşımın aynı sorunu farklı açılardan çözmeye eğilimine dikkat çekmiş ve bu görüşlerin birbirini tamamlayıcı nitelikte olduklarını ifade etmiştir²⁰. *Meray*, örf ve âdet hukukunun dayanağını devlet iradesine değil; mantığa ve sosyal olguya dayandıran objektivist görüşleri desteklemiştir²¹. *Çelik*, örf ve âdet hukukunun öneminin gittikçe azaldığını ve uluslararası hukukta uluslararası andlaşmaların önem kazandığını savunmuştur²². *Işıktaç*, pozitivist bir yaklaşımın ürünü olan örtülü irade yaklaşımının uluslararası örf ve âdet hukukunu açıklamakta yetersiz kaldığını belirtmiştir²³.

Uluslararası örf ve âdet hukuku üzerine yapılan kavramsal incelemede, örf ve âdet hukukunun dayanağı konusunda hangi kuramsal yaklaşım benimsenirse benimsensin uluslararası hukukun asli kaynağı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Uluslararası andlaşmaların sayısının artmış ve artmaya da devam ediyor olması uluslararası andlaşmaların örf ve âdet hukukunun yerine geçmesine neden olmuş değildir. Üstelik uluslararası andlaşmalar da bağlayıcılığını yine bir örf ve âdet kuralı olan *pacta sunt servanda* ilkesinden almaktadır²⁴. *Öktem*, uluslararası örf ve âdet hukukunun yazısız olmasının ve diğer bazı özelliklerinin onu uluslararası andlaşmalar karşısında geride tutmadığını tam aksine uluslararası hukuktaki varlığını güçlendirdiğine dikkat çekmektedir²⁵. Uluslararası örf ve âdet hukukunun yazısız olmasının herhangi bir dezavantaj içermediğine dair bu yaklaşım uluslararası örf ve âdet hukukunun uluslararası hukuktaki önemini açıklamak bakımından isabetlidir.

Uluslararası örf ve âdet hukukunun kendini “yeni şartlara uyarılma yeteneği” ile gelecekte de uluslararası hukuka yön vermeye devam edeceğine ilişkin görüş²⁶ kabul edilebilir görünmektedir. Bu bakımdan uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumuna ilişkin tartışmaların farklı açılardan gündeme gelmeye devam edeceği açıktır. Zira uluslararası örf ve âdet hukuku varlığını ve önemini sürdürmekle birlikte bu uluslararası hukuk kaynağına geleneksel ve çağdaş

⁹ ÖKTEM, s.9.

¹⁰ THIRLWAY, Hugh: “The Sources of International Law”, in Evans, Malcolm D. (ed.), International Law, Oxford University Press, Oxford 2010, s.98.

¹¹ ÇELİK, Edip: Milletlerarası Hukuk, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1975, s.97; MERAY, Seha L.: Devletler Hukukuna Giriş, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1960, s.82.

¹² TREVES, s.938.

¹³ ÇELİK, s.97; MERAY, s.82, 83; ÖKTEM, s.23; TREVES, s.939.

¹⁴ ÖKTEM, s.18.

¹⁵ BOZKURT, Enver/POYRAZ Yasin/ERDAL Selcen: Devletler Hukuku, 10. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2018, s.18.

¹⁶ MERAY, s.82.

¹⁷ PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap, 12. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2014, s.227.

¹⁸ BOZKURT/POYRAZ/ERDAL, s.18.

¹⁹ ÖKTEM, s.36.

²⁰ ÖKTEM, s.44.

²¹ MERAY, s.83.

²² ÇELİK, s.101.

²³ IŞIKTAÇ, Yasemin: Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992, s.67.

²⁴ TÛTÛNCÛ, Ayşe Nur/ARIKOĞLU Enver/AKÛN Verda Neslihan/BAŞKARACAOĞLU Elif: Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar), Beta Yayınları, İstanbul 2017, s.36.

²⁵ ÖKTEM, s.511.

²⁶ ÖKTEM, s.511.

yaklaşımlar şeklinde ifade edilen farklı bakış açıları söz konusudur²⁷. Geleneksel doktrin uluslararası örf ve âdet hukukunun sadece devletleri bağladığına ilişkin yaklaşımını sürdürse de çağdaş uluslararası hukukta bu kuralların uluslararası örgütleri de bağladığı kabul edilmektedir²⁸. Ancak uluslararası örf ve âdet hukuku kavramsal olarak incelendiğinde önünde sonunda hala devletlere vurgu yapıldığı görülmektedir. Uluslararası hukukun tüm kişileri için bağlayıcı nitelik taşıyan uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumunda uluslararası hukukun diğer bir kişisi olan uluslararası örgütlerin konumu bir hayli belirsizdir²⁹. Dolayısıyla, bu çalışmanın ilerleyen kısımlarında, uluslararası hukukun daha muğlak konumdaki asli kaynağı olan örf ve âdet hukuku ile geleneksel uluslararası hukuk kişisi olan devletlerden sonra ortaya çıkan diğer bir hukuki kişi olan uluslararası örgütler arasındaki ilişki sorunsalı incelenecektir.

B. Uluslararası Hukuk Kaynakları Arasındaki Yeri ve Unsurları

Genel olarak hukukta kaynak kavramı farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılabilir³⁰. Uluslararası hukukun kaynakları ise geleneksel olarak maddi kaynaklar ve şekli kaynaklar olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur³¹. Maddi kaynaklar uluslararası hukuk kurallarının kökenlerini hukuk dışı kurallara dayandırırken şekli kaynaklar hukuk kurallarını bizzat bildiren kaynaklardır³². Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde uluslararası hukukun şekli kaynaklarına yer verilmiş ve uluslararası örf ve âdet hukuku asli kaynaklar arasında düzenlenmiştir. Uluslararası hukukun kaynaklarına ilişkin bu geleneksel yaklaşımın bazı handikaplarının olduğu ileri sürülebilse bile uluslararası hukukta uyulması gereken kural ve ilkelerin tespit edilmesini sağladığı açıktır³³. Zira uluslararası hukuka kaynaklık eden kurallara ilişkin soyut tartışmaların yürütülmesi de mümkündür. Bu düzenleme, uluslararası hukukun kaynaklarına dair tartışmalardan ikna edici bir argüman elde edilmesinden bağımsız olarak uluslararası örf ve âdeti bağlayıcı hale getirmiştir³⁴.

Uluslararası örf ve âdet hukuku genel olarak kabul görmüş bir biçimde maddi ve psikolojik unsur olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir³⁵. Maddi (objektif) unsur, tekrarlayan devlet uygulamalarını içerirken psikolojik (sübjektif) unsur, ilgili davranışın hukuk kuralı olduğuna ilişkin inançla gerçekleştirilmesi (*opinio juris*) anlamına gelmektedir³⁶. Uluslararası örf ve âdet hukukunun unsurları hususunda Türkiye'deki uluslararası hukukçular genellikle maddi unsur ve psikolojik unsur ayrımını kullanmaktadır³⁷. Maddi unsur ve psikolojik unsurun ne anlama geldiğinin değerlendirilmesinde, Divan'ın Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası'ndaki açıklamaları önem arz etmektedir. Divan, genel uygulama ifadesi ile çıkarları özel olarak etkilenen devletler dâhil olmak üzere yaygın ve temsil edici bir çoğunluğun gerekli olduğunu ifade ederek maddi unsurun kapsamını açıklamıştır³⁸. Yine Divan, psikolojik unsurun da açıklanmasına yer vermiş ve devletlerin hukuki bir yükümlülüğü yerine getirdiklerine ilişkin inançlarının bulunması gerektiğini vurgulamıştır. Zira eylemlerin sık sık tekrarlanması ve alışkanlık niteliği kazanmış olması *opinio juris* bakımından yeterli değildir³⁹.

Uluslararası örf ve âdet hukukuna ilişkin tartışmalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde sorunun temelde uluslararası hukuka dair diğer sorunlarla benzer olduğu görülmektedir. Uluslararası hukuk, temel bir anayasal metne dayanmadığı için örf ve âdet hukuku kurallarının neler olduğu ve bu kuralların nasıl ortaya çıktığı konusu tartışılmaya devam edecektir⁴⁰. Fakat

²⁷ ROBERTS, Anthea Elizabeth, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", The American Journal of International Law, 95(4), 2001, s.757.

²⁸ LEPARD, Brian D.: Customary International Law: A New Theory with Practical Applications, Cambridge University Press, New York, 2010, s.281.

²⁹ EMİR, Nergiz: Uluslararası Hukukta Kişilik Kavramı ve Uluslararası Örgütlerin Hukuki Kişiliğinin Sonuçları, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020, s.4.

³⁰ İŞIKTAÇ, s.33.

³¹ THIRLWAY, s.92.

³² PAZARCI, s.109.

³³ THIRLWAY, s.93.

³⁴ KENNEDY, David: "The Sources of International Law", American University Journal of International Law, 2(1), 1987, s.87, 88.

³⁵ GOLDSMITH, Jack L./POSNER Eric A.: "A Theory of Customary International Law", The University Chicago Law Review, 66(4), 1999, s.1116.

³⁶ TREVES, s.939.

³⁷ AKSAR, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.64; BOZKURT, Enver/POYRAZ, Yasin/ERDAL Selcen, s.70, 91; ÖKTEM, s.52; PAZARCI, s.223; TÜTÜNCÜ/ARIKOĞLU/AKÜN/BAŞKARACAOĞLU, s.38.

³⁸ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p.3, s.43. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 03.12.2020).

³⁹ North Sea Continental Shelf, s.44.

⁴⁰ KAMMERHOFER, Jörg: "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems", European Journal of International Law, 15(3), 2004, s.526-536.

uluslararası hukukun ulusal hukuklardan bu farklılığı bir belirsizlik içerse ve dezavantajlı gibi görünse de onu geliştirilmeye açık kılmaktadır. Zira ILC, 2012 yılında uzun vadeli programına aldığı uluslararası örf ve âdet hukukuna ilişkin Taslak Sonuçlar'ı 2018'de yayımlanmıştır⁴¹. Dolayısıyla uluslararası örf ve âdet hukuku son yıllarda da uluslararası hukukun gündeminde kalmaya devam etmiştir.

III. ULUSLARARASI ÖRGÜTLER

Uluslararası örgütlerin ortaya konulmasında doktrinde üzerinde uzlaşmış tek bir tanım söz konusu değildir⁴². Uluslararası örgüt kavramı ilk olarak 19. yüzyılda kullanılmış olmasına rağmen “hükümetler-arası örgüt” anlamındaki terim İkinci Dünya Savaşı'nın ardından büyük ölçüde kabul görmüştür⁴³. Uluslararası örgütler kendisini kuran devletlerin çeşitli amaçlarını yerine getirmeleri için oluşturulan ve faaliyetleri uluslararası hukuk tarafından yönetilen birimlerdir⁴⁴. Uluslararası örgütlerin üyeleri devletlerin yanı sıra diğer uluslararası örgütler de olabilir⁴⁵. Fakat bir uluslararası örgütün tamamen diğer uluslararası örgütlerce kurulması istisnai bir durumdur⁴⁶. Uluslararası örgütlerin devletler ya da uluslararası örgütler tarafından kurulabilmesi dışındaki diğer bir özelliği uluslararası bir andlaşma ya da uluslararası hukuka göre akdedilmiş başka bir belge kurulabilmeleridir⁴⁷. Dolayısıyla uluslararası örgütler belirli bir devletin iç hukukuna göre kurulan hükümet-dışı kuruluşlardan farklıdır⁴⁸. Uluslararası örgütlerin üçüncü önemli özelliği ise kendisini kuran yapılardan bağımsız bir iradeye (*separate will, volonte distincte*) sahip olmalarıdır⁴⁹. Bu irade uluslararası örgütlerin uluslararası hukuki kişiliğine gönderme yapmak için de kullanılmaktadır⁵⁰. *Schermers* ve *Blokker*, bu özelliği kendine ait irade olan en az bir organa sahip olmakla açıklamaktadır⁵¹.

Uluslararası örgütlerin tanımlanmasına ve özelliklerine ilişkin başvurulabilecek diğer bir kaynak, ILC'nin 2011'de yayımladığı Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler (Taslak Maddeler) metnidir⁵². Taslak Maddeler düzenlemesinin ikinci maddesinin “a” bendinde, uluslararası örgütlerin “bir andlaşma ya da uluslararası hukuka göre akdedilen başka bir belge ile kurulan ve münhasıran uluslararası hukuk kişiliğine sahip örgüt” oldukları düzenlemiştir⁵³. Bu cümlenin devamında uluslararası örgütlerin devletlere ek olarak diğer kurumları da üye olarak içerebileceği ifade edilmiştir.

Uluslararası hukukta 20. yüzyılın başında sadece devletler uluslararası hukuk kişisi olarak değerlendirilirken ilerleyen yıllarda örgütlerin uluslararası hukuki kişiliği tartışılmaya başlanmıştır⁵⁴. Uluslararası hukukta devletin yanında uluslararası örgütlerin de hukuki kişiliğinin tartışılmaya başlanmasında en önemli etken Milletler Cemiyeti'nin kurulmasıdır⁵⁵. Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuki kişiliğinin tespit edilmesi bakımından en önemli gelişme ise, Uluslararası Adalet Divanı tarafından 1949 yılında verilmiş olan Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini Danışma Görüşü⁵⁶'dür⁵⁷. Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuki kişiliğinin kapsamı ve koşullarına ilişkin pek çok farklı tartışma yürütmek mümkündür. Bu çalışma bakımından üzerinde durulması gereken husus, uluslararası hukukun kişisi olarak uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukuna etkisidir.

⁴¹ Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: Identification of Customary International Law, https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml (Erişim Tarihi: 16.11.2020).

⁴² EMİR, s.65.

⁴³ SCHERMERS, Henry G./BLOKKER Niels M.: International Institutional Law: Unity Within Diversity, 5th Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2011, s.30.

⁴⁴ KLABBERS, Jan: An Introduction to International Organizations Law, 3rd Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2015, s.7.

⁴⁵ Örneğin Gıda ve Tarım Örgütü (FAO), Dünya Ticaret Örgütü'nün (WTO) kurucu bir üyesidir. KLABBERS, s.9.

⁴⁶ ÇAĞIRAN, Mehmet Emin: Uluslararası Örgütler, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.8.

⁴⁷ AKANDE, Dapo: “International Organizations”, in Evans, Malcolm D. (ed.), International Law, Oxford University Press, Oxford 2010, s.249.

⁴⁸ TERZİOĞLU, Süleyman Sırrı/ÖZARSLAN Bahadır Bumin: Uluslararası Örgütler Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.35.

⁴⁹ WHITE, Nigel D.: The Law of International Organizations, 2nd Edition, Manchester University Press, Manchester 2005, s.30.

⁵⁰ AKANDE, s.250.

⁵¹ SCHERMERS/BLOKKER, s.44.

⁵² Draft Articles on Responsibility of International Organizations, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf (Erişim Tarihi: 27.11.2020).

⁵³ Çevirisi için; KESKİN, Sevda: “Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler”, MHB, 36(2), 2016, s.163.

⁵⁴ SCHERMERS/BLOKKER, s.986.

⁵⁵ EMİR, 75.

⁵⁶ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, p.174. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2020).

⁵⁷ AKANDE, s.252.

IV. TASLAK SONUÇLAR ÇERÇEVESİNDE ULUSLARARASI ÖRGÜTLER VE ULUSLARARASI ÖRF VE ÂDET HUKUKU

A. Taslak Sonuçlar Metninin Hazırlanma Süreci

ILC, uluslararası hukuk kurallarının belirli bir sistematik çerçevesinde çok taraflı anlaşmalarla düzenlenmesine ilişkin ön hazırlıkların yapıldığı bilimsel bir kurumdur⁵⁸. Farklı konulardaki pek çok sözleşme ILC tarafından hazırlanıp daha sonra BM Genel Kurulu'nda kabul edilmiştir.⁵⁹ Bu bağlamda, uluslararası örf ve âdet hukukunun kendisinin de ILC'nin üzerinde çalıştığı önemli bir konu haline gelmesi söz konusu olabilecektir. Zira ILC, 2012 yılındaki 64. oturumunda uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumu ve kanıtı konusunu programına almış ve *Michael Wood*'u özel raportör olarak atamıştır. 2013 yılındaki 65. oturumda *Wood*, ilk raporunu sunmuş ve ILC konu başlığını “Uluslararası Örf ve Âdet Hukukunun Belirlenmesi” olarak değiştirmiştir. *Wood*, 2014 yılındaki 66. oturumda ikinci raporu, 2015 yılındaki 67. oturumda üçüncü raporu ve 2016'daki 68. oturumda ise dördüncü raporu ILC'ye sunmuştur. Dördüncü rapor, hükümetler ve diğer katılımcılardan alınan görüşler ışığında geçici olarak kabul edilen taslak sonuçlarda birtakım değişiklikler önermiştir. 2018 yılındaki 70. oturumda ise *Wood* beşinci raporu Komisyon'a sunmuştur. ILC beşinci raporu değerlendirmiş ve 16 maddede ele alınan sonuçların ikinci okumasının yapılmasını önermiştir⁶⁰. ILC 70. oturumda Taslak Sonuçlar metnini şerhleriyle birlikte kabul etmiştir. Dolayısıyla ILC'nin Taslak Sonuçlar metni yaklaşık altı yıllık bir sürenin sonucunda ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmanın konusu ILC tarafından yayımlanmış olan Taslak Sonuçlar bağlamında uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukuna etkisinin değerlendirilmesidir. Bu nedenle çalışmanın bundan sonraki kısımları hem Taslak Sonuçlar hem de doktrin bakımından uluslararası örgüt-uluslararası örf ve âdet hukuku ilişkisine ayrılmıştır. Fakat uluslararası örf ve âdet hukukuna ilişkin uluslararası alanda yapılmış tek çalışma ILC'nin Taslak Sonuçları değildir. 2000 yılında Uluslararası Hukuk Derneği (ILA) tarafından da uluslararası örf ve âdet hukukunu oluşumuna ilişkin bir rapor (ILA Raporu) hazırlanmıştır⁶¹. ILA Raporu'nun uluslararası örf ve âdet hukukunu tanımlayan maddesinde, devletler ve diğer uluslararası hukuk kişilerinin uygulamalarına yer verilmiştir⁶². Dolayısıyla, ILA Raporu'nda sadece devletlere işaret edilmemiş ve diğer uluslararası hukuk kişilerinin varlığı da zikredilmiştir. ILA Raporu, uluslararası örgütlerin uluslararası hukuki kişiliğini teyit etmiş ve bu örgütlerin uluslararası hukuka katkıda bulunabileceklerini belirtmiştir⁶³.

B. Taslak Sonuçlar Kapsamında Uluslararası Örgütlerin Düzenlenmesi

1. Özel Raportör Tarafından Sunulan Raporlarda Uluslararası Örgütler

Özel Raportör *Wood* tarafından hazırlanan Birinci Rapor kapsamında uluslararası örf ve âdet hukukunun kavramsal çerçevesi üzerinde durulmuştur. Uluslararası örgütler ile uluslararası örf ve âdet hukuku arasındaki ilişki ise, uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının ortaya çıktığının ispatı için sayılan farklı maddeler arasında ifade edilmiştir. Bu bağlamda, devletin ve diğer hükümetler-arası aktörlerin yaklaşımları uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumunda esas alınabilecektir. Birinci Rapor'da hükümetler-arası bir aktör olarak uluslararası örgütlerin özellikle de Birleşmiş Milletler'in yaklaşımının önemine vurgu yapılmıştır⁶⁴. Burada uluslararası örf ve âdet hukuku ile uluslararası örgütler arasındaki ilişki üzerinde durulmamıştır.

İkinci Rapor kapsamında 11 maddelik taslak sonuç önerisi getirilmiş ve uluslararası örgütlerin tanımı yapılmıştır. Uluslararası örgüt, Taslak Maddeler'de verilen kapsamlı tanım yerine kısaca “hükümetler-arası örgüt” şeklinde tanımlanmıştır⁶⁵. Uluslararası örf ve âdet hukukunun objektif unsuru genel uygulamanın devlet uygulaması şeklinde kullanılmaya

⁵⁸ SUR, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s.88.

⁵⁹ SUR, s.89.

⁶⁰ Summaries of the Work of the International Law Commission, https://legal.un.org/ilc/summaries/1_13.shtml (Erişim Tarihi: 17.11.2020).

⁶¹ International Law Association London Conference (2000), <https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf> (Erişim Tarihi: 17.11.2020).

⁶² International Law Association London Conference (2000), s.8.

⁶³ International Law Association London Conference (2000), s.19.

⁶⁴ First Report on Formation and Evidence of Customary International Law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/663, s.127. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_663.pdf (Erişim Tarihi: 22.11.2020).

⁶⁵ Second Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/672, s.7. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/407/74/PDF/N1440774.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 22.11.2020).

başlanması devletlerin uluslararası hukukun başlıca kişisi olmasıyla ilişkilendirilmiştir⁶⁶. Devlet uygulamalarının neye göre tespit edilebileceğini açıklayan maddeler arasında uluslararası örgüt kararlarıyla bağlantılı şekilde de devlet uygulamasının ortaya çıkabileceği ifade edilmiş ve kapsamlı bir incelemenin Üçüncü Rapor'a bırakıldığı belirtilmiştir⁶⁷. Buna ilaveten uluslararası örgüt uygulamalarının da bir sonraki raporda daha detaylı olarak incelenecek olmakla birlikte devlet uygulaması çerçevesinde değerlendirilebileceğine yer verilmiştir⁶⁸. İkinci Rapor, uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukundaki yerini devlet-merkezli bir yaklaşımla ele almıştır.

Üçüncü Rapor, uluslararası örgüt kararları ve uluslararası örgüt uygulamaları üzerinden uluslararası örf ve âdet hukuku ile uluslararası örgüt ilişkisi hakkında kapsamlı bir değerlendirme içermektedir. İlk olarak, uluslararası örgütler çerçevesinde devletler tarafından benimsenen kararların uluslararası örf ve âdet hukukunun belirlenmesindeki rolü üzerinde durulmuş ve özellikle Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararlarına dikkat çekilmiştir⁶⁹. Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararları da dâhil olmak üzere uluslararası örgüt kararlarının bağlayıcı bir etkisi bulunmadığı gibi uluslararası örf ve âdet hukukuna doğrudan kaynaklık etmeleri de söz konusu değildir⁷⁰. Dolayısıyla, Üçüncü Rapor kapsamında önerilen 13. Taslak Sonuç kapsamında uluslararası örgütler tarafından ya da uluslararası konferanslarda kabul edilen kararların bazı durumlarda uluslararası örf ve âdetin kanıtı olabileceği ve gelişimine katkı sunabileceği belirtilmiştir. Uluslararası örgüt kararlarının kendisi uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı oluşturmayacaktır⁷¹.

Üçüncü Rapor'da uluslararası örgütlere ilişkin uluslararası hukuki kişilik çerçevesinde bir değerlendirmeye de yer verilmiştir. Bu bağlamda devletlerin uluslararası hukukun başlıca kişisi olduğu vurgulanmış ve bu devletlerin birtakım fonksiyonlarının yerine getirilmesi amacıyla kendilerinden bağımsız bir uluslararası hukuki kişiliğe sahip uluslararası örgütler kurabildikleri belirtilmiştir⁷². Özel Raportör *Wood*, bir uluslararası örgüt çerçevesindeki devlet uygulamasının uluslararası örgütlerin uygulamasından farklı olduğuna dikkat çekmiş ve ayrı bir uluslararası hukuk kişisi olan uluslararası örgüt uygulamasının devletinkinden ayrılması gerektiğini ifade etmiştir⁷³. *Wood* tarafından önerilen diğer bir ayırım ise örgütün iç işleyişine ilişkin davranışı ile devletler ve diğer uluslararası örgütler ile olan dış işleyişine ilişkin davranışının tespit edilmesidir. Uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumunda rol oynayan örgütün dış ilişkilerindeki davranışdır⁷⁴.

Üçüncü Rapor kapsamında uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukuna etki etme kapasitesi üç farklı biçimde incelenmiştir. İlk olarak, uluslararası örgütlerin eylemleri üye devletlerin uygulama ve inançlarını yansıtacaktır. Uluslararası örgüt organları çerçevesinde devletlerin kullandıkları oylar ve ifade ettikleri görüşler devlet uygulaması ya da *opinio juris*'in kanıtı olabilecektir⁷⁵. Bu yöntemin uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukunu etkilediği en yaygın şekil olduğu ifade edilebilir⁷⁶. İkinci olarak, uluslararası örgütlerin faaliyetleri devlet uygulamasının ortaya çıkmasına hizmet edebilmektedir. Burada ifade edilmek istenen uluslararası örgütlerin faaliyetleri esnasında devletlerin uluslararası örf ve âdet hukukunun unsurlarını yerine getiren birtakım açıklamalarda bulunmasıdır. Örneğin, uluslararası örgütler devletlerin tartışması için taslak metinler sunduğunda ya da başka herhangi bir biçimde devletlerin görüşlerini açıklamasını sağlayacak işlemler yaptığında uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının ortaya çıkmasına etki etmiş olacaklardır⁷⁷. Son olarak, uluslararası örgütlerin uygulamasıyla ilişkili örgüt davranışının kendisi uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumunda etkili olabilecektir. Bu son durumdaki etki oldukça tartışmalıdır ve çok daha sınırlı bir biçimde

⁶⁶ Second Report on Identification of Customary International Law, s.15.

⁶⁷ Second Report on Identification of Customary International Law, s.26.

⁶⁸ Second Report on Identification of Customary International Law, s.28.

⁶⁹ Third Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/682, s.31. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/088/91/PDF/N1508891.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 22.11.2020).

⁷⁰ Third Report on Identification of Customary International Law, s.38; ÖKTEM, s.163.

⁷¹ Third Report on Identification of Customary International Law, s.69.

⁷² Third Report on Identification of Customary International Law, s.47.

⁷³ Third Report on Identification of Customary International Law, s.48, 49.

⁷⁴ Third Report on Identification of Customary International Law, s.49.

⁷⁵ Third Report on Identification of Customary International Law, s.51.

⁷⁶ ODERMATT, Jed: "The Development of Customary International Law by International Organizations", *International and Comparative Law Quarterly*, 66(2), 2017, s.500.

⁷⁷ Third Report on Identification of Customary International Law, s.51, 52.

ifade edilmiştir. Fakat uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişisi olarak üye devletlerden bağımsız bir biçimde uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumuna katkı sunabileceğine ilişkin kabulü yansıtması açısından önemlidir⁷⁸. Üçüncü Rapor kapsamında uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukuna etki edebilmesi için üye devletlerin belirli bir alanda kuruluşu açık yetki vermeleri gerektiği vurgulanmıştır⁷⁹.

Dördüncü Rapor, hükümetler ve diğer katılımcıların görüşleri çerçevesinde geçici olarak kabul edilen Taslak Sonuçlar için birtakım değişiklik önerileri getirmiştir⁸⁰. Beşinci Rapor’da daha kapsamlı bir değerlendirme yapılmış ve 16 maddeden oluşan Taslak Sonuçlar çerçevesinde hükümetlerin görüşlerine de yer verilmiştir. Türkiye, uluslararası örgüt uygulamalarının bazı durumlarda uluslararası örf ve âdet hukukuna “katkıda bulunur (*contributes*)” ifadesi yerine “katkıda bulunabilir (*may contribute*)” şeklinde daha temkinli bir ifade kullanılmasını önermiştir⁸¹. Avrupa Birliği ise, örgütün balıkçılık ve ticaret gibi alanlar dâhil olmak üzere uluslararası örf ve âdet hukukuna katkıda bulunabileceği yönündeki beklentisini dile getirmiştir⁸². Beşinci Rapor, Taslak Sonuçlar metninin yayımlanmasından önceki son rapordur.

2. Taslak Sonuçlar Metninde Uluslararası Örgütler

Taslak Sonuçlar, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 70. oturumda kabul edilmiş ve bu oturumun çalışmalarını kapsayan raporun bir parçası olarak Genel Kurul’a sunulmuştur. Toplam 16 maddeden oluşan Taslak Sonuçlar metninin 4. maddesinin 2. fıkrası ile 12. maddesinde uluslararası örgütlere ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu çalışmada, Taslak Sonuçlar kapsamında düzenlenen bütün maddeler üzerinde durulmamış; sadece uluslararası örgütlerin konumuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ancak Taslak Sonuçlar’ın ilk üç maddesinde uluslararası örf ve âdet hukukuna ilişkin genel bir değerlendirme yapıldığı ve iki kurucu unsur olan genel uygulama ile *opinio juris* üzerinde durulduğu ifade edilmelidir.

Uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku ile ilişkisi 4. maddenin 2. fıkrasında, uluslararası örgüt uygulamalarının bazı durumlarda uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumuna katkıda bulunabileceği şeklinde ifade edilmiştir. Bu maddenin ilk fıkrası uluslararası örf ve âdet hukukunda genel uygulamanın esas olarak devlet uygulamalarına karşılık geldiğini düzenlerken son fıkrası ise diğer aktörlerin davranışının uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumunda uygulanamayacağını belirtmiştir⁸³. Dolayısıyla, uluslararası örgüt uygulamalarının diğer aktörlere göre ayrıcalıklı bir konumda bulunduğu görülmektedir. Buna rağmen ILC, uluslararası örgüt uygulamalarına sınırlı olarak yer verirken uluslararası örf ve âdet hukukunun belirlenmesinde devlet uygulamalarına çok daha büyük bir rol biçmiştir⁸⁴.

Taslak Sonuçlar’ın 4. maddesinin şerhinde, uluslararası örgüt ile uluslararası hukuka göre genellikle bir uluslararası andlaşma ile kurulmuş ve uluslararası hukuki kişiliği olan örgütlerin kastedildiği ve hükümet-dışı kuruluşların bu kapsamda değerlendirilmediği ifade edilmiştir⁸⁵. Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuki kişilikleri yönünden devletlerden farklı olduğuna dikkat çekilmiş ve ilgili düzenlemede yer alan “bazı durumlarda” ifadesi açıklanmıştır. Buna göre uluslararası örgüt uygulamalarının *opinio juris* de söz konusu ise uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarını ortaya çıkaran veya onaylayan bir uygulama olarak sayılabileceğini belirtmiştir. Ancak bu kurallar konusu örgütlerin yetki alanına giren ve/veya özellikle kendilerine hitap eden kurallar olmalıdır⁸⁶.

Uluslararası örgütlerin uygulamalarının “bazı durumlar” kapsamında değerlendirilebilmesi için üye devletler örgüte münhasır yetkileri devretmiş olmalı ya da bunun söz konusu olmadığı durumlarda devletler tarafından kullanılan yetkilere fonksiyonel olarak eşit yetkiler sunulmuş olmalıdır. Bu bağlamda, uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukuna etkisi andlaşmaların imzalanmasında, depoziter oldukları durumlarda, barışı koruma gibi askeri

⁷⁸ ODERMATT, s.501.

⁷⁹ Third Report on Identification of Customary International Law, s.53.

⁸⁰ Fourth Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/695.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/063/33/PDF/N1606333.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 23.11.2020).

⁸¹ Fifth Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/717, s.16.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/043/79/PDF/N1804379.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 23.11.2020).

⁸² Fifth Report on Identification of Customary International Law, s 15.

⁸³ Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries, s.130.

⁸⁴ DEPLANO, Rossana: “Assessing the Role of Resolutions in the ILC Draft Conclusions on Identification of Customary International Law”, *International Organizations Law Review*, 14, 2017, s.232.

⁸⁵ Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries, s.130.

⁸⁶ Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries, s.131.

güçlerin harekete geçirilmesinde, bölge yönetiminde veya örgütün ve personelinin ayrıcalık ve bağımsızlıklarının kapsamının belirlenmesinde ortaya çıkabilecektir⁸⁷.

Uluslararası örf ve âdet hukukunun ikinci unsuru olan hukuk kuralı olduğuna ilişkin inancın ne şekilde ortaya çıkabileceğine ilişkin düzenlemeye Taslak Sonuçlar'ın 10. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasında *opinio juris*'in çok çeşitli biçimlerde ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise, *opinio juris*'in ortaya çıkma biçimlerine örnekler verilmiş ve bu örneklerin ilgili fıkrada sayılanlarla sınırlı olmadığı da ifade edilmiştir. Bu fıkrada uluslararası örgüt tarafından ya da hükümetler-arası konferanslarda alınan kararlar ile bağlantılı davranışların da *opinio juris* olarak ortaya çıkabileceğine yer verilmiştir. Bunun dışında uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukunun psikolojik unsuru ile ilişkisine dair ayrıca bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu 2. fıkra genellikle devletlerle ilişkilendirilmiş olduğu gibi 3. fıkrada ise sadece devletlere gönderme yapılmıştır. Dolayısıyla ILC, uluslararası örgütlerin *opinio juris* çerçevesindeki pozisyonunu açık bir biçimde ele almaktan kaçınmıştır.

Uluslararası örgütler ile uluslararası örf ve âdet hukuku ilişkisinin değerlendirilmesinde Taslak Sonuçlar'ın 12. maddesi üzerinde de durulmalıdır. Bu madde kapsamında 6. ve 10. maddede sayılmış olan uluslararası örgüt ve hükümetler-arası konferanslarda yer alan kararların uluslararası örf ve âdet hukuku kuralına dönüşme potansiyelinin açıklanmasına yer verilmiştir. Düzenlemenin ilk fıkrasında uluslararası örgüt ya da hükümetler-arası konferansta benimsenen kararın tek başına uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı yaratamayacağı ifade edilmiştir. İkinci fıkrada, kararın uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı varlığının tespitine ya da gelişimine katkıda bulunduğunun ispatlanması gerektiği belirtilmiştir. Son fıkrada ise, kararda yer alan bir hükmün hukuk kuralı olduğuna ilişkin inançla genel bir uygulamaya uygun olarak kurulması durumunda uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı olarak değerlendirilebileceği kabul edilmiştir⁸⁸.

Uluslararası örgüt organlarının kararları özellikle Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararları üzerinden değerlendirilmektedir⁸⁹. Divan, Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanımının Meşruiyetine Dair Danışma Görüşü kapsamında Genel Kurul kararlarının bağlayıcı olmamakla birlikte normatif bir değere sahip olabileceğini ifade etmiştir. Genel Kurul kararları bazı durumlarda bir kuralın varlığını ya da *opinio juris*'in ortaya çıkışını belirlemek için önemli kanıtlar sağlayabilecektir. Bunun için elbette kararın içeriği ve kabul edilme koşulları ile *opinio juris*'in mevcut olup olmadığına bakılacaktır⁹⁰.

Taslak Sonuçlar'ın 12. maddesi, uluslararası örgütlerin ayrı bir uluslararası hukuk kişisi olarak değerlendirilmekten ziyade ilgili kararların hukuk kuralı olduğuna ilişkin inançla gerçekleştirilen devlet uygulamalarına binaen örf ve âdet hukuku kuralı olarak kabul edildiğine işaret etmektedir. Zira 3. fıkranın şerhinde de *opinio juris* ile devlet uygulamalarının varlığına vurgu yapılmaktadır⁹¹. Bu bağlamda, Taslak Sonuçlar'da uluslararası örgütlerin konumuna ilişkin görüşleri değerlendireceğimiz son başlıkta uluslararası örgüt kararlarının ele alındığı 12. maddeye yer verilmemiştir. Çalışmamız bakımından önem teşkil eden husus uluslararası örgütlerin hukuki kişilikleri nedeniyle doğrudan uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumuna etkilerinin incelenmesidir. Zira 4. maddenin 2. fıkrasındaki düzenleme, uluslararası örgütleri devlet-merkezli bir yaklaşımla ele alıyor olsa da ayrı bir hukuk kişisi olarak değerlendirme eğilimindedir. Uluslararası örgüt kararlarına ilişkin 12. madde ise, uluslararası örgütlerden ziyade devletlerin müşterek eylemlerine odaklanmaktadır⁹². Bu çerçevede, uluslararası örgüt kararları uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumuna doğrudan bir etkide bulunmamaktadır.

C. Taslak Sonuçlar'da Uluslararası Örgütlerin Konumuna İlişkin Görüşler

Uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları ile uluslararası örgütler arasında kurulacak bir ilişkide genel bir değerlendirmeye uluslararası hukukun kişilerinden biri olan uluslararası örgütlerin bu kurallar ile bağlı oldukları gibi bu kuralların oluşumuna da katıldıkları ifade edilebilir⁹³. Uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları ile bağlı olmaları bu uluslararası hukuk kaynağı dolayısıyla elde edecekleri hak ve yükümlülükler bakımından önem

⁸⁷ Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries, s.131.

⁸⁸ Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries, s.141.

⁸⁹ ÖKTEM, s.162.

⁹⁰ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p.226, s.254, 255. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 03.12.2020).

⁹¹ Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries, s.149.

⁹² DEPLANO, s.228.

⁹³ REÇBER, Kamuran: Uluslararası Hukuk, Dora Yayıncılık, Bursa 2014, s.171.

taşımaktadır⁹⁴. Uluslararası örgütlerin faaliyetlerinin kapsamı ve etkinlikleri göz önüne alındığında uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumundaki etkilerine ilişkin tartışmaların devam ediyor olması dikkat çekicidir⁹⁵. Bu tartışmaların uluslararası örgütlerin konumunun açıklığa kavuşturulması bakımından akademik çalışmalara konu olmaya başlamasında ILC'nin Taslak Sonuçlar düzenlemesi önemli bir motivasyon kaynağıdır. ILC, uluslararası örgüt uygulamalarının uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumunda etkili olabileceğini kabul ediyor olsa da Taslak Sonuçlar düzenlemesi “devlet-merkezli” olmakla eleştirilmektedir⁹⁶. Çalışmanın bu kısmında özellikle Taslak Sonuçlar düzenlemesine paralel olarak ortaya çıkan uluslararası örf ve âdet hukuku ile uluslararası örgütler arasındaki ilişkinin belirlenmesine yönelik değerlendirmeler üzerinde durulacaktır.

ILC, uluslararası örgütlere ilişkin uluslararası hukuk konularını geçmiş yıllarda da inceleme kapsamına almıştır. 1986 Viyana Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütlerle Uluslararası Örgütler Arasındaki Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi bu incelemenin sonucunda ortaya çıkmış ve 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile benzer hükümlere yer vermekle eleştirilmiştir. Benzer şekilde 2011 Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler metni de 2001 Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler düzenlemesinin yayımlanmasının ardından ILC tarafından çalışılmaya başlanmıştır. Uluslararası örf ve âdet hukukuna ilişkin yayımlanan Taslak Sonuçlar kapsamında uluslararası örgütlere aynı metin içerisinde yer verilmiş ve ayrıca bir incelemeye tabi tutulmamıştır⁹⁷.

Taslak Sonuçlar, uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumunda uluslararası örgütlere sınırlı bir biçimde yer vermiştir. Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kaynağının oluşturulmasına etkisinin sınırlandırılması uluslararası hukukun bu uluslararası hukuk kişilerine hukuki irade atfetme konusundaki tereddütlerinden kaynaklanmaktadır⁹⁸. Esas olarak ILC, uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukuna etkisini hem Özel Raportör *Wood* tarafından hazırlanan raporlarda hem de Taslak Sonuçlar'ın şerhlerinde kapsamlı bir incelemeye tabi tutmuştur. Ancak uluslararası hukuk kurallarının ortaya çıkarılmasında devletler merkezi bir konumda değerlendirilmiş ve uluslararası örgütlerin etkisi üye devletlerin ilgili örgüt için öngördüğü amaçlarla sınırlanmıştır⁹⁹. Dolayısıyla uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukuna etkisi onların uluslararası hukuki kişiliğinin ne şekilde değerlendirildiğiyle ilişkilidir. Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuki kişiliğine ilişkin yaklaşımları kısaca objektif ve sübjektif (iradeci) teori olarak ikiye ayırmak mümkündür¹⁰⁰. Objektif teoriyi savunan görüşe göre, uluslararası hukuka göre kurulmuş olup uluslararası örgüt olmaya ilişkin kriterleri yerine getirmiş olan oluşumların uluslararası hukuki kişiliği söz konusudur¹⁰¹. Uluslararası örgütlerin hukuki kişiliğinin ortaya çıkması bakımından kurucu olmayan devletlerin tanınmasına ihtiyaç duymaması da objektif yaklaşımla ilişkilendirilmiştir¹⁰². Doktrinde daha fazla kabul gören sübjektif teori ise, uluslararası örgütlerin hukuki kişiliğinin belirlenmesinde kurucu devletlerin iradesine vurgu yapmaktadır¹⁰³. Zararların Tazmini Danışma Görüşü, uluslararası örgütlerin uluslararası hukuki kişiliğine ilişkin objektif ve sübjektif yaklaşımların her ikisini de içermektedir¹⁰⁴.

Uluslararası örgütlerin hukuki kişiliğinin tespit edilmesinde objektif teori kabul edilirse örgütlerin bağımsız iradeleri olduğu da kabul edilmiş olacaktır¹⁰⁵. Sübjektif teoride ise, üye devletlerin kurucu andlaşmada öngördüğü yetkiler ile kurucu andlaşmada hüküm bulunmayan durumlarda gelişen örgüt uygulamaları çerçevesinde ortaya çıkan örtülü yetkileri dikkate alınacaktır. Dolayısıyla Taslak Sonuçlar kapsamında doktrindeki tartışmalar, uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumuna doğrudan etki edip

⁹⁴ BLOKKER, Niels: “International Organizations and Customary International Law: Is the International Law Commission Taking International Organizations Seriously?”, *International Organizations Law Review*, 14(1), 2017, s.1.

⁹⁵ DAUGIRDAS, Kristina: “International Organizations and the Creation of Customary International Law”, *European Journal of International Law*, 31(1), 2020, s.201.

⁹⁶ ODERMATT, s.492.

⁹⁷ BLOKKER, s.3.

⁹⁸ BRÖLMANN, Catherine: “Capturing the Juridical Will of International Organizations”, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2019-09*, s.1.

⁹⁹ ODERMATT, s.493.

¹⁰⁰ KLABBERS, s.46.

¹⁰¹ SEYERSTED, Finn: “Objective International Personality of Intergovernmental Organizations: Do Their Capacities Really Depend upon the Conventions Establishing Them”, *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret*, 34, 1964, s.9.

¹⁰² AYBAY, Rona/ORAL Elif: *Kamusal Uluslararası Hukuk*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016, s.305.

¹⁰³ SCHERMERS/BLOKKER, s.989.

¹⁰⁴ EMİR, s.101.

¹⁰⁵ BRÖLMANN, s.13.

edemeyeceği hususunda değil; bu etkinin sınırlarının belirlenmesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Objektif yaklaşım, uluslararası hukuki kişiliğin belirlenmesinde daha kapsayıcı bir çerçeve çiziyor gibi görünse bile sübjektif yaklaşım benimsendiği takdirde de aynı sonuca ulaşılabilecektir. Zira uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukunda etki edebileceği kurallar, aşağıda ifade edileceği gibi uluslararası kişiliğe ilişkin bu yaklaşımlardan bağımsız olarak sınırlanacaktır.

Uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumuna etkisi üç gerekçeyle açıklanabilir. İlk olarak, kurucu devletler ilgili örgütü bu konuda açıkça yetkilendirmiştir¹⁰⁶. İkinci olarak, uluslararası örgütler kurucu andlaşmalarında yer alan bir hükümle açıkça yetkilendirilmiş olmasalar bile örtülü yetkiler prensibi gereğince uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumuna etkide bulunabileceklerdir¹⁰⁷. Kurucu andlaşmaların örgütün yerine getireceği bütün fonksiyonları ve sahip olacağı yetkilerin tamamını içerecek bir biçimde düzenlenmesi mümkün değildir¹⁰⁸. Örtülü yetkiler prensibi, Uluslararası Adalet Divanı tarafından da istikrarlı bir biçimde savunulmaktadır¹⁰⁹. Taslak Sonuçlar Özel Raportörü Wood da uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukuna etkisine ilişkin bir genelleme yapmanın mümkün olmadığını ifade etmiş ve bunu uluslararası örgütlerin hukuki kişiliğinin devletlerden farklı bir yapıda olmasına bağlamıştır. Zira devletlerin aksine uluslararası örgütlerin fonksiyonları kurucu andlaşmalarında açıkça ifade edilen ya da daha sonra ortaya çıkan örtülü yetkileriyle sınırlıdır¹¹⁰. Dolayısıyla bu iki durumda uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumunda etkili olabileceğini söylemek daha kolaydır.

Uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumunu etkileyebileceğine dair ele alacağımız gerekçelerden sonuncusu bunu onların uluslararası hukuki kişiliğinin doğrudan bir sonucu olarak değerlendirmektedir¹¹¹. *Daugirdas*, uluslararası örgütlerin hukuki kişiliklerinin bir sonucu olarak nasıl uluslararası andlaşma yapabiliyor ve uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden sorumlu tutulabiliyorlarsa benzer şekilde uluslararası örf ve âdet hukukuna da katkıda bulunabileceklerini belirtmektedir¹¹². Tıpkı uluslararası andlaşma yapma yetkisi gibi¹¹³ uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumuna etkide bulunabilme kapasitesini de uluslararası kişiliğin sonucu olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumunda etkileyebileceği alanlar daha sınırlıdır¹¹⁴. Örneğin, uluslararası örgütler devletler gibi belirli bir toprak parçası üzerinde egemenliğe sahip olmadıkları için uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının bulunduğu her alanda etkili olamayacaklardır.

Uluslararası örgütler hukuki kişiliklerinin sonucu olarak andlaşma yapabilmekte, uluslararası sorumluluklarına gidilebilmekte ve çeşitli ayrıcalık ve bağımsızlıklara sahip olabilmektedir¹¹⁵. Dolayısıyla uluslararası örgütler buna ilişkin konularda uluslararası örf ve âdet hukukuna etki edebilmelidir¹¹⁶. Öte yandan uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukuku konularında da uluslararası örgütler örf ve âdete uymakla yükümlü oldukları gibi bu konularda örf ve âdet hukuku kurallarının ortaya çıkmasına da etki edebilmeleri gerekmektedir¹¹⁷. Uluslararası örgütler, uluslararası andlaşmaların depoziteri olarak da görev yaptıkları için bu konularda uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumunda etkili olabilmektedir¹¹⁸.

Uluslararası örgütler ile uluslararası örf ve âdet hukuku arasında kurulacak bir ilişki ILC'nin Taslak Sonuçlar düzenlemesinin doktrindeki tartışmaları alevlendirdiği açıktır¹¹⁹. Uluslararası örgütlerin uluslararası hukukun kişisi olarak git gide artan faaliyetleri neticesindeki

¹⁰⁶ DAUGIRDAS, s.206.

¹⁰⁷ DAUGIRDAS, s.207.

¹⁰⁸ ÖKTEM, s.296.

¹⁰⁹ DAUGIRDAS, s.208.

¹¹⁰ WOOD, Michael: "International Organizations and Customary International Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 48(3), 2015, s.614.

¹¹¹ ODERMATT, s.501.

¹¹² DAUGIRDAS, s.210.

¹¹³ ÇAĞIRAN, s.235.

¹¹⁴ BLOKKER, s.10.

¹¹⁵ EMİR, s.164.

¹¹⁶ DAUGIRDAS, s.223.

¹¹⁷ BLOKKER, s.2; Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries, s.131.

¹¹⁸ DAUGIRDAS, s.225.

¹¹⁹ BARKHOLDT, Janina: "The Contribution of International Organizations to the Formation, Interpretation and Identification of International Law: Questions Arising from the Work of the International Law Commission", *International Organizations Law Review*, 2020, s.8.

uluslararası hukuk ihlalleri tıpkı devletlerinki gibi uluslararası örgütlerin de sorumluluklarının düzenlenmesinde etkili olmuştur. Dolayısıyla uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumunda etkili olabileceğine ilişkin en güçlü gerekçe onların uluslararası hukuki kişiliğinin bulunmasıdır. Uluslararası örgütlerin hukuki kişiliğinin ve uluslararası alanda faaliyet gösterme yetkilerinin bir sonucu olarak uluslararası örf ve âdet hukukuna etki edebilecekleri doktrinde de kendine yer bulmuştur¹²⁰. Elbette bu yaklaşıma aksi yönde görüşler de söz konusudur. Uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumundaki rolünün ILC tarafından çok geniş yorumlandığını ve ILC'nin bu yaklaşımını destekleyen gerek Divan gerekse diğer uluslararası yargı kuruluşlarının içtihatlarının bulunmadığı ileri sürülmüştür¹²¹. Bu görüşün de haklılık payı olmakla birlikte ILC'nin getirdiği düzenlemenin gelecek yıllardaki tartışmalar için bir başlangıç noktası olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır¹²². Zira Taslak Sonuçlar ile bağlayıcı kurallar getirilmesi söz konusu olmasa bile farklı bir bakış açısının önü açılmıştır.

Uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumuna etkisi noktasında Taslak Sonuçlar metni yeterince açık bir düzenleme getirmemektedir. Bu konunun ILC tarafından ayrı bir başlık altına ele alınması durumunda daha açık bir düzenlemenin ortaya çıkacağı beklenmemelidir. Zira *Brölmann* tarafından ifade edildiği gibi uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumundaki etkisini ileri sürmekteki zorluk onların hukuki kişiliğinin “zayıf hukuki kişilik (*thin legal personality*)” olarak algılanmasından kaynaklanmaktadır¹²³. *Odermatt*, ILC'yi devlet-merkezli bir değerlendirme yapmakla eleştirirken¹²⁴ de aslında benzer bir sonuca varmaktadır.

Uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumuna etki edebileceğini ileri sürmek için onların hukuki kişiliğinin mutlaka objektif yaklaşımla ele alınmasına gerek yoktur. Çünkü hangi uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumuna etkide bulunabilecekleri onların uluslararası örgüt olma nitelikleri, kurucu andlaşmaları ve örtülü yetkileriyle sınırlanacaktır. Bu bağlamda, uluslararası örgütler uluslararası hukuki kişiliklerinin doğrudan bir sonucu olarak bu kuralların oluşumuna etkide bulunabilmelidir. Hangi alandaki örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumunda etkili olabilecekleri ise, genel olarak uluslararası örgütler hukukuna ilişkin konular ve uluslararası örgütlerin fonksiyonlarına bağlı olarak değişebilecektir.

V. SONUÇ

Uluslararası örgütler uluslararası hukukun kişisi olarak diğer uluslararası hukuk kişileri (devletler ve uluslararası örgütler) ile uluslararası andlaşma yapabilmektedir. Öte yandan bu örgütlerin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden dolayı uluslararası sorumluluklarına gidilebilmektedir. Uluslararası örgütler bir kere kurulduğunda onu kuran devletler ya da uluslararası örgütlerden bağımsız bir uluslararası hukuk kişisi olarak hareket etmektedir. Uluslararası örgütler uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarına uymakla yükümlüdür. Üyelerinden ayrı bir uluslararası hukuki kişiliği olan ve uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarına uymakla yükümlü bulunan uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumuna etkisi ise tartışmalıdır.

ILC tarafından yayımlanan Taslak Sonuçlar uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumunda etkili olup olamayacağı hususunda birtakım tartışmaların ortaya çıkmasını sağlamıştır. Uluslararası örf ve âdet hukukunda uluslararası örgütlerin konumuna ilişkin bu tartışmalar esas olarak uluslararası hukuki kişiliğin ne şekilde değerlendirildiğiyle bağlantılıdır. Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuki kişiliği objektif ya da subjektif yaklaşımla kabul edilebilir. Ancak her iki durumda da uluslararası örgütlerin uluslararası örgütler hukukuna ilişkin hususlarda ve faaliyet alanları çerçevesinde uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumuna katkıda bulunması söz konusu olabilecektir.

Uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku ile ilişkisinin değerlendirilmesinde ILC'nin konuya devlet merkezli yaklaştığı ve uluslararası örgütlere bağımsız bir irade atfetme konusunda tereddütlerinin bulunduğu ifade edilebilir. Ancak uluslararası hukukta devletlerin konumu ve bu tür metinlerin hazırlanmasında devletlerin temsilcilerinin yaklaşımı göz önüne

¹²⁰ DAUGIRDAS, s.210.

¹²¹ MURPHY, Sean D.: “Identification of Customary International Law and Other Topics: The Sixty-Seventh Session of the International Law Commission”, *American Journal of International Law*, 109(4), 2015, s.828.

¹²² PACHOLSKA, Magdalena: “New Kids on the Block: International Organizations as Customary Rules Creators”, *International Community Law Review*, 21, 2019, s.343.

¹²³ BRÖLMANN, s.20.

¹²⁴ ODERMATT, s.511.

alındığında bu kaçınılmaz bir sonuçtur. Bu tür sınırlamalara rağmen uluslararası örgütlerin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumuna katkıda bulunabileceğinin kabulünde Taslak Sonuçlar olumlu bir etkiye sahip olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKANDE, Dapo: “International Organizations”, in Evans, Malcolm D. (ed.), *International Law*, Oxford University Press, Oxford 2010.
- AKSAR, Yusuf: *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- AYBAY, Rona/ORAL Elif: *Kamusal Uluslararası Hukuk*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016.
- BARKHOLDT, Janina: “The Contribution of International Organizations to the Formation, Interpretation and Identification of International Law: Questions Arising from the Work of the International Law Commission”, *International Organizations Law Review*, 2020, p.1-45.
- BLOKKER, Niels: “International Organizations and Customary International Law: Is the International Law Commission Taking International Organizations Seriously?”, *International Organizations Law Review*, 14(1), 2017, p.1-12.
- BOZKURT, Enver/POYRAZ Yasin/ERDAL Selcen: *Devletler Hukuku*, 10. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2018.
- BRÖLMANN, Catherine: “Capturing the Juridical Will of International Organizations”, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2019-09*.
- ÇAĞIRAN, Mehmet Emin: *Uluslararası Örgütler*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- ÇELİK, Edip: *Milletlerarası Hukuk*, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1975.
- DAUGIRDAS, Kristina: “International Organizations and the Creation of Customary International Law”, *European Journal of International Law*, 31(1), 2020, p.201-233.
- DEPLANO, Rossana: “Assessing the Role of Resolutions in the ILC Draft Conclusions on Identification of Customary International Law”, *International Organizations Law Review*, 14, 2017, p.227-253.
- EMİR, Nergiz: *Uluslararası Hukukta Kişilik Kavramı ve Uluslararası Örgütlerin Hukuki Kişiliğinin Sonuçları*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020.
- GOLDSMITH, Jack L./POSNER Eric A.: “A Theory of Customary International Law”, *The University Chicago Law Review*, 66(4), 1999, p.1113-1177.
- GÜNDÜZ, Aslan: *Milletlerarası Hukuk*, 10. Baskı, Günel, Reşat Volkan (ed.), Savaş Yayınevi, İstanbul 2019.
- İŞIKTAÇ, Yasemin: *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992.
- KAMMERHOFER, Jörg: “Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems”, *European Journal of International Law*, 15(3), 2004, p.523-553.
- KAYA, İbrahim: *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.
- KENNEDY, David: “The Sources of International Law”, *American University Journal of International Law*, 2(1), 1987, p.1-96.
- KESKİN, Sevda: “Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler”, *MHB*, 36(2), 2016, s.163-188.
- KLABBERS, Jan: *An Introduction to International Organizations Law*, 3rd Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2015.
- LEPARD, Brian D.: *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, New York 2010.
- MERAY, Seha L.: *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1960.
- MURPHY, Sean D.: “Identification of Customary International Law and Other Topics: The Sixty-Seventh Session of the International Law Commission”, *American Journal of International Law*, 109(4), 2015, p.822-844.

- ODERMATT, Jed: “The Development of Customary International Law by International Organizations”, *International and Comparative Law Quarterly*, 66(2), 2017, p.491-511.
- ÖKTEM, Emre: *Uluslararası Teamül Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- PACHOLSKA, Magdalena: “New Kids on the Block: International Organizations as Customary Rules Creators”, *International Community Law Review*, 21, 2019, p.325-343.
- PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap*, 12. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2014.
- REÇBER, Kamuran: *Uluslararası Hukuk*, Dora Yayıncılık, Bursa 2014.
- ROBERTS, Anthea Elizabeth: “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, *The American Journal of International Law*, 95(4), 2001, p.757-791.
- SCHERMERS, Henry G./BLOKKER Niels M.: *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, 5th Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2011.
- SEYERSTED, Finn: “Objective International Personality of Intergovernmental Organizations: Do Their Capacities Really Depend upon the Conventions Establishing Them”, *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret*, 34, 1964.
- SHAW, Malcolm N.: *Uluslararası Hukuk*, TÜBA, Ankara 2018.
- SUR, Melda: *Uluslararası Hukukun Esasları*, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- TERZİOĞLU, Süleyman Sırrı/ÖZARSLAN, Bahadır Bumin: *Uluslararası Örgütler Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- THIRLWAY, Hugh: “The Sources of International Law”, in Evans, Malcolm D. (ed.), *International Law*, Oxford University Press, Oxford 2010.
- TREVES, Tullio: “Customary International Law”, in Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur/ARIKOĞLU Enver/AKÜN Verda Neslihan/BAŞKARACAOĞLU Elif: *Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar)*, Beta Yayınları, İstanbul 2017.
- WHITE, Nigel D.: *The Law of International Organizations*, 2nd Edition, Manchester University Press, Manchester 2005.
- WOOD, Michael: “International Organizations and Customary International Law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 48(3), 2015, p.609-620.

Elektronik Kaynaklar – Kararlar ve Belgeler

- Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: Identification of Customary International Law, https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml (Erişim Tarihi: 16.11.2020).
- Draft Articles on Responsibility of International Organizations, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf (Erişim Tarihi: 27.11.2020).
- Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries, https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf&lang=EF (Erişim Tarihi: 17.11.2020).
- Fifth Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/717. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/043/79/PDF/N1804379.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 23.11.2020).
- First Report on Formation and Evidence of Customary International Law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur, Document A/CN.4/663, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_663.pdf (Erişim Tarihi: 22.11.2020).
- Fourth Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/695. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/063/33/PDF/N1606333.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 23.11.2020).
- International Law Association London Conference (2000), <https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf> (Erişim Tarihi: 17.11.2020).

- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p.226, s.254, 255. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 03.12.2020).
- North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p.3. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 03.12.2020).
- Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, p.174. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2020).
- Second Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/672. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/407/74/PDF/N1440774.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 22.11.2020).
- Statute of the International Court of Justice, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf (Erişim Tarihi: 14.11.2020).
- Summaries of the Work of the International Law Commission, https://legal.un.org/ilc/summaries/1_13.shtml (Erişim Tarihi: 17.11.2020).
- Third Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/682. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/088/91/PDF/N1508891.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 22.11.2020).

ROMA HUKUKUNDA PROFESYONEL ATLETLER İLE YAPILAN TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMELERİ

LOAN CONTRACTS WITH PROFESSIONAL ATHLETES IN ROMAN LAW

Ali Selkor ATAK*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 10/10/2020
Kabul: 05/12/2020

Anahtar Kelimeler

Roma Hukuku,
Tüketim Ödüncü
Sözleşmesi
(Mutuum),
Profesyonel Atlet,
Atletizm Yarışmaları
(Agones-Certamina
Athletarum),
Faiz.

Article Info

Received: 10/10/2020
Accepted: 05/12/2020

Keywords

Roman Law,
Loan for Consumption
(Mutuum),
Professional Athlete,
Athletics (Agones-
Certamina Athletarum),
Interest.

Özet

Antik Çağ'da varlıklı bir aileye mensup olmayan profesyonel atletler, beslenme, antrenman ve yarışmalara katılmak için seyahat etme zorunluluğundan doğan giderleri karşılama olanağından yoksundular. Bu masrafları karşılayabilmek için tüketim ödüncü sözleşmeleri yaparak para ödünç almak zorunda kalmaktaydılar. Roma hukukunda profesyonel atletler ile yapılan tüketim ödüncü sözleşmeleri, olağan tüketim ödüncü sözleşmelerine nazaran farklı özellikler taşımaktaydı. Öncelikle bir profesyonel atlet katıldığı yarışmalardan zafer ve ödül kazanmadığı sürece almış olduğu ödünç ödemek zorunda değildi. Atletlerle yapılan tüketim ödüncü sözleşmelerinin olağan tüketim ödüncü sözleşmelerinden ayrıldığı diğer bir nokta faiz konusundaydı. Olağan bir tüketim ödüncü sözleşmesinde faiz talep edilebilmesi için bunun ödünç sözleşmesinden ayrı olarak stipulatio adı verilen sözlü şekle bağlı bir sözleşme ile ayrıca taahhüt edilmiş olması gerekiyordu. Atletler ile yapılan tüketim ödüncü sözleşmelerinde ise, şekle bağlı olmayan bir "pactum"un (anlaşmanın) yapılması, faiz talep edilebilmesi için yeterli görülüyordu ve stipulatio yapılması zorunluluğu aranmıyordu. Atletlerle yapılan tüketim ödüncü sözleşmeleri bu yönleriyle deniz ödüncü sözleşmelerine benzerlik göstermekteydi.

Abstract

In antiquity, professional athletes were unable to cover the expenses for nutrition, training and travelling to participate competitions, unless they belonged to a wealthy family. In order to cover these expenses, they had to borrow money by concluding loan contracts. In Roman law, loan contracts with professional athletes had different features compared to ordinary loan contracts. First of all, a professional athlete did not have to pay the loan he received, unless he won victories and awards from the competitions he participated in. Another point where loan contracts with professional athletes differed from the ordinary loans is interest. In order to be able to claim interest on an ordinary loan agreement, it was necessary to extract a promise from the borrower in the form of a separate verbal contract (stipulatio), besides the ordinary loan contract. On the other hand, regarding the loan contracts with professional athletes, there was no need to conclude a stipulatio in order to demand interest, rather it was sufficient to conclude a formless pactum (agreement). Loan contracts with athletes resemble maritime loans in these aspects.

I. GİRİŞ

İnceleme konumuz olan Roma hukukunda profesyonel atletler ile yapılan tüketim öduncü sözleşmeleri, antik Roma dünyası ile Yunan dünyasının kesiştiği pek çok alandan birini oluşturmaktadır. Yunan kültürel çevresi, Roma dünyasını önemli ölçüde etki altına almıştır ve Yunan atletizm yarışmalarının Roma dünyasındaki varlığı da bunun örneklerinden yalnızca biridir. Antik Yunan kültürel çevresinin zihniyeti, Roma hukukunun fikrî ve ekonomik temellerini de etkilemiştir. Bununla birlikte, antik Yunan hukukunun Roma hukuku üzerindeki etkisinin ise Yunan kültürünün farklı alanlardaki etkilerine göre daha sınırlı olduğu savunulmaktadır¹. Yunan hukukunun Roma hukuku üzerindeki etkisinin kapsamı ile ilgili ayrıntılı tartışmalara değinmeksizin, bu etkinin görüldüğü hukukî işlemlerden birinin profesyonel atletlerle yapılan tüketim öduncü sözleşmeleri olduğu ve bu hukukî işlemlerin antik Yunan etkisinin baskın olduğu hukukî ilişkiler arasında bulunduğu söylenebilir².

Profesyonel atletler ile yapılan tüketim öduncü sözleşmeleri, bazı noktalarda olağan tüketim öduncü sözleşmelerinden farklılık göstermektedir. Roma hukukunda tüketim öduncü sözleşmesi (*mutuum*) tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilmekteydi ve verilen ödünç karşılığında faiz elde etmek isteniyorsa bunun için taraflar arasında tüketim öduncü sözleşmesinin yanı sıra sözlü şekle bağlı ayrı bir sözleşme (*stipulatio*)³ yapılması gerekirdi. Yani *stipulatio* yapılmadan tüketim öduncü verilmiş olması durumunda ödünç verenin faiz talep etmesi mümkün değildi, yalnızca ödünç verilmiş miktarın iadesi talep edilebilirdi⁴. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği gibi profesyonel atletlerle yapılan ödünç sözleşmelerinde ise faizin *stipulatio* yapılmaksızın şekle bağlı olmayan basit bir anlaşma (*pactum*) ile kararlaştırılabileceği, tartışmalı olmakla birlikte, genellikle kabul edilmektedir. Bu tür bir tüketim öduncü sözleşmesini, olağan tüketim öduncü sözleşmelerinden ayıran diğer bir özellik, ödünç alan profesyonel atletin ancak zafer ve ödül kazandığı takdirde geri ödeme yükümlülüğünün doğması ve katıldığı müsabakalarda bir ödül kazanamazsa ödünç geri ödeme yükümlülüğünün bulunmamasıdır.

Çalışmamızda ilk olarak antik Yunan dünyasında atletizm ve atletler hakkında kısa açıklamalara yer verme gereği doğmuştur. Bunun bir sebebi Yunan atletizm yarışmalarının ve atletlerin Roma dünyasındaki görünüş biçimlerinin daha anlaşılır olarak ortaya konabilmesini sağlamaya çalışmaktır. Diğer bir sebep ise atletizmin gelişiminde ve uygulamasında en önemli rolün antik Yunanlılara ait olmasıdır. Atletizmin antik Yunan'daki özelliklerinden bahsetmeksizin Roma'daki durumun anlaşılması çok kolay olmayacaktır. Bununla birlikte Yunan atletizminin doruk noktası olarak kabul edilen⁵ *Olympia*'da düzenlenmiş atletizm yarışmaları (Olimpiyat oyunları)⁶ ise bu çalışmanın esas konusunu teşkil etmediği için derinlemesine incelenmeyecektir.

Roma'da profesyonel atletlerin neden ödünç ilişkilerine girme ihtiyacını duyduklarının daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle Roma dünyasında atletlerin nasıl bir konuma sahip olduğunun, ana hatlarıyla da olsa, ele alınması gerekmiştir. Bununla birlikte bu çalışmanın ana amacı antik Yunan ve Roma'da atletizm yarışmalarının özelliklerini ve profesyonel atletlerin durumlarını ayrıntılı olarak ortaya koymak değildir. Bu nedenle farklı yarışma türlerinin, atletizm dallarının ve dövüş müsabakalarının taşıdığı niteliklerden yalnızca kısaca bahsedilmiş ve Roma'da profesyonel atletlerin oluşturdukları meslekî birlikler çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

¹ KASER, Max: Das römische Privatrecht, das altrömische, das vorklassische und klassische Recht (RP I), erster Abschnitt, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1971, s.178-179; ancak bu etkinin dönemden döneme değişiklik göstermiş olduğu ve özellikle Roma imparatorluğunun son dönemlerinde artmaya başladığı göz ardı edilmemelidir, KASER, Max: Das römische Privatrecht, die nachklassischen Entwicklungen (RP II), zweiter Abschnitt, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1975, s.7.

² WACKE, Andreas: Athleten als Darlehensnehmer nach römischem Recht, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (SDHI), 44, 1978, s.440.

³ *Stipulatio*: Eski hukuk döneminden beri, sözlü şekle tâbi, tek tarafa borç yükleyen, dar hukuk davaları doğuran ve Roma hukukunun borç doğurucu genel sözleşme tipi. Taraflardan birisinin belli kelimeler kullanarak sorduğu soruya, diğer tarafın aynı kelime ile kayıtsız ve şartsız olarak muvafakat cevabı vermesiyle oluşurdu, UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lügatı (Lügat), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s.202.

⁴ RADO, Türkân: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2014, s.51 vd.

⁵ YOUNG, David C.: A Brief History of the Olympic Games, Blackwell, Malden, 2004, s.12, s.137; KYLE, Donald G.: "Greek Athletic Competitions-The Ancient Olympics and More" (Olympics), in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s.21.

⁶ Crowther, Yunanlıların *Olympia*'da düzenlenen yarışmaları "Olimpiyat oyunları (*Olympic Games*)" değil "Olimpiyat yarışmaları (*Olympic Contests [Agones]*)" olarak adlandırdıklarını belirtmektedir, CROWTHER, Nigel B.: Sport in Ancient Times (Sport), Praeger, Westport, 2007, s.56.

II. ANA HATLARIYLA ANTİK YUNAN'DA ATLETİZM YARIŞMALARI

Atletizm ve atletizm yarışmaları (özellikle *Olympia*'da düzenlenmiş olanlar [Olimpiyat oyunları]), antik Yunan tarihi boyunca Yunan kültür ve kimliğinde çok önemli bir yere sahipti⁷. Antik Yunan toplumunun bütün sınıflarından erkek vatandaşlar düzenli olarak atletizm ile uğraşmışlardı⁸ ve atletizm, Yunan vatandaşların eğitiminin önemli bir unsuruydu⁹.

Günümüzde “beden gücünü, çevikliği, yetenekleri geliştirmeye yarayan koşu, atlama, ağırlık kaldırma, atma vb. tek başına yapılan bireysel sporların genel adı”¹⁰ anlamında kullanılan “atletizm” kelimesi Yunanca “*athlos*” (yarışma, müsabaka) ve “*athlon*” (ödül)¹¹ kelimelerinden türetilmiştir¹². Dilimizde atletizm ile uğraşan kimseler için kullanılan “atlet”¹³ terimi de Yunanca “*athletēs*” kelimesinden gelmektedir ve “*athletēs*” = “yarışmacı”, “bir *agon*'a (yarışmaya) katılan”, “ödül için yarışan”¹⁴ anlamındadır¹⁵. “*Agon*” ise “mücadele, savaş”, “dövüş/savaş alanı”, “kalabalık” ve “toplantı, kurul” anlamlarını taşımasının yanı sıra esas olarak “yarışma” anlamına gelmekte idi¹⁶. Bugün atletizm yarışmaları olarak tanımladığımız benzer müsabakalar¹⁷ için Antik Yunanlıların kullanmış oldukları tâbir *gymnikos agon*¹⁸ idi. Yunanca *gymnos* kelimesi çıplak anlamına gelmektedir¹⁹. Yunanlı atletler tamamen çıplak olarak antrenman yaparlardı ve dinî festivallerde halk önünde çıplak yarışlardı²⁰. *Gymnikos agon* terimi de katılanların çıplak olarak mücadele ettikleri yarışmaları ifade etmekteydi²¹.

Bu oyunlardaki yarışma programı, oyunun düzenlenmiş olduğu dönem ve yerlere göre çeşitli farklılıklar göstermekle birlikte programda temel olarak pist (ve saha) müsabakaları (*koupha*)²² ve dövüş müsabakaları (*barea athla*) olarak gruplandırılabilir yarışmalar yer alırdı. Birinci grupta yer alan yarışmalar, *stadion*, *diaulos*, *dolichos* ve askerî teçhizatla koşulan *hoplitēs* veya *hoplitodromos*'tur²³. *Stadion*²⁴, günümüzdeki gibi oval olmayıp dikdörtgen şeklinde olan koşu pistinin baştan sona bir defa katedilmesi ile koşulan ve yaklaşık olarak²⁵ bugünkü 200 metre

⁷ KYLE, Donald G.: Sport & Spectacle in the Ancient World (Sport), Second Edition, WILEY Blackwell, Malden, 2015, s.5; REMISEN, Sofie: The End of Greek Athletics in Late Antiquity, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, s.2

⁸ CROWTHER, Sport, s.57; POTTER, David Stone: The Victor's Crown: A History of Ancient Sport from Homer to Byzantium, Oxford University Press, Oxford, 2012, s.110.

⁹ TEKİN, Oğuz: Eski Yunan ve Roma Tarihine Giriş, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.166 vd.; POTTER, s.110 vd.

¹⁰ Tanım için bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=atletizm> (Erişim tarihi: 08.09.2020).

¹¹ Atletizm yarışmalarında sembolik de olsa maddi değeri de olsa daima bir ödül verilmesinin söz konusu olduğu ve paranın yanı sıra zafer tacı, kalkan veya zeytinyağı ile dolu *amphora*'ların da ödül olarak verildiği belirtilmektedir, MILLER, Stephen G.: Ancient Greek Athletics, Yale University Press, New Haven and London, 2004, s.11.

¹² MILLER, s.11; KYLE, Olympics, s.21; GARDINER, Edward Norman: Athletics of the Ancient World, Ares Publishers, Inc., Chicago, 1983, s.1'de “*athlete*” kelimesinin, daha eski olan ve kelimenin kök anlamını teşkil eden “yarışma” anlamındaki “*athlos*” kelimesinden geldiği ileri sürülmektedir.

¹³ Tanım için bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=atlet> (Erişim tarihi: 08.09.2020).

¹⁴ YOUNG, s.3, s.93.

¹⁵ REISCH, Emil: “*Athletai*” (Athletai), RE II, 2 (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft), Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1896, s.2049.

¹⁶ REISCH, Emil: “*Agones*” (Agones), RE I, 1 (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft), Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart 1893, s.836; GOLDEN, Mark: Sport in the Ancient World from A to Z, Routledge, London, 2004, s.5; MILLER, s.13; CROWTHER, Sport, s.57.

¹⁷ Günümüzde atletizm yarışmaları kapsamında görülmeyen güreş, boks ve *pankration* gibi bazı müsabakalar antik Yunan ve Roma'da *gymnikos agon* kapsamı içinde yer almaktaydı.

¹⁸ Önceleri *Olympia*'daki standart yarışma programında yer almasa bile pek çok yerdeki yarışma programlarının parçası olan binicilik yarışmaları *hippikos agon*, müzik yarışmaları ise *mousikos agon* olarak adlandırılmaktaydı, MILLER, s.13 vd.; diğer yarışma türleri ve *agon* ile ilgili yapılan farklı sınıflandırmalar için bkz. REISCH, Agones, s.836 vd.; GOLDEN, s.5; MILLER, s.129.

¹⁹ GOLDEN, s.74 (“*Gymnasium*” başlığı); MILLER, s.11; TEKİN, s.166; “Çıplak olarak vücut terbiyesi yapmak” anlamına gelen jimnastik kelimesinin de *gymnos*'tan geldiği belirtilmektedir, AKURGAL, Ekrem: “Eski Yunanlılarda Spor”, Eski Çağda Ege ve İzmir, İzmir, 1993, s.75 [Makalenin ilk basımı: Ülkü Dergisi, (17), 1943].

²⁰ MILLER, s.11; CROWTHER, Sport, s.58; çıplak olarak antrenman yapıp yarışmak, Yunan kültürünün en önemli işaretlerinden olup Yunanlılara has olan ve onları (beyaz ve sıksa bedenleriyle alay konusu olabilen) Yunanlı olmayanlardan ayıran önemli bir özellikti, NEWBY, Zahra: Greek Athletics in the Roman World, Victory and Virtue, Oxford University Press, Oxford, 2005, s.1-2; MANN, Christian: “Greek Sport and Roman Identity”, in Scanlon, Thomas F. (ed.), Sport in the Greek and Roman Worlds, Vol. 2: Greek athletic Identities and Roman Sports and Spectacle, Oxford University Press, Oxford, 2014, s.174; Yunanlı atletlerin çıplak olarak yarışmalarının kökenine ve olası nedenlerine dair çeşitli teoriler için bkz. MILLER, s.11 vd., s.233; CROWTHER, Sport, s.59; POTTER, s.77 vd.; KYLE, Sport, s.82 vd.

²¹ Yunanlıların tarihi boyunca kamusal alanda çıplak olmanın hoş karşılanmadığı ve utanç verici bulunduğu, bunun tek istisnasının spor (atletizm yarışmaları ve antrenmanları) olduğu belirtilmektedir, KYLE, Sport, s.82 vd.

²² GOLDEN, s.96.

²³ MILLER, s.31 vd.; KYLE, Olympics, s.27; POTTER, s.74 vd.

²⁴ *Stadion*'un, 600 antik (Yunan) *feet* (ayak) ölçü birimi olan *stade* ile eşanlamlı olarak kullanıldığı gibi, aynı zamanda bu mesafedeki koşu yarışını ve bu yarışmaların (ve diğer atletizm yarışmalarının) yapıldığı alanı da ifade etmek için kullanılan bir terim olduğu belirtilmektedir, GOLDEN, s.157; PLEKET, Henry Willy: “The Olympic Games in antiquity” (Olympic Games), European Review, 12(3), 2004, s.403; ayrıca bkz. KYLE, Olympics, s.27; POTTER, s.40; doktrinde bu yarışmayı *stade* olarak nitelendiren yazarların olduğu da görülmektedir, YOUNG, s.25; NEWBY, s.178, s.216; CROWTHER, Sport, s.59, s.61, s.62, s.84.

²⁵ Ölçü birimi yöreden yöreye farklılık gösterdiği için yarışmalarındaki mesafelerin de yarışmanın yapıldığı yere göre değiştiği belirtilmektedir, örneğin *Olympia*'daki *stadion* 192,28 metre uzunluğundayken, *Delphi*'deki 177,5, *Nemea*'daki 178 metre uzunluğundadır, GOLDEN, s.158; KYLE, Olympics, s.27; ayrıca bkz. MILLER, s.33; POTTER, s.75.

koşu yarışına (sprint) karşılık geldiği kabul edilen²⁶ yarışmadır. *Diaulos*²⁷, *stadion*'un bir gidiş ve bir de geliş olmak üzere iki kere katedilmesiyle koşulup başladığı yerde sona eren²⁸ ve yaklaşık olarak bugünkü 400 metre yarışına karşılık geldiği kabul edilen²⁹ koşu yarışıdır. *Dolichos*, dayanıklılığın ön planda olduğu bir uzun mesafe koşu yarışını olarak nitelendirilebilir³⁰. *Hoplites* ise yarışanların miğfer giyip, ellerinde kalkan ve bazen de bronz baldır zırhı veya tekmelekleme ile koştuğu yarışmadır³¹. Pist (ve saha) yarışmalarından olduğu kabul edilebilecek³² diğer bir müsabaka türü ise *pentathlon* idi. *Pentathlon*, beş ayrı spor dalını içeren bir yarışmaydı: disk atma (*discos*), uzun atlama (*halma*), cirit atma (*akōn* veya *akontion*), koşu (*stadion*) ve güreş (*palē*)³³. Bunlardan koşu ve güreş için *pentathlon*'dan bağımsız ayrı müsabakalar da düzenlendiği halde, disk atma, uzun atlama ve cirit atma müsabakalarına yalnızca *pentathlon*'un bir parçası olarak yer verilirdi ve bu dallar için *pentathlon* dışında yarışılması söz konusu değildi³⁴.

Dövüş müsabakaları, güreş (*palē*), boks (*pyx*, *pygmachia* veya *pygme*) ve *pankration* idi³⁵. Bu müsabakalar için Yunanlıların kullanmış oldukları tâbir, “ağır dallar/müsabakalar” anlamına gelen *barea athla* idi³⁶. Antik çağdaki dövüş müsabakalarında sıklet farkı gözetilmemekteydi³⁷, bu nedenle de daha ağır olan dövüşçüler daha avantajlı konumdaydı³⁸. Bu müsabakalarda sıklet farkı gözetilmediği gibi bir zaman veya raunt sınırlaması da söz konusu değildi³⁹.

Güreşte, galip gelmek isteyen güreşçinin rakibini üç defa yere düşürmesi gerekiyordu⁴⁰. Boksta ve *pankration*'da da mücadele, dövüşçülerden birisi nakavt olana veya pes edene kadar devam ederdi⁴¹, çünkü puanlama sistemi kullanılmıyordu ve bir dövüşçünün puanla kazanması mümkün değildi⁴². Antik Yunan boks (*pygme*, *pyx*, *pyxmachio*) ve *pankration*'da taraflar öylesine sert dövüşürlerdi ki, dövüşlerin ciddi yaralanmalarla hatta bazen dövüşçülerden birinin ölümüyle bile sonuçlandığı görülmüştü⁴³. Antik çağdaki atletlerin çoğu, modern olimpiyatların

²⁶ MILLER, s.31; PLEKET, Olympic Games, s.401; YOUNG, s.25.

²⁷ *Diaulos*'ın kelime olarak karşılığının bazı İngilizce kaynaklarda “çifte kaval (*double pipe*)” (GOLDEN, s.51), bazılarında ise “çifte flüt (*double flute*)” (KYLE, Olympics, s.27) şeklinde verildiği görülmektedir. Bu kavramın modern dillere ne şekilde çevrilmesi gerektiği ile ilgili tartışmalar ve Türkçede “*aulos*” için en uygun karşılığın “zurna” (dolayısıyla “*diaulos*” için de “çifte zurna”) olabileceği hakkında bkz. APAYDIN İSABABAYEVA, Ayna: “Antik Edebî ve Felsefî Kaynaklarda Aulos ve Syrin ve Tercüme Problemleri”, Sosyal Bilimler Dergisi (SOBİDER), 2(2), 2015, s.53 vd., s.70.

²⁸ YOUNG, s.175; POTTER, s.74.

²⁹ MILLER, s.32; YOUNG, s.20, s.27.

³⁰ *Dolichos*'ta koşulan mesafenin tam olarak ne kadar olduğu hakkında bir görüş birliği yoktur. Koşu pistinde 7 tur (yaklaşık 1.345 metre) ile 20 veya 24 tur (yaklaşık 3.845 veya 4.600 metre) arasında değişen mesafenin katedilmesiyle tamamlanan bir yarış olduğunu savunan farklı görüşler vardır, GOLDEN, s.55; PLEKET, Olympic Games, s.403; POTTER, s.75; MILLER, s.32 (yazar koşulması gereken tur sayısını 20 veya 24 tur olarak verdikten sonra mesafeyi 7,5 ile 9 km. şeklinde belirtmiştir); Young, *dolichos*'ta koşulan mesafe ile ilgili olarak en fazla benimsenen görüşün bu müsabakada 20 tur yani yaklaşık 3.845 metre koşulduğu yönünde olduğunu belirtmektedir, YOUNG, s.26; aynı yönde KYLE, Olympics, s.27.

³¹ Bu yarışmada da koşulan mesafe yarışın düzenlendiği yerden yere değişmekle birlikte, *Olympia*'da *diaulos* ile aynı mesafe (yaklaşık 400 metre) katedilmekteydi, GOLDEN, s.84; MILLER, s.32; YOUNG, s.28; KYLE, Olympics, s.27.

³² LEE, Hugh M.: “Greek Sports in Rome”, in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s.535; PLEKET, Henry Willy: “Inscriptions as Evidence in Greek Sport” (Inscriptions), in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s.106; antik çağ yazarlarından *Philostratos*'un disk atmayı güreş ile birlikte *pentathlon*'daki “ağır dallar/müsabakalar” altında sınıflandırdığı belirtilmektedir, GOLDEN, s.77.

³³ *Pentathlon*'un kökeninin, yarışmada kazananın nasıl belirlendiğinin ve bu müsabakaların hangi sıra ile gerçekleştirildiğinin tam olarak bilinmediği belirtilmektedir, MILLER, s.60, s.73 vd.; CROWTHER, Sport, s.62; KYLE, Olympics, s.27; YOUNG, s.32 vd.

³⁴ MILLER, s.60; KYLE, Olympics, s.27.

³⁵ PLEKET, Olympic Games, s.403; KYLE, Olympics, s.29.

³⁶ KYLE, Olympics, s.29; bazı modern kaynaklarda genellikle dövüş müsabakaları için Yunanlıların kullandığı terime karşılık gelecek şekilde şekilde “heavy events” (“ağır dallar/müsabakalar”) teriminin kullanıldığı görülmektedir, CROWTHER, Nigel B.: “Greek Games in Republican Rome” (Greek Games), *L'antiquité classique*, 52, 1983, s.269, s.271; GOLDEN, s.77, s.96; CROWTHER, Sport, s.67, s.75, s.93, s.172; PRITCHARD, David M.: “Sport, War and Democracy in Classical Athens”, *The International Journal of the History of Sport*, 26(2), 2009, s.216, s.225 (DOI: 10.1080/09523360802513272), (<http://dx.doi.org/10.1080/09523360802513272>) (Erişim tarihi: 08.09.2020); POTTER, s.82, s.371; KYLE, Olympics, s.29; LEE, s.535, s.538; Newby, “heavy athletics” terimini kullanmıştır, NEWBY, s.163, s.196, s.199; bunun yanı sıra koşu müsabakaları ve pentatlonu içerecek şekilde “light events” (“hafif dallar/müsabakalar”) teriminin kullanıldığı kaynaklar için bkz. PLEKET, Olympic Games, s.403; LEE, s.535; PLEKET, Inscriptions, s.106.

³⁷ CRAIG, Steve: *Sports and Games of the Ancients*, Greenwood Publishing Group, Westport, 2002, s.82.

³⁸ Yunanlıların dövüş sporları için “ağır dallar/müsabakalar” terimini kullanmasının da müsabakalarda sıklet farkı gözetilmemesi nedeniyle daha ağır sporcuların daha avantajlı bulunmalarından veya bu dalların daha zorlu olduğunun kabul edilmesinden kaynaklanmış olabileceği belirtilmektedir, CRAIG, s.82; GOLDEN, s.77.

³⁹ MILLER, s.55; YOUNG, s.40; PLEKET, Olympic Games, s.404.

⁴⁰ Güreşçilerden birinin sırtının, omzunun veya yüzünün yere değecek şekilde düşmesi galibiyet için yeterliydi, rakibin iki omzunun da aynı anda yere değerek tuşa getirilmesi şart değildi, GOLDEN, s.175; MILLER, s.46; karşı. CROWTHER, Sport, s.68.

⁴¹ CORNELL, Tim J.: “On War and Games in the Ancient World”, in Barney, Robert Knight/Martyn, Scott G./Wamsley, Kevin B. (ed.), *Sixth International Symposium for Olympic Research*, University of Western Ontario, London, Ontario, 2002, s.31; PRITCHARD, s.225.

⁴² POTTER, s.82.

⁴³ PLEKET, Henry Willy: “Zur Soziologie des antiken Sports” (Soziologie), *Mededelingen van het Nederlands Instituut te Rome*, 36, 1974, s.72 (<http://resources.huysens.knaw.nl/retroboeken/knir/#page=71&accessor=toC1&source=36&view=pdfPane>) (Erişim tarihi: 08.09.2020); MILLER, s.56-57, s.59; YOUNG, s.41; POTTER, s.86 vd.

barışçıl ve teselli edici sloganı “katılmak kazanmaktan daha önemlidir” yerine “zafer veya ölüm” ilkesi doğrultusunda hareket etmeyi tercih etmişlerdir⁴⁴.

III. ANTİK ROMA DÜNYASINDA PROFESYONEL ATLETLERİN TOPLUMSAL VE HUKUKİ STATÜSÜ

Çalışma konumuzu oluşturan “profesyonel atlet”ler, atletizmi hayatlarının hatırı sayılır bir safhasında esaslı bir tutku ve meslek olarak benimsemiş ve uygulamış olan ve kendilerini atlet veya yarışmacı olarak nitelendiren kimselerdir. Yani yerel veya bölgesel yarışmalarda yalnızca bir veya iki kere yarışmış amatör atletler bu kapsamda değerlendirilmemiştir⁴⁵. Antik Yunan ve Roma’da, yukarıda belirtilmiş olan ölçütlere uymak kaydıyla, güreşçiler, boksörler ve *pankration* yapanlar da profesyonel atlet olarak kabul edilmişlerdir.

Antik Roma’da profesyonel atletlerin sosyo-ekonomik durumları ve toplumun hangi sosyal tabakasına mensup oldukları ile ilgili farklı görüşler vardır. Bazı yazarlar profesyonel atletlerin, toplum önünde gösteri sergileyen aktörler ve gladyatörler gibi, toplumun alt sosyal tabakasına mensup olduklarını savunmaktadırlar⁴⁶. Farklı görüşte olan yazarlar ise İlk İmparatorluk (*Principatus*) Döneminde ve öncesinde oyunlara katılan atletlerden, bazıları toplumun daha alt kesimlerine mensup olsalar da, başarılı olmuş pek çoğunun seçkin ailelerden geldiklerini veya kazandıkları başarılarla elit statüsüne yükseldiklerini ve sosyo-ekonomik durumlarının ortalamanın üzerinde olduğunu belirtmektedirler⁴⁷. Bu görüşü savunanlardan Remijsen, profesyonel atletlerin sonraki dönemlerde (geç antik çağda) homojen bir grup olmadıklarını ileri sürmekte ve atletler arasında bir ayırım yapmaktadır. Remijsen’e göre atletizmi meslek edinen bazı atletler, atletizm gösterileri sergilemeyip yalnızca periyodik olarak düzenlenen üst düzey atletizm yarışmalarına katılmaktadırlar. Remijsen bu atletleri “kariyer atletleri” (*career athletes*) olarak adlandırmaktadır. Bu atletler genellikle toplumun üst tabakasından varlıklı ailelere mensupturlar⁴⁸. Diğer kategorideki atletler ise atletizm yarışmalarına katılma olanağı bulamayıp üst sınıftan Romalıların verdikleri ziyafetlerde düzenlenen eğlencelerde ücret karşılığında atletizm gösterileri sergilemektedirler. Bunlar gerekli maddî olanaklardan veya yeteneklerden yoksun olmaları nedeniyle üst düzey oyunlara katılamadıkları için ücret karşılığında çalışmak zorunda olan, atletizmi bir geçim kapısı olarak gören ve daha çok toplumun alt tabakasına mensup kimselerdir. Remijsen bu atletleri “atletizm gösterisi sunanlar” (*athletic performers*) olarak adlandırmıştır⁴⁹. M.S. 2. ve 3. yüzyıllarda bu iki grup arasında geçişkenlik vardı ve birbirini dışlayan konumda değillerdi. Çünkü o dönemde çok sayıda küçük çaplı yerel oyun düzenlenmekteydi. Bu oyunlar alt seviyedeki atletlere daha büyük turnuvalara katılma olanağı sağlamaktaydı. Bu durum M.S. 4. yüzyılın başlarına kadar devam etmiştir. M.S. 4. yüzyılın ortalarından itibaren ise bu iki grup eskiden olduğu gibi daha içiçe değil birbirinden ayrılmış görünmektedir⁵⁰. Beslenme, antrenman ve yarışmalara katılabilmek amacıyla yapılacak seyahat masrafları için para ödünç almaya ihtiyaç duyan atletler, üst düzey oyunlara katılmak isteyip bu oyunlarda yarışabilecek yeteneğe sahip olmakla birlikte gerekli maddî olanaklardan yoksun olan atletlerdir. Başka bir ifadeyle, Remijsen’in yaptığı ayırma göre ele alınacak olursa, çalışma konumuz kapsamında kalan atletler üst düzey atletizm yarışmalarına katılmak istemekle birlikte üst sınıfa mensup olmayan ailelerden gelen, yetenekli olup yeterli maddî olanağı olmayan “kariyer atleti” adaylarıdır. Bu ayırma değinmemizin sebebi “kariyer atletleri”nin hukukî statüsünün, ücret karşılığında atletizm gösterilerine çıkıp zenginleri eğlendirmek için kendilerini sergileyenlerinkinden farklı olduğunun düşünülmesidir. Büyük yarışmalara katılan “kariyer atletleri”nin aksine geç antik çağda ücret karşılığında atletizm gösterileri sergileyenlerin (*athletic performers*), şerefsizlikle (*infamia*)⁵¹ damgalanan aktörler⁵² ve gladyatörlerle hem yan yana

⁴⁴ WACKE, s.446; PLEKET, Olympic Games, s.409; ancak karşı. CROWTHER, Nigel B.: “Second-Place Finishes and Lower in Greek Athletics” (Athletics), Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik, Bd. 90, 1992, s.97.

⁴⁵ REMIJSSEN, s.220.

⁴⁶ WACKE, s.443; CORNELL, s.35; MANN, s.177.

⁴⁷ NEWBY, s.9 vd.; REMIJSSEN, s.221; PLEKET, Soziologie, s.66, s.69, s.77, s.78.

⁴⁸ REMIJSSEN, s.223, s.224.

⁴⁹ REMIJSSEN, s.224 vd.

⁵⁰ REMIJSSEN, s.224 vd.

⁵¹ *Infamia*: Kelime olarak kötü şöhret, şerefsizlik. *Infamia*, bir kimsenin toplum içinde itibarını kaybetmesi idi, UMUR, Lügat, s.86; *infamia* konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GREENIDGE, A.H.J.: *Infamia, Its Place in Roman Public and Private Law*, Clarendon Press, Oxford, 1894, s.18 vd.; KASER, Max: “*Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen.*” (*Infamia*), Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, 73, 1956, s.220 vd.; TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR, Gökçe: Roma Hukukunda *Infamia* (Şerefsizlik), Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.17 vd.

⁵² D.3.2.1 (*Iulianus 1 ad ed.*): “*Praetoris verba dicunt: " infamia notatur... qui artis ludicrae pronuntiantive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit:.... "*”; “*Praetor*”un sözleri şöyledir: “Aşağıda belirtilenler *infamia*’ya uğrarlar:...rol ya da konuşma yapmak için sahneye çıkan kimse, genelev işleten kimse.....”, metnin çevirisi için bkz. TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR, s.142.

çalıştıkları hem de tıpkı sahneye çıkan aktörler ve arenada dövüşen gladyatörler gibi şerefsiz (*infamis*)⁵³ ilân edildikleri ileri sürülmektedir⁵⁴. Aktörlerin ve gladyatörlerin (*gladiatores*) yanı sıra, vahşi hayvanlarla dövüşenler (*bestiarii*) ve gladyatör eğiticileri (*lanistae*), muhabbet tellâlları (*lenones-genelev* işletenler), fahişeler (*meretrices*) de şerefsizlikle (*infamia*) damgalanmışlardı⁵⁵. Bu kimseler siyaset ile ilgilenemez, *senatus* üyeliği veya diğer önemli kamu hizmetlerini ifa edemezlerdi⁵⁶. Bunun yanı sıra hâkimlik yapamazlar, tanık olarak dinlenemezler ve mahkemede başkalarını temsil edemezlerdi⁵⁷. Ayrıca sahne sanatçıları ve gladyatörlerin eyalet kanunları gereğince, eyalet *senatus*'larında yer almaktan mahrum bırakıldıkları görülmektedir⁵⁸.

Yarışmalara (*agones* veya *certamina [athletarum]*)⁵⁹ katılan profesyonel atletler (Remijsen'in sınıflandırmasına göre "kariyer atletleri") ise, yukarıda verilen örneklerin aksine, esas amaçları yetenek ve cesaretlerini sergilemek olduğu için, utanç verici şerefsizlik (*infamia*) damgasıyla lekelenmemişlerdir⁶⁰. Çünkü Roma hukukçularına göre atletler, para kazanma amacıyla sahneye çıkanlardan farklı olarak, yarışmalara yiğitlik ve hünerlerini sergileyip, bu sayede şöhret kazanmak amacıyla katılırlardı⁶¹:

D.3.2.4.pr. (Ulp. 6 ad ed.)

"*Athletas autem sabinus et cassius responderunt omnino artem ludicram non facere: virtutis enim gratia hoc facere. et generaliter ita omnes opinantur et utile videtur, ut neque thymelici neque xystici neque agitadores nec qui aquam equis spargunt ceteraque eorum ministeria, qui certaminibus sacris deserviant, ignominiosi habeantur.*"

"*Sabinus ve Cassius*'un cevaplarında belirttikleri üzere atletlerin faaliyetleri kesinlikle sahne sanatçılarındaki gibi değildir, zira onlar (atletler) yeteneklerini (cesaretlerini, yiğitliklerini-kahramanlıklarını-*virtutis*) sergilemeye çalışırlar. (Ve) Genellikle herkes tarafından kabul edildiği ve uygun görüldüğü gibi, ne müzisyenler (müzik yarışmalarına katılanlar) ne atletler ne atlı savaş arabası yarışçıları ne atlara su verenler (veya yarışlardan sonra atlarla ilgilenenler)⁶² ve ne de kutsal oyunlarda hizmet edenler diğer faaliyetleri nedeniyle "şerefsiz" sayılırlar."⁶³

Romalı hukukçuların bu yaklaşımının sonraki dönemlerde İmparator *Diocletianus* ve *Maximianus* tarafından M.S. 3. yüzyılın sonlarında çıkartılmış⁶⁴ ve atletlere çeşitli imtiyazlar tanıyan bir emirnamede de devam ettirildiği görülmektedir⁶⁵:

C.10.54.1

"*Athletis ita demum, si per omnem aetatem certasse, coronis quoque non minus tribus certaminis sacri, in quibus vel semel romae seu antiquae graetiae, merito coronati non aemulis corruptis ac redemptis probentur, civilium munerum tribui solet vacatio.*"

⁵³ *Infamis*: Şerefsizliğe (*infamia*) çarptılmış kimse; fena şöhretli kişi. Bu kişiler *magistra* seçilemezler, davada başkalarını temsil edemezler; *magistra*, kendi takdirine göre, başkalarından istemediği teminatı onlardan isteyebilir, şahitliklerini dinlemeyebilir. Toplumda itibar görmezlerdi, UMUR, Lügat, s.86.

⁵⁴ REMIJSSEN, s.340.

⁵⁵ FRIEDLAENDER, Ludwig: Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms in der Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine, Bd. II, 9. Aufl., Verlag von S.Hirzel, Leipzig, 1920, s.137; GREENIDGE, s.7, s.67 vd., s.124; KASER, RP I, s.274; WIEDEMANN, Thomas: Emperors and Gladiators, Routledge, London and New York, 1995, s.29; DUNKLE, Roger: Gladiators: Violence and Spectacle in Ancient Rome (Gladiators), Routledge, London and New York, 2008, s.35; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, s.103, s.149, s.154.

⁵⁶ GREENIDGE, s.7, s.67 vd.; UMUR, Ziya: Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar-Umumi Mehmurlar-Hakların Himayesi (Roma Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, s.395.

⁵⁷ *Infamia*'dan kaynaklanan kısıtlamalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GREENIDGE, s.154 vd.; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, s.28 vd.

⁵⁸ GREENIDGE, s.68; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, s.103.

⁵⁹ Yunan tarzı atletizm yarışmalarının (*agones*) karşılığı olarak Latince *certamina athletarum* teriminin kullanımı için bkz. MANN, s.151, s.159; Remijsen de Yunancadaki *agon* teriminin Latince karşılığının *certamen* olduğunu belirtmektedir, REMIJSSEN, s.328.

⁶⁰ D.3.2.4.pr. (Ulp. 6 ad ed.); GREENIDGE, s.125; CROWTHER, Sport, s.84; REMIJSSEN, s.130, s.328; yazıtlarda ve sanat eserlerindeki sporcu tasvirleri saygı ifade eden nitelik taşımaktadır ve özgür insanlar olarak sporcuların, gösteri sanatçılarıyla uğraşan oyuncular, gladyatörler gibi kimselerden daha yüksek bir sosyal statüye sahip olduğu görülmektedir, KYLE, Sport, s.314.

⁶¹ D.3.2.4.pr. (Ulp. 6 ad ed.); WACKE, s.441; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, s.155; kentlerde bulunan onurlandırma yazıtlarından anlaşıldığı kadarıyla, bir sporcunun kazandığı galibiyetin ona onur ve övünç kazandırdığı, ayrıca sporcunun heykelinin ve onurlandırma yazıtının kentin en merkezi yerlerinde halka sergilendiği belirtilmektedir, ÇOKBANKİR ŞENGÜL, Nurşah: "Antikçağda Küçükasya'daki Sporcular: Sosyal Durumları, Profesyonellik ve Kentler", Cedrus, 1, 2013, s.156 (http://proje.akdeniz.edu.tr/mcri/cedrus/1-2013/cedrus-9-nursah_cokbankir_sengul-antikcagda_kucuk_asyadaki_sporcular_sosyal_durumları_profesyonellik_ve_kentler.pdf) (DOI: 10.13113/CEDRUS/20131683) (Erişim tarihi:08.09.2020).

⁶² TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, s.155.

⁶³ Çalışmamızda *Digesta*'dan yapılan alıntılarda ve çevirilerde yararlanılan kaynaklar: OTTO, Carl Eduard/SCHILLING, Bruno/SINTENIS, Carl Friedrich Ferdinand: Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter, Verlag von Carl Focke, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig, 1839, Bd. II, Leipzig, 1831, Bd. IV, Leipzig, 1832; WATSON, Alan: The Digest of Justinian, vol. I-II, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998; BEHREND, Okko/KNÜTEL, Rolf/KUPISCH, Berthold/SEILER, Hans Hermann: Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Bd. II (1-10), C.F. Müller juristischer Verlag, Heidelberg, 1995; KNÜTEL/KUPISCH/SEILER/BEHREND, Bd. IV (21-27), Heidelberg, 2005.

⁶⁴ Söz konusu emirnamenin hangi tarihte çıkartıldığı tam olarak bilinmemekle birlikte M.S.293 yılından sonra çıkartıldığı savunulmaktadır, REMIJSSEN, s.212, dn. 66.

⁶⁵ GREENIDGE, s.125.

“Atletlerin kamusal görevlerden muaf tutulması ancak bütün yaşamları boyunca, biri Roma’da veya Antik Yunanistan’da kazanılmış olmak koşuluyla, kutsal yarışmalarda⁶⁶ rakiplerine rüşvet vermeden veya onlardan satın almadan en az üç zafer tacı kazandıklarını ispat etmeleri koşuluyla mümkündür.”⁶⁷

Zafer kazanan atletlere maddî değeri yüksek mal veya para ödülleri verilir ve bu sayede atletler belirli bir refaha kavuşurlardı⁶⁸. Bunun yanı sıra zafer kazanan atletler, zafer tacı alır, adlarına yazılan şiirlerle kutlanır, heykel ve kitâbelerle ölümsüzleştirilir⁶⁹ ve onlara çeşitli kamusal yükümlülüklerden muaf tutulmak gibi pek çok ayrıcalık tanınırdı⁷⁰. Bazen yerel meclislerde kendilerine makam ve oy hakkı tanınarak onurlandırılırlardı⁷¹. Dolayısıyla başarılı geçen bir atletizm kariyeri kaydedeğer bir saygınlığın yanı sıra sosyal ve ekonomik anlamda yükselme olanağı sağlamaktaydı⁷².

IV. PROFESYONEL ATLETLERİN ÖDÜNÇ İLİŞKİLERİNE GİRMELERİNE YOL AÇAN SEBEPLER

Profesyonel atletlerin bir kısmının üst sınıfa mensup ailelerden gelmeleri dolayısıyla gereken masrafları karşılayabilecek maddî olanaklara sahip olduğu kabul edilse bile atletizm yarışmalarına hazırlanıp katılabilmek için ödünç almak zorunda kalan atletlerin varlığı göz önünde bulundurulduğunda, atletizmi meslek edinenler arasında yetenekli olup beslenme, antrenman ve seyahat masrafları gibi zorunlu harcamaları karşılayabilecek maddi olanaklardan yoksun olanların bulunduğu sabittir. Atletizm kariyerini seçen bir kimsenin toplumsal ve ekonomik olarak yükselme olanağı bulunmasına rağmen, bu kariyer zorlu ve riskli bir seçenektir. Ailesinden gelen malvarlığı veya ekonomik destekten yoksun olan ve bu nedenle geçimini kendisi temin etmek zorunda kalan bir atlet katıldığı yarışmalarda zafer kazanamadığı müddetçe geçimini sağlayamama tehlikesi ile karşı karşıya kalırdı. Çünkü atletizm ve dövüş müsabakalarında genellikle yalnızca birinci gelen atlet ödüllendirilirdi⁷³. Yani bir atlet ya kazanan olurdu veya kaybeden, ikinci veya üçüncü sırayı alana herhangi bir ödül verilmesi söz konusu olmazdı⁷⁴. Bu nedenle düşük gelire sahip bir aileden gelen bir atletin hayatını ekonomik açıdan bağımsız bir şekilde sürdürebilmesi katıldığı müsabakalarda zafer kazanması koşuluna bağlıydı. Büyük turnuvalardan zaferle ayrılabilmek için ise atletlerin tam bir adanmışlık içinde yıllarca düzenli olarak antrenman yapmaları ve belirli bir beslenme düzenini takip ederek yeterli ve sağlıklı beslenmeleri gerekmektedir⁷⁵. Bir atlet büyük yarışmalara katılmadan önce çok sayıda yerel yarışmaya katılmak zorundaydı ve bu durum çok fazla seyahat etmeyi gerektirmekteydi. Eski dönemlerdeki yolların ve ulaşım araçlarının elverişsizliği nedeniyle bu seyahatlar çok zahmetliydi, çok zaman alıyordu ve çok masraflıydı⁷⁶. Bir atletin geçimini sağlamak için başka bir iş yapmasına yetecek kadar zamanı kalmıyordu⁷⁷. Atletler için bir başka önemli gider de, bütün

⁶⁶ “Kutsal yarışma” kavramı ve hangi yarışmaların bu kategoriye girdiğiyle ilgili olarak bkz. FRIEDLAENDER, s.158 vd.; REMIJSSEN, s.52, s.59, s.209 vd.

⁶⁷ Çalışmamızda *Codex*’ten yapılan alıntılarda ve çevirilerde yararlanılan kaynak: OTTO, Carl Eduard/SCHILLING, Bruno/SINTENIS, Carl Friedrich Ferdinand: *Das Corpus Juris Civilis in’s Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter*, Bd. VI, Verlag von Carl Focke, Leipzig, 1832.

⁶⁸ WACKE, s.441; BERTLING, Christoph/WASSONG, Stephan: “Striving for Athletic Excellence: A Core Value and Challenge for the Profile of the Ancient and Modern Olympic Games”, *The International Journal of the History of Sport*, 33(4), 2016, s.435, DOI: 10.1080/09523367.2016.1143461 (<http://dx.doi.org/10.1080/09523367.2016.1143461>) (Erişim tarihi: 08.09.2020); PLEKET, *Inscriptions*, s.103.

⁶⁹ FRIEDLAENDER, s.159; bir atlet için dikilecek heykelin veya yazılacak şiirin giderlerini ya bizzat atlet ya da adına oyunlara katıldığı kent karşılardı, BERTLING/WASSONG, s.435; atletlerin onuruna dikilecek heykellerin bile küçük bir servete mal olduğu ve M.Ö 4. yüzyılda böyle bir heykel için yaklaşık 3000 drahm (*drakhme*) harcamak gerektiği belirtilmektedir, JAKAB, Éva: “Geld und Sport, Rezeption griechischer *Topoi* in der römischen Jurisprudenz”, *Revue Internationale de Droits de l’Antiquité (RIDA)*, 59, 2012, s.96, dn. 23.

⁷⁰ WACKE, s.441, dn. 16; ayrıca bkz. FRIEDLAENDER, s.158; ÇOKBANKİR ŞENGÜL, s.158 vd.; PLEKET, *Inscriptions*, s.103.

⁷¹ FRIEDLAENDER, s.159; PLEKET, *Soziologie*, s.74; WACKE, s.441; REMIJSSEN, s.222; BERTLING/WASSONG, s.435.

⁷² PLEKET, *Soziologie*, s.71 vd., s.75 vd.; WACKE, s.441; ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, s.186 vd.; REMIJSSEN, s.221 vd.

⁷³ *Olympia*’da ve Yunanistan’da düzenlenen diğer “taç ödüllü” veya “kutsal” oyunlarda yalnızca birinci gelenler ödüllendirilirdi, CROWTHER, *Athletics*, s.97; ayrıca bkz. ZIMMERMANN, s.187.

⁷⁴ MILLER, s.19; müsabakalarda ikinci ya da üçüncü sırayı alanların antik olimpik oyunların son gününde verilen ziyafete bile davet edilmediği ve yalnızca zafer kazananların bu ziyafete katılabildiği belirtilmektedir, BERTLING/WASSONG, s.435; antik dünyadaki bu anlayışın izlerine günümüzde de rastlanmaktadır. Amerikan futbolu takımlarından Green Bay Packers’ın tanınmış eski koçu Vince Lombardi’ye atfedilse de (CROWTHER, *Sport*, s.57 vd.; ÇOKBANKİR ŞENGÜL, s.159) aslında ilk olarak UCLA Bruins Amerikan futbolu takımı koçu Henry Russell Sanders tarafından söylenmiş şu sözler bu anlayışın günümüze yansımaları olarak gösterilebilir: “Kazanmak her şey değildir, o yegâne şeydir.” (“*Winning isn’t everything, it’s the only thing.*”) (https://en.wikipedia.org/wiki/Winning_isn%27t_everything;_it%27s_the_only_thing) (Erişim tarihi: 08.09.2020); istisnai olarak bazı büyük oyunlarda (örneğin M.Ö. 4. yüzyılın ilk yarısında Atina’nın *Panathenaea* oyunlarında) ikinci gelenlere de ödül verildiği belirtilmektedir, CROWTHER, *Athletics*, s.99; GOLDEN, s.viii.

⁷⁵ WACKE, s.442; ZIMMERMANN, s.187; KYLE, *Sport*, s.203.

⁷⁶ JAKAB, s.97.

⁷⁷ JAKAB, s.97; KYLE, *Sport*, s.203; BERTLING/WASSONG, s.435.

spor dalları için aynı pahalılıkta olmasa da, antrenman masrafları idi⁷⁸. Koşu yarışmalarına katılacak bir atlet için, doğuştan gelen yetenek iyi bir antrenörden çok daha önemli olmasına rağmen, dövüş sporları veya pentathlon için daha teknik bir antrenman programı (örneğin fırlatma teknikleri, güreş pozisyonları, vb.) takip etmek gerekirdi. Bununla birlikte koşu yarışmalarında mücadele etmek, dövüş sporlarında mücadele etmekten göreceli olarak daha pahalıydı, zira seyahat masrafları hemen hemen aynı olmakla birlikte koşu yarışları için verilen ödüller dövüş sporlarındakine oranla önemli ölçüde düşüktü⁷⁹. Örneğin Anadolu’da Aydın ili Karacasu ilçesi sınırları içerisindeki *Aphrodisias*’ta bulunan ödül listesinde dövüş sporları için daha yüksek ödüllerin belirlenmiş (*pankration*’da kazanan için 3000 drahmi (*drakhme*), güreş ve boksta 2000 drahmi, koşu ve diğer atletizm yarışmaları için ise 1250-500 drahmi) olduğu görülmektedir⁸⁰.

Bunun yanı sıra atletin yarışmalara katılıp ödül kazanmak için gösterdiği çabanın tamamen sonuçsuz kalma olasılığı da vardı. Hayatını rahat koşullarda sürdüren varlıklı üst sınıf mensuplarından olmayan genç bir atlet, ilk koşu yarışını kazanmış olsa bile, ilk büyük yarışını kazanıncaya kadar geçimini nasıl sağlayacaktı? Atletizmi meslek edinip geçimini bu yolla sağlamak isteyenler için kariyerlerinin başlangıcında para temin etmek aşılması zor bir sorundu⁸¹. Bu nedenle genç ve yetenekli bir atlet için, sarf ettiği bütün çabanın sonuçsuz kalma riskini üstlenmeye hazır bir sponsor bulup ondan ödünç alarak masraflarını karşılama olanağı elde etmesi hayati bir önem taşıyordu⁸².

V. PROFESYONEL ATLET İLE KURULAN ÖDÜNÇ İLİŞKİSİNE BENZEYEN HUKUKİ İLİŞKİLER

İmparator *Marcus Aurelius* dönemindeki (M.S. 161-180) hukukçulardan olan *Quintus Cervidius Scaevola*, *Digesta*’nın deniz ödünçlerine ilişkin olan 22. kitabının 2. faslında yer alan bir parçada profesyonel bir atletin, geçimini sağlamak ve antrenman programı ve kendisi için gereken spor malzemeleriyle ilgili masraflarını karşılayabilmek amacıyla para ödünç almasına ilişkin bir örnek vermektedir⁸³:

D.22.2.5.pr. (Scaevola 6 resp.)

“...*nec dubitabis, si piscatori erogatur in apparatus plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet.*”

“...av malzemesi için harcama yapmak isteyen bir balıkçıya, (balık tuttuğunda geri ödemesi kaydıyla veya bir atlete işe ve antrenmanları için, (zafer ve ödül) kazandığında geri ödemesi kaydıyla çok miktarda para ödünç verdiğimde de (*condictio* açılabilceğinde) şüphe yoktur.”

Scaevola, bu örnekte dar gelirli ve toplumun alt tabakasından olan bir profesyonel atleti ele almaktadır. Aynı parçada atletin yanı sıra, geçimini balıkçılıkla sağlayan ve av malzemelerini aldığı ödünçle temin eden balıkçı örneğine de yer verilmektedir. Örnekteki balıkçılar da tıpkı atletler gibi genellikle toplumun alt tabakasına mensup olan dar gelirli kimselerdi ve özellikle orkinos (*thynnus*) gibi büyük balıkların avlanmasında kullanılan kayık ve ağ gibi malzemeler oldukça pahalıydı⁸⁴. Bir balıkçının kayık ve ağ dışında giderlerinin ortaya çıkması da söz konusu olabilirdi. Çok büyük bir balık avlandığında bu balık ancak çifte koşulmuş sığırlar tarafından denizden çekilebilirdi ve bunları da balıkçının sağlaması gerekirdi. Balıkçılar işlerinin gerektirdiği masrafları karşılayabilmek için oldukça yüksek meblağlarda paraya ihtiyaç duyarlardı ve bu parayı da ödünç alarak temin etmek zorunda kalırlardı⁸⁵.

Balıkçının almış olduğu ödünçü geri ödeme yükümlülüğü, atletin katıldığı müsabakalarda birinci olup ödül kazanması koşuluna bağlı geri ödeme yükümlülüğüne benzer şekilde, yalnızca balık tutabilmiş olması hâlinde doğacaktır. Her iki olayda da geri ödemenin bağlı olduğu koşulun gerçekleşmemesinin riskini ödünç veren üstlenmektedir⁸⁶. Bu iki örneğe benzer şekilde deniz ödünçünde de (*fenus nauticum*) ödünçün geri ödenmesi, geminin yüküyle birlikte limana güvenli bir şekilde ulaşmasına bağlıydı. Deniz ödünçünde ödünçün geri ödenmesi, geminin fırtına nedeniyle batması veya korsan saldırısı gibi meydana gelmesi tamamen tarafların kontrolü dışında olan olayların gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlıdır. Yani deniz ödünçünde ödünçün

⁷⁸ REMIJSSEN, s.221; KYLE, Sport, s.320.

⁷⁹ REMIJSSEN, s.221.

⁸⁰ PLEKET, Soziologie, s.71; aynı yönde bkz. JAKAB, s.96.

⁸¹ PLEKET, Soziologie, s.76; WACKE, s.442.

⁸² ZIMMERMANN, s.187; aynı yönde bkz. JAKAB, s.98.

⁸³ WACKE, s.442; ZIMMERMANN, s.186.

⁸⁴ WACKE, s.443.

⁸⁵ VON GLÜCK, Christian Friedrich: Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 21, 1, Johann Jacob Palm, Erlangen, 1820, s.165 vd.

⁸⁶ WACKE, s.444.

geri ödenmesi sonucunu doğuracak koşulun gerçekleşmesinin tarafların iradesine bağlı olmadığı görülmektedir⁸⁷. Atlet ve balıkçı örneklerinde ise ödünçün geri ödenmesinin gerekip gerekmediği, belirli bir ölçüye kadar, ödünç alan tarafından belirlenmektedir. Başka bir ifadeyle ödünçün geri ödenip ödenmeyeceğinde ödünç alanın iradesi kısmen de olsa belirleyici olacaktır⁸⁸. Balıkçının, balık tutmak için gayret göstermesi, atletin zafer kazanmak için düzenli bir biçimde antrenman yapması, beslenme ve uyku düzenine dikkat etmesi ve zahmetli seyahatleri göze alıp yarışmalara katılması gerekecektir. Balık tutulması ve zafer kazanılmasına rağmen, alınan ödünç geri ödenmezse, ödünç veren tarafından ödünç alana *condictio*⁸⁹ açılacaktır.

Wacke, *Scaevola*'nın *D.22.2.5.pr.*deki metninde yer alan atletlere ve balıkçılara verilen ödünçlerle deniz ödünçleri arasında bir benzerlik olduğu görüşündedir⁹⁰. Ancak Jakab, bu metni Wacke'nin yorumladığından daha farklı bir şekilde değerlendirmektedir. Jakab'a göre deniz ödünçü ile bir atlete verilen ödünç birbirinden tamamen farklıdır ve atlete verilen ödünç, Roma sözleşmeler sisteminde herhangi bir kategoriye kolayca yerleştirilemeyecek atipik bir anlaşma niteliğindedir. Jakab, atlet zafer kazansa bile hukuken ödünçü geri ödeme yükümlülüğünün olmadığını, atlete verilen ödünçün faizsiz bir hatır ödünçünü andırdığını ve alınan ödünçün geri ödenmesine yönelik olarak atlet üzerinde yalnızca toplumsal bir baskının söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Atletin aldığı ödünçü geri ödemesi, onu desteğini gördüğü sponsoruna karşı taşıdığı kişisel-ahlâkî yükümlülüğünden kurtarma amacına hizmet etmektedir. Bu durumda da zaten faiz söz konusu olmayacak, yalnızca anaparanın iadesi gündeme gelecektir⁹¹. Yani, Jakab'a göre, atlet zafer kazansa ve buna rağmen aldığı ödünçü geri ödemesi bile ona karşı kural olarak *condictio* açılmayacaktır. Zira atletlere ödünç verenler, onları vicdansızca sömürme amacıyla hareket eden yatırımcılar değildirler. Ödünç vererek bir anlamda sponsorluk yapanlar daha çok hiçbir kazanç amacı gütmeyen ve genellikle verdikleri ödünçü geri alma beklentisi içine girmeden atletleri fedakâra teşvik eden cömert ve iyiliksever kimselerdir. Bu nedenle verdikleri ödünçlerde de faiz almayı genellikle düşünmezler ve “hatır ödünçü (*Freundschaftsdarlehen*-dayanışma ödünçü-dostluk ödünçü)” niteliği taşıyan bu ilişkiden yalnızca bir “namus borcu (*Ehrenschild*-şeref borcu)” doğar⁹². Jakab, ödül kazanan atlete karşı *condictio*'nun sadece ödünç verenin haklı bir sebebe dayanarak ödünç verdiğine pişman olması durumunda açılabilirliğini savunmaktadır. Bu haklı sebeplere örnek olarak atletin ödünç verene ağır hakaretlerde bulunmasını, ona karşı kötü veya ahlaksızca davranmasını göstermektedir⁹³. Jakab, ortaya koyduğu ödünç geri ödenmediğinde dava açmayı ve faiz almayı aklından geçirmeyen hayırsever ve âlicenap sponsor tablosunu ikna edici delillerle destekleyememiştir. Ayrıca bir yandan konuyla ilgili temel metin olan *D.22.2.5*'in *Digesta*'da deniz ödünçlerinin ele alındığı fasılda yer alması Jakab'ın argümanlarını zayıflatmaktayken diğer yandan hem bu metnin hem konuya ilişkin diğer metinlerin içeriği Jakab'ın görüşlerini desteklemekten çok onun görüşleriyle çelişmekte ve Wacke'nin yaklaşımıyla daha çok örtüşmektedir. Wacke'nin görüşünü onaylar nitelikte olduğu kabul edilebilecek metinlerden biri *Digesta*'nın 42. kitabının 1. faslının 40. parçasında yer alan metindir (*D.42.1.40 (Papinianus 10 resp.)*). Bu metne göre bir atlet katıldığı yarışmalarda zafer kazanmış olmasına rağmen almış olduğu ödünçü⁹⁴ kendi rızasıyla geri ödemezse, ödünç veren ona borcunu ifa etmesi için dava açtıktan sonra icra edilebilir bir hükme dayanmak suretiyle alacağı karşılığı olarak galibiyet ödülleri üzerine haciz koydurabilirdi.

⁸⁷ ZIMMERMANN, s.186.

⁸⁸ ZIMMERMANN, s.186; Bu tip işlemler, kumar niteliği taşımadıkları sürece, tamamen geçerli sayılırdı, bkz. *D.22.2.5.pr. (Scaevola 6 resp.)*: “...si modo in aleae speciem non cadat...” : “...işlemin kumar niteliği taşıması şartıyla...”.

⁸⁹ *Condictio*: *Formula*'sında borcun sebebi gösterilmeyen ve bir verme (*dare*) borcuna ilişkin olan dar hukuk davası. Bu davalarla belirli bir miktar para veya belirli bir şeyin verilmesi talep edilirdi. Tüketim ödünçü sözleşmesinde ödünç alanın borcunu yerine getirmemesi hâlinde, konusu verme borcu olan bir *stipulatio* için ve sebepsiz zenginleşme hâllerinde bu davaya başvurulurdu, UMUR, Lügat, s.43; RADO, s.51.

⁹⁰ WACKE, s.444; Wacke'nin savunduğu görüşün daha eski taraftarlarından sayılabilecek olan Glück, atletlere ve balıkçılara verilen ödünçlerin “deniz ödünçü benzeri” (*foenus quasi nauticum*) olarak adlandırıldığını belirtmiştir, VON GLÜCK, s.153; Litewski de *D.22.2.5.pr.*'nin çıkış noktasının deniz ödünçüne dayandığını savunmaktadır, LITEWSKI, Wieslaw: “Römisches Seedarlehen”, *Rivista Internazionale di diritto romano e antico (IURA)*, 24, 1973, s.164.

⁹¹ JAKAB, s.123.

⁹² JAKAB, s.125.

⁹³ JAKAB, s.123.

⁹⁴ Jakab, burada atlete zafer kazandığında geri ödemesi koşuluyla verilen ödünçün değil şarta bağlı olmayan alelade bir ödünçün söz konusu olduğunu savunmaktadır, JAKAB, s.124; kanaatimizce bu metin, atletlere yalnızca başarılı olduklarında geri ödemeleri koşuluyla verilmiş ödünçler için de uygulanabilecek hatta muhtemelen öncelikle bu tip ödünçler göz önünde bulundurularak düzenlenmiş olan bir metindir.

D.42.1.40 (Papinianus 10 resp.)

“Commodis praemiorum, quae propter coronas sacras praestantur, condemnato placuit interdici et eam pecuniam iure pignoris in causam iudicati capi.”

“Hükümlünün (Borcu ödemeye mahkûm edilenin) “kutsal yarışmalarda” kazanılan ödüllerden elde edilen geliri alması engellenir ve bu paraya ilâm borcunun ifası amacıyla rehin olarak el koyulduğu kabul edilmektedir.”

Bu metinde bahsi geçen atletin malvarlığına haciz konulması konusu özellikle önem taşımaktadır çünkü en azından bazı atletlerin, kendilerine *asylia*⁹⁵ imtiyazı tanınması suretiyle, şahıs üzerindeki icradan kurtarılabilirler bilinmektedir⁹⁶. Yani bu imtiyaza sahip atletlerin şahısları üzerinde icra söz konusu olmamakla birlikte atletler yalnızca malvarlıkları ile olsa da sorumlu tutulabileceklerdir. Bu metinde de görüldüğü gibi bir atlet, geri ödemenin başarılı olma ve zafer kazanma koşuluna bağlı olduğu bir ödünç alıp zafer kazanmasına rağmen almış olduğu ödünçü geri ödemese ona karşı dava açılabilir ve borcu ödemeye mahkûm edilen atletin almış olduğu ödüller üzerine haciz konulabilecektir.

VI. PROFESYONEL ATLETE VERİLEN ÖDÜNCÜN HÜKÜMLERİ VE FAİZ MESELESİ

Bir önceki başlık altında ele aldığımız ve bizim de benimsediğimiz görüş uyarınca atlet zafer kazanamazsa, balıkçı balık tutamazsa, gemi sefer esnasında batarsa veya seferini tamamlayamazsa, ödünç veren parasını geri alamazdı⁹⁷. Başka bir ifadeyle atlet, almış olduğu ödünçü yalnızca bir zafer kazanabilirse, balıkçı balık tutabilirse, gemici de gemi varış limanına sâlimen varabilirse geri ödemek zorundaydı⁹⁸. Bu belli ki büyük bir riskti. Atlere yapılan yatırım, deniz yolculuklarının veya balıkçıların av malzemelerinin finanse edilmesinden çok daha riskli bir yatırımdı. Zira balıkçının bir şeyler tutması veya geminin sâlimen varış limanına ulaşması genellikle beklenen bir durumdu. Bu durumların aksine, genç bir atletin daha sonraki büyük yarışmalarda bir zafer kazanıp kazanamayacağı ise tamamen belirsizdi. Ayrıca balıkçılar arasında artan rekabetin, her bir balıkçının av kotasını düşürme olasılığı olsa bile, atletler arasında artan rekabet her bir atletin zafer kazanma olasılığını çok daha fazla azaltırdı, çünkü yarışmaların yalnızca tek galibi olurdu⁹⁹. Bu nedenle girdiği riskin karşılığı olarak, ödünç verene, tıpkı deniz ödünçünde olduğu gibi¹⁰⁰, normal oranlardan daha yüksek oranda faiz talep etme hakkı tanınmıştı¹⁰¹. Buradaki faizin ayrıca *stipulatio* ile kararlaştırılmış olması zorunluluğu da yoktu¹⁰²:

D.22.2.5.1 (Scaevola 6 resp.)

“In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.”

“Fakat bütün bu durumlarda *stipulatio* olmaksızın şekle bağlı olmayan bir sözleşmenin (*pactum*) yapılması ile yükümlülüğün kapsamı genişletilebilir.”

İlgili *Digesta* metninde, faiz talebinde bulunulabileceği açık olarak ifade edilmiş değildir. Jakab, metinde faizden açıkça söz edilmemesine dayanarak, atletlere verilen bu gibi ödünçlerde faizin söz konusu olamayacağını, bu gibi ödünçlerin geri ödenmesinin atletin inisiyatifine bırakıldığını ve bunların yalnızca hatır ödünçü olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁰³. Bununla birlikte metinde faize yönelik açık bir ifade bulunmasa bile bir önceki paragrafta (D.22.2.5.pr) alacaklının “(verilen) paranın biraz daha fazlasını” (“*insuper aliquid praeter pecuniam (quod dederit)*”) alabileceğinden¹⁰⁴ ve D.22.2.5.1’de de bir *pactum* ile “yükümlülüğün kapsamının genişletilebileceği”nden (“*ad augendam obligationem*”)

⁹⁵ Çok eski dönemlerde yabancıların bizzat şahıslarına veya malvarlıklarına zorla el konulması mümkündü çünkü yabancıların (tâbi oldukları şehir devletiyle buldukları şehir devleti arasında bir anlaşma yoksa) herhangi bir hukukî korumadan yararlanmaları mümkün değildi. Antik Yunan’da bir kişiyi kendisine yönelebilecek saldırlardan veya mallarının ya da kendisinin zorla alıkonulmasından koruyan ayrıcalığı ifade etmek için *asylia* kavramı kullanılmaktaydı, SZANTO, Emil: “*Ἀσυλία*”, RE II, 2, vierter Halbband, (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft), Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1896, s.1879 vd.

⁹⁶ WACKE, s.450.

⁹⁷ WACKE, s.444.

⁹⁸ ZIMMERMANN, s.186.

⁹⁹ WACKE, s.447.

¹⁰⁰ Deniz ödünçünde faiz için bkz. BILLETER, Gustav: Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian, Druck und Verlag von B. G. Teubner, Leipzig, 1898, s.242 vd.; LITEWSKI, s.152 vd.

¹⁰¹ OTTO/SCHILLING/SINTENIS, Bd. II, s.618, dn. 61; WACKE, s.442; ZIMMERMANN, s.187.

¹⁰² KASER, RP II, s.317, dn. 17; LITEWSKI, s.168; WACKE, s.444; ZIMMERMANN, s.187.

¹⁰³ JAKAB, s.122.

¹⁰⁴ D. 22.2.5.pr. (Scaevola 6 resp.): “*Perculi pretium est et si condicione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dederit et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat...*” : “Eğer işlem kumar niteliği taşıyorsa, cezai şart olarak kararlaştırılmış olan koşul gerçekleşmediğinde bile verdiği (parayı) ve verdiği daha fazlasını geri alabiliyorsan, (bu durumda) bir riski üstlenmenin bedeli (karşılığı) söz konusudur.”

bahsedilmektedir¹⁰⁵. Metinde faiz kelimesi açıkça geçmese de “yükümlülüğün kapsamının genişletilmesi” ifadesi, faiz olarak yorumlanmaya müsaittir. Metindeki ifade tarzından, faizlerin belirli vadelerin gelmesiyle muaccel olmaktan çok, ödünç verilen anapara ile birlikte bir seferde ödenecek bir ilave veya fazlalık niteliği taşıdığı sonucuna da varılabilir. Bu fazlalığın miktarı, tamamen ödünçün süresine göre belirlenebilirdi, ancak bunun elde edilmesi de başarı koşulunun gerçekleşmesine bağlıydı ve alacaklı bu koşulun gerçekleşmesinden önce faiz alamazdı¹⁰⁶. Diğer yandan alacaklının üstlendiği riskin karşılığı (*periculi pretium*) olarak görülen fazladan miktar için kullanılan *insuper aliquid* terimi o kadar genel bir anlama sahiptir ki bu terim yalnızca maktu bir faiz şeklinde mülhaza edilmez, faiz dışındaki menfaatleri de kapsıyor olabilir¹⁰⁷. Ayrıca, her ne kadar hakkında kesin bir bilgiye sahip olmasak bile, alacaklının, atlet tarafından elde edilmiş zafer kazancının belli bir yüzdesine ortak olması ihtimali düşünülebilir¹⁰⁸.

Bir atletin antrenman ve eğitim masraflarının, geri ödenmesi başarılı olma koşuluna bağlı olan böyle bir ödünç sözleşmesi ile karşılanması onun için oldukça avantajlı bir durumdu. Atlet böyle bir ödünç aldığına hiçbir parasal riske girmemiş oluyordu. Zafer kazanmadığı müddetçe almış olduğu parayı alacaklıya geri ödemek zorunda değildi. Zafer elde etmesi sonucunda kazanmış olduğu ödülün değeri, almış olduğu ödünç tutarından daha azsa, geri ödeme yükümlülüğü muhtemelen, balıkçı ödünçünde olduğu gibi, almış olduğu ödünçün ödüle karşılık gelen uygun bir kısmıyla sınırlandırılmış olmalıdır. Diğer yandan atlet, ödünç verene ekonomik açıdan bağımlı hale gelebilirdi. Atletin borcu ne kadar fazla olursa bu bağımlılığın da o derece artacağı söylenebilir¹⁰⁹. Yüksek miktarlı veya uzun vadeli bu tip bir ödünçte ödünç verenin ve alanın durumları, günümüze çok da uzak olmayan bir zamanda, 20. yüzyılın son çeyreğinde profesyonel boksörlere ödünç verenlerin ve ödünç alan boksörlerin durumuna kısmen de olsa benzerlik göstermektedir. Konuya ilişkin bir örnek, 1976 Montreal Olimpiyatlarında altın madalya kazandıktan sonra profesyonel olmaya karar veren ünlü boksör Sugar Ray Leonard’dır. Leonard, profesyonel kariyerinin başında giderlerini karşılayabilmek için 4 yıl içinde % 8 faizle geri ödemek üzere 21.000 dolar ödünç almıştır¹¹⁰. Ancak her spor dalında sporcuya ödünç verilmesi söz konusu değildir. Günümüzde profesyonel sporcuların pek çoğu (futbolcular, basketbolcular, voleybolcular, vb.) hizmet sözleşmesiyle çalışan bağımlı çalışanlar (işçiler) olarak genellikle sabit bir maaş almaktadırlar. Dolayısıyla hiçbir geri ödeme yapma yükümlülükleri yoktur¹¹¹.

Profesyonel atletlere verilen ödünçlere ilişkin kaynaklarda, ödünçün belirli bir miktarla veya süreyle sınırlandırılmasına ilişkin bir örnek yoktur. Yukarıda zikredilmiş olan *D.22.2.5.pr.* de yer alan “*plurimum pecuniae*” teriminin muğlak olması, bu konuyu her ihtimale açık bırakmaktadır. Atlere bir kerelik bir tutar (meblağ) yerine maaş gibi devamlı ödeme yapılması da ihtimal dâhilindedir. Olimpik oyunlara katılacak olanların, oyunların başlamasından otuz gün önce gözetim altında yapılan resmî antrenmanlar için Olympia’da bulunma zorunlulukları vardı¹¹². Bunun dışında yarışlara hazırlanabilmek için memleketlerinde de 10 ay boyunca antrenman yapmış olmaları gerekiyordu¹¹³. Eğitim masraflarının, belirli bir yarışma öncesindeki bu kısıtlı antrenman süresi ile sınırlı olacak şekilde mi yoksa yıllar boyunca sürecek şekilde mi karşılanıp karşılanmadığını tespit etmek mümkün değildir ve bu sadece ödünç işleminin taraflarının bu konuyu nasıl kararlaştırmış olduklarına bağlıdır. Alacaklı, atletin eğitim masraflarının tamamını karşılayabileceği gibi yalnızca bir kısmını da üstlenebilir ve geri kalanını da atletin kendi olanaklarıyla karşılaması kararlaştırılabilir¹¹⁴.

Antik çağda profesyonel bir atletin karşılaştığı engeller ve mücadele etmek durumunda olduğu zorlu koşullar göz önünde bulundurulduğunda, onun ödünçü ve yüksek orandaki faizi geri ödeyebilmek maksadıyla mücadele etmek yerine zafer için çabalamaktan vazgeçip

¹⁰⁵ WACKE, s.444.

¹⁰⁶ WACKE, s.444.

¹⁰⁷ WACKE, s.444; Litewski, genel bir terim olan *periculi pretium* teriminin yalnızca faize ilişkin olmadığını, faiz dışında başka menfaatleri de kapsayabileceğini belirtmektedir, LITEWSKI, s.150, dn. 177, s.165.

¹⁰⁸ WACKE, s.444.

¹⁰⁹ WACKE, s.445.

¹¹⁰ LEONARD, Sugar Ray/ARKUSH, Michael: The Big Fight, My Life in and out of the Ring, Viking (Published by Penguin Group), New York, 2011, s.68; ancak bu örnekte Roma hukundakinden farklı olarak, boksör ödünçü yalnızca zafer kazanabilirse değil her halükârda geri ödemekle yükümlüdür. Yine de Roma’dakine benzer şekilde burada da ödünç verenlerin ümitlerini boksörün kazanacağı zaferlere ve paraya bağlamış olmaları söz konusudur.

¹¹¹ WACKE, s.446.

¹¹² MILLER, s.207.

¹¹³ PLEKET, Olympic Games, s.406.

¹¹⁴ WACKE, s.445.

vazgeçmeyeceği sorusu akla gelebilir. Zaferin atlet için maddî bir cazibe taşıması, ancak atletin zafer zonucunda kazanacağı ödülün miktarının, ödünç almış olduğu tutarın, faizi de kapsayacak şekilde, oldukça üstünde olması durumunda mümkün olurdu. Sadece bu durumda ödünç faiziyle birlikte geri ödedikten sonra kendisine önemli bir miktar kalması söz konusu olurdu¹¹⁵. Başarılı bir olimpiyat şampiyonunun çok yüksek miktarda maddî kazanç elde etme olasılığı vardı. Para ödülü ve aynı ödüller, ücretsiz beslenme olanağı ve mensup olunan kentin verdiği maaş gibi pek çok farklı gelir olanağı mevcuttu. Başarılı atletler yıl boyunca yarışmaların yapıldığı şehirlerin birinden diğerine seyahat ederlerdi¹¹⁶. Katıldıkları pek çok yarışmada yüzlerce zafer elde ettikten sonra hatırı sayılır bir malvarlığı elde edebilirlerdi¹¹⁷. Bu nedenle, profesyonel atlet olarak başarılı geçen bir kariyer, başlangıçta herhangi bir malvarlığı bulunmayan atletlerin bile geçimlerini sağlayacak kadar hatta daha fazla gelir elde etmelerini sağlayabilirdi¹¹⁸. Antik dönemin en ünlü atletlerinden olan *Theogenes* (veya *Theagenes*)¹¹⁹, 22 yılda hiç yenilmeden yaklaşık 1300 zafer¹²⁰ ve para ödülü verilen pek çok yarışma kazanmıştır¹²¹. Antik dönemdeki atletler için para ödülleri kabul etmek yakışıksız sayılmazdı¹²², aksine mücadelenin esas amacı buydu¹²³. Bundan dolayı zafer kazanmak bir profesyonel atlet için en önemli husustu ve antik dönemdeki profesyonel atletlerin mutlak önceliği idi¹²⁴. Kazanılacak ödül miktarı o kadar fazlaydı ki, bir atlet beslenmesi ve antrenmanı için kullanmış olduğu ödünç (gerektiğinde geçmiş yıllar için olanları da) rahatlıkla ödeyebilirdi ve ödemediği takdirde kendisi için bir miktar kazanç kalırdı. Kendileri de ödünç verecek kadar zenginleşmiş olan atletlerin sayısı hiç de az değildi¹²⁵. Bazıları kendi dallarına sâdik kalıp hâmi olarak, genç yetenekleri ve kendi sporcu loncalarını destekliyorlardı¹²⁶.

Bir atletin kazanabileceği maddî ödüllere bakıldığında, sırf almış olduğu ödünç geri ödememek için zaferden vazgeçmesi olasılığı oldukça düşüktür. Mücadeleden ve zafer elde etmekten vazgeçme olasılığından daha büyük bir tehlike, atletin kazanma olanağı bulunmasına rağmen bu olanaktan menfaat karşılığında rakipleri lehine vazgeçmesi tehlikesidir. Hatta bu durumda alınan para, yarışmayı kazanamadığı için ödünç geri ödemek zorunda kalmayacağından dolayı atlet açısından bir ikramiye olarak bile görülebilirdi¹²⁷. Fakat ödüllerin özendiriciliği ve kazanılacak olası bir zaferin maddî ve manevî avantajları bu tip düşüncelere karşı ağır basmakta ve atletler için daha cazip görünmekteydi. Ayrıca ödünç veren, şike yapıldığını fark ettiğinde atlete vermiş olduğu ödünçün iade edilmesini talep edebilirdi. Zira ödünçün geri ödenmesinin dayandığı koşulun fiilen gerçekleşmesi, bu koşulun gerçekleşmemesinde menfaati olan kişi (muhtemel borçlu, yani ödünç almış atlet) tarafından kötü niyetle engellenirse, koşul gerçekleşmiş sayılırdı¹²⁸. Bununla birlikte ödünç alan atlet kendisi şike yapmayıp da kazanacağı zafer başka bir rakibi veya rakibine ödünç veren kişi tarafından şikeyle satın alınmışsa ve

¹¹⁵ WACKE, s.446.

¹¹⁶ Yunan şehirlerinin festival takvimi, sporcuların seyahatlerini ve yarışmalara katılmalarını mümkün kılmak için bu şekilde düzenlenmişti, PLEKET, *Soziologie*, s.71; WACKE, s.447.

¹¹⁷ ZIMMERMANN, s.187.

¹¹⁸ REISCH, *Athletai*, s.2054; PLEKET, *Soziologie*, s.72.

¹¹⁹ *Theogenes* hakkında bilgi için bkz. GOLDEN, s.163; MILLER, s.163 vd.; YOUNG, s.44 vd.; CROWTHER, *Sport*, s.140 vd.

¹²⁰ WACKE, s.447; PLEKET, *Olympic Games*, s.406; YOUNG, s.106; Golden, *Theogenes*'in 1200, 1300 veya 1400 zafer kazandığını belirtmektedir, GOLDEN, s.163; Kyle bu sayıyı (antik çağ yazarı *Pausanias*'ı kaynak göstererek) yaklaşık 1400 olarak vermektedir, KYLE, *Olympics*, s.33, aynı yönde MILLER, s.213.

¹²¹ PLEKET, *Olympic Games*, s.406.

¹²² MILLER, s.212 vd.; REMIJSSEN, s.223; günümüzde de Olimpiyat oyunları ve Dünya şampiyonalarında dereceye girmiş başarılı sporcuların "Spor Hizmet ve Faaliyetlerinde Üstün Başarı Gösterenlerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik" (RG: 03.11.2010; 27748) hükümleri uyarınca devlet tarafından ödüllendirilmesi öngörülmüştür.

¹²³ 19. yüzyılın sonlarında modern Olimpiyat oyunlarının düzenlenmeye başlamasıyla, "katılmak kazanmaktan daha önemlidir", "evrensel kardeşlik ve barış", "fair play", "fırsat eşitliği" gibi değerleri öne çıkartan amatör spor anlayışı bu yaklaşımını antik Yunan atletizminde bulunduğu iddia edilen değerlere dayandırmıştı. Uzun süre kabul görmüş bu yaklaşımın antik çağdaki Olimpiyat yarışmaları ve atletler için geçerli olmadığı görüşü zamanla ağırlık kazanmıştır. Antik çağda da atletizmle bağdaştırılmış değerler bulunmakla birlikte, "katılmak kazanmaktan daha önemlidir" prensibinin, "fair play" kavramının ve "para için değil daha yüce değerler için yarışan amatör atlet" anlayışının antik çağa tamamen yabancı olduğu ileri sürülmektedir. Geçimlerini atletizm ile sağlayan üst düzey atletler zafer ve ödül kazanmak için düzenli olarak seyahat edip yarışmalara katılırlardı ve öncelikli amaçları kazanmaktı. Esasen "*athletes*" kelimesinin de "ödül" anlamındaki "*athlon*" kelimesinden geldiği ve "ödül için yarışan" anlamını taşıdığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla atlet kavramı tanımla itibarıyla ödül karşılığı yarışma anlayışını barındırmaktaydı, PLEKET, *Games*, s.147; YOUNG, s.93; WACKE, s.446; CROWTHER, *Sport*, s.41.

¹²⁴ WACKE, s.446; CROWTHER, *Sport*, s.56 vd.

¹²⁵ PLEKET, *Soziologie*, s.68 vd.; WACKE, s.447.

¹²⁶ WACKE, s.447.

¹²⁷ Günümüzde olduğu gibi antik çağda da müsabakalarda şike yapılması sık rastlanan bir durumdu, WACKE, s.447; MILLER, s.211 vd.; POTTER, s.286 vd.

¹²⁸ KASER, *RP I*, s.257; WACKE, s.448; ZIMMERMANN, s.187; Roma hukukundaki bu prensip günümüz hukukunda da uygulanmaktadır, bkz. TBK md. 175/I: "Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır."

düzenleme (organizasyon) kurulu bu şekilde kazanılmış olan böyle bir zaferi iptal ettiyse, şart gerçekleşmediği için ödünç iade etmek zorunda değildi¹²⁹.

VII. SONUÇ

Antik Roma'da atletizm yarışmalarının düzenlenmesi, atlı savaş arabası yarışları, tiyatro gösterileri ve gladyatör dövüşleri gibi gösterilerden daha sonra, yaklaşık olarak M.Ö. 2. yüzyıldan itibaren gerçekleşmiştir. Atletizm festivallerinin zamanla yaygınlaşması ve sayılarının artması ile birlikte bu konuda hukukî düzenlemeler yapılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu düzenlemelerden birisi de profesyonel atletlerle yapılan tüketim ödünç sözleşmelerine ilişkin olan bir *Digesta* metni olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda ayrıntılı olarak incelediğimiz bu metinde, ekonomik açıdan iyi durumda olmayan bir atletin, antrenman, beslenme ve seyahat gibi masrafları için ödünç almak zorunda kalması sonucunda ortaya çıkan hukukî durum ele alınmıştır.

Profesyonel atletlerin toplumsal ve hukukî statüleri tartışmalara ve farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olan bir konudur. Atletizm müsabakalarına katılanların çoğunluğunun Roma değil antik Yunan çevresinden oldukları genellikle kabul edilmektedir. Profesyonel atletlerin daha çok hangi toplumsal sınıfa mensup oldukları konusunda doktrinde farklı görüşler olmasına rağmen, bu atletlerden en azından bir kısmının yeterli ekonomik kaynağa sahip olmadıkları ve bu nedenle antrenman, beslenme ve seyahat gibi masrafları için ödünç almak zorunda kaldıkları görülmektedir. Profesyonel atletlerin hukukî statüsü ile gladyatörler ve sahne sanatçıları arasındaki önemli bir farklılık göze çarpmaktadır. Yarışmalara katılan profesyonel atletler, şerefsizliğe (*infamia*) dūçar olan gladyatörler ve sahne sanatçılarından farklı olarak şerefsiz (*infamis*) ilân edilmezlerdi. Bunun sebebi, atletlerin mesleklerini para kazanmak için değil beceri ve yiğitliklerini ortaya koymak için icra ettiklerinin düşünülmesidir. Atletlerin toplumsal ve hukukî statüsü genel olarak gladyatörler ve sahne sanatçılarından daha iyi olsa bile bu durum Romalıların atletizm müsabakalarına katılmaları için yeterince teşvik edici olmamıştır. Romalıların atletizm yarışmalarına katılma konusundaki çekimser tutumlarında kalabalık önünde performans sergileme hakkındaki genel olumsuz yaklaşımlarının yanı sıra Yunan atletizm yarışmalarında çıplak yarışılması ve bu konudaki olumsuz düşünceleri de belirleyici olmuştur.

Roma hukukunda, profesyonel bir atlete antrenman masrafları ve beslenmesi için zafer kazandığında geri ödemesi koşuluyla para ödünç verilmesi, olağan tüketim ödünç sözleşmelerinden farklı özellikler gösteren bir ödünç sözleşmesi türüdür. Atletlerle yapılan tüketim ödünç sözleşmeleri, olağan tüketim ödünç sözleşmelerinden iki bakımdan farklılık göstermektedir. Ödünç alan profesyonel atletin katıldığı yarışmalarda zafer ve ödül kazanmadığı müddetçe aldığı ödünç geri ödeme yükümlülüğünün bulunmaması bu tip sözleşmeleri olağan tüketim ödünç sözleşmelerinden ayıran önemli bir özelliktir. Atletlerle yapılan tüketim ödünç sözleşmelerinde, tartışmalı olmakla birlikte, faiz için sözlü şekle bağlı *stipulatio* yerine şekle bağlı olmayan bir *pactum* (anlaşma) yapılmasının yeterli görülmüş olması, bu iki sözleşme arasındaki diğer bir farklılık olarak göze çarpmaktadır. Bu sözleşmenin taşıdığı özellikler göz önünde bulundurulduğunda, doktrinde farklı yönde görüşler olmasına rağmen, deniz ödünç sözleşmesi ile benzerlikler gösterdiği söylenebilir. Tıpkı deniz ödünç sözleşmesi gibi bu sözleşmede de antik Yunan etkisi görülmektedir.

Doktrinde atletlere verilen ödünçün neredeyse bağış gibi geri ödeme beklentisi olmaksızın ve geri ödenmesinin tamamen atletin inisiyatifine bırakılarak verildiğini ve geri ödeme için atlet zafer kazanmış olsa bile haklı bir sebep olmadıkça dava açılmayacağını savunan bir görüş bulunmakla birlikte, bu görüş inandırıcı delillerle desteklenememiştir. Aynı görüş uyarınca, atlete verilen ödünçte faiz talep edilmesinin de söz konusu olmadığı ve atletlere verilen ödünçlerle deniz ödünçleri arasında bir benzerlik olmadığı da savunulmaktadır. İlgili başlıklar altında ele aldığımız *Digesta* metinlerinde ise bu görüşün aksini ispatlayan ifadelerin yer aldığı görülmektedir. Atletlere yalnızca zafer kazandıklarında geri ödemeleri koşuluyla verilen ödünçlerle geri ödenmesi yalnızca geminin sâlimen limana varması koşuluna bağlanmış deniz ödünçleri arasında bir benzerlik olması kuvvetle muhtemeldir. Ayrıca bir atlete zafer kazandığında geri ödemesi koşuluyla verilen ödünç atlet tarafından zafer kazanılmış olmasına rağmen geri ödenmediğinde atlete karşı dava açılabilirliğini gösteren metinler mevcuttur. Keza, atletlere verilen ödünçler için sözlü şekle bağlı *stipulatio* yapılmadan yalnızca bir *pactum* (anlaşma) ile faiz talep edilebileceğini

¹²⁹ WACKE, s.448.

açıkça ifade etmese bile bu doğrultuda yorumlanabilecek *Digesta* metni de, bu tip ödünçler için faizin söz konusu olabileceğini göstermektedir.

KAYNAKÇA

- AKURGAL, Ekrem: “Eski Yunanlılarda Spor”, Eski Çağda Ege ve İzmir, İzmir, 1993, s.74-77 [Makalenin ilk basımı: Ülkü Dergisi, (17), 1943].
- APAYDIN İSABABAYEVA, Ayna: “Antik Edebî ve Felsefî Kaynaklarda Aulos ve Syrin ve Tercüme Problemleri”, Sosyal Bilimler Dergisi (SOBİDER), 2(2), 2015, s.53-72.
- BEHREND, Okko/KNÜTEL, Rolf/KUPISCH, Berthold/SEILER, Hans Hermann: Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Bd. II (1-10), C.F. Müller juristischer Verlag, Heidelberg, 1995; KNÜTEL/KUPISCH/SEILER/BEHREND, Bd. IV (21-27), Heidelberg, 2005.
- BERTLING, Christoph/WASSONG, Stephan: “Striving for Athletic Excellence: A Core Value and Challenge for the Profile of the Ancient and Modern Olympic Games”, The International Journal of the History of Sport, 33(4), 2016, s.434-450, DOI: 10.1080/09523367.2016.1143461 (<http://dx.doi.org/10.1080/09523367.2016.1143461>) (Erişim tarihi: 08.09.2020).
- BILLETER, Gustav: Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian, Druck und Verlag von B. G. Teubner, Leipzig, 1898.
- CORNELL, Tim J.: “On War and Games in the Ancient World”, in Barney, Robert Knight/Martyn, Scott G./Wamsley, Kevin B. (ed.), Sixth International Symposium for Olympic Research 2002, University of Western Ontario, London, Ontario, 2002, s.29-40.
- CRAIG, Steve: Sports and Games of the Ancients, Greenwood Publishing Group, Westport, 2002.
- CROWTHER, Nigel B.: “Greek Games in Republican Rome” (Greek Games), L'antiquité classique, 52, 1983, s.268-273.
- CROWTHER, Nigel B.: “Second-Place Finishes and Lower in Greek Athletics” (Athletics), Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik, 90, 1992, s.97-102.
- CROWTHER, Nigel B.: Sport in Ancient Times (Sport), Praeger, Westport, 2007.
- ÇOKBANKİR ŞENGÜL, Nurşah: “Antikçağda Küçükasya'daki Sporcular: Sosyal Durumları, Profesyonellik ve Kentler”, Cedrus, 1, 2013, s.151-162 (http://proje.akdeniz.edu.tr/mcri/cedrus/1-2013/cedrus-9-nursah_cokbankir_sengul-antikcagda_kucuk_asyadaki_sporcular_sosyal_durumlari_profesyonellik_ve_kentler.pdf) (DOI: 10.13113/CEDRUS/20131683) (Erişim tarihi:08.09.2020).
- DUNKLE, Roger: Gladiators: Violence and Spectacle in Ancient Rome (Gladiators), Routledge, London and New York, 2008.
- FRIEDLAENDER, Ludwig: Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms in der Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine, Bd. II, 9. Aufl., Verlag von S.Hirzel, Leipzig, 1920.
- GARDINER, Edward Norman: Athletics of the Ancient World, Ares Publishers, Inc., Chicago, 1983.
- VON GLÜCK, Christian Friedrich: Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 21, 1, Erlangen, Johann Jacob Palm, 1820.
- GOLDEN, Mark: Sport in the Ancient World from A to Z (Sport), Routledge, London, 2004.
- GREENIDGE, A.H.J.: Infamia, Its Place in Roman Public and Private Law, Clarendon Press, Oxford, 1894.
- JAKAB, Éva: “Geld und Sport, Rezeption griechischer *Topoi* in der römischen Jurisprudenz”, Revue Internationale de Droits de l'Antiquité (RIDA), 59, 2012, s.93-125.
- KASER, Max: “*Infamia* und *ignominia* in den römischen Rechtsquellen.” (*Infamia*), Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, 73, 1956, s.220-278.
- KASER, Max: Das römische Privatrecht, das altrömische, das vorklassische und klassische Recht (RP I), erster Abschnitt, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1971.
- KASER, Max: Das römische Privatrecht, die nachklassischen Entwicklungen (RP II), zweiter Abschnitt, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1975.
- KYLE, Donald G.: “Greek Athletic Competitions-The Ancient Olympics and More” (Olympics), in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s.21-35.
- KYLE, Donald G.: Sport & Spectacle in the Ancient World (Sport), Second Edition, WILEY Blackwell, Malden, 2015.
- LEE, Hugh M.: “Greek Sports in Rome”, in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s.533-542.
- LEONARD, Sugar Ray/ARKUSH, Michael: The Big Fight, My Life in and out of the Ring, Viking (Published by Penguin Group), New York, 2011.

- LITEWSKI, Wieslaw: “Römisches Seedarlehen”, *Rivista Internazionale di diritto romano e antico (IURA)*, 24, 1973, s.112-183.
- MANN, Christian: “Greek Sport and Roman Identity”, in Scanlon, Thomas F. (ed.), *Sport in the Greek and Roman Worlds, Vol. 2: Greek athletic Identities and Roman Sports and Spectacle*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s.151-179.
- MILLER, Stephen G.: *Ancient Greek Athletics*, Yale University Press, New Haven and London, 2004.
- NEWBY, Zahra: *Greek Athletics in the Roman World, Victory and Virtue*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- OTTO, Carl Eduard/SCHILLING, Bruno/SINTENIS, Carl Friedrich Ferdinand: *Das Corpus Juris Civilis in’s Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter*, Verlag von Carl Focke, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig, 1839, Bd. II, Leipzig, 1831, Bd. IV, Leipzig, 1832, Bd. VI, Leipzig, 1832.
- PLEKET, Henry Willy: “Zur Soziologie des antiken Sports” (Soziologie), *Mededelingen van het Nederlands Instituut te Rome*, 36, 1974, s.57-87 (<http://resources.huysens.knaw.nl/retroboeken/knir/#page=71&accessor=toc1&source=36&view=pdfPane>) (Erişim tarihi: 08.09.2020).
- PLEKET, Henry Willy: “The Olympic Games in antiquity” (Olympic Games), *European Review*, 12(3), 2004, s.401-413.
- PLEKET, Henry Willy: “Inscriptions as Evidence in Greek Sport” (Inscriptions), in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s.98- 111.
- POTTER, David Stone: *The Victor’s Crown: A History of Ancient Sport from Homer to Byzantium*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- PRITCHARD, David M.: “Sport, War and Democracy in Classical Athens”, *The International Journal of the History of Sport*, 26(2), 2009, s.212-245 (DOI: 10.1080/09523360802513272), (<http://dx.doi.org/10.1080/09523360802513272>) (Erişim tarihi: 08.09.2020).
- RADO, Türkân: *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, İstanbul 2014.
- REISCH, Emil: “*Agones*”, (Agones), RE I, 1 (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft), Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1893.
- REISCH, Emil: “*Athletai*” (Athletai), RE II, 2 (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft), Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1896.
- REMIJSEN, Sofie: *The End of Greek Athletics in Late Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- SZANTO, Emil: “*Ἀσθλία*”, RE II, 2 (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft), Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1896.
- TEKİN, Oğuz: *Eski Yunan ve Roma Tarihine Giriş, İletişim Yayınları*, İstanbul, 2008.
- TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe: *Roma Hukukunda İnfamia (Şerefsizlik)*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- UMUR, Ziya: *Roma Hukuku Lügatı (Lügat)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.
- UMUR, Ziya: *Roma Hukuku, Tarihî Giriş- Kaynaklar-Umumî Mefhumlar-Hakların Himayesi (Roma Hukuku)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984.
- WACKE, Andreas: *Athleten als Darlehensnehmer nach römischem Recht*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)*, 44, 1978, s.439-452.
- WATSON, Alan: *The Digest of Justinian, vol. I-II*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998.
- WIEDEMANN, Thomas: *Emperors and Gladiators*, Routledge, London and New York, 1995.
- YOUNG, David C.: *A Brief History of the Olympic Games*, Blackwell, Malden, 2004.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- Wikipedia-https://en.wikipedia.org/wiki/Winning_isn%27t_everything;_it%27s_the_only_thing (Erişim tarihi: 08.09.2020).
- Türk Dil Kurumu: <https://sozluk.gov.tr/?kelime=atlet> (Erişim tarihi: 08.09.2020).
- Türk Dil Kurumu: <https://sozluk.gov.tr/?kelime=atletizm> (Erişim tarihi: 08.09.2020).

COVID-19 SALGINI SÜRECİNDE AVRUPA'DA SAĞLIK OLANAKLARINA ERİŞİME GETİRİLEN KISITLAMALAR İLE YAŞAMA HAKKININ İHLALI ARASINDAKİ BAĞIN İNCELENMESİ

ASSESSING THE LINK BETWEEN LIMITED ACCESS TO HEALTHCARE AND VIOLATION OF THE RIGHT TO LIFE IN EUROPE DURING COVID-19 OUTBREAK

M. H. Mustafa BEKTAŞ*  & Kamuran REÇBER** 

Makale Bilgi

Gönderilme: 25/09/2020
Kabul: 15/12/2020

Anahtar Kelimeler

COVID-19,
Avrupa İnsan
Hakları Sözleşmesi,
Avrupa İnsan
Hakları Mahkemesi,
Yaşama Hakkı,
Sağlık Hizmeti.

Article Info

Received: 25/09/2020
Accepted: 15/12/2020

Keywords


COVID-19,
European Convention on
Human Rights,
European Court of
Human Rights,
Right to Life,
Healthcare.

Özet

Coğrafyadan bağımsız olarak olağanüstü koşullarda normal zamanlarda olmazsa olmaz özellik atfedilen kaideler dahi askıya alınabilmektedir. Bu sebeple, olağanüstü durumlarda toplumların özellikle insan haklarını koruma mekanizmalarının etkinliği test edilir. Yeni koronavirüs salgını (COVID-19) tüm dünyada insanların günlük yaşamına emsali görülmemiş olumsuz bir etki bırakmış, Avrupa devletleri de bu süreçte çeşitli tedbirlere başvurarak bazı temel kişisel hürriyetlere kısıtlamalar getirmiştir. Salgının hızla yayılıp kayıpların ciddi boyutlara ulaştığı İngiltere, Fransa, İtalya ve İspanya gibi Avrupa ülkelerinde sağlık altyapıları yetersiz kalmış ve kısıtlı sağlık imkânlarının tahsininde yaşama şansı yüksek olan hastalara öncelik tanıyan “önceliklendirme” uygulamasına gidilmiştir. Lakin bu uygulama, sağlık hizmetlerinden mahrum bırakılan hastaların yaşama hakkının ihlal edildiğine dair tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Mevcut çalışma, “önceliklendirme” uygulamasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) ilgili düzenlemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı açısından ele alarak, bu uygulamadan dolayı sağlık hizmetlerinde yaşanan mahrumiyetin yaşama hakkını ihlal edip etmediğini ve bu sebeple ilgili Avrupa devletlerine sorumluluk isnat edilip edilmeyeceğini incelemiştir..

Abstract

Regardless of geography, when exceptional circumstances arise states can introduce emergency laws that can even derogate from some absolute rules. The outbreak of COVID-19 poses an unprecedented impact on people’s daily life around the world. All EU Member States have put in place a raft of measures that affect many fundamental rights in an effort to contain the spread of the virus. After the death toll has begun to spiral out of control in some European states such as UK, France, Italy, and Spain, the implementation of the prioritisation in the allocation of limited health care resources has become an inevitable fact. Yet, the prioritisation leads de-prioritisation of older patients affected by the virus and patients with critical conditions, such as cancer. It is thus argued that the prioritisation puts the right to life at risk. This article assesses the implementation of prioritization in terms of relevant clauses of the European Convention on Human Rights (ECHR) and the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR). The article explores whether there is a violation of right to life due to de-prioritisation and whether there is sufficient reason for attributing responsibility to foregoing European states for the implementation of prioritisation.

 Bu eser Creative Commons Atıf 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi. Bursa Uludağ Üniversitesi, İ.İ.B.F., Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı.

** Prof. Dr. Bursa Uludağ Üniversitesi, İ.İ.B.F., Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı.

I. GİRİŞ

Küresel sağlık sorunları yakın dönemde uluslararası hukukun ve uluslararası ilişkilerin merkezinde yer alan konulardan biri haline gelmiştir¹. Öyle ki sorunun etkisi arttıkça, sebep olduğu kaotik atmosferden dolayı, gündemi sürekli meşgul eden en önemli uluslararası sorunları bile gölgesinde bırakabilmekte ve var olan sorunları daha da müşkül hâle getirebilmektedir. Uluslararası toplum da, 2019 yılının sonlarına doğru başladığı bilinen ve hala devam etmekte olan COVID-19 (koronavirüs) salgını sebebiyle böyle olağanüstü bir süreçten geçmektedir. Virüsün yol açtığı risklerin bertaraf edilmesi veya sebep olacağı zararların asgariye düşürülmesi gayesiyle, devletler birtakım tedbirler almışlardır. Bu tedbirler ağırlıklı olarak gerek uluslararası gerekse ulusal sağlık otoritelerinin tavsiyeleri doğrultusunda alınmaktadır. Bu tedbirler kapsamında yaşama hakkı, sokağa çıkma, toplantı yapma, seyahat etme, ibadet için toplanma ve zorla çalıştırma yasağı gibi bir takım temel haklara kısıtlamalar getirilmiştir. Buna mukabil uluslararası toplum da doğal olarak bu tedbirlerin genellikle neden olduğu ve olacağı ciddi ekonomik zararlar üzerinde yoğunlaşmaya başlamıştır. Ayrıca getirilen kısıtlamalar sürecin ilk etabında büyük ölçüde olağanüstü şartların neticesi olarak kabul edilip hayatların kurtarılması için olması gereken önlemler olarak görülmüştü. Lâkin virüsün bazı ülkelerde durdurulamaması ve kontrolden çıkması üzerine temel insan haklarına getirilen kısıtlamaların seviyesinin artırılmasıyla, kaygıların yönü kısmi de olsa değişmeye başlamıştır.

Coğrafyadan bağımsız olarak olağanüstü koşullarda normal zamanlarda olmazsa olmaz özellik atfedilen kaideler dahi askıya alınabilmektedir. Bu sebeple, olağanüstü durumlarda toplumların özellikle insan haklarını koruma mekanizmalarının etkinliği test edilir². Bu ise devletler için ciddi bir problem teşkil eder³. Zira devletler olağanüstü koşullarla mücadele edip ülkede düzeni sağlamaya çalışırken, aynı zamanda bireylerin temel insan haklarına riayet etmeye de özen göstermek zorunda kalırlar⁴. Avrupa Birliği (AB) üyesi devletler de bu krizden etkilenerek virüsü kontrol altına alabilmek için sosyal yaşamı büyük ölçüde etkileyen ve kişisel hürriyetlere önemli oranda kısıtlamalar getiren birtakım tedbirlere başvurmuşlardır⁵. Bilhassa İngiltere, Fransa, İtalya ve İspanya gibi Avrupa devletlerinin ülkelerinde salgının kontrolden çıkmasından dolayı olağanüstü koşullarda bile korunması gereken yaşama hakkının kısıtlanmasına neden olacak bir uygulamaya gidilmiştir. “Önceliklendirme” (prioritisation) olarak bilinen bu uygulamayla sağlık hizmetlerinin kısıtlılığı dolayısıyla, yaşama şansı yüksek olan hastalara öncelik verilmiştir.

Gerek Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (kısa adıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-AİHS) gerek AB Temel Haklar Şartı (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*)⁶ temel kişisel hürriyetlere muayyen kaideler çerçevesinde kısıtlamalar getirilebileceğini benimsemektedir. Öyle ki AİHS itibarıyla halk sağlığı için gereklilik arz ettiği takdirde sokağa çıkma⁷, toplantı yapma⁸, seyahat etme⁹, ibadet için toplanma¹⁰, özel hayatın gizliliği¹¹ ve zorla çalıştırma yasağı¹² haklarının gereklilik, orantılılık, süre, özüne dokunmama vb. şartlara/husurlara uygun olması koşuluyla sınırlandırılabilir¹³. Lakin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin özellikle yaşama hakkına

¹ GIORGETTI, Chiara: A Principled Approach to State Failure: International Community Actions in Emergency Situations, Brill, Boston, 2010, s.71.

² ZEİDY, Mohamed M. El: “The ECHR and States of Emergency: Article 15-A Domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations”, San Diego International Law Journal, 4, 2003, 277-318, s.278.

³ ZEİDY, s.278.

⁴ ZEİDY, s.278.

⁵ Bununla beraber, Avrupalı devletlerin ülkelerinde getirilen kısıtlamaların devletler itibarıyla farklılık arz ettiği de görülmektedir. Bunun iki temel etkeninden bahsetmek mümkündür: virüse yakalanan vaka sayısı ve sağlık altyapısı. Bunun neticesi olarak olağanüstü şartların etkisi devletlere göre değişmekte ve dolayısıyla getirilen kısıtlamalar da farklı olmaktadır. Şöyle ki, bir devletin sağlık hizmeti kapasitesini aşacak ölçüde virüse yakalanan kişi sayısı olduğunda, hükümetler daha sıkı tedbirler almak zorunda kalmaktadır. HIRSCH, Cornelius: “Europe’s Coronavirus Lockdown Measures Compared” POLITICO, Nisan 15, 2020, <https://www.politico.eu/article/europes-coronavirus-lockdown-measures-compared/>, (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

⁶ AB Temel Haklar Şartı’nın 52. maddesi bu konuda gerekli düzenlemeleri içermektedir.

⁷ AİHS, madde 5(e): “Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin...”

⁸ AİHS, madde 11(2): “...sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için...”

⁹ AİHS, Protokol No.4, madde 2(3): “...sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmuş sınırlamalara tabi tutulabilir.”

¹⁰ AİHS, madde 9(2): “...genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”

¹¹ AİHS, madde 8(2): “Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda...sağlığın...korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

¹² AİHS, madde 4(3)’e göre “toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet” zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma sayılmaz.

¹³ Ortak fayda ile kişisel haklar arasında dengenin gözetilmesi gerektiğine dair çalışma için bkz: ZEİDY, s.316.

dair içtihadı incelendiğinde, devletlerin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde beklenmedik durumlarda dahi gerekli önlemlerin alınıp yaşama hakkının korunması gerektiğinin vurgulandığı tespit edilebilmektedir¹⁴. Peki, COVID-19 salgınından dolayı olağanüstü şartlardan geçen anılan Avrupa devletlerinin önceliklendirme uygulaması ile sağlık hakkına getirdikleri kısıtlamalar yaşama hakkının kısıtlanması olarak değerlendirilebilir mi ve bu devletler bundan sorumlu tutulabilirler mi? Çalışmamızda mümkün olduğunca bu ve benzer nitelikteki sorulara cevap verilmeye çalışılacaktır.

Mevcut çalışma, “önceliklendirme” uygulamasını AİHS düzenlemeleri ve AİHM içtihadı açısından ele alarak¹⁵, bu uygulamadan dolayı sağlık hizmetlerinde yaşanan mahrumiyetin yaşama hakkına dair bir ihlal teşkil edip etmediğini ve bu sebeple ilgili Avrupa devletlerine sorumluluk isnat edilip edilmeyeceğini incelemiştir. Sağlık hakkına ilişkin AİHS’de doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Sağlık hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin uyumsuzluklar genellikle AİHS’in yaşama hakkını düzenleyen 2. maddesi¹⁶ ve özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi çerçevesinde AİHM’in önüne gelmiştir¹⁷. Fakat araştırmanın hacimsel sınırından dolayı, mevcut çalışma 8. maddeye dair içtihadı değinmekle beraber, önceliklendirme uygulamasını ağırlıklı olarak 2. madde çerçevesinde incelemeyi tercih etmiştir. Bunun temel nedeni 2. madde kapsamında incelenen içtihadın içerik olarak çalışmanın sorunsalına daha uygun olmasıdır. Bununla beraber, önceliklendirme uygulamasına dair henüz derdest de olsa bir dava bulunmamaktadır. Dolayısıyla, AİHM’in meseleyi ele alıp almayacağı, olsa bile nasıl değerlendireceği hususunun büyük oranda müphem kaldığı düşünülebilir. Bu nedenle, sorunsalın gerek salt 2. madde kapsamında ele alınması gerekse sunulan öngörülerin isabetli oluşu tartışılabilir. Öncelikle çalışma konu hakkında kesin bir duruş belirlemeyip farklı olasılıklara değinerek konu hakkındaki belirsizliği göz ardı etmediğini teyit etmektedir. Ayrıca mevcut çalışmanın amacı, salgından dolayı tüm dünyada yaşanan olağanüstü ve belirsiz COVID-19 sürecinde söz konusu olan veya olacak temel insan hakları ihlallerinin denetlenmesinde mevcut normların ne ölçüde yeterli ve etkili olabileceğini AİHS özelinde tespit etmeye çalışmaktır. Bu açıdan, önceliklendirme uygulaması dışında sıklıkla dile getirilen özel hayatın gizliliğine getirilen kısıtlamalara dair eleştirilerden ve 11 Eylül saldırıları sonrasında ABD’de kişisel özgürlüklere getirilen kısıtlamaların hala devam etmesini sağlayan politikanın benzer şekilde COVID-19 sürecinde de uygulanabileceğine dair tartışmalardan da bahsetmek mümkündür¹⁸. Bu noktada, önceliklendirme uygulamasına dair mevcut çalışma üzerinden, COVID-19 döneminde temel insan haklarına getirilen kısıtlamaların denetlenebilirliğinin ne ölçüde mümkün olduğu şeklinde bir tartışmanın önü de açılmaya çalışılmıştır. Bu sebeple, mevcut çalışma 2. maddeyi önceliklendirme uygulaması ile ilişkilendirerek öngörülerde bulunurken, sorunsala esas oluşturabilecek diğer hukuki dayanakların olduğunu ve olabileceğini de kabul etmektedir¹⁹.

¹⁴ WHITE, Robin C.A./OVEY, Clare: The European Convention on Human Rights, 5th ed. OUP, 2010, s.152.

¹⁵ Önceliklendirme uygulamasına dair henüz derdest bir dava mevcut olmamakla beraber, sonuçlanmış ulusal veya uluslararası bir dava da bulunmamaktadır.

¹⁶ Bu maddenin kenar başlığı Türkçeye “yaşam hakkı” şeklinde çevrilmiştir (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf). Ancak yaşama hakkı ile yaşam hakkı kavramlarının birbirinden farklı olduklarını belirtmek gerekir. AİHS’in maddesinin kenar başlığının Türkçe’deki karşılığı “yaşama hakkı” olmalıdır. Doğru çevirinin bu olduğunu iddia etmekteyiz. Zira yaşama hakkı, basit ve genel anlamıyla kişinin vücut bütünlüğünü koruyarak veya korunmasını sağlayarak hayatta kalmasıdır. Yaşam hakkı kavramı ise, kişinin hayatını fiziki anlamda devam ettiren eğitim, öğretim, sosyal, kültürel vb. haklardan yararlanması olmaktadır. Bu dipnottaki bilgiler şu eserden küçük değişiklikler yapılarak aynen alınmıştır: REÇBER, Kamuran: Uluslararası Hukuk, 3. Baskı, Dora Yayınları, Bursa 2018, s.175.

¹⁷ MAROCHINI, Maša: “Council of Europe and the Right to Healthcare- Is The European Convention on Human Rights Appropriate Instrument for Protecting the Right to Healthcare?”, Zb. Prav. Fak. Sveuc. Rij., 34, 2013, 729-760, s.731.

¹⁸ RUSINOVA, Nadia: “COVID-19 and the Right to Respect for Family Life under Article 8 ECHR”, The European Association of Private International Law, June 1, 2020, <https://eapil.org/2020/06/01/the-interplay-between-covid-19-and-the-right-to-respect-for-family-life-under-article-8-echr/>, (Erişim Tarihi: 23.09.2020).; FRIEDERSDORF, Conon: “How to Protect Civil Liberties in a Pandemic”, The Atlantic, April 24, 2020, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/04/civil-libertarians-coronavirus/610624/>, (Erişim Tarihi: 15.05.2020).; MCDONALD, Samuel Miller: “We Can’t Let the Coronavirus Lead to A 9/11-Style Erosion of Civil Liberties” The Guardian, March 23, 2020, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/mar/23/coronavirus-civil-liberties-authoritarian-measures>, (Erişim Tarihi: 03.04.2020).

¹⁹ 1993 tarihli Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı’nda da ifade edildiği üzere: “tüm insan hakları evrensel, bölünmez, birbirine bağlı ve birbirleriyle ilgilidir.” Bu bağlamda, Avrupa özelinde de sağlık haklarının sağlanmasına ilişkin AİHS dışında Avrupa Sosyal Şartı (11. madde), Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (Oviedo Sözleşmesi, 3. ve 26. maddeler) ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (35. madde) gibi başka sözleşmelerden de bahsetmek mümkündür.

II. ÖNCELİKLENDİRME UYGULAMASI İLE YAŞAMA HAKKI İHLALI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Yaşama hakkının korunmasının hem doktrinde hem de uluslararası yargı içtihadında uluslararası teamül hukukunun temel ilkesi olarak kabul edildiği görülmektedir²⁰. Bununla birlikte, yaşama hakkı dar yorumlanmaya müsaade etmeyen, olağanüstü bir halin ortaya çıkması durumunda dahi dokunulması ağır koşullara bağlanan (örneğin AİHS 2. madde) dokunulmaz bir hak olma niteliği taşımaktadır²¹. Böyle olmakla birlikte, AİHS’in yaşama hakkı kenar başlığını taşıyan 2. maddesinin²² 2. paragrafında yaşama hakkına istisna getiren durumların olduğunu da hatırlatmak gerekir. Ancak koronavirüs kapsamında alınan tedbirler özellikle yaşama ve sağlık hizmetlerinden yararlanma haklarını önemli ölçüde olumsuz etkilemiştir²³. İngiltere, İspanya, İtalya, Fransa, Bulgaristan ve Litvanya gibi bazı Avrupa devletlerinde alınan tedbirlerin yetersizliği toplum içerisindeki belli grupların veya kişilerin bu haklarının ihlal edilmesine neden olmuştur²⁴. Bilhassa hapishaneler²⁵, bakım evleri²⁶ ve mülteci kamplarında²⁷ bulunanlar açısından durumun daha kötü olduğu görülmektedir. Bunun temel nedeni ise bu yerlerde yaşayan insan sayısının yoğunluğu ve alan sınırlılığından dolayı temel korunma yöntemi olan sosyal mesafe kuralının etkin bir şekilde uygulanamamasıdır. Buna ek olarak aşağıda detaylı olarak ele alınan diğer grup ise “önceliklendirme” uygulamasından dolayı sağlık hakları kısıtlanan yaşlılar (özellikle 80 yaş üstü) ve durumu kritik olan hastalardır²⁸.

Sağlık hakkı veya sağlık olanaklarından yararlanma hakkı, en önemli temel insan haklarından biri olmasına rağmen, sağlık sunumunda gereksinim duyulan kaynakların kısıtlı olması nedeniyle her bireyin etkin bir şekilde bu haktan yararlanmasını da güçleştirmektedir²⁹. Salgın döneminde, virüsün hızla yayılma özelliği ve hükümetlerin gerekli tedbirleri almakta geç kalmasından dolayı virüse yakalanan kişi sayısı çok ciddi rakamlara ulaşabilmektedir. Bunun neticesi olarak da, sağlık kuruluşlarında yığılmalar meydana gelebilmekte ve sağlık altyapısı yetersiz kalabilmektedir. Nitekim salgının kontrol altına alınmadığı bazı Avrupa devletlerinin ülkelerinde sağlık sistemi yeterli hizmet verememe durumuna gelmiştir³⁰. Koronavirüs salgınının çok ciddi seviyelere ulaştığı İngiltere³¹, İtalya³², Fransa³³ ve İspanya³⁴ gibi bazı Avrupa

²⁰ DUVAN, Ayşe Özkan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşama Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24 (2), 2018, 660-681, s.661.

²¹ DUVAN, s.661.

²² AİHS’in 2. maddesi şu şekildedir: “1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. 2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması”.

²³ The Report of the European Union Agency for Fundamental Rights: “Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental Rights Implications - Bulletin 1” (2020), https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-coronavirus-pandemic-eu-bulletin_en.pdf, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).

²⁴ The Report of the European Union Agency, 2020, s.26.

²⁵ RUSSELL, Jago: “Covid-19 in Europe's Prisons - and the Response”, EUOBSERVER, Mayıs 18, 2020, <https://euobserver.com/opinion/148385>, (Erişim Tarihi: 25.05.2020).

²⁶ GAURIAT, Valérie: “The Deadly Impact of COVID-19 on Europe's Care Homes”, Euronews, Mayıs 14, 2020, <https://www.euronews.com/2020/05/08/the-deadly-impact-of-covid-19-on-europe-s-care-home>, (Erişim Tarihi: 25.05.2020).

²⁷ MEER, Nasar: “Overcrowded Refugee Camps Risk Covid-19 Tragedy”, The University of Edinburgh, Nisan 21, 2020, <https://www.ed.ac.uk/covid-19-response/expert-insights/overcrowded-refugee-camps-risk-covid-19>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).

²⁸ The Report of the European Union Agency, 2020.

²⁹ EKMEKÇİ, Perihan Elif/ARDA, Berna: “Temel Etik Kuramlar Açısından Adalet ve Sağlık Hakkı Kavramlarının Değerlendirmesi”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 23, 2015, 6-21, s.6.

³⁰ ION, Mari Jeanne: “Coronavirus in Europe: Scramble for Face Masks and Medical Supplies Sends Prices Soaring”, Euronews, Nisan 16, 2020, <https://www.euronews.com/2020/04/15/coronavirus-in-europe-scramble-for-face-masks-and-medical-supplies-sends-prices-soaring>, (Erişim Tarihi: 25.05.2020).

³¹ CHISHOLM, John: “Doctors Will Have to Choose Who Gets Life-Saving Treatment: Here's How We'll Do It”, The Guardian, Nisan 1, 2020, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/apr/01/doctors-choose-life-saving-treatment-ethical-rules>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020); JANKOWICZ, Mia: “UK Doctors are Told They May Have to Prioritize Coronavirus Patients with a Higher Survival Probability”, Business Insider, Nisan 2, 2020, <https://www.businessinsider.com/coronavirus-uk-doctors-could-prioritize-who-gets-ventilators-2020-4>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).

³² MOUNK, Yascha: “The Extraordinary Decisions Facing Italian Doctors”, The Atlantic, Mart 11, 2020, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/who-gets-hospital-bed/607807/>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020); ORECCHIO-EGRESITZ, Haven: “A Shortage of Medical Supplies and Hospital Beds in Italy”, Business Insider, Mart 10, 2020, <https://www.businessinsider.com/italys-doctors-are-forced-to-prioritize-saving-the-young-2020-3>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).

³³ ARIE, Sophie: “Covid-19: Can France's Ethical Support Units Help Doctors Make Challenging Decisions?”, The BMJ, Nisan 2, 2020, <https://www.bmj.com/content/369/bmj.m1291>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).

³⁴ JONES, Sam: “Spain: Doctors Struggle to Cope as 514 Die from Coronavirus in a Day”, The Guardian, Mart 24, 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/24/spain-doctors-lack-protection-coronavirus-covid-19>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).

devletlerinde sağlık imkânlarının³⁵ yetersiz kalmasından dolayı hekimler hasta tercihi yapmaya zorlanmıştır³⁶. Burada söz konusu olan tercih, durumu daha ciddi olan hastalara öncelik verilmesi şeklinde değil, bilakis, durumu daha ciddi olanların göz ardı edilmesidir. Diğer bir ifadeyle, sağlık imkânlarının kısıtlı olması gerekçe gösterilerek, yaşama ihtimali yüksek olan hastalara öncelik verilmesi (önceliklendirme uygulaması) ve diğerlerinin ise bir nevi kaderleriyle baş başa bırakılması durumu söz konusudur. Aslında bu hususta hekimler ve/veya sağlık çalışanları, mesleki etik kuralları veya kodları³⁷ açısından oldukça güç durumda kalmaktadırlar. Zira eğer durumu iyi olanlara öncelik verilmezse hem durumu kritik olan hastanın hem de kurtarılabilir olan hastanın kaybedilebilme riski artmaktadır. Bu durumda da iki kategori şeklinde değerlendirilen hastaların hayatlarını kaybetmeleri ihtimali yükselmektedir. Hâlbuki hekimler ve sağlık çalışanları açısından prensip olarak öncelik tüm hastalara eşit sayılabilecek nitelikte sağlık hizmeti sunabilmektir.

Peki, bu uygulamanın yani önceliklendirmenin AİHS'in ilgili düzenlemeleri ile uyuşmaması, hatta çatışması durumu mevcut mudur? Bu uygulamalardan dolayı mağdur olduğunu iddia eden hastanın kendisi, temsilcisi veya ölümü halinde yakınlarının bu uygulamalara karşı idari ve/veya adli yolları işleterek hak aramaya çalışması halinde nasıl bir sonuç ortaya çıkabilir?

İlk olarak belirtmek gerekir ki, bu soruların kesin ve tek bir doğru cevabı bulunmamaktadır. Önceliklendirme uygulamasının neticesinde mağdur olduğunu iddia eden hastaların veya ölüm halinde hasta yakınlarının (kendilerine bu yetkinin verildiği kabul edilen kişiler) muhatap oldukları devletin iç hukuk yollarına müracaat ederek haklarını aramaları yüksek ihtimaldir. İç hukukta mağduriyetin giderilemediğini iddia edenler gerekli koşulların sağlanması kaydıyla AİHM'e bireysel başvuru yapabilmektedirler. Hükümetlerin koronavirüs ile mücadele yaklaşımlarının sürekli güncellenmesinden dolayı uygulamanın şimdiye değin hangi kaidelere göre yapıldığını belirlemek güç olmakla birlikte, uyulması gereken kaidelere uyulup uyulmadığını tespit etmek de zorlaşmaktadır³⁸. Bununla beraber, önceliklendirme uygulamasının konu olacağı muhtemel uyuşmazlıkların hukuki boyutlarına, bir açıklama olabilmesi açısından AİHS'in yaşama hakkına dair düzenlemesine bakmak isabetli olacaktır³⁹.

Sağlık hizmetlerinin sunumuna ilişkin uyuşmazlıklar AİHS'in 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan, "herkesin yaşama hakkı yasayla korunur" ilkesi dikkate alınarak veya mesnet oluşturularak AİHM'ye başvuru yapılmaktadır. AİHS'in 2. maddesi çerçevesinde bu Sözleşmeye taraf olan devletlerin esasa ilişkin yükümlülüğü, yaşama hakkının

³⁵ Özellikle de yoğun bakım ünitesi sayısının yetersiz kalması ve dolayısıyla durumu ağır olan tüm hastalara bu hizmetin sunulması imkansız hale gelmiştir. GULLAND, Anne: "Coronavirus: Doctors Warn of Shortage of Critical Care Beds", Telegraph, Şubat 28, 2020, <https://www.telegraph.co.uk/global-health/science-and-disease/coronavirus-doctors-warn-shortage-critical-care-beds/>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).

³⁶ MONELLA, Lillo Montalto: "Coronavirus: Italy Doctors Forced to Prioritise ICU Care for Patients with Best Chance of Survival", Euronews, Mart 13, 2020, <https://www.euronews.com/2020/03/12/coronavirus-italy-doctors-forced-to-prioritise-icu-care-for-patients-with-best-chance-of-s>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).

³⁷ Hekimlerin mesleki etik kuralları veya kodları oldukça geniş bir konudur. Bu husus bir yandan uzmanlık alanımızın dışında kalmakta diğer yandan ise ayrı (spesifik) bir çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle bu hususa burada kısaca değinmekle yetineceğiz. Hekimlik mesleğinin etik kuralları için bkz.: "Hekimlik Meslek Etiği Kuralları", Türk Tabipler Birliği, https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etikurallari&catid=4:t&Itemid=31, (Erişim tarihi: 22.06.2020).

³⁸ MONELLA.

³⁹ Aslında, AB Temel Haklar Şartı da AB hukuku açısından önemli bir belgedir. Ancak, AİHS ile Temel Haklar Şartı'nın ihtiva ettikleri düzenlemelerin büyük oranda aynı olduğu da aşîkârdır. Öyle ki Temel Haklar Şartı hem dibacesinde bunu teyit etmekte hem de içerdiği aynı düzenlemelerin anlam ve kapsam açısından AİHS ile aynı olacağını 52(3) maddesinde sarıh bir biçimde ifade etmektedir. Bununla birlikte, Temel Haklar Şartı sağlık hizmetlerinden yararlanmaya dair düzenlemeyi içerirken, AİHS ise açık bir şekilde böyle bir düzenlemeyi ihtiva etmemektedir. Temel Haklar Şartı'nın 35. maddesi ise herkesin, "ulusal yasalar ve uygulamalarda belirtilen şartlar çerçevesinde koruyucu sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına ve tıbbi tedaviden yararlanma hakkına sahip" olduğunu belirtir. Lakin şimdiye değin bu 35. maddenin dayanak olarak gösterildiği davalar incelendiğinde konu olarak benzeşmedikleri ve bu nedenle muhtemel başvurulara örnek açıklayıcı dava olamayacakları görülmüştür. Nitekim bu madde kapsamında açılan davaların konu itibarıyla, bireylerin sağlık hizmetlerine ulaşımının kısıtlanmasından ziyade, daha çok 35. maddenin ikinci kısmı olan "Bütün Birlik politikaları ve faaliyetlerinin tanımlanmasında ve uygulanmasında yüksek düzeyde bir insan sağlığı koruması sağlanmalıdır" yönüne ilişkin olduğu görülmektedir. Ayrıca maddenin bilhassa AİHS'de ikiz-normu bulunmayışından dolayı sınırlarının belirsiz olması da söz konusudur. Bu sebepler doğrultusunda, mevcut çalışmada Bildirge'nin ilgili düzenlemesine başvurulmamıştır. RIEDER, Clemens M.: "The Application and Interpretation of the EU Charter in the Context of Cross-Border Movement of Patients", Columbia Journal of European Law, 22(3), 2017, 451-482; Case Law References: "Article 35- Health Care", European Union Agency for Fundamental Rights, <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/35-health-care?page=1#TabCaseLaw>, (Erişim tarihi: 20.05.2020); Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu: "Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi", <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708#:~:text=Avrupa%20halklar%C4%B1%2C%20aralar%C4%B1%20nda%20daha%20yak%C4%B1n,ve%20dayan%C4%B1%20C5%9Fma%20%C3%BCzerine%20in%C5%9Fa%20edilmi%C5%9Ftir.>, (Erişim Tarihi: 03.04.2020).

yasayla korunması iken usule ilişkin olarak da hakkın esas yönünden ihlal edilip edilmediğinin tespiti için gerekli olan etkin bir soruşturma yürütmek ve iç hukuk sistemini gerektiği gibi işletmektir⁴⁰. Devletlerin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde konu kapsamında yasal bir çerçeve oluşturmaları ve önlem olarak uygulamaya yönelik önleyici tedbirler almaları gerekmektedir⁴¹. Aslında AİHM tarafından pozitif yükümlülükler kavramına dair buyurucu bir tanım sunulmamıştır. Ancak Yargıç Martens, bahsi geçen kavramı bir muhalefet şerhinde “negatif yükümlülükler taraf devletlerin harekete geçmemesini zorunlu kılarken, pozitif yükümlükler ise harekete geçmesini zorunlu kılar” şeklinde tanımlamıştır⁴². Bu tanım AİHS’ye taraf devletlerin bireyleri dışardan veya üçüncü kişilerden gelebilecek tehlikelere karşı koruması ve haklarını kullanabilmeleri için gerekli olanakları sağlaması gibi bazı pozitif vazifelerinin olduğunu vurgular⁴³. Burada, aşağıda da değinildiği gibi konumuz açısından önem arz eden yükümlülük, önleyici tedbirler yani haktan etkin bir şekilde yararlanabilmek için devlet tarafından gerekli tedbirlerin alınmasıdır⁴⁴. Lakin bu yükümlülük, doğa olaylarının veya salgınların önceden öngörülemez mahiyetini ve fonksiyonel tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılmak zorunda oluşunu göz ardı ederek, yetkililere imkânsız veya orantısız bir külfet yükleyecek şekilde yorumlanmamalıdır⁴⁵.

III. ÖNCELİKLENDİRME UYGULAMASININ MEŞRULUĞU

İlk bakışta, önceliklendirme uygulaması doğrudan mutlak bir ihlal gibi görünse de bu uygulamanın olağanüstü şartların bir neticesi olduğu düşünülürken, bu mutlak tespit yerini muğlak bir değerlendirmeye bırakmaktadır. Zira normal zamanlarda kurallara riayet etmek için gerekli şartlar mevcut iken, kriz durumlarında ise kuralların gereğini yerine getirmek şartların zorlamasından ötürü mümkün olamayabilmektedir. Bunu, 18. yüzyılın Alman filozofu Immanuel Kant’a atfedilen “ought implies can” prensibi yani “yükümlülükler onları yerine getirebilme kabiliyeti gerektirir” ile de açıklayabiliriz⁴⁶. Bu sebeple, önceliklendirme uygulamasını hekimlerin veya sağlık çalışanlarının keyfi bir şekilde hasta ayırmasına gitmesi şeklinde katıksız bir haksız fiil değil, olağanüstü şartların dayattığı bir fiil olarak değerlendirebiliriz⁴⁷. Nitekim olağanüstü şartlar onları iki olumsuz seçenekten birini seçmek zorunda bırakmaktadır⁴⁸.

Ayrıca, AİHM içtihadı incelendiğinde, Mahkeme, bir kişiye sağlık hizmetleri sunulmadığı için kişi hayatının tehlikeye düşmesi durumunda devletin sorumlu tutulabilmesi için, sunulan sağlık hizmetinin genel olarak toplumun tamamına sunulabiliyor olması şartını da aramaktadır⁴⁹. Benzer şekilde önceliklendirme yönteminde de olanakların kısıtlı hale gelmesinden dolayı sağlık hizmetlerinin herkese sunulmaması durumunun olduğu görülmektedir. Bir başka deyişle, herkesin yararlanabildiği sağlık hizmeti sunulabilme durumu varken bu hizmetten açık veya üstü örtülü bir biçimde yararlandırmama şartı oluşmamıştır. Buna ek olarak, Avrupa Konseyi adına

⁴⁰ Özellikle sağlık hizmetlerine dair dava için bkz: ECtHR, *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, Application No. 56080/13, 19.12.2017, para.214. Ayrıca etkili bir soruşturmanın gerekliliğine ilişkin bkz: ECtHR, *Armani Da Silva v. the United Kingdom*, Application No.5878/08, 28.09.2010, para. 7; ECtHR, *Mastromatteo v. Italy*, Application No. 37703/97, 24.10.2002, para. 89; ECtHR, *McCann and Others v. the United Kingdom*, Application No. 19009/04, 13.05.2008, para. 161. AİHS, madde 2’nin uygulanmasına dair daha fazla bilgi için bkz: “Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights”, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ENG.pdf, (Erişim tarihi: 25.04.2020).

⁴¹ Pozitif yükümlülüğe ilişkin detaylı bilgi için bkz: METİN, Yüksel: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler*, 7, 2010, 111-132, s.113.

⁴² ECtHR, *Gül v. İsviçre*, Application No. 23218/94, 19.02.1996. Ayrıca benzer yaklaşım için bkz: Komisyon, bu hükmün Devleti, sadece kişiyi yaşamından “kasıtlı olarak” yoksun bırakmamak değil, aynı zamanda yaşamı korumak için yeterli önlemleri almakla yükümlü kıldığını hatırlatır. ECtHR, *Scialacqua v. Italy*, Application No. 34151/96, 01.07.1998.

⁴³ MOWBRAY, Alastair: *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford 2004, s.2.

⁴⁴ MOWBRAY, s.2.

⁴⁵ ECtHR, *Osman v. the United Kingdom*, Application No. 23452/94, 28.10.1998, para. 116; ECtHR, *Amaç ve Okkan v. Turkey*, Applications Nos.54179/00, 54176/00, 20.02.2008, para.46.

⁴⁶ BUCKWALTER, Wesley: “Theoretical Motivation of “Ought Implies Can””, *Philosophia*, 48, 2020, ss.83–94, <https://doi.org/10.1007/s11406-019-00083-7>.

⁴⁷ Bu çerçevede, önceliklendirme uygulamasının etik değerlere uyumunun triyaj, faydacı ve deontolojik yaklaşımlarla gereçlendirilmeye çalışıldığına dair bkz: PARKER, Joshua/MİRZAALI, Mikael: “The Moral Cost of Coronavirus” *Journal of Medical Ethics*, Mart 16, 2020, <https://blogs.bmj.com/medical-ethics/2020/03/16/the-moral-cost-of-coronavirus/>, (Erişim Tarihi: 02.05.2020); GOLDHILL, Olivia: “Ethicists Agree on Who Gets Treated First when Hospitals are Overwhelmed by Coronavirus”, *Quartz*, Mart 20, 2020, <https://qz.com/1821843/ethicists-agree-on-who-should-get-treated-first-for-coronavirus/>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020); CARBONARO, Giulia: “A Matter of Life and Death: Which Patients should Doctors Treat First?”, *China Global Television Network*, Nisan 4, 2020, <https://newseu.cgtn.com/news/2020-04-04/A-matter-of-life-and-death-Which-patients-should-doctors-treat-first--PmJMDLod2/index.html>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).

⁴⁸ TESSMAN, Lisa: *When Doing the Right Thing is Impossible*, Oxford University Press, 2017, s.18.

⁴⁹ ECtHR, *Cyprus v. Turkey*, Application No. 25781/94, 10.05.2001, para.219; ECtHR, *Hristozov and Others v. Bulgaria*, Applications Nos.47039/11 and 358/12, 29.04.2013, para. 106.

gösterilen bir çabanın tezahürü olan Oviedo Sözleşmesi'nin⁵⁰ 3. maddesine göre:

Taraflar, sağlığa duyulan ihtiyaçları ve kullanılabilir kaynakları göz önüne alarak, kendi egemenlik alanlarında, uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun önlemler alacaklardır.

Avrupa Konseyi Biyoetik Komitesi tarafından, Oviedo Sözleşmesi ile güvence altına alınan ilkelerin uygulanabilmesini kolaylaştırmak amacıyla kaleme alınmış olan Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz'a göre:

[T]edavinin, hastanın tıbbi durumunda nispeten belli ölçüde düzelme sağlamış olsa da, hastanın maruz kaldığı risk ve yüklendiği külfetler tedavinin, beklenen yararlarına ağır basmışsa, o takdirde, söz konusu tedavinin sonlandırılmasını da içerebilir⁵¹.

Görüldüğü üzere Avrupa Konseyi bünyesinde aslında sağlık hizmetleri hususunda uygulanacak yöntemde taraf devletlerin kaynaklarının belirleyici olabileceği ve nihai kararın alınmasında ise yetkili sağlık personelinin değerlendirmesinin etkili olacağı kabul edilmektedir. AİHM kendi nezdinde yapılan başvuruları esastan kabul etmesi halinde salt bu yöntemle başvurulmasından ötürü ilgili devletlerin AİHS'in 2. maddesini ihlal etmediklerine hükmedebilir. Elbette böyle bir genelleme yapmak hataları beraberinde getirebilir. Zira AİHM nezdinde yapılan başvuruların her birini kendi özellikleri ve şartları kapsamında değerlendirmeye almakta ve bu doğrultuda hüküm vermektedir.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, önceliklendirme uygulamasının sebep olabileceği ciddi neticelerinden ötürü, bu uygulamanın büyük bir şeffaflıkla ve titizlikle yapılması gerekmektedir. Bu husus hem can kayıplarının azalması açısından hem de uygulamadan kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü için büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla, uyuşmazlık yargıya intikal ettiği takdirde sağlık personelinin önlerindeki en iyi seçeneği seçtikleri hususunda muayyen delillerin sunulması gerekmektedir. Aksi takdirde, hekimler, hemşireler veya diğer sağlık çalışanları daha iyi bir alternatif çözüm mevcut olduğu halde bu çözümü tercih etmemekle itham edilebilir ve bundan sorumlu tutulabilirler.

IV. ÖNGÖRÜLEBİLİR RİSKLERE KARŞI GEREKLİ TEDBİRLERİN ALINMASI

Koronavirüs sürecinde sağlık alt yapısının yetersizliğinden dolayı başvuru önceliklendirme uygulamasından mağdur olan kişilerin sorumluluğu devletin yürütme organına atfetmeleri mümkün olabileceği de düşünülebilir. Zira hekimlerin veya sağlık çalışanlarının iki olumsuz seçenek arasında kalmasına neden olanlar ilgili Avrupa devletlerinin yürütme organı yöneticileridir diyebiliriz⁵². Öyle ki yeterli düzeyde sağlık alt yapısına yatırım yapılsaydı ve gerekli önlemler vaktinde alınmış olsaydı, sağlık çalışanları da böyle bir çıkmaza düşmemiş olacaktı. Yöneticilerden salgın sürecindeki tüm olumsuzlukları önlemesi beklenemez, ama en azından öngörülebilir olumsuzluklar için erken davranıp gerekli tedbirler alınabilirdi⁵³. Mesela, Türkiye'nin de içinde bulunduğu Yeni Zelanda, Almanya, Avusturya, Güney Kore, Tayvan gibi bazı devletler vaktinde almış oldukları tedbirlerle şu ana kadar salgını kontrol altında tutmayı başarmış ve dolayısıyla sağlık personellerini böylesine iki olumsuz seçenek arasında bırakmamayı başarmışlardır. Ancak aşağıda detaylı şekilde ele alındığı üzere, AİHM'in anılan gerekçeleri, ilgili devletleri sorumlu tutmada yeterli görmesi düşük bir ihtimaldir.

AİHM, *Calvelli ve Ciglio/İtalya* davasında, yukarıda zikredilen devletin yaşama hakkının korunması hususunda AİHS'in 2. maddesinden doğan pozitif yükümlülüğünün kamu sağlığı alanında da uygulanacağını belirtmiştir⁵⁴. Dolayısıyla, Mahkeme'nin, kamu sağlığını ilgilendiren salgından dolayı doğabilecek uyuşmazlıkları 2. madde kapsamında değerlendirebileceğini öngörebiliriz.

Devletin gerekli tedbirleri alması gerektiğine dair içtihat incelendiğinde, *Osman/İngiltere*

⁵⁰ ANDORNO, Roberto: "The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law", *Journal of International Biotechnology Law*, 2, 2005, 133-143, ss.133-34.

⁵¹ Avrupa Konseyi: "Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz: Karar Verme Sürecinin Etik ve Hukuki Çerçevesi", Çeviren: Yeşim Işıl Ülman, Şubat 2015, https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09_End%20of%20Life/Guide/Guide%20FDV%20turc.pdf, s.11, (Erişim Tarihi: 05.04.2020).

⁵² PARKER/MIRZAALI, The Moral Cost of Coronavirus.

⁵³ Mesela, Fransa'da salgından önce de sağlık hizmetlerindeki yetersizlikler için bkz.: AMIEL, Sandrine: "Thousands of French Hospital Workers Protest Years of Cutbacks across the Country", *Euronews*, Kasım 14, 2019, <https://www.euronews.com/2019/11/14/thousands-of-french-hospital-workers-protest-years-of-cutbacks-across-the-country>. (Erişim Tarihi: 08.06.2020).

⁵⁴ ECtHR, *Calvelli ve Ciglio v. Italy*, Application No. 32967/96, 17.06.2002. para.48-49.

davasında, Mahkeme 2. maddenin birinci fıkrası çerçevesinde, devletin yetki alanında bulunan kişilerin yaşamını korumak için uygun tedbirleri alması gerektiğini belirtmiştir⁵⁵. *Öneriyıldız/Türkiye* davasında Mahkemeye göre:

[Y]etkililer dikkatlerine sunulan tehlikeyi ortadan kaldırmak için pozitif ödevlerinin gerektirdiği tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır. Bu tehlike ölümcül hale gelmeden önce Ümraniye çöplüğüne gaz tahliye sistemlerinin yerleştirilmesi etkin bir önlem olabilirdi⁵⁶.

Netice itibarıyla, Mahkeme problemlerin çözümünde uygulanması gereken politikaların mahiyeti hususunda devlet yetkililerine telkin vermektan kaçınmakta, ancak yaşama hakkını tehdit eden tehlikenin bertaraf edilmesi için alınacak etkin tedbirlerin alınmaması sonucu meydana gelen ölüm vakiasından devleti sorumlu tutmaktadır⁵⁷. Ayrıca *Osman/İngiltere* ile *Amaç ve Okkan/Türkiye* davalarında Mahkeme, devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getiremediğini saptayabilmek için, yetkili makamların “yaşama veya fiziksel bütünlüğe yönelik bir risk varlığı hakkında bilgi sahibi olması ve yetkileri kapsamında gerekli tedbirleri almamış olması” gerektiğine hükmetmiştir⁵⁸. AİHM, *Lopes de Sousa Fernandes/Portekiz*⁵⁹ ve *Elena Cojocar/Romanya*⁶⁰ davalarında gerekli imkânları sunmamasından dolayı pozitif yükümlüklerini yerine getirmedikleri için ilgili devletleri sorumlu tutmuştur. Mahkeme, *Lopes de Sousa Fernandes/Portekiz* davasında “uzmanlaşmış personel eksikliğinden kaynaklanan gecikmiş teşhis ve tedavi sonucunda gerçekleşen ölümden” devleti sorumlu tutmuştur. *Elena Cojocar/Romanya* davasında ise, Mahkeme, “yeni doğan bir bebeğin uzak mesafedeki bir başka hastaneye nakli esnasında tıbbi bakımdan yoksun bırakılması sonucunda ölmesi, acil yardım hizmetinin yerine getirilmemesi olarak değerlendirilmiş ve davalı devletin yaşama hakkı ihlalinde” bulunduğunu karara bağlamıştır⁶¹. Olağanüstü durumlara ilişkin olarak AİHM, devletlerin asgari de olsa meydana gelebilecek zararları minimuma indirecek pozitif yükümlükleri bulunduğunu kabul etmektedir. Mahkeme, *M. Özel ve diğçerleri/Türkiye* davasında,

[D]epremlerin, devletlerin önüne geçemeyecekleri olaylar olduğunu ve devletlere göre, depremlerin önlenmesinin, yalnızca felaketin zararlarını en aza indirmek için etkilerini azaltmaya yönelik tedbirlerin alınmasından ibaret olabileceğini gözlemlemektedir. Bu bağlamda, felaketleri önleme yükümlülüğünün kapsamı, dolayısıyla esasen devletin, şiddetli ve beklenmedik şekilde gerçekleşen bu tür doğa olaylarıyla, yani depremlerle baş edebilme kapasitesini güçlendiren tedbirlerin alınmasından ibarettir⁶².

Uyuşmazlık konusu toprak kaymasıyla insanların yaşamlarını yitirmesi olan *Budayeva ve Diğçerleri/Rusya* davasında ise Mahkeme, öngörülebilir tehlikelere karşı önleyici tedbirlerin alınmasının da devletlerin pozitif yükümlülüğü kapsamında olduğunu vurgulamıştır⁶³. Benzer şekilde *Georgel ve Georgeta Stoicescu/Romanya* davasında Mahkeme, devletin yetkili kurumlarının başboş köpeklere karşı gerekli tüm tedbirleri almadığı için köpeklerin saldırısı sonucu meydana gelen zarardan dolayı devleti sorumlu tutmuştur⁶⁴. Mahkeme bu davada yetkililerin önleyici sağlık tedbirleri almaları durumunda vatandaşların sağlığının korunabileceğini ve vücut bütünlüklerine yönelik zararın önlenebileceğini vurgulamıştır. Bu kararlardan yola çıkarak, koronavirüs sürecinde önceliklendirme yönteminden dolayı mağdur olan kişiler veya yasal temsilcileri de, AİHS’in 2. maddesi çerçevesinde öncelikle devletin yeterli etkin önlemleri almada yetersiz kaldığını ve pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediklerini ileri sürebilirler. Bu hususta, söz konusu devletlerin salgının ortaya çıktığı ve yayılmaya başladığı tarihten itibaren alması gereken tedbirleri vaktinde almamış olması nedeniyle salgının hızla yayıldığı ve bu yüzden sağlık hizmetlerinin de yetersiz kaldığı kanıtlanırsa, ilgili devletler öngörülebilir tedbirleri almamakla itham edilebilirler.

Buna karşın, AİHM tarafından, önceliklendirme yöntemi ile devletin ihmali arasında bağ kurup 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna varması mümkün gözükse de bu yönde bir içtihat

⁵⁵ ECtHR, *Osman v. the United Kingdom*, Application No. 23452/94, 28.10.1998, para.115. “Topraklarında yaşayan insanların yaşamlarını korumaya yönelik gerekli önlemleri alma kesin yükümlülüğünün” bulunduğu dair benzer görüşü *Öneriyıldız ve Türkiye* davasında da benimsemiştir. ECtHR, *Öneriyıldız v. Turkey*, Application No.48939/99, 30.11.2004, para. 65.

⁵⁶ METİN, s.126.

⁵⁷ METİN, s.127.

⁵⁸ ECtHR, *Osman v. the United Kingdom*, Application No. 23452/94, 28.10.1998, para. 116 ve 121; ECtHR, *Amaç ve Okkan v. Turkey*, Applications Nos.54179/00, 54176/00, 20.02.2008, para.46.

⁵⁹ ECtHR, *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, Application No. 56080/13, 19.12.2017, para. 83.

⁶⁰ ECtHR, *Elena Cojocar v. Romania*, Application No. 74114/12, 22.03.2016, para.125.

⁶¹ DUVAN, s.669.

⁶² ECtHR, *M. Özel and Others v. Turkey*, Applications Nos.14350/05, 15245/05 and 16051/05, 02.05.2016, para.173.

⁶³ ECtHR, *Budayeva and Others v. Russia*, Applications Nos.15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, 29/09/2008, para. 158.

⁶⁴ ECtHR, *Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania*, Application No. 9718/03, 26.10.2011, para.60.

geliştirilmesi düşük bir ihtimaldir⁶⁵. Zira sağlık hizmetlerinin yetersiz hale gelmesi salgının hızla yayılmasının bir sonucudur; önceliklendirme yöntemi ise sağlık hizmetlerinin yetersiz hale gelmesinin bir neticesidir; sayı olarak belirsizlik olsa da ölümlerin önemli bir kısmı da önceliklendirme yönteminden dolayı vuku bulmuştur. Netice itibarıyla, devletlerin vaktinde önleyici tedbirler almaması ile bazı insanların yaşamlarını yitirmeleri arasında doğrudan bir illiyet bağından ziyade ancak dolaylı bir ilişkiden söz edilebilir. Bu sebeple, Mahkemece ilgili devletlerin 2. maddeden doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri gerekçesiyle sorumlu tutulmasında her bir somut olayın kendine has koşulları dikkate alınacaktır.

Scialacqua/İtalya vakasında Komisyon, her ne kadar 2. maddeyi devletlerin insan hayatı için gerekli olan belli tedavi ve ilaç masraflarını karşılamakla yükümlü olduğu şeklinde yorumlarsa da⁶⁶ yaşamı koruma yükümlülüğünün mutlak olmadığını vurgulamıştır⁶⁷. Mahkemeye göre her devletin kamu politikasını belirli bir takdir yetkisi ile uygulama özgürlüğü vardır ve kaynak tahsisi aracılığıyla yaşamı koruma yükümlülüğünün kapsamını da genellikle her devletin kendisi belirleyecektir⁶⁸. *Asiye Genç/Türkiye* davasında, Yargıçlar Lemmens, Spano ve Kjølbrot'un müşterek mutabakat şerhinde belirttikleri üzere:

*Genel olarak, Sözleşme'nin 2. maddesi, devlet hastanelerinde belli bir düzeyde, belli bir derecede ya da belli bir nitelikte tedavi ve donanım gerektirdiği şeklinde yorumlanamaz. Tedavi verme kapasitesi ile tedavinin düzeyi ve donanımın niteliği, Devletlerin, aralarında ihtiyaçların öncelikliği ve sınırlı finans kaynaklarının gerçekliğinin bulunduğu çok sayıda etkeni göz önünde bulundurarak zor kararlar almaları gereken bir alandan kaynaklanmaktadır*⁶⁹.

Netice itibarıyla, ulusal otoritelerin uluslararası otoritelere nazaran kaynakların tahsisinde ve önceliklendirme hususlarında daha yetkin olduğu kabul edilmektedir. Mahkeme de ağırlıklı olarak⁷⁰, temel sağlık hizmetlerini aşan meselelerde, özellikle kısıtlı kaynaklardan dolayı sağlık sisteminin kendi kaynaklarına göre düzenlenmesini devletlerin takdir yetkisine bırakmayı benimsemiştir⁷¹.

Bununla beraber, Mahkemenin, devletin pozitif yükümlüklerinden olan önleyici tedbirler alma sorumluluğunu salgın hastalıklar gibi olağanüstü bir durumu da kapsayacak şekilde geniş yorumlaması, hayatını kaybeden on binlerce kişi olduğu düşünüldüğünde⁷², ilgili Avrupa devletlerini ciddi tazminatlara mahkûm etmesi de söz konusu olacaktır. Belirtmek gerekir ki AİHM, şimdiye kadar sağlık hakkına dair ele aldığı uyuşmazlıklarda devletlerin sosyo-ekonomik alanlarına girmekten veya bu hususta değerlendirme yapmaktan imtina etmiştir⁷³. Zira AİHM, Avrupa Konseyi bünyesinde benimsenen mevzuat doğrultusunda (yer, zaman, kişi ve konu bakımından) karar vermekle yetkilendirilmiştir. AİHM, AB Adalet Divanı gibi hukuk yaratma⁷⁴ yetkisiyle donatılmamıştır. Diğer bir ifadeyle AİHM kararlarını kendisini yetkilendiren hukuk normlarına göre vermek durumundadır. AİHM'in yetki aşımında bulunması halinde, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin Avrupa Konseyi bünyesindeki üyeliklerini veya pozisyonlarını sorgulamalarına neden olabilecektir⁷⁵.

⁶⁵ Bunun yanında, yöntemin uygulanması sürecinde söz konusu olabilecek ihmaller de olacaktır. Ancak, bu husus ayrı bir çalışmada incelenmesi gereken bir konudur.

⁶⁶ DUVAN, s.668.

⁶⁷ SAMANTA, Ash/SAMANTA, Jo: "The Human Rights Act 1998-Why Should it Matter for Medical Practice?", Journal of the Royal Society of Medicine, 98, no 9, 2005, 404-410, s.408.

⁶⁸ SAMANTA/SAMANTA, s.408.

⁶⁹ ECtHR, *Asiye Genç v. Turkey*, Application No. 24109/07, 27.04.2015.

⁷⁰ Mahkeme'nin meseleyi taraf devletlerin takdir yetkisine bıraktığı bazı örnek davalar için bkz: ECtHR, *Pretty v. The United Kingdom*, Application No. 2346/02, 29.07.2002, para.88; ECtHR, *Zehnalová and Zehnal v. The Czech Republic*, Application No. 38621/97, 14.05.2002; ECtHR, *Nitecki v. Poland*, Application No. 65653/01, 21/03/2002; ECtHR, *Sentges v. The Netherlands*, Application No. 27677/02, 08.07.2003; European Commission of Human Rights, *Passamante v. Italy*, Application No. 32647/96, 01.07.1998.

⁷¹ MAROCHINI, s.741.

⁷² Worldometer: "Covid-19 Coronavirus Pandemic", <https://www.worldometers.info/coronavirus/>, (Erişim tarihi: 22.06.2020).

⁷³ MAROCHINI, 2013, s.733. Mesela, Mahkeme, Lambert ve Diğerleri/Fransa davasında devletin pozitif sorumluluğunu ele alırken, "tedavinin durdurulması kararının iç hukuk ve Sözleşme'ye uygunluğunu incelemenin ve aynı şekilde hastanın isteklerini yasaya uygun olarak ortaya koymanın öncelikle devlet yetkililerine ait olduğunu hatırlatmıştır". ECtHR, *Lambert and Others v. France*, Application No.46043/14, 05.06.2015, para.181.

⁷⁴ ABAD'ın hukuk yaratma yetkisi konusunda detaylı bilgi için bkz., ARSAVA, Ayşe Füsün "ATAD'nın Hukuk Yaratma Yetkisi", Ankara Üniversitesi SBF, 54, no 3, 1999, ss.13-28.

⁷⁵ Marochini'nin de belirttiği gibi "böyle bir gelişme zor olsa da imkânsız değildir." MAROCHINI, 2013, s.733. Mesela, İngiltere'nin, Mahkemenin yargı yetkisini aşarak ulusal yargı kararlarına müdahalede bulunduğunu ileri sürerek Sözleşmeden çekilmeyi gündeme aldığına dair bkz.: WATT, Nicholas: "Cameron Refuses to Rule Out Leaving European Convention on Human Rights", The Guardian, Haziran 3, 2015, <https://www.theguardian.com/law/2015/jun/03/cameron-refuses-to-rule-out-leaving-european-convention-on-human-rights>. (Erişim Tarihi: 05.06.2020).

V. SONUÇ

Koronavirüs salgını nedeniyle Avrupa Konseyi üyesi devletlerden bazıları yukarıda açıkladığımız gibi belirli yaş kategorisinde olan hastalara önceliklendirme uygulamasını tercih etmişlerdir. Bu uygulamanın doğal olarak yaşama hakkı ile doğrudan bir ilintisi bulunmaktadır. Böyle bir uygulamanın Avrupa Konseyi bünyesinde benimsenen AİHS'in düzenlemeleriyle uyuşmaması gerekçe gösterilerek AİHM nezdinde bireysel başvuruya (hatta devletlerin birbirlerini şikâyet etmeleri halinde devlet başvurusuna) konu olması söz konusu olabilir. Nitekim hem nedensel hem de amaçsal açıdan⁷⁶ bakıldığında önceliklendirme uygulaması üzerinden ilgili devletlere karşı AİHS'in 2. maddesinden kaynaklı bir yükümlülük ihlalinde buldukları gerekçesiyle AİHM nezdinde başvuru yapılması mümkündür. Ancak AİHM'in önüne gelebilecek önceliklendirme yöntemi kaynaklı başvurularda nasıl bir yol izleyeceğine dair kati bir değerlendirme tayin etmek güç görünmektedir. Zira ana metinde vurguladığımız gibi, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkının önceliklendirme uygulaması ile kısıtlanması olağanüstü şartlardan kaynaklanmakta ve bu anlamda bu kısıtlama kamu sağlığı, kamu yararı gibi gerekçelerle yapılmaktadır.

Mahkemenin, alınması gereken önlemlerin alınmaması durumunun mevcut olduğu ve dolayısıyla 2. madde çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle, ilgili devletlere sorumluluk isnat etme olasılığı bulunmaktadır. Ancak kanaatimiz böyle bir içtihadın illiyet bağı sorunu, uygulanabilir olmaması ve sakıncalar barındırması nedeniyle geliştirilmeyeceği yönündedir. Zira Mahkemenin önleyici tedbirler alma sorumluluğunu COVID-19 sürecini de kapsayacak şekilde geniş yorumlamasının, süreçten etkilenen kişi sayısı düşünüldüğünde, ilgili Avrupa devletleri açısından hukuki anlamda tazmini güç sonuçları olacaktır. Yukarıda da anıldığı üzere, AİHM'in, şimdiye kadar sağlık hakkına dair ele aldığı uyuşmazlıklarda devletlerin sosyo-ekonomik alanlarına girmekten veya bu hususta değerlendirme yapmaktan imtina ettiği görülmektedir. Öyle ki AİHM kararlarını kendisini yetkilendiren hukuk normlarına göre vermek durumundadır. AİHM'in ilgili devletler açısından böylesine ciddi neticeleri olabilecek bir yetki aşımında bulunması halinde, bu onların Avrupa Konseyi bünyesindeki üyeliklerini veya pozisyonlarını sorgulamalarına neden olabilecektir⁷⁷. Ezcümle, önceliklendirme uygulaması üzerinden yapılacak başvurulardan, başvuru(lar) lehine sonuç elde etmek oldukça güç gözükmektedir.

Bununla birlikte, temel haklar ve özgürlükler itibarıyla gerek teoride gerek uygulamada genel anlamda ileri düzeyde oldukları savunulan veya kabul edilen Avrupa devletlerinin bile gerekli gördükleri takdirde sağlık hizmetlerine yönelik kısıtlayıcı mahiyette önlemler almaları söz konusu olabilmektedir. Elbette bu devletlerin aldıkları önlemler idari nitelikteyse, idarenin her türlü eyleminin ve işleminin yargı denetimine tâbi olması nedeniyle, bu önlemlerin denetlenebilir nitelikte olduğunu belirtmek gerekir. Ancak, bu önlemlerden kaynaklanan zarar(lar) nedeniyle iç hukukta istediklerini elde edemeyen ve mağdur olduklarını iddia eden kişiler bireysel başvuru yoluyla AİHM'e müracaat edebilirler. AİHM'in bu tür başvuruları kabul etmesi ve karar vermesi neticesinde yeni tartışmaların gündeme gelmesi de mümkündür. Konu kapsamında değerlendirmeye aldığımız önceliklendirme uygulamasının sebep olabileceği ciddi neticelerinden ötürü, büyük bir şeffaflıkla ve titizlikle tatbik edilmesi gerekmektedir. Bu husus önceliklendirme uygulamasından kaynaklı uyuşmazlıkların sağlıklı bir biçimde çözümü için büyük önem arz etmektedir. Buna ek olarak, bu tarz uygulamaların tekrar edilmemesi açısından ilgili devletlerin sağlık alanındaki alt yapılarını olası salgınlara yönelik geliştirmeleri ve sosyal devlet ilkesinin gereklerini etkin bir şekilde uygulamaya koymaları da oldukça önemli olmaktadır.

⁷⁶ Kısıtlamaların temel amacının aslında daha fazla hayat kurtarmak olduğuna dair bkz: "The Report of the European Union Agency for Fundamental Rights", "Coronavirus pandemic in the EU", 13.

⁷⁷ MAROCHINI, 2013, s.733.

KAYNAKÇA

- AMIEL, Sandrine: “Thousands of French Hospital Workers Protest Years of Cutbacks across the Country”, Euronews, Kasım 14, 2019, <https://www.euronews.com/2019/11/14/thousands-of-french-hospital-workers-protest-years-of-cutbacks-across-the-country>, (Erişim Tarihi: 08.06.2020).
- ANDORNO, Roberto: “The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law”, *Journal of International Biotechnology Law*, 2, 2005, s.133-143.
- ARIE, Sophie: “Covid-19: Can France’s Ethical Support Units Help Doctors Make Challenging Decisions?”, *The BMJ*, Nisan 2, 2020, <https://www.bmj.com/content/369/bmj.m1291>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).
- ARSAVA, Ayşe Füsün: “ATAD’nın Hukuk Yaratma Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi SBF*, 54(3), 1999, s.13-28.
- Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu: “Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi”, <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708#:~:text=Avrupa%20halklar%C4%B1%2C%20aralar%C4%B1nda%20daha%20yak%C4%B1n,ve%20dayan%C4%B1%C5%9Fma%20%C3%BCzerine%20in%C5%9Fa%20edilmi%C5%9Ftir.>, (Erişim Tarihi: 03.04.2020).
- Avrupa Konseyi: “Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz: Karar Verme Sürecinin Etik ve Hukuki Çerçevesi”, Çeviren: Yeşim Işıl Ülman, Şubat 2015, https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09_End%20of%20Life/Guide/Guide%20FDV%20turc.pdf, (Erişim Tarihi: 05.04.2020).
- BUCKWALTER, Wesley: “Theoretical Motivation of “Ought Implies Can””, *Philosophia*, 48, 2020, <https://doi.org/10.1007/s11406-019-00083-7>, s.83–94.
- Case Law References: “Article 35- Helath Care”, European Union Agency for Fundamental Rights, <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/35-health-care?page=1#TabCaseLaw>, (Erişim Tarihi: 20.05.2020).
- CHISHOLM, John: “Doctors Will Have to Choose Who Gets Life-Saving Treatment: Here's How We'll Do It”, *The Guardian*, Nisan 1, 2020, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/apr/01/doctors-choose-life-saving-treatment-ethical-rules>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).
- DUVAN, Ayşe Özkan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşama Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24(2), 2018, s.660-681.
- EKMEKÇİ, Perihan Elif/ARDA, Berna: “Temel Etik Kuramlar Açısından Adalet ve Sağlık Hakkı Kavramlarının Değerlendirmesi”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, 23, 2015, s.6-21.
- GAURIAT, Valérie: “The Deadly Impact of COVID-19 on Europe's Care Homes”, Euronews, Mayıs 14, 2020, <https://www.euronews.com/2020/05/08/the-deadly-impact-of-covid-19-on-europe-s-care-home>, (Erişim tarihi: 25.05.2020).
- GIORGETTI, Chiara: *A Principled Approach to State Failure: International Community Actions in Emergency Situations*, Brill, Boston, 2010.
- GOLDHILL, Olivia: “Ethicists Agree on Who Gets Treated First when Hospitals are Overwhelmed by Coronavirus”, *Quartz*, Mart 20, 2020, <https://qz.com/1821843/ethicists-agree-on-who-should-get-treated-first-for-coronavirus/>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).
- CARBONARO, Giulia: “A Matter of Life and Death: Which Patients should Doctors Treat First?”, *China Global Television Network*, Nisan 4, 2020, <https://newseu.cgtn.com/news/2020-04-04/A-matter-of-life-and-death-Which-patients-should-doctors-treat-first--PmJJMDLod2/index.html>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).
- FRIEDERSDORF, Conor: “How to Protect Civil Liberties in a Pandemic”, *The Atlantic*, April 24, 2020, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/04/civil-libertarians-coronavirus/610624/>, (Erişim Tarihi: 15.05.2020).
- GULLAND, Anne: “Coronavirus: Doctors Warn of Shortage of Critical Care Beds”, *Telegraph*, Şubat 28, 2020, <https://www.telegraph.co.uk/global-health/science-and-disease/coronavirus-doctors-warn-shortage-critical-care-beds/>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).
- HIRSCH, Cornelius: “Europe’s Coronavirus Lockdown Measures Compared”, *POLITICO*, Nisan 15, 2020, <https://www.politico.eu/article/europes-coronavirus-lockdown-measures-compared/>, (Erişim Tarihi: 15.04.2020).
- ION, Mari Jeanne: “Coronavirus in Europe: Scramble for Face Masks and Medical Supplies Sends Prices Soaring”, Euronews, Nisan 16, 2020, <https://www.euronews.com/2020/04/15/coronavirus-in-europe-scramble-for-face-masks-and-medical-supplies-sends-prices-soaring>, (Erişim Tarihi: 16.04.2020).

- JANKOWICZ, Mia: “UK Doctors are Told They May Have to Prioritize Coronavirus Patients with a Higher Survival Probability”, *Business Insider*, Nisan 2, 2020, <https://www.businessinsider.com/coronavirus-uk-doctors-could-prioritize-who-gets-ventilators-2020-4>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).
- JONES, Sam: “Spain: Doctors Struggle to Cope as 514 Die from Coronavirus in a Day”. *The Guardian*, Mart 24, 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/24/spain-doctors-lack-protection-coronavirus-covid-19>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).
- MAROCHINI, Maša: “Council of Europe and the Right to Healthcare- Is The European Convention on Human Rights Appropriate Instrument for Protecting the Right to Healthcare?”, *Zb. Prav. Fak. Sveuc. Rij*, 34, 2013, s.729-760.
- MCDONALD, Samuel Miller: “We Can't Let the Coronavirus Lead to a 9/11-Style Erosion of Civil Liberties” *The Guardian*, March 23, 2020, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/mar/23/coronavirus-civil-liberties-authoritarian-measures>, (Erişim Tarihi: 03.04.2020).
- MEER, Nasar: “Overcrowded Refugee Camps Risk Covid-19 Tragedy”, *The University of Edinburgh*, Nisan 21, 2020, <https://www.ed.ac.uk/covid-19-response/expert-insights/overcrowded-refugee-camps-risk-covid-19>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).
- METİN, Yüksel: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler*, 7(27), 2010, s.111-132.
- MONELLA, Lillo Montalto: “Coronavirus: Italy Doctors Forced to Prioritise ICU Care for Patients with Best Chance of Survival”, *Euronews*, Mart 13, 2020, <https://www.euronews.com/2020/03/12/coronavirus-italy-doctors-forced-to-prioritise-icu-care-for-patients-with-best-chance-of-s>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).
- MONELLA, Lillo Montalto: “Coronavirus: Italy Doctors Forced To Prioritise ICU Care for Patients with Best Chance of Survival”, *Euronews*, 13 Mart 13, 2020, <https://www.euronews.com/2020/03/12/coronavirus-italy-doctors-forced-to-prioritise-icu-care-for-patients-with-best-chance-of-s>, (Erişim Tarihi: 10.04.2020).
- MOUNK, Yascha: “The Extraordinary Decisions Facing Italian Doctors”, *The Atlantic*, Mart 11, 2020, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/who-gets-hospital-bed/607807/>, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).
- MOWBRAY, Alastair: *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2004.
- ORECCHIO-EGRESITZ, Haven: “A Shortage of Medical Supplies and Hospital Beds in Italy”. *Business Insider*, Mart 10, 2020, <https://www.businessinsider.com/italys-doctors-are-forced-to-prioritize-saving-the-young-2020-3>, (Erişim tarihi: 25.04.2020).
- PARKER, Joshua/MIRZAALI, Mikaeil: “The Moral Cost of Coronavirus”, *Journal of Medical Ethics*, Mart 16, 2020, <https://blogs.bmj.com/medical-ethics/2020/03/16/the-moral-cost-of-coronavirus/>, (Erişim tarihi: 02.05.2020).
- REÇBER, Kamuran: *Uluslararası Hukuk*, 3. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2018.
- RIEDER, Clemens M.: “The Application and Interpretation of the EU Charter in the Context of Cross-Border Movement of Patients”, *Columbia Journal of European Law*, 22(3), 2017, s.451-482.
- RUSINOVA, Nadia: “COVID-19 and the Right to Respect for Family Life under Article 8 ECHR”, *The European Association of Private International Law*, June 1, 2020, <https://eapil.org/2020/06/01/the-interplay-between-covid-19-and-the-right-to-respect-for-family-life-under-article-8-echr/>, (Erişim Tarihi: 23.09.2020).
- RUSSELL, Jago: “Covid-19 in Europe's Prisons - and the Response”, *EUOBSERVER*, Mayıs 18, 2020, <https://euobserver.com/opinion/148385>, (Erişim tarihi: 25.05.2020).
- SAMANTA, Ash/SAMANTA, Jo: “The Human Rights Act 1998-Why Should it Matter for Medical Practice?”, *Journal of the Royal Society of Medicine*, 98(9), 2005, s.404-410.
- TESSMAN, Lisa: *When Doing the Right Thing is Impossible*, Oxford Univeristy Press, 2017.
- The Report of the European Union Agency for Fundamental Rights: “Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental Rights Implications - Bulletin 1”, 2020, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-coronavirus-pandemic-eu-bulletin_en.pdf, (Erişim Tarihi: 25.04.2020).
- Türk Tabipler Birliği: “Hekimlik Meslek Etiği Kuralları”, https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31. (Erişim Tarihi: 22.06.2020).
- WATT, Nicholas: “Cameron Refuses to Rule Out Leaving European Convention on Human Rights”, *The Guardian*, Haziran 3, 2015, <https://www.theguardian.com/law/2015/jun/03/cameron-refuses-to-rule-out-leaving-european-convention-on-human-rights>, (Erişim Tarihi:

05.06.2020).



- WHITE, Robin C.A./OVEY, Clare: *The European Convention on Human Rights*, 5th ed, OUP, 2010.
Worldometer: “Covid-19 Coronavirus Pandemic”, <https://www.worldometers.info/coronavirus/>.(Erişim tarihi: 22.06.2020).
ZEİDY, Mohamed M. El: “The ECHR and States of Emergency: Article 15-A Domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations”, *San Diego International Law Journal*, 4, 2003, s.277-318.

Davalar

- ECtHR, Amaç ve Okkan v. Turkey, Applications Nos.54179/00, 54176/00, 20.02.2008.
ECtHR, Armani Da Silva v. the United Kingdom, Application No.5878/08, 28.09.2010.
ECtHR, Asiye Genç v. Turkey, Application No. 24109/07, 27.04.2015.
ECtHR, Budayeva and Others v. Russia, Applications Nos.15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, 29.09.2008.
ECtHR, Calvelli ve Ciglio v. Italy, Application No. 32967/96, 17.06.2002.
ECtHR, Cyprus v. Turkey, Application No. 25781/94, 10.05.2001.
ECtHR, Elena Cojocaru v. Romania, Application No. 74114/12, 22.03.2016.
ECtHR, Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania, Application No. 9718/03, 26.10.2011.
ECtHR, Gül v. İsviçre, Application No. 23218/94, 19.02.1996.
ECtHR, Hristozov and Others v. Bulgaria, Applications Nos.47039/11 and 358/12, 29.04.2013.
ECtHR, Lambert and Orhers v. France, Application No.46043/14, 05.06.2015.
ECtHR, Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, Application No. 56080/13, 19.12.2017.
ECtHR, M. Özel and Others v. Turkey, Applications Nos.14350/05, 15245/05 and 16051/05, 02.05.2016.
ECtHR, Mastromatteo v. Italy, Application No. 37703/97, 24.10.2002.
ECtHR, McCann and Others v. the United Kingdom, Application No. 19009/04, 13.05.2008.
ECtHR, Nitecki v. Poland, Application No. 65653/01, 21.03.2002.
ECtHR, Osman v. the United Kingdom, Application No. 23452/94, 28.10.1998.
ECtHR, Öneriyildiz v. Turkey, Application No.48939/99, 30.11.2004.
ECtHR, Pretty v. The United Kingdom, Application No. 2346/02, 29.07.2002.
ECtHR, Scialacqua v. Italy, Application No. 34151/96, 01.07.1998.
ECtHR, Sentges v. The Netherlands, Application No. 27677/02, 08.07.2003.
ECtHR, Zehnalová and Zehnal v. The Czech Republic, Application No. 38621/97, 14.05.2002.
European Commission of Human Rights, Passannante v. Italy, Application No. 32647/96, 01.07.1998.

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KURUMUNDA TELAFİSİ GÜÇ YA DA İMKÂNSIZ ZARAR KAVRAMI VE UYGULANMAKLA ETKİSİ TÜKENEN İDARİ İŞLEMLER

THE CONCEPT OF DIFFICULT OR IMPOSSIBLE DAMAGE TO COMPENSATE AND ADMINISTRATIVE ACTIONS THAT END OF EFFECT BY IMPLEMENTING IN THE STAY OF EXECUTION

Ahmet Talha TETİK*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 24/03/2020
Kabul: 15/12/2020

Anahtar Kelimeler

Yürütmenin Durdurulması, Telafisi Güç Ya Da İmkansız Zarar, Uygulanmakla Etkisi Tüklenen İşlemler.

Article Info

Received: 24/03/2020
Accepted: 15/12/2020

Keywords

Stay of Execution, Irreparable Harm, Administrative Actions That End of Effect By Implementing.

Özet

Yürütmenin durdurulması kurumu, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27/2. ve Anayasanın 125/5. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu açıdan yürütmenin durdurulması, hem yasal hem de anayasal bir kurumdur. Anılan düzenlemelerde yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için esasa ilişkin iki şart öngörülmüştür. Bu şartlardan ilki idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması; diğeri ise idari işlemin yürütülmesi halinde telafisi güç ya da imkansız zararların doğacak olmasıdır. Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için söz konusu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Yürütmenin durdurulması kurumunun esasa ilişkin şartlarından birisi olan “telafisi güç ya da imkansız zarar” kavramının daha önce müstakil bir çalışmaya konu edilmediği görülmektedir. Bu açıdan “telafisi güç ya da imkansız zarar” kavramının, teorik ve pratik boyutlarıyla çerçevesinin çizilmesi önem arz etmektedir. Telafisi güç ya da imkansız zarar kavramının hukukumuzda girişi, kavramın Türk idare hukuku öğretisinde yorumlanması ve idari yargı mercilerinin kavrama bakış açısı çalışmamız kapsamında ele alınmaya çalışılacaktır. Telafisi güç ya da imkansız zarar kavramı özelinde uygulanmakla etkisi tükenen işlemler de öğretilerdeki görüşler ve yargı kararları ışığında ele alınacaktır.

Abstract

The stay of execution is regulated in the article 27/2 of the Administrative Judicial Procedure Law and article 125/5 of the Constitution. In this respect, the stay of execution is both a legal and constitutional term. In the aforementioned regulations, two conditions were stipulated in order to make a decision to stay the execution. The first of these conditions is that the administrative process is clearly unlawful; the other is that if the administrative process is carried out, irreparable or impossible losses will arise. In order to make a decision to stay the execution, the two conditions must be fulfilled together. It is seen that the concept of “difficult or impossible damage to compensate”, which is one of the essential conditions of the concept of stay of execution, has not been subject to a separate study before. In this respect, it is important to frame the concept of “difficult or impossible damage to compensate in the stay of execution” with its theoretical and practical dimensions. We will try to address the concept of “difficult or impossible damage to compensate”, inclusion of the concept to our law, its interpretation in the Turkish administrative law doctrine and the understanding of the administrative judicial authorities. Administrative actions that end of effect by implementing in the concept of difficult or impossible damage to compensate will be tackled in the light of the opinions in the doctrine and judicial decisions.

I. GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından birisi idarenin işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasıdır. Bu da mevcut idari yargı sistemimizde iptal davası sayesinde mümkün olmaktadır. Diğer bir ifadeyle iptal davası hukuk devleti ilkesi ile yakından ilişkili¹ ve onun yapı taşı pozisyonundadır. İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının neticesi olarak idari işleme karşı iptal davası açılması, o idari işlemin yürütmesini durdurmamaktadır². Bu durum 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27/1. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Ancak iptal davasının neticelenmesinin uzun vakit alması idare edilenlerin haklarına tam anlamıyla kavuşamamalarına neden olmaktadır. Bazı durumlarda da mahkeme iptal kararı verse bile kararın uygulanması imkansız hale gelebilmektedir. Örneğin yıkım kararına karşı açılan bir davada, yıkım gerçekleştikten sonra iptal kararı verilmesi durumunda aynen tazminin mümkün olmadığı bir durum ortaya çıkmaktadır³.

Durum böyle olunca idare edilenlerin haklarının gereği gibi korunabilmesi ve hukuka olan güvenlerinin sarsılmaması için birtakım enstrümanlara ihtiyaç duyulmuş ve bu amaçla da yürütmenin durdurulması kurumu kabul edilmiştir. Bu yönüyle yürütmenin durdurulması kurumunun, bir anlamda iptal davalarının mütemmim cüzü niteliğinde olduğu ve onu anlamlı kıldığı ifade edilebilir⁴. İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanma ayrıcalığı karşısında, idare edilenler açısından bir denge aracı olarak yürütmenin durdurulması kurumu öngörülmüştür⁵. İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasıyla idare lehine bozulan terazinin dengesi, yürütmenin durdurulması kurumuyla bir anlamda dengelenmeye çalışılmıştır.

Yürütmenin durdurulması kurumu, İYUK'un 27/2. ve Anayasanın 125/5. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu açıdan yürütmenin durdurulması, hem yasal hem de anayasal bir kurumdur. Anılan düzenlemelerde yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için esasa ilişkin iki şart öngörülmüştür. Bu şartlardan ilki idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması; diğeri ise idari işlemin yürütülmesi halinde telafisi güç ya da imkansız zararların doğacak olmasıdır. Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için söz konusu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

II. TEORİK OLARAK TELAFİSİ GÜÇ YA DA İMKANSIZ ZARAR KAVRAMI

A. Genel Olarak Telafisi Güç ya da İmkansız Zarar Kavramı

Telafi kelime olarak “*kötü bir etkiyi veya sonucu başka bir etki ile yok etme, karşılama, yerine koyma*” anlamına gelmekteyken⁶; hukuki olarak “*zararı karşılama; giderme; eksikliği giderme*” anlamına gelmektedir⁷. Telafinin güç olması ile bir zararın giderilmesinin mümkün olmakla birlikte birtakım zorluklar barındıracağı; imkansız olmasıyla da bir zararın giderilme ihtimalinin bulunmaması anlaşılır. Ancak idari işlemin uygulanması nedeniyle bir zarar ortaya çıkması durumunda İYUK m.12 kapsamında zarar görenler açacakları tam yargı davası ile zararlarının tazminini isteyebileceklerdir⁸. İdari yargıda aynen tazmin değil nakden tazmin ilkesi geçerlidir. Kişiler idari işlemin sebep olduğu maddi ya da manevi zararların karşılığı olarak ancak belirli bir miktar paranın ödenmesini talep edebilir. Yine temel örnek üzerinden ifade edecek olursak, hukuka aykırı bir yıkım kararı sonucunda evi yıkılan bir kişi, yıkım gerçekleştikten sonra işlem iptal edilse dahi mahkemeden, evinin idare tarafından inşa edilmesini talep edemeyecektir. Ancak yıkımdan dolayı uğradığı maddi ve manevi zararların parasal karşılığını isteyebilecektir. İdare tarafından tazminat ödenmekle de hukuken kişinin zararı karşılanmış kabul edilecektir. Hal böyle olunca hiçbir zararın telafisinin imkansız olmadığı sonucuna varılabilir

¹ ÇALIŞ, Hande Sena, İdari Yargının Varlık Sebebi Olarak İptal Davası, Ankara 2018, s.55.

² KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 5. Baskı, Bursa 2019, s.445.

³ KAPLAN, s.446; ÇAGLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2019, s.578; CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Ankara 2012, s.692; ODYAKMAZ, Zehra/KAYMAK, Ümit/ERCAN, İsmail, İdari Yargı, 11. Baskı, İstanbul 2015, s.155; AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s.369.

⁴ ASLAN, Zehreddin, İdari Yargı'da Yürütmenin Durdurulması, İstanbul 1994, s.16; ÖZAY, İl Han, Yürütmenin Durdurulması Ya Da Bilimsel Temcit Pılavı”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s.375.

⁵ ÖZAY, İl Han, Gün Işığında Yönetim II Yargısal Korunma, İstanbul 2010, s.252; YAŞAR, Hasan Nuri, “Fransız İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması”, İHİD., 12(1-3), 1991, s.345.

⁶ sozluk.gov.tr, e.t. 25.11.2019.

⁷ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 10. Baskı, Ankara 2011, s.1357.

⁸ BERK, Kahraman, “İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Değerlendirmeler (III): Savunma Alınıncaya Kadar Yürütmenin Durdurulması Kararının Hukuki Niteliği”, İKÜHFD., 8(1), s.1-2.

ÖZAY'a göre, "Hukukta telafisi imkansız zarar yoktur. Ölüm bile, maddi ve manevi bir zarar olarak tazmin edilebildiğine göre, bunu "eski hale getirilmesi ya çok güç ya da imkansız bir durum" şeklinde anlamak gerekir"⁹.

Telifisi güç ya da imkansız zarar kavramındaki zarar, maddi ya da manevi olarak karşımıza çıkabilir¹⁰. Manevi zararlar da kavramın içinde mütalaa edilmektedir. Konuya örnek olarak verilebilecek bir Danıştay kararına konu olan olayda, yurt müdürlüğünde sosyal çalışmacı olarak görev yapan bir kamu görevlisi, girdiği sınav sonucunda başka bir kamu kurumunun sosyal çalışmacı kadrosuna yerleşmiştir. Kurum amirine söz konusu kadroya atanmasına muvafakat verilmesi istemiyle başvuruda bulunmuş; personel ihtiyacı gerekçe gösterilerek başvurusu reddedilmiştir. Red kararının iptali ve yürütmesinin durdurulması talebiyle açılan davada Danıştay, "Dava konusu işlem, davacının sınav sonucu atanmaya hak kazandığı görevinden ayrı kalması sonucunu doğurmakta, işlemin hukuka aykırı olduğu saptanmasına rağmen uygulamanın sürdürülmesi, davacı yönünden telifisi güç zarara neden olmaktadır. Zira davacı, işlemin kurulduğu tarih ile hukuka aykırı olduğunun tespit edildiği tarih arasında yıpranmakta, hukuka aykırı işlemde ötürü katlandığı durumun telifisi olanaksız bulunmaktadır" ifadelerine yer vererek dava konusu işlemin ve idare mahkemesi kararının yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir¹¹.

Bir öğretmenin naklen atama işlemi ile ilgili bir davada ise Bölge İdare Mahkemesi "... dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğu saptanmasına rağmen uygulanması halinde davacı hakkında manevi yönden telifisi güç ve imkansız zararlara yol açacağı, davacının aile birliğinin bozulacağı tartışmasızdır" ifadelerine yer vermiştir¹².

Açıklamalardan anlaşıldığı üzere buradaki zarar kavramından teknik anlamdaki karşılığı anlaşılmalıdır. Her ne kadar zarar ifadesi maddi ve manevi zararı ihtiva etse de mutlak olarak maddi ve manevi zarara eşit değildir¹³. Telifisi güç ya da imkansız zarar ifadesiyle eski durumun tekrar sağlanmasının mümkün olmaması kastedilmektedir¹⁴. İptal kararından sonra idari işlem hiç tesis edilmemiş gibi tekrar eski duruma dönülme imkanı bulunamayacaksa telifisi güç ya da imkansız zarardan bahsedilir¹⁵. Diğer bir ifadeyle ileride verilecek iptal kararının uygulanmasının mümkün görünmemesi; iptal kararının "etkisiz" kalması söz konusu olmalıdır¹⁶. Nitekim yürütmenin durdurulması kurumunun temel amacı da ileride verilecek iptal kararının etkisiz ve anlamsız kalmasını engellemek¹⁷; diğer bir ifadeyle iptal kararının "havada kalmasına" izin vermemektir. Danıştayın bir kararında ise kavramla ilgili şu ifadeler yer verilmiştir:

"... dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğu saptanmasına rağmen uygulamanın sürdürülmesi, tüm eylem ve işlemleri hukuka uygunluk karinesine dayanan hukuk devleti ilkesine aykırı bir durum yaratacak, davacı yönünden telifisi güç zarara neden olacaktır. Zira işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmemesi halinde, hukuka aykırı bulunan işlemin etki alanına bağlı olarak ilgili açısından oluşacak zarar, işlemin uygulanmasına devam olunmasıyla artacak, yargılamanın sonunda verilecek iptal kararı ile önceki halin iadesi zorlaşacaktır"¹⁸.

Zarar kavramı değerlendirilirken, idari işlemin konusu ile birlikte o işleme muhatap olan davacının durumu da dikkate alınmalıdır¹⁹. Yürütmenin durdurulması kurumunun temel amacı, kamu gücünün çıkarlarının korunması değildir²⁰. İşlemleri hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idare karşısında idare edilenleri koruyarak bir anlamda dengenin sağlanmasıdır. Bir işlemin herkes açısından telifisi güç zararlar doğuracağını iddia etmek mümkün değildir.

⁹ ÖZAY, Günışığında Yönetim, s.251, dn. 167.

¹⁰ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetel Yargı, 13. Baskı, Ankara 1999, s.454; YILDIRIM, Ramazan/ÇINARLI, Serkan, Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Ankara 2018, s.250; SANCAKDAR, Oğuz, İdari Yargılama Hukuku (Genel Esaslar), 3. Baskı, 2019, s.193; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.369; KOÇAK, Nazım Taha, Dilekçe Örnekleriyle Yürütmenin Durdurulması, Ankara 2017, s.52; DERĐMAN, Cengiz, İdari Yargının Genel Esasları, 3. Baskı, Bursa 2014, s.321.

¹¹ D5D, T. 06.10.2015, E. 2015/4229, K. YD., www.lexpera.com.tr, e.t. 21.11.2019; "... ailesinin İstanbul'da oturduğu, ayrı bir şehirde oturmak zorunluluğunun öğrenciye getireceği maddi ve manevi zararların telifisinin imkansız olacağı da açık bulunmaktadır", İstanbul BİM., T. 27.06.1991, İtiraz No: 1991/672, K. YD., akt. ASLAN, Zehreddin, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Yargılaması İle Birlikte), Ankara 2019, s.255.

¹² İzmir BİM. 1. İDD., T. 08.08.2017, E. 2017/381, K. YD., www.lexpera.com, e.t. 29.11.2019.

¹³ TİRYAKİ, Refik, "İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Bazı Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, (2), 2002, s.198.

¹⁴ ASLAN, s.49.

¹⁵ ÖZAY, Günışığında Yönetim, s.251.

¹⁶ ASLAN, s.49; ÇAĞLAYAN, s.578.

¹⁷ ÇAĞLAYAN, s.578.

¹⁸ D5D, T. 10.08.2015, E. 2015/3782, K. YD., www.lexpera.com, e.t. 02.12.2019.

¹⁹ TEKİNSOY, M. Ayhan, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Ankara 2013, s.170; DUGRIP, Oliver, Les Procédures d'urgence devant les Juridictions Administratives, Paris 1986, s.509'dan akt. ÇAĞLAYAN, s.578.

²⁰ ASLAN, s.52.

Özellikle parasal bir meblağın ödenmesine yönelik işlemler bu konuda önem arz etmektedir²¹.

Yürütmenin durdurulmasını talep eden taraf merkezinde zarar kavramı değerlendirilerek işlemin yürütülmesi halinde eski durumun tekrar sağlanabilme imkanı incelenmelidir. Ancak zarar şartının yalnızca davacı açısından değerlendirilmesi her zaman geçerlilik arz etmeyecektir²². Özellikle tüzel kişilerin düzenleyici işlemlere açtıkları davalarda zarar şartı, davacı açısından değerlendirilemeyecektir. Bu tür davalarda, yürütmesinin durdurulması talep edilen işleme muhatap kişiler açısından bir değerlendirme yapılması gerekecektir.

Konuya örnek olarak, ÖSYM Yönetim Kurulunun 2014 yılında YGS sorularının yüzde yirmisinin yayınlanmasına yönelik aldığı karara karşı Baronun yürütmenin durdurulması talepli açtığı iptal davası verilebilir. Zarar şartının doğrudan davacı baro üzerinde doğduğu savunulabilecek midir? Kısmen Baronun da söz konusu karardan etkilendiği ifade edilebilirse de doğrudan zarar şartına muhatap olduğu söylenemeyecektir. Ya da bir çevre derneğinin termik santrallerle ilgili bir idari işleme karşı açtığı davada da aynı değerlendirme yapılabilecektir. Bu sonuç iptal davalarının objektif niteliğinden kaynaklanmaktadır²³. Bu nedenle zarar şartının doğrudan davacı merkezinde değerlendirilmesi yanlış bir sonuca varılmasına yol açabilecektir. Bu tür davalardaki yürütmenin durdurulması taleplerinde, zarar şartının dava konusu idari işleme muhatap olan kişiler nezdinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilebilir.

İYUK ve Anayasa'daki "telafisi güç ya da imkansız zarar" kavramı ile ilgili son olarak dil bilgisi açısından bir noktaya daha temas etmekte fayda vardır. Gerçekten de hukuk sistemimizde (her ne kadar gerçek anlamda telafisi mümkün olmasa da) ölüm olayı dahi tazminata hükmedilmek suretiyle telafi edilmiş kabul edilmektedir. Bu açıdan bakıldığında hukuk sistemimizde telafisi imkansız zarar diye bir kavramın bulunmadığı savunulabilir. Ancak bu görüş savunulduğunda esasa ilişkin iki şarttan birisi hiçbir zaman gerçekleşmeyeceği için yürütmenin durdurulması kararı hiçbir zaman verilemeyecektir. Bu yönüyle telafisi güç kavramının telafisi imkansız ifadesini de kapsadığı düşünüldüğünde "telafisi güç ya da imkansız zarar" ifadesi yerine 521 sayılı Kanunun Ek 1. Maddesinde olduğu gibi "telafisi güç durum" ifadesinin kullanılması daha uygun görünmektedir.

B. Kavramın Hukukumuza Girişi

Yürütmenin durdurulmasına ilişkin hükümlerin, ilk olarak 22 Kasım 1925 tarihinde kabul edilen 669 sayılı Şurayı Devlet Kanununda yer aldığı anlaşılmaktadır²⁴. Kanunun 46. maddesine göre, "*Şûrayı devlete dava ikame olunması ve Şûrayı devletin hükümlerine karşı turuku muayyenei kanuniyeye müracat edilmesi icrayı, tehir etmez. Ancak Deavi dairesince yahut heyeti ale'niyece tehiri icraya karar verilebilir. Fakat kavanini mahsusanın tehir ve ademi tehiri icraya müteallik ahkâmı mahfuzdur*"²⁵.

Daha sonra 1938 yılında kabul edilen ve 669 sayılı kanunu yürürlükten kaldıran 3546 sayılı Devlet Şurası Kanununun 55. maddesi²⁶ ve 1964 yılında kabul edilen 521 sayılı Danıştay Kanununun 94. maddesinde²⁷ de benzer hükümler yer almıştır.

Yukarıda zikredilen hükümler incelendiğinde yürütmenin durdurulması kararının verilmesi ile ilgili esasa ilişkin herhangi bir şartın düzenlenmediği görülmektedir²⁸. Öğretide, kanunda herhangi bir şart düzenlenmediğinden bahisle konunun tamamen Danıştayın takdirinde olduğu ifade edilmiştir²⁹. Ancak herhangi bir şart öngörülme dahi yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için telafisi imkansız zararların doğma ihtimalinin bulunması gerektiği de ileri

²¹ İdari yargı mercilerinin bu konuda verdiği kararlar için bkz. s.17-18.

²² KOÇAK, s.54.

²³ KOÇAK, s.55.

²⁴ TEKİNSOY, s.59.

²⁵ www.tbmm.gov.tr/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400669.pdf

²⁶ "İdari dava açılması ve kararın tashihi talebi icrayı tehir etmez. Ancak Dava Daireleri ile Dava Daireleri umumî heyeti taleb vukuunda teminat almak şartile icranın tehirine karar verebilirler", www.resmigazete.gov.tr/arsiv/4098.pdf.

²⁷ "Danıştayda idari dâva açılması ve kanun yollarına başvurulması itiraz olunan idari işlemlerin veya yargı kararının yürütülmesini durdurmaz. Şu kadar ki, dâva daireleri ile Dâva Daireleri Kurulu, taraflardan birinin isteği halinde, teminat karşılığında yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Ancak halin icabına göre, iptal dâvalarında yetkili daire veya kurul teminat aramıyabilir", www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc048/kanuntbmmc048/kanuntbmmc04800521.pdf.

²⁸ GÜNEŞ, Turan, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Ankara 1966, s.49; TEKİNSOY, s.61; ŞEN, Mahmut, "İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması Kurumunun Evrensel Normlara Uyumu", TBBD., Y. 2014, S.112, s.171.

²⁹ "Kanun maddesi tehiri icra kararı verilebilmesi için hiçbir şart öngörmemektedir. Binaenaleyh, bunun tamamen Danıştayın takdirine bırakıldığını kabul etmek gerekir. Danıştay kendi kanaatine göre tehiri icrayı gerektiren bir hal varsa onu verecektir. Binaenaleyh, sanıyorum ki hukuk açısından Danıştayın herhangi bir konuda vermiş olduğu yürütmenin durdurulması kararını, kanun sınırlarını aşan bir karar diye tenkit etmenin imkanı yoktur.", GÜNEŞ, s.49.

sürülen görüşler arasındadır³⁰. Ayrıca kanunda yürütmenin durdurulmasına ilişkin herhangi bir şart düzenlenmemesinin idari yargılama hukukunun “içtihadilik” özelliğine uygun düştüğü; kanunla bir alanın düzenlenmesinin faydaları olsa da içtihat hukukunun gelişimini sınırlayacağı ve bu nedenle idare hukukunun zarar görebileceği belirtilmiştir³¹. Bu konuda Danıştayın tutarlı bir içtihat oluşturarak yürütmenin durdurulmasına ilişkin usul ve şartları ortaya koyması gerektiği ifade edilmiştir³².

1973 yılına gelindiğinde ise 1740 sayılı Kanunla 521 sayılı Kanuna eklenen Ek. Madde 1 ile yürütmenin durdurulması kararının hangi şartlarda verileceği düzenlenmiştir³³. Hükme göre, “Danıştay Kanununun 94. maddesinde yazılı yürütmeyi durdurma kararları, telifisi güç durumlar ortaya çıkması veya dilekçede ileri sürülen hususların dosyanın durumuna göre ciddi ve idari veya yargı kararının iptalini haklı gösterecek nitelikte olması halinde verilebilir”³⁴.

Kanun koyucunun söz konusu düzenlemeyle yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini birtakım şartlara bağlamasının sebebi olarak Danıştayın yürütmenin durdurulması kararı verirken yeteri kadar dikkat ve özen göstermemesi, kararlarında istikrar sağlayamaması ve siyasi iktidarların verilen kararlardan rahatsızlık duymaları olarak göstermiştir³⁵.

Görüldüğü üzere yürütmenin durdurulmasına ilişkin şartlar, ilk olarak 1973 yılında 1740 sayılı kanunla getirilmiştir. Maddeye göre esasa ilişkin alternatif iki şart aranmakta; diğer bir ifadeyle iki şarttan birisinin gerçekleşmesi yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için yeterli sayılmaktadır³⁶. Bunlardan birisi “telifisi güç” durumların ortaya çıkması diğeri ise davacının ileri sürdüğü hususların “ciddi” ve iptal kararı verilmesini “haklı” gösterecek nitelikte olmasıdır. Ancak uygulamada Danıştayın telifisi güç durumların ortaya çıkması şartını tek başına yeterli görmeyip genellikle iki şartı birlikte arama yoluna gittiği ifade edilmektedir³⁷.

1982 yılında Anayasanın 125/5. maddesindeki “İdari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir” ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27/2³⁸. maddesindeki “Danıştay ve idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler” hükmü ile yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için esasa ilişkin iki şart aranmıştır. Bunlardan ilki yargılamaya konu idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması; diğeri ise işlemin uygulanması ihtimalinde telifisi güç ya da imkansız zararların doğacak olmasıdır³⁹. Anayasanın 125. ve İYUK’un 27. maddesinde açık bir şekilde yürütmenin durdurulması talebinin kabulü için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁰. 2017 Anayasa değişikliğiyle birlikte kaldırılan Askeri idari yargı açısından da mülga Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nda benzer bir düzenleme öngörülmüştü⁴¹.

Anayasanın 125/5. maddesi çıkarıldığı tarihten günümüze hiçbir değişikliğe uğramamış; İYUK’un 27/2. maddesi ise birtakım değişikliklere uğrasa da esasa ilişkin söz konusu iki şart muhafaza edilmiştir. 1982 yılı öncesinde esasa ilişkin şartlar alternatif olarak aranmaktayken; 1982 yılı sonrasında şartların birlikte gerçekleşmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu anlamda yürütmenin durdurulması kararının verilmesinde idari yargı mercilerinin hareket alanının

³⁰ ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, İstanbul 1960, s.1522.

³¹ KIRATLI, Metin, Yürütmenin Durdurulması, AÜSBFD., 21(4), 1966, s.195.

³² KIRATLI, s.195.

³³ OYTAN, Muammer, Danıştay’da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması, Ankara, 1973, s.177.

³⁴ T. 18.06.1973, RGT. 30.06.1973, S.14580.

³⁵ GÖZÜBÜYÜK, s.451; EROĞLU DURKAL, Müzeyyen, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. Maddesi Kapsamında Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, AÜHFD., 65(2), 2016, s.286-287.

³⁶ OYTAN, s.177.

³⁷ YENİCE, Kazım/ESİN, Yüksel, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s.577; AKURAL, Sami, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, 1976 Ankara, s.122; TUNCAY, Aydın/ÖZDEŞ, Orhan/BAŞPINAR, Recep, “Danıştayda Yargılama Usulü”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, 2. Baskı, Ankara 1986, s.716-717.

³⁸ Kanunun ilk halinde, 27/2. madde şu şekildedir: “Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler”, www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17580.pdf.

³⁹ KAPLAN, s.446-447.

⁴⁰ ÇAĞLAYAN, s.578.

⁴¹ “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde idari dava açılması ve kanun yollarına başvurulması itiraz olunan idari işlemlerin veya yargı kararlarının yürütülmesini durdurmaz. Şu kadar ki idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir”.

daraltıldığı görülmektedir.

1982 yılı öncesinde kanunda “telafisi güç durumlar” ifadesi yer almaktayken; 1982 yılı sonrasında “telafisi güç ya da imkansız zarar” ifadesi yer almıştır. Böylelikle kavramın ilk olarak 1982 yılında mevzuatımıza girdiği anlaşılmaktadır.

Telafisi güç zararın yanında telafisi imkansız zarar ifadesine de yer verilmesindeki maksat anlaşılır gözükmemektedir. Telafisi imkansız olan zarar, aynı zamanda telafisi güçtür. Telafisi güç olduğu anlaşılan bir zararın telafisinin imkansız olup olmadığının araştırılmasına geçilmeyecektir. Telafisi güç zarar kavramının telafisi imkansız zarar kavramını da kapsar nitelikte olmasından dolayı telafisi güç zarar kavramına yer verilmesinin yeterli olduğu; ayrıca telafisi imkansız zarar kavramına yer verilmesinin mantık hatasına yol açtığı ifade edilebilir⁴². Ancak kanunda böyle bir ifadeye yer verilmesinin sebebi olarak, kanun koyucunun yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için telafisi imkansız bir zarar aranmasının zorunlu olmadığına dikkat çekmek olduğu gösterilebilir. Diğer bir ifadeyle kanun koyucunun, telafisi güç zarar durumunda yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesine vurgu yapmak amacıyla böyle bir düzenlemeye gittiği söylenebilir.

Bilindiği üzere idari yargıda iptal kararları geriye yürür niteliktedir. Mahkeme idari işlemin iptaline karar verdiğinde sanki o işlem hiç tesis edilmemiş gibi geriye dönük olarak hukuk aleminden silinir. Dava neticelenip mahkeme iptal kararı verdiğinde, eski durumun tesisi sağlanamayacaksa verilen iptal kararının bir anlamı kalmayacaktır.

C. Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İdari İşlemler

Hangi durumlarda telafisi güç ya da imkansız zararların ortaya çıkacağı kategorik olarak önceden ortaya koyabilmek mümkün görünmemektedir⁴³. Ancak birtakım işlemlerin uygulanmasıyla ortaya telafisi güç ya da imkansız zararların ortaya çıkacağı kabul edilebilir⁴⁴. İYUK'ta 2012 yılında 6352 sayılı kanunla yapılan değişiklikte ortaya çıkan “uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemler” kategorisi bu konuda örnek teşkil eder niteliktedir.

İYUK m.27/2'de “Uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir” hükmü yer almış; ancak uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemlerin tanımına yer verilmemiştir. Anılan maddenin gerekçesinde ise bu tür idari işlemler “yıkım ve sınır dışı etme gibi” ifadeyle örnek kabilinden sayılmakla yetinilmiştir. 2012 yılında 6352 sayılı kanunla İYUK'a söz konusu düzenleme eklenmeden önce de idari yargı mercilerince idarenin savunması alınmıyacağı kadar yürütmenin durdurulması kararı verilmekteydi. Ancak bu uygulama kanuni dayanaktan yoksun bir haldeydi⁴⁵.

Anayasa Mahkemesi bir kararında uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemleri “uygulandığı anda telafisi güç veya imkansız zararların doğması ihtimali bulunan” idari işlemler olarak tanımlamıştır⁴⁶.

Danıştay ise kavramı, “uygulanmakla tamamlanan, uygulandıkları takdirde telafisi güç ya da imkansız olacak zararın gerçekleştiği veya gerçekleşme olasılığı bulunan, bu özellikleri itibarıyla da haklarında acil olarak karar verilmesi gereken işlemler...” olarak tanımlamıştır⁴⁷.

İdare mahkemeleri genellikle kavramı tanımlama yoluna gitmeseler de bir idare mahkemesi kararında “... uygulanmakla etkisi tükenen nitelikteki idari işlemlerin, uygulanmakla tamamlanan, uygulandıkları takdirde geri döndürülemez sonuçlara yol açma olasılığı bulunan, bu özellikleri itibarıyla da haklarında acil olarak karar verilmesi gereken işlemler olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır” ifadelerine yer verildiği görülmektedir⁴⁸.

⁴² YENİCE/ESİN, s.578; ÖZAY, s.380, dn. 5.

⁴³ KIRATLI, s.189.

⁴⁴ TEKİNSOY, s.171.

⁴⁵ DEMİRKOL, Selami, “İdari Yargılama Usulünde ‘Savunmaya Kadar Kabul’ Olgusu (İdari Yargı(cın)/nın Var Olduğunun Doğrulanması)”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 84, S.1, Y. 2010, s.95 vd.; BİLGİN, Hüseyin, “Üçüncü Yargı Paketinde İdari Yargılamanın Hızlandırılmasına İlişkin Getirilen Yenilikler”, TBBD., (103), 2012, s.314.

⁴⁶ AYM, T. 04.07.2013, E. 2012/100, K. 2013/84, RGT. 02.08.2013, S.28726.

⁴⁷ D15D, T. 18.03.2016, E. 2016/1583, K. YD., www.lexpera.com, e.t. 29.11.2019; D15D, T. 17.06.2016, E. 2016/5251, K. YD. (Karar Yayınlanmamıştır).

⁴⁸ Rize İdare Mahkemesi, T.26.12.2014, E.2014/744, K. YD., akt. EVSEN, Fuat, Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İdari İşlemler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s.58.

Başka bir idare mahkemesi kararında ise uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerle ilgili şu tespitleri yapmıştır:

“2577 sayılı Kanunun iptal davası açabilmek için öngördüğü 60 günlük süre dava açıldıktan sonra mahkemece yapılacak usulü işlemler için tanıdığı süreler gözetildiğinde idarece tesis edilen işlemde icra tarihinin belirtilmemiş ve hemen icra edilebilir olması, söz konusu zaman aralığının dava açılması halinde mahkemece çözümlenebilmesine yetecek makul bir süreden az olması ve yine işlemin icrası halinde doğacak zararın telafisi imkansız olması halleri, hukuka aykırı bir durumun varlığını ortaya koymaktadır. Zira işlemin icrasından sonra hukuka uygunluk denetimi yapılarak uyumsuzluğun esasının çözümlenmesi suretiyle mahkemece verilen kararın artık uygulanma imkanı kalmayacaktır. Bu haliyle Anayasanın 125. maddesi ile tanınan yargısal denetimi engelleyecek nitelikteki idari uygulamaların hukuk devleti anlayışı ile bağdaştırılması da mümkün değildir”⁴⁹.

Kararda idari işlemlerin re’sen icra edilebilir olmalarına ve icra zamanının belirli olmadığı durumlara dikkat çekilmiştir. Ayrıca idarenin bu tür işlemleri derhal icra etmesi durumunda yargı denetiminin etkisiz hale getirildiği ve telafisi imkansız zararlara neden olduğu ifade edilmiştir. Bu işlemlere karşı derhal yürütmenin durdurulması kararı verilmediği takdirde verilecek iptal kararının anlamsız kalacağı ve bu durumun hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı açık bir şekilde özetlenmiştir.

Öğretilde, kanunun gerekçesinden hareketle uygulanmakla etkisi tükenen olan işlemler, “aynen tazminin mümkün olmadığı telafisi imkansız zararlar doğuracak işlemler”⁵⁰ ve “yapılmakla telafinin imkansız hale geldiği işlemler”⁵¹ olarak tanımlanmaktadır. Uygulandıkları zaman telafisi güç veya imkansız zararlar doğuracak olan bu nedenle derhal yürütmenin durdurulması kararı verilmesi gereken idari işlemler bu kategoriye dahil kabul edilmektedir⁵².

Uygulanmakla etkisi tükenen işlemlerde tükenen etkinin maddi mi yoksa hukuki mi olduğu kanunun hazırlık aşamasında Adalet Komisyonunda birtakım tartışmalara neden olmuştur⁵³. Ancak bu konuda anlaşılması gereken idari işlemin maddi etkisinin tükenmesidir⁵⁴. Kişilerin hukuki durumlarında değişiklik yapan idari işlemlerden bazıları, maddi alemde de birtakım değişiklikler meydana getirir. Ancak bu değişiklikler neticesinde tekrar eski durumun tesisi mümkün olmayabilir. Diğer bir ifadeyle daha sonra işleme dair verilecek bir iptal kararının uygulanması imkansız olabilir. Dolayısıyla idari işlemin maddi aleme aktarılan etkisinin geri dönülemez neticelere yol açması olarak ifade edilebilir⁵⁵. Yoksa idari işlemin hukuki etkisinin tükenmesi kast edilmemektedir. Aksi halde söz konusu işlemlerin iptal davasına konu olamayacağını ileri sürmek gerekecektir⁵⁶.

Görüldüğü üzere öğreti ve içtihatlarda uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemler, telafisi güç ya da imkansız zarar kavramıyla bağlantılı olarak tanımlanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerin tamamı telafisi güç ya da imkansız zarar doğurma niteliğine sahipken; telafisi güç ya da imkansız zarar doğuran idari işlemlerin hepsi uygulanmakla etkisi tükenen işlem değildir.

⁴⁹ Hatay 1. İdare Mahkemesi, T. 05.04.2018, E. 2018/606, K. YD. (Karar Yayınlanmamıştır).

⁵⁰ TEKİNSOY, s.171.

⁵¹ YILMAZ, Dilşat, İdari İşlemin İcraikil Özelliği, Ankara 2014, s.37.

⁵² GÖK, Hasan, “İdari Yargıda 6352 Sayılı Kanun İle Meydana Gelen Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, 86(6), 2012, s.118.

⁵³ “Uygulamada, hangi idari işlemin uygulanmakla etkisinin tükeneceğinin tespitinde güçlükler yaşanması kaçınılmaz görünmektedir. İmar planına aykırı binanın yıkılmasına ilişkin kararlar ile sınır dışı etme gibi kararların bu niteliği konusunda, herhangi bir duraksamanın olacağını sanmıyoruz. Ama idare edilenleri, yeni bir statüye sokan ya da yeni bir hukuki durum yaratan öyle işlemler vardırki; bunların uygulanmakla yaratmış oldukları statülerin veya hukuki durumların idare edilenler üzerindeki etkilerinin, idari işlemin mi yoksa idari işlemin uygulanmasıyla doğan yeni statü veya hukuki durumun sonuçları mı olduğu konusunda farklı görüşler vardır. Devlet memurunun emekliye sevk, görevine son verilmesi, Devlet memurluğundan çıkarılması; vergi mükellefiyeti tesisi, işyerinin kapatılması, faaliyetten geçici veya sürekli men; öğrencilikten çıkarma, sınıfta bırakılma gibi örnek olarak çok sayıda verilebilecek idari işlemin durumu böyledir. Bazılarına göre, ilgili yeni statüye veya hukuki duruma sokulmakla, idari işlem uygulanmış ve etkisi tükenmiştir. Bundan sonra devam eden, sokulduğu yeni statünün veya hukuki durumun sonuçlarıdır. Bazılarına göre de, bu yeni statü veya hukuki durum devam ettikçe, idari işlemin etkileri de devam etmektedir. Salt bu görüş farklılığı, uygulamada, içtihat farklılıklarının kaynağı olmaya ve kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlaline yol açmaya adaydır. Kaldı ki; eğer, uygulanmakla etkisi tükenmeyen işlem, uygulandığında telafisi güç ya da imkansız zararlar doğuruyorsa; bu, etkisinin devamı süresince zarar doğurmaya devam edeceği anlamına gelir ki, bu tür işlemlerin yürütülmesinin öncelikle durdurulmasına özellikle ihtiyaç vardır”, 6352 sayılı kanunun Adalet Komisyonunda kabul edilen metnine ilişkin yazılan muhalefet şerhi, TBMM Adalet Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi 124, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 278, s.138.

⁵⁴ TEKİNSOY, s.182.

⁵⁵ YILMAZ, s.37.

⁵⁶ TEKİNSOY, s.182.

İYUK'un 27/2. maddesine göre uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemlerde savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere idarenin savunması alınmadan da yürütmenin durdurulması kararı verilebilmektedir. İdarenin savunması alındıktan sonra tekrar karar verilebilmesinden dolayı bu durumda verilen yürütmeyi durdurma kararı için “geçici yürütmenin durdurulması kararı” ifadesi de kullanılmaktadır⁵⁷.

Telifisi güç ya da imkansız zarar doğurma yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için genel bir şarttır. Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için bu şartın sağlanmış olması gerekmektedir. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan işlemlerde ise bu şartın en baştan sağlandığı görülmektedir. Bu açıdan uygulanmakla etkisi tükenecek olan işlemlerle, diğer telifisi güç ya da imkansız zarar doğuracak olan idari işlemler arasında “aciliyet” yönünden bir fark oluştuğu ifade edilebilir.

Uygulanmakla etkisi tükenecek olan işlemlerin tam bir listesinin çıkarılması mümkün görünmemektedir⁵⁸. Ancak öğretilerde örnek kabilinden birçok idari işlem zikredilmektedir. Kanunun gerekçesinde de ifade edildiği gibi yıkım ve sınır dışı etme işlemlerinin bu kategoriye girdiği konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bunlara ek olarak BİLGİN, işyerinin kapatılması ve öğrenciliğe ilişkin bazı davaları⁵⁹; KALABALIK, kamu görevlileri hakkında tesis edilen kısa süreli geçici görevlendirme işlemlerini, kısa süreli yayın durdurma ve bir meslek ya da sanatı belli bir süre icra etmekten men etme işlemlerini⁶⁰; ÇAĞLAYAN, ağaçların kesilmesine dair kararları⁶¹; TEKİNSOY, süreli görevlendirme işlemleri ve trafikten men işlemlerini⁶²; YILMAZ, kamu görevlisinin lojmandan çıkarılması işlemini⁶³; APAYDIN, uzaklaştırma cezası işlemini⁶⁴ örnek olarak vermektedir. DEMİRKOL ise uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler ifadesini kullanmasa da 2012 yılından önceki dönemde aynı anlama geldiği ifade edilen⁶⁵ “savunmaya kadar kabul kararı” verilebilecek işlemleri şu şekilde listelemiştir:

- “Ruhsatlı yapıların ruhsata aykırılıklarından bahisle tesis olunan yıkım işlemleri,
- Personel hareketleri onayında sebep unsuru olarak, soruşturma, inceleme raporu bulunduğu belirtilmeyip, sadece 657 Sayılı Yasa'nın 76. maddesi veya 5442 Sayılı Yasa'nın 8. maddesinin dayanak gösterildiği nakil-atama-yer değişikliği işlemleri,
- Süresi belirtilmeyen geçici görevlendirme işlemleri,
- Lojman tahliye işlemleri,
- İşyeri kapatma işlemleri,
- Faaliyetten men işlemleri,
- İdarenin iznine tabi olup, belirli bir tarihte yapılması gereken faaliyetlere idarece izin verilmemesi içerikli işlemler,
- Öğrencilerin okulla ilişkilerinin kesilmesi ve okuldan uzaklaştırılmaları içerikli işlemler,
- Davanın açıldığı tarih itibarıyla sonraki bir tarihte yapılacak olan ihale işlemleri,
- Ödeme emirleri,
- Haciz işlemleri,
- Haciz sonrası satış işlemleri,
- Teminat mektuplarının nakde çevrilmesi işlemleri
- İdarelerce, makul olmayan kısa süreler verilerek icra olunacağı tebliğ edilen ve/veya yasal dayanağı gösterilmeyen işlemler,
- Temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması sonucunu doğuran nitelikteki idari işlemler (yurt dışı çıkış yasağı, mülkiyet hakkı ihlali, çalışma hakkının engellenmesi gibi)”⁶⁶.

İYUK'un 2. fıkrasına 2014 yılında 6526 sayılı Kanunla eklenen hükme göre, “Kamu

⁵⁷ YILDIRIM/ÇINARLI, s.248; TEKİNSOY, s.183; KAPLAN, s.448.

⁵⁸ EVSEN, s.103.

⁵⁹ BİLGİN, s.314, dn. 7.

⁶⁰ KALABALIK, s.317.

⁶¹ ÇAĞLAYAN, s.575.

⁶² TEKİNSOY, s.182, dn. 296, s.183, dn. 297.

⁶³ YILMAZ, s.37.

⁶⁴ APAYDIN, Bahadır, “6352 Sayı ve 02.07.2012 Tarihli Kanun ile İYUK'ta Yapılan Yeniliklere Dair Bir İnceleme” İHİD., 15(2), 2012, s.60.

⁶⁵ EVSEN, s.101.

⁶⁶ DEMİRKOL, s.95-96. Her ne kadar 2012 yılından önceki dönemde “savunmaya kadar kabul kararı verilebilecek işlemler”, uygulanmakla etkisi tükenen işlemlerin karşılığı olarak ifade edilse de yazarın listelemiş olduğu işlemlerin tümünün uygulanmakla etkisi tükenen işlemler kategorisinde olduğu söylenemez. Örneğin mülkiyet hakkının kısıtlanması sonucunu doğuran kamulaştırma işlemi ya da listede yer alan ödeme emirleri her durumda aynen tazmini mümkün olmayan zararlara yol açmamaktadır.

görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerden sayılmaz”.

Uygulanmakla etkisi tükenen işlemlerden kabul edilen geçici görevlendirme işlemleri⁶⁷, söz konusu düzenlemeden sonra artık bu kategoride kabul edilemeyecektir⁶⁸. Dolayısıyla idari yargı mercileri de kanunda zikredilen işlemlerle ilgili idarenin savunmasını almadan yürütmenin durdurulması kararı veremeyecektir. Söz konusu düzenlemeye karşı Anayasa Mahkemesine başvurulmuş; ancak düzenleme Anayasaya aykırı bulunmamıştır⁶⁹.

Anılan düzenlemenin Anayasaya uygun olduğu yönündeki Anayasa Mahkemesi kararına katılmak güç gözükmektedir. Karardaki karşı oy gerekçelerinde⁷⁰ de ifade edildiği gibi düzenlemeyle kişilerin hak arama hürriyetlerinin sınırlandırıldığı ve bu sınırlamanın ölçülülük ilkesini aşar nitelikte olduğu görülmektedir. Ayrıca bu düzenlemeyle idari yargı mercilerinin takdir yetkisi sınırlandırılarak idari yargılamaya hukukunun içtihadilik özelliğinin kısıtlandığı ifade edilebilir.

Örneğin bir kamu görevlisinin hukuka aykırı bir şekilde kısa süreli olarak geçici görevlendirilmesi işleminde⁷¹ idare mahkemesi söz konusu işlemi uygulanmakla etkisi tükenen bir işlem olarak kabul edemeyecektir. Dolayısıyla yürütmenin durdurulması kararı verebilmesi için idarenin savunmasını ya da savunma süresinin geçmesini beklemesi gerekecektir. Her ne kadar idarenin savunma süresinin kısaltılmasına da karar verilse büyük bir ihtimalle karar verilinceye kadar zaten görevlendirme işlemi uygulanmış ve maddi dünyadaki etkisini tüketmiş olacaktır. Bu andan sonra verilecek bir yürütmenin durdurulması kararının da bir anlamı

⁶⁷ YILMAZ, aksi görüştedir: “Gerçekten de söz konusu işlemler hakkında yürütmenin durdurulması kararının daha geç verilmiş olması, geri dönülemez nitelikte sonuç doğurmayacaktır.”, YILMAZ, s.38.

⁶⁸ KAPLAN, s.448.

⁶⁹ “Yürütmenin durdurulmasına karar verilecek durumları ve hangi hâllerde yürütmenin durdurulmasına karar verilmesinin kanunla sınırlanabileceğini gösteren Anayasa’nın 125. maddesi mutlak bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu bağlamda sadece kamu görevlilerinin, atama ve unvan değişikliği ve görevlendirme gibi işlemlerin, uygulanmakla etkisi tükenen işlemlerden olmayacağını öngören kuralın, Anayasa’nın 125. maddesinde belirtilen koşulları değiştiren veya bu koşullara aykırılık teşkil eden bir düzenleme olmayıp, idareye, yöneltilen bir iddia karşısında kendisini savunabilme imkanı sağlayan bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle kuralın Anayasa’nın 125. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. ... Bu çerçevede kuralda, idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecek idari işlemler, kamu görevlilerinin atanması, unvan değişikliği ve görevlendirilmesi gibi idari işlemler şeklinde belirlenmiştir. Söz konusu işlemlerin mahiyeti itibarıyla sadece idarenin savunmasının alınması için gerekli süre nedeniyle meydana gelebilecek gecikmeden dolayı uygulanmakla etkisi tükenen işlemler kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Ayrıca Kanun’un 27. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre yürütmenin durdurulması talepli davalarda Kanun’un 16. maddesinde yazılı süreler kısıtlanabileceği gibi tebliğin memur eliyle yapılmasına da karar verilebilmektedir. Bu bağlamda, idarenin savunmasının alınması nedeniyle meydana gelebilecek gecikmenin en aza indirilmesi için gerekli düzenlemelerin bulunduğu da dikkate alındığında, kuralın söz konusu işlemler hakkında verilebilecek yürütmenin durdurulması kararlarını etkisiz hale getirecek ya da ortadan kaldıracak nitelikte bulunduğu söylenemez. Dolayısıyla söz konusu işlemler yönünden kuralla getirilen sınırlamanın açıkça ölçüsüz olduğu söylenemeyeceğinden kuralda hak arama hürriyetine aykırı bir yön bulunmamaktadır”.

⁷⁰ Kararda iki karşı oy gerekçesi bulunmaktadır. Bunlardan ilki şu şekildedir: “Bu dava konusu ile büyük benzerlik arzeden iki ayrı Anayasa Mahkemesi kararına konu başvurular da; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 105. maddesinin üçüncü fıkrası ile aynı Kanun’un 128. maddesinin ikinci fıkrasıyla yapılan düzenlemelerle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) kararlarına ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) Fon Kurulu’nun kararlarına karşı Danıştayda açılacak davalarda vaki yürütmenin durdurulması istemleri için, duruşma yapılması, kısa (7 gün) bir savunma süresi verilmesi ve savunma alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği yolundaki düzenlemeler Anayasa Mahkemesinin 22.2.2006 tarih ve E.2006/20, K.2006/25 (RG. 10.1.2007; Sayı: 26399) ve 9.3.2006 tarih ve E. 2006/33, K.2006/36 (RG. 10.1.2007; Sayı: 26399) sayılı kararlarıyla ... iptal edilmiştir.

... Hangi idari işlemlerin “uygulanmakla etkisi tükenen işlem” mahiyetini taşıdığı hususu içtihadı ve öğretiyi bırakılmış bir konu olup, idari yargının “içtihadilik” özelliği de bunun doğal sonucudur. Yasakoyucunun bu alana müdahalesi ve kimi işlemleri sayma yöntemiyle bu gruba dahil etmesi; üstelik bunu yaparken hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı biçimde ve ölçülü olmayan şekilde yürütmenin durdurulması kararı verilmesini kısıtlar mahiyette kural öngörmesi karşısında ve Anayasa Mahkemesinin işaret edilen kararları gözetildiğinde; iptali istenen düzenlemenin Anayasa’ya uyarlı düşmediği görülmektedir”. Karardaki diğer karşı oyda ise şu gerekçelere yer verilmiştir: “İdare bir bütündür ve geniş bir takdir alanı içinde hareket edebilir. Tek bir kamu görevlisinin, haklı nedenlere de dayansa, derhal görevinden alınması, görev ve unvanının değiştirilmesi veya geçici görevlendirilmesi, kamu düzeni bakımından hayati önemde sayılmaz. Kaldı ki olağanüstü hal, sıkıyönetim, savaş, seferberlik gibi haller ile milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık gibi özel nedenler yürürlüğün durdurulmasının sınırlandırılacağı haller olarak, Anayasa’da açıkça sayılmak suretiyle belirtilmiştir. Bunların yasa ile genişletilmesi veya Anayasa’da öngörülme yeni sebeplerin yasayla ihdas edilmesi, yasa koyucunun takdir yetkisi dâhilinde değildir.

Öte yandan, kamu görevlisinin disiplin ve ceza soruşturması veya kovuşturmasını gerektirecek derecede sakıncalı haller içerisinde bulunması durumunda ise statü hukukunun ve özel soruşturma ve kovuşturma usullerinin öngördüğü tedbirlerin alınması tabiidir. Bu nedenle kuralın, idare yönünden demokratik bir toplumda zorunlu olduğu, üstün bir kamu yararını gerçekleştirme amacına yönelik bulunduğu söylenemez.

Hukuk devleti ve ölçülülük ilkesi yönünden bakıldığında da kuralın, ölçülü olduğundan söz etmek mümkün değildir. Zira ilgili kamu görevlisinin savunma için beklenene çok kısa süre içerisinde dahi ciddi mağduriyete (örneğin tayin veya nakil dolayısıyla özel ve aile hayatının zarar görmesi) yol açabilecek olan kuralla, yürürlüğün savunma alınmadan durdurulması halinde geçecek sürede, İdare yönünden kişinin mağduriyete üstün tutulacak ne gibi bir kamusal yararın korunduğu anlaşılacaktır. Dolayısıyla, kuralın ölçülülüğünden de söz edilemez”.

⁷¹ ŞEN, s.175; EVSEN, s.134-135.

kalmayacaktır. Ancak daha sonra bir tam yargı davasıyla maddi ve manevi zararlarının tazminini talep edebilecektir. Anayasa Mahkemesi kararındaki gerekçe dikkate alındığında, yüksek mahkemenin telafisi güç ya da imkansız zarar kavramını maddi zarara indirmediği ve kavramın manevi zarar yönünü dikkate almadığı şeklinde bir değerlendirme yapılabilir⁷².

D. Diğer İdari İşlemler

Görüldüğü üzere uygulanmakla etkisi tükenen işlemler yapıları gereği telafisi güç zararlar doğuracak nitelikte kabul edilmektedir. Bu işlemlere karşı açılan iptal davalarında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idarenin savunmasının alınması ya da savunma süresinin geçmesinin beklenmesi gerekmektedir. Ancak bunlar haricinde bir işlem söz konusu olduğunda yürütmenin durdurulması kararı idarenin savunmasının alınması ya da savunma süresinin geçmesi gerekecektir. Bu tür uygulanmakla etkisi tükenen işlemlere nazaran daha az aciliyet arz eden işlemlerin, hangi hallerde telafisi güç zararlar doğurduğunun incelenmesi gerekir. Bu nedenle idari yargı mercilerinin hangi tür işlemlerin ne durumlarda telafisi güç zarar doğurduğuna karar verdiği, ikinci bölümde yargı kararlarından örneklerle incelenmeye çalışılacaktır.

III. İDARİ YARGI KARARLARINDA TELAFİSİ GÜÇ YA DA İMKANSIZ ZARAR KAVRAMI

A. Uygulanmakla Etkisi Tükenen İdari İşlemler

Uygulanmakla etkisi tükenen işlemler İYUK m.27/2’de düzenlenmiştir. Kanunun gerekçesinde kavramın tanımına yer verilmese de bu tür işlemlere örnek olarak yıkım ve sınır dışı etme kararları zikredilmiştir. Bu nedenle öğreti ve içtihatlarda yıkım ve sınır dışı etme kararlarının uygulanmakla etkisi tükenen işlemler kategorisine girdiği konusunda tartışma bulunmamaktadır.

Bir yapı hakkında verilmiş yıkım kararının yürütmesinin durdurulması için idarenin savunmasının alınmasının beklenmesi, savunma alınıncaya kadar yapının idarece fiilen yıkılma tehlikesinin barındırmaktadır. Mahkeme idarenin savunmasını alıp işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verinceye kadar idare yapıyı çoktan yıkmış olabilir. Bu durum daha önce zikredildiği gibi idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının bir sonucudur. Yapı fiilen yıkıldıktan sonra yürütmenin durdurulması ya da iptal kararı verilmesinin artık bir anlamı olmayacaktır. Açılacak bir tam yargı davasında maddi ve manevi tazminat talebi saklı kalmak kaldıyla artık eski halin iadesi mümkün değildir.

Örneğin mahalle muhtarının beyanı üzerine belediye encümenince alınmış bir yıkım kararına karşı açılan davada idare mahkemesi, söz konusu yıkım kararını uygulanmakla etkisini tükenen işlemlerden görerek idarenin savunması alınıncaya kadar yürütmenin durdurulması kararı vermiştir⁷³.

Kanun gerekçesinde zikredilen diğer bir uygulanmakla etkisi tükenen işlem türü sınır dışı etme kararlarıdır. Sınır dışı etme kararları 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 53/1. maddesi gereği Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün talimatı üzerine ya da re’sen valilikler tarafından alınmaktadır. YUKK m.53/3’te ise “*Yabancıнын rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde 54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç, yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez*” hükmü yer almaktadır. Buna göre sınır dışı etme kararına karşı yargı yoluna başvurulması halinde kanunda sayılan istisnalar⁷⁴ haricinde sınır dışı etme işleminin yürütmesi kendiliğinden duracaktır.

Söz konusu hükümler 2013 yılında YUKK’un yürürlüğe girmesiyle birlikte getirilmiştir. YUKK yürürlüğe girmeden önce sınır dışı etme kararlarının yürütmesinin durdurulması konusunda diğer uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemlerden farklı bir düzenleme bulunmamaktaydı⁷⁵. Diğer bir ifadeyle sınır dışı etme kararları da İYUK m.27’deki genel hükümlere tabiydi. Ancak bu dönemde AİHM’in, sözleşmenin 13. maddesi uyarınca Türkiye aleyhine birçok ihlal kararı verdiği görülmektedir⁷⁶.

⁷² ŞEN, s.184.

⁷³ Malatya İdare Mahkemesi, T.01.09.2016, E.2016/914, K. YD., akt. EVSEN, s.105.

⁷⁴ Sınır dışı etme kararı alınacaklar Madde 54: “... b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar

... d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar

... k) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler”.

⁷⁵ GÜNER, Cemil, “Sınır Dışı Etme Kararı ile İlgili İdare Mahkemesi Kararlarının Kesinliği”, İÜHFM., 75(1), 2017, s.91; YİĞİT, Nedime Tuğçe, “Sınır Dışı Etme Kararının İcrasının Erteleme”, SÜHFD., 25(2), 2017, s.579.

⁷⁶ GÜNER, s.93; YİĞİT, s.600-601; EKŞİ, Nuray, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Abdolkhani ve Karimnia-Türkiye Davası,

YUKK hükümleri dikkate alındığında sınır dışı etme kararlarının yürütmesinin durdurulması ile ilgili konumuz açısından tartışılacak bir husus bulunmamaktadır. Zira sınır dışı etme kararına karşı yargı yoluna başvurulduğunda işlemin yürütmesi kendiliğinden duracaktır. Mahkemelerin bu konuda bir karar verme gereği bulunmamaktadır. 6 Aralık 2019 tarihli kanun değişikliğinden önce YUKK m.54/1'in b, d ve k bentlerinde sayılan istisnai durumlarda ancak yürütmenin durdurulması kararı verilebilmekteydi. Zira sayılan durumlarda işleme karşı dava açılması işlemin yürütmesini durdurmamaktaydı. Bu durumda idare mahkemesi diğer şartlarında gerçekleşmesi halinde telafisi güç ya da imkansız zararın doğma ihtimaline binaen yürütmenin durdurulması kararı vermesi gerektiği ifade edilmekteydi.

Ancak 6 Aralık 2019 tarih ve 7196 sayılı Kanununun 75. maddesiyle YUKK madde 53'teki istisnai hüküm madde metninden çıkarılmıştır. Dolayısıyla herhangi bir istisnaya tabi olmaksızın sınır dışı etme kararlarına karşı açılacak iptal davalarında işlemin yürütmesi kendiliğinden duracaktır. Anılan kanun değişikliğinden önce ise idare mahkemeleri sınır dışı etme kararlarını uygulanmakla etkisi tükenen bir idari işlem olarak görmekteydi.

Örneğin Doğu Türkistan uyruklu, Çin vatandaşı bir kişinin, YUKK madde 54 uyarınca sınır dışı edilmesine ilişkin İl Göç İdaresi Müdürlüğü işleminin iptali ve yürütmesinin durdurulması talepli açılan davada, idare mahkemesi “*davacının sınırdışı edilmesine ilişkin işlemin yerine getirilmesi halinde doğacak zararın giderilemeyeceği nedeniyle*” sınırdışı etme işleminin uygulanmakla etkisi tükenen nitelikte olduğundan dolayı idarenin savunması alınmaya kadar yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir⁷⁷.

Başka bir kararda idare mahkemesi, “*işlem, davacının sınırdışı edilmesine ilişkin olduğundan davacı açısından telafisi güç ve imkansız zararların varlığında da duraksamaya yer bulunmamaktadır*” ifadelerine yer vermiştir⁷⁸.

Ancak bazı durumlarda işlemin uygulanması için birtakım prosedür ve bürokratik işlemlerin yapılması gerektiğinden ve bu prosedürlerin belirli bir zaman almasından dolayı mahkemelerin aksi yönde karar verdiği de ifade edilmektedir⁷⁹.

Uygulanmakla etkisi tükenen olan işlemler kanun gerekçesinde sayılanlardan ibaret değildir. İdari yargı mercileri somut olaya göre bu işlemleri tespit etmektedir. Örneğin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından tesis edilen “twitter.com” isimli internet sitesine erişimin tamamen engellenmesine dair işleme karşı yürütmenin durdurulması talepli iptal davası açılmıştır. İdare Mahkemesi, “twitter.com” sitesine erişimin tamamen engellenmesinin Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade ve haberleşme özgürlüğünü ihlal eder nitelikte olduğu ve bu nedenle uygulanması halinde telafisi güç zararlara neden olabileceği gerekçesiyle idarenin savunması alınmaya kadar yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir⁸⁰.

Öğrenciliğe ilişkin bazı idari işlemlerin idari yargı mercileri tarafından uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemlerden kabul edildiği görülmektedir. Örneğin girdiği bütünleme sınavlarında, dört dersten başarısız sayılan bir öğrenci, mezuniyet için yapılacak olan üç ders sınavlarına katılmaya hak kazanamamıştır. Hukuka aykırı olduğunu düşündüğü sınav sonucunun açıklanma tarihi ile üç ders sınav tarihleri arasında ise yaklaşık bir haftalık süre bulunmaktadır. Hukuka aykırı olduğunu düşündüğü bütünleme sınav sonucuna ilişkin açtığı yürütmenin durdurulması talepli iptal davasında idare mahkemesi, sınavdan başarısız sayılma işleminin “*Davacının davaya konu sınavdan başarısız sayılması nedeniyle 7-18 Ekim 2019 tarihleri arasında yapılacak olan mezun olmak için 3 ders sınavına giremeyeceği dikkate alındığında, uygulanmakla etkisi tükenen nitelikte bir işlem olduğu sonucuna*” varmıştır⁸¹. Mahkeme kararında da ifade edildiği gibi yapılacak olan üç ders sınavlarına çok az bir süre kaldığı görülmektedir. İdarenin savunmasının alınması ya da savunma süresinin geçmesinin beklenmesi halinde üç ders sınavları bitmiş olacak; belki de yürütmenin durdurulması kararı verilinceye kadar bir sonraki dönem bitmiş olacaktır. Bu durumda da verilecek olan bir iptal kararıyla tekrar eski halin tesisi pek mümkün gözükmemektedir.

İstanbul 2010, s.62 vd..

⁷⁷ Hatay 1. İdare Mahkemesi, T. 05.04.2018, E. 2018/606, K. YD. (Karar Yayınlanmamıştır).

⁷⁸ Konya 1. İdare Mahkemesi, T. 12.11.2014, E. 2014/1238, K. YD. (Karar Yayınlanmamıştır). Başka bir kararda da telafisi güç zarar şartı açıklanmasa da sınırdışı etme işlemi uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlem olarak kabul edilmiştir. Bkz. İstanbul 1. İdare Mahkemesi, T. 20.03.2018, E. 2018/1778, K. YD. (Karar Yayınlanmamıştır).

⁷⁹ İstanbul 1. İdare Mahkemesi, T. 07.11.2017, E.2017/1273, K. YD., akt. EVSEN, s.108.

⁸⁰ Ankara 15. İdare Mahkemesi, T. 25.03.2014, E. 2014/511, K. YD., www.barobirlik.org.tr, e.t. 01.01.2019.

⁸¹ İstanbul 2. İdare Mahkemesi, T. 30.09.2019, E. 2019/1914, K. YD. (Karar Yayınlanmamıştır).

Öğrenciliğe ilişkin başka bir uyuşmazlıkta, Polis Meslek Eğitim Merkezinde öğrenci olan bir kişi hakkında, eğitiminin devamı sırasında Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinin Ek 3-4-A maddesinde yer alan şartları taşımadığından bahisle “Polis Meslek Eğitim Merkezi öğrenci olamaz” kararı verilerek öğrencilikle ilişkisi kesilmiştir. Açılan iptal davasında idare mahkemesi, söz konusu işlemin eğitim hakkına yönelik olduğunun altını çizerek işlemin uygulanması halinde telafisi güç zararlara neden olacağını belirtmiştir. İşlemi uygulanmakla etkisi tükenen nitelikte gördüğünden dolayı idarenin savunması alınmaya ya da savunma süresi geçip yeni bir karar verileceye kadar yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir⁸².

Ders alma ile ilgili bir uyuşmazlıkta ise bir üniversite öğrencisinin üst sınıftan ders alma talebiyle yaptığı başvuru, üniversite tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine red işlemi ve işlemin dayanağı olan Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin ilgili maddesinin iptali ve yürütmesinin durdurulması talebiyle idare mahkemesinde dava açılmıştır. İdare mahkemesi red işlemini uygulanmakla etkisi tükenen nitelikte görerek idarenin savunması alınmaya kadar yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir⁸³. İdarenin, daha sonra karara karşı yaptığı itiraz da Bölge İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir⁸⁴. Her ne kadar bahsi geçen kararlarda ifade edilmese de yapılacak olan ara sınavlara az bir süre kalması ve ara sınavlar bittikten sonra verilecek bir yürütmenin durdurulması ya da iptal kararının bir anlam ifade etmeyecek olmasının bu yönde karar verilmesinde etkili olduğu ifade edilebilir. Açıkça hukuka aykırılık şartından bağımsız olarak telafisi güç zarar şartının olayda gerçekleştiği ve söz konusu kararların bu açıdan isabetli olduğu ifade edilebilir.

B. Diğer İdari İşlemler

Uygulanmakla etkisi tükenen olan işlemlerin tam bir listesinin çıkarılması mümkün olmadığı gibi bu tür işlemlere nazaran daha az aciliyet arz eden diğer işlemlerin de doğal olarak liste halinde sıralanması mümkün değildir. Bu nedenle idari yargı mercilerinin hangi tür işlemlerin ne durumlarda telafisi güç zarar doğurduğuna karar verdiğinin tespiti konunun anlaşılması için faydalı olacaktır.

Örneğin araç satış faaliyetinde bulunan bir işyerinin mühürlenip kapatılmasına dair belediye encümeni kararının ve kararın dayanağı olan İçişleri Bakanlığı Genelgesinin iptali ve yürütmesinin durdurulması talebiyle açılan davada Danıştay, işlemin hukuka aykırı olduğunu tespit ettikten sonra “*dava konusu kapatma işleminin uygulanması halinde telafisi güç zararlar doğacağı da açık*” olduğundan bahisle kapatma işleminin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir⁸⁵.

2010 ÖSYS Yükseköğretim Programları ve Kontenjanları Kılavuzunda yer alan bir üniversitenin teknoloji fakültesi mühendislik bölümlerine öğrenci alınacağına dair duyurunun mesleki ve teknik ortaöğretim kurumları mezunlarının YGS-1 puanı ile alınmasına ilişkin kısmına karşı açılan iptal davasında Danıştay dairesi yürütmenin durdurulması istemini reddetmiştir. Ancak DİİDK, genel lise mezunlarının aynı üniversite bünyesinde bulunan mühendislik fakültesinin mühendislik bölümlerine ise MF-4 puanı ile öğrenci alınacağı ve bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olduğundan bahisle Danıştay dairesi kararına itirazı kabul ederek işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Her ne kadar kararda telafisi güç zarara ilişkin bir açıklama yapılmasa da yürütmenin durdurulması kararı verilerek zararın varlığı kabul edilmiştir⁸⁶.

Bir üniversite öğrencisinin hakkında yürütülen disiplin soruşturması neticesinde Yükseköğretim Kurumundan çıkarılma cezası verilmesine dair işleme karşı açılan iptal davasında, idare mahkemesi yürütmenin durdurulması talebini reddetmiştir. İtiraz neticesinde bölge idare mahkemesi, işlemin davacı nezdinde telafisi güç zararlara yol açacağına üzerinde durarak davaya konu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir⁸⁷. İşlemin açıkça hukuka aykırı olup olmadığı bir kenara bırakıldığında öğrencilikten çıkarma işleminin, kişinin eğitim, sosyal ve ilerideki çalışma hayatı açısından telafisi güç zararlara neden olacağından kuşku bulunmamaktadır. Öğrencilikle ilişkisinin kesilmesi sonucu doğuran işlemler açısından meydana

⁸² Ankara 9. İdare Mahkemesi, T. 25.04.2018, E. 2018/945, K. YD. (Karar Yayınlanmamıştır). Aynı yönde karar için bkz. Ankara 15. İdare Mahkemesi, T. 17.05.2018, E. 2018/875, K. YD. (Karar Yayınlanmamıştır).

⁸³ İstanbul 5. İdare Mahkemesi, T. 22.02.2018, E. 2017/2439, K. YD.; İstanbul 9. İdare Mahkemesi, T. 20.12.2017, E. 2017/2251, K. YD. (Kararlar Yayınlanmamıştır).

⁸⁴ İstanbul BİM 7. İDD., T. 30.01.2018, YD. İtiraz No: 2018/60 (Karar Yayınlanmamıştır).

⁸⁵ D8D, T. 25.06.2012, E. 2011/8728, K. YD. (Karar Yayınlanmamıştır).

⁸⁶ DİİDK, T. 27.01.2011, E. 2010/1164, K. YD. (Karar Yayınlanmamıştır).

⁸⁷ Samsun BİM. 3. İDD., T. 28.08.2019, YD. İtiraz No: 2019/348, (Karar Yayınlanmamıştır).

gelecek zararların maddi boyutunun yanısıra manevi boyutunun da gözden kaçırılmaması önem arz etmektedir.

Konuya örnek olarak verilebilecek başka bir olayda, belediye encümeni kararıyla bir kişinin taşınmazının bulunduğu parselde 3194 sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca uygulama yapılmıştır. Uygulama sonucunda bu kişiye başka bir parselde yer verilmiştir. Gerekli izinlerin alınması sonucunda kişi yeni parselinde inşaata başlayıp tamamlamasının ardından ilk parseldeki taşınmazının kamu sahasında olduğu ve orada bulunan taşınmazı yıkmadığı gerekçesiyle yeni parselindeki taşınmazına ilişkin yapı kullanma izni talebi reddedilmiştir. İzin talebinin reddine ilişkin açılan davada idare mahkemesi, yürütmenin durdurulması talebini reddetse de bölge idare mahkemesi, işlemin açıkça hukuka aykırı olduğu ve telafisi güç zararlara neden olacağı anlaşıldığından dolayı idare mahkemesi kararını kaldırarak işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir⁸⁸.

Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığında kamu görevlisi olarak çalışan bir kişinin, lojmanda oturma müddetini doldurduğu gerekçesiyle konutu tahliye etmemesi halinde işgaliye bedeli alınacağına ilişkin ihtarda bulunularak işgaliye bedeli maaşından kesilmiştir. Söz konusu işlem ile bu işlemin dayanağı Kamu Konutları Yönetmeliği'nin 34/3. maddesinin iptali ve yürütmenin durdurulması talebiyle dava açılmıştır. Danıştay, 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu'nda idareye böyle bir yetki verilmediğinden bahisle işlemlerin açıkça hukuka aykırı olduğuna ve hukuka aykırı olarak maaştan işgaliye bedeli kesilmesinin telafisi güç zarara yol açacağından bahisle yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir⁸⁹.

8 Eylül 2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2016/9154 sayılı Gün Işığında Daha Fazla Yararlanmak Amacıyla Bütün Yurtta Yaz Saati Uygulanması Hakkında Kararın iptali ve yürütmesinin durdurulması talebiyle Danıştay'da dava açılmıştır. Yürütmenin durdurulması talebinin reddedilmesinin ardından itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, söz konusu Bakanlar Kurulu kararının 1. maddesindeki "*Gün ışığında daha fazla yararlanmak amacıyla; bütün yurttaki 27 Mart 2016 Pazar günü saat 03.00'ten itibaren bir saat ileri alınmak suretiyle başlatılan yaz saati uygulamasının, her yıl, yıl boyu sürdürülmesi kararlaştırılmıştır*" hükmünün 697 sayılı Kanun'da Bakanlar Kuruluna sınırlı olarak verilen yetkinin süresiz hale getirildiği anlamına geldiğini belirterek işlemin hukuka aykırılığına dikkat çekmiştir. Daha sonra yürütmenin durdurulmasına ilişkin şartların gerçekleştiğinden bahisle daire kararının kaldırılarak Bakanlar Kurulu kararının yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir⁹⁰. Kararda açıkça hukuka aykırılık şartının ne şekilde gerçekleştiği kısmen de olsa açıklanmış olsa da telafisi güç zarar şartına hiçbir şekilde değinilmediği görülmektedir.

Bir ortaokulda görev yapan öğretmen hakkında yürütülen soruşturma nedeniyle başka bir ilçeye atanması işlemine karşı açılan iptal davasında, yürütmenin durdurulması talebi idare mahkemesi tarafından reddedilmiştir. İtiraz üzerine bölge idare mahkemesi işlemin açıkça hukuka aykırı olduğunu tespit ettikten sonra naklen atama işleminin kişinin aile birliğini bozacağı ve manevi açıdan telafisi güç zararlara yol açacağına altını çizerek naklen atama işleminin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir⁹¹. Söz konusu karar yürütmenin durdurulmasının esasa ilişkin iki şartının da olayda nasıl gerçekleştiğini gerekçeli bir şekilde ortaya koyması bakımından önem arz etmektedir.

Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü Personelinin Giyim Yardımına ilişkin Usul ve Esasların 3. maddesinde, "*Bu Usul ve Esaslar, Kurum personelinin yayında ve verici istasyonlarında çalışanlardan; 11/11/1983 tarihli ve 2954 sayılı Kanunun değişik 16 ncı maddesi ile düzenlenen birimlerin amirleri, Ankara Radyosu Müdürlüğü için ise Ankara Radyosu Müdürü tarafından tespit edilen, yayında ve verici istasyonlarında en az iki ay çalışan personeli kapsar*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. 29454 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Basın, Yayın ve İletişim Hizmet Koluna İlişkin Toplu Sözleşme hükümlerinde yapılacak giyim yardımına ilişkin asgari bir çalışma süresi düzenlenmediği, söz konusu düzenleyici işlemle toplu sözleşme hükümlerinin kısıtlandığı gerekçesiyle yürütmenin durdurulması talebiyle iptal davası açılmıştır. Danıştay işlemin açıkça hukuka aykırı olduğunu tespit ettikten sonra "*hizmetin gereği olarak görev esnasında giyilmek üzere öngörülen giyim malzemesinden yararlanılamaması ve bu*

⁸⁸ Konya BİM., T. 07.12.2011, YD. İtiraz No: 2011/423, (Karar Yayınlanmamıştır).

⁸⁹ D2D, T. 20.03.2014, E. 2013/5756, K. YD., www.lexpera.com, e.t. 15.12.2019.

⁹⁰ DİDDK, T. 14.09.2017, E. 2017/806, K. YD., www.lexpera.com, e.t. 15.12.2019.

⁹¹ İzmir BİM. 1. İDD., T. 08.08.2017, E. 2017/381, K. YD., www.lexpera.com, e.t. 29.11.2019.

süre içerisindeki hizmetin gereği gibi işleyemeyecek olması nedeniyle, telafisi güç ve imkansız zararlar” doğacağı gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir⁹².

Daha önce de ifade edildiği gibi yürütmenin durdurulmasında telafisi güç zarar kavramı değerlendirilirken idari işlemin konusu ile birlikte o işleme muhatap olan davacının subjektif durumu da dikkate alınmalıdır⁹³. Bir idari işlemin herkes açısından telafisi güç zararlar doğuracağını iddia etmek mümkün değildir. Örneğin belirli bir parasal meblağın ödenmesine yönelik bazı işlemler, gerçek kişiler için telafisi güç zarar doğurabilirken; tüzel kişiler için doğurmayabilir⁹⁴. Çalışan birisi için telafisi güç zarar doğurmazken; herhangi düzenli geliri olmayan bir öğrenci için telafisi güç zararlar doğurabilir.

İdari yargı mercilerinin de bu konuda benzer bir yaklaşım içinde oldukları ifade edilebilir. Konuya örnek olarak verilebilecek bir olayda Yükseköğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumundan kredi alan bir öğrenci, daha sonra öğrenimini tamamlamadan kaydını sildirip başka bir üniversiteye geçiş yapmıştır. İlk olarak üniversiteye başladığı tarih esas alınarak kendisine Yükseköğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu tarafından 5108 Türk Lirası meblağlı ödeme emri gönderilmiştir. Öğrencilik statüsünün henüz bitmediğinden bahisle ödeme emrine karşı açtığı yürütmenin durdurulması talepli iptal davasında idare mahkemesi, “dava konusu ödeme emrinin miktarı ve de davacının öğrencilik durumunun devam ettiği nazara alındığında davacı açısından ekonomik olarak telafisi güç ve imkansız zararlara yol açabileceği de açıktır” ifadelerine yer vererek hukuka aykırılık şartının da sağlandığından bahisle yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir⁹⁵.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında Rekabet Kurulu’nca şirketler aleyhine tesis edilen idari para cezalarına karşı açılan davalarda ise idare mahkemelerinin kanunda öngörülen şartların gerçekleşmediğinden bahisle yürütmenin durdurulması istemlerini reddettiği görülmektedir⁹⁶. Söz konusu kararlar incelendiğinde yürütmenin durdurulmasının şartları açısından herhangi bir açıklamaya yer verilmediği görülmektedir. Kanun hükmüne yer verildikten sonra gerekli şartların oluşmadığı ifade edilerek “formül” kararlar talepler reddedilmiştir. Ancak idari yargı mercileri şartların ikisinin de gerçekleşmediği kanısına varmış olacak ki taleplerin reddi gerekçelendirilmemiştir. Yukarıda davacının öğrencilik statüsünün altını çizen kararlar birlikte ele alındığında idare mahkemelerinin telafisi güç zarar değerlendirmesinde davacının subjektif durumunu dikkate aldığı ifade edilebilir.

Son olarak bazı durumlarda idari yargı mercilerinin yürütmenin durdurulması kararı verirken açıkça hukuka aykırılık şartının sağlandığını tespit ettikten sonra telafisi güç ya da imkansız zarar şartını incelemeyen karar verdikleri görülmektedir. Bu durum iki şartın gerekçelendirilmesindeki zorluktan dolayı⁹⁷ idari yargı mercilerinin “kolaycılığa” kaçtığı şeklinde yorumlanabileceği gibi açıkça hukuka aykırı olan bir işlemin her şekilde telafisi güç zararlar doğuracağı ön kabulüyle hareket edildiği şeklinde de yorumlanabilir. Nitekim idari işlemler açısından hukuka uygunluk karinesinin kabul edildiği bir sistemde ilk bakışta açıkça hukuka aykırılığı tespit edilebilen bir işlemin davacı açısından olmasa dahi hukuk sistemi açısından telafisi güç zararlara neden olacağı ifade edilebilir⁹⁸. Bu aşamada açıkça hukuka aykırı olduğu tespit edilen bir idari işlemin idare edilenlerin adalet duygusunu zedeleyeceği ve hukuk devleti açısından söz konusu idari işlemin bizzatı telafisi güç zarara yol açtığı aşikardır⁹⁹. Bu yorumun daha çok düzenleyici işlemler açısından tebarüz ettiği ileri sürülebilir.

Örneğin Danıştay, yönetmelik hükmüne karşı açılan bir iptal davasında, işlemin açıkça hukuka aykırılığı açıkladıktan sonra “Hukuka aykırı olduğu anlaşılan bu düzenlemelerin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara neden olacağı da açıktır” ifadelerine

⁹² D11D, T. 01.06.2017, E. 2017/1004, K. YD., www.lexpera.com, e.t. 15.12.2019.

⁹³ TEKİNSOY, s.170; DUGRIP, Oliver, Les Procédures d’urgence devant les Juridictions Administratives, Paris 1986, s.509’dan akt. ÇAĞLAYAN, s.578.

⁹⁴ KOÇAK, s.54.

⁹⁵ Antalya 2. İdare Mahkemesi, T. 01.11.2019, E. 2019/740, K. YD. (Karar Yayınlanmamıştır). İdare Mahkemesi kararına karşı itiraz başvurusu Bölge İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Konya BİM, 3. İDD., T. 03.12.2019, YD. İtiraz No: 2019/306 (Karar Yayınlanmamıştır).

⁹⁶ Ankara 14. İdare Mahkemesi, T. 14.08.2018, E. 2018/1164, K. YD.; Ankara, 14. İdare Mahkemesi, T. 11.07.2018, E. 2018/1106 K. YD.; Ankara BİM, 7. İDD., T. 10.01.2018, E. 2018/20, K. YD.; Ankara BİM, 7. İDD., T. 08.11.2017, E. 2017/303 K. YD., www.lexpera.com, e.t. 03.01.2020.

⁹⁷ ÇAĞLAYAN, s.579.

⁹⁸ ŞEN, s.176.

⁹⁹ GÜNDÜZ, Bülent Turhan, Türk İdari Yargısında Yürütmenin Durdurulması Sorunu, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2008, s.124.

yer vererek yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir¹⁰⁰. Kararda telafisi güç zarar şartının ne şekilde gerçekleştiğinin gerekçelendirilmediği görülmektedir. İdari işlemin açıkça hukuka aykırı olduğu tespit edilerek gerekçelendirilmiş daha sonra bu işlemin telafisi güç zararlara yol açacağı kabul edilmiştir. Danıştayın bu kararında, (işlemin düzenleyici niteliği de dikkate alınarak) açıkça hukuka aykırı olan bir idari işlemin hukuk devleti açısından telafisi güç zarara neden olacağı ön kabulüyle hareket ettiği şeklinde yorumlanabilir¹⁰¹.

IV. SONUÇ

İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının neticesi olarak idari işleme karşı iptal davası açılması, o idari işlemin yürütmesini durdurmayacaktır. Bu durum 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27/1. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. İdare edilenlerin haklarının gereği gibi korunabilmesi ve hukuka olan güvenlerinin sarsılmaması amacıyla İYUK'un 27/2 ve Anayasanın 125/5. maddesinde yürütmenin durdurulması kurumu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için esasa ilişkin iki şart öngörülmüştür. Bu şartlardan ilki idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması; diğeri ise idari işlemin yürütülmesi halinde telafisi güç ya da imkansız zararların doğacak olmasıdır.

Yürütmenin durdurulması kurumu hukukumuzda 1925 yılında çıkarılan 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu'ndan beri varlığını sürdürmekle birlikte; esasa ilişkin şartların ilk olarak 1973 yılında getirildiği görülmektedir. Getirilen düzenlemeyle yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi "*dilekçede ileri sürülen hususların dosyanın durumuna göre ciddi ve idari veya yargı kararının iptalini haklı gösterecek nitelikte olması*" veya "*telafisi güç durumların*" ortaya çıkması ihtimaline bağlanmıştır. 1982 yılına gelindiğinde ise günümüzdeki şartlar, önce İYUK'ta daha sonra Anayasa'da düzenlenmiştir.

Telafisi güç ya da imkansız zarar kavramının mevzuatımıza 1982 yılında girdiği görülmektedir. Maddi ve manevi zararların kavram kapsamında telakki edilmesi gerektiği öğretisi ve içtihatlarda kabul edilmektedir. Ancak kavramdaki zarar ifadesi teknik olarak maddi ya da manevi zararın karşılığı değildir. Kavram ile esasen ileride verilebilecek bir iptal kararının yerine getirilmesinin güç ya da mümkün olmaması kastedilmektedir. İleride verilecek bir iptal kararının yerine getirilmemesi durumunda da kişiler, tekrar eski duruma getirilmesi zor maddi ya da manevi zararlara uğrayabilmektedir.

Telafisi güç ya da imkansız zarar doğurabilecek işlemler maddi olaya göre değişebilmekle birlikte birtakım işlemlerin doğası gereği bu nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Örneğin İYUK madde 27'de ifade edilen uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerin, yapıları gereği uygulanmaları halinde telafisi güç ya da imkansız zarar doğuracakları kabul edilmektedir. Bu işlemlerin tanımı ve kapsamı kanun koyucu tarafından belirlenmemiş; kanun gerekçesinde yıkım ve sınırdışı etme işlemleri örnek kabilinden sayılmakla yetinilmiştir. Uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerin tam bir listesini yapmak mümkün değildir. Bu işlemleri somut vakıya göre tespit edecek olan idari yargı mercileridir.

İdari yargı mercileri, yürütmenin durdurulmasına karar verirken şartların ne şekilde gerçekleştiğini gerekçelendirmek zorundadır. Ancak uygulamada gerekçe konusunda ihtimam gösterilmediği ve genellikle formül şeklinde kararlar verildiği görülmektedir. Ayrıca idari yargı mercilerinin telafisi güç ya da imkansız zarar şartına nazaran açıkça hukuka aykırılık şartını öncelediği ifade edilebilir. Hukuk devleti ilkesi bakımından bazı olaylarda geri dönüşü mümkün olmayan sonuçlara yol açabileceğinden dolayı telafisi güç zarar şartına öncelik verilmesi gerektiği ifade edilebilir. Nitekim hukuka aykırılık şartının duraksamaya yol açmayacak net bir şekilde ortaya konulduğu durumlarda idari yargı mercilerinin artık yürütmenin durdurulmasına değil işlemin iptaline karar vermesi gerekecektir.

¹⁰⁰ D15D, T. 06.11.2018, E. 2018/2622, K. YD., www.lexpera.com, e.t. 03.01.2020.

¹⁰¹ İdari yargı mercilerinin birel işlemler açısından da benzer bir tutum sergilediği görülmektedir. Bkz. Eskişehir İdare Mahkemesi, T. 09.07.1998, E: 1998/235, K. YD.; Eskişehir İdare Mahkemesi, T. 27.05.1998, E. 1998/23, K. YD., akt. ÇAĞLAYAN, s.579.

KAYNAKÇA

- AKURAL, Sami: “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, 1976 Ankara, s.116-134.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.
- APAYDIN, Bahadır: “6352 Sayı ve 02.07.2012 Tarihli Kanun ile İYUK’ ta Yapılan Yeniliklere Dair Bir İnceleme”, İHİD., 15(2), 2012, s.45-72.
- ASLAN, Zehreddin: Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Yargılaması İle Birlikte), Ankara 2019.
- ASLAN, Zehreddin: İdari Yargı’da Yürütmenin Durdurulması, İstanbul 1994.
- BERK, Kahraman: “İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Değerlendirmeler (III): Savunma Alınıncaya Kadar Yürütmenin Durdurulması Kararının Hukuki Niteliği”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1), s.2-9.
- BİLGİN, Hüseyin: "Üçüncü Yargı Paketinde İdari Yargılamanın Hızlandırılmasına İlişkin Getirilen Yenilikler". TBB Dergisi, (103), 2012, s.307-350.
- CANDAN, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Ankara 2012.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2019.
- ÇALIŞ, Hande Sena: İdari Yargının Varlık Sebebi Olarak İptal Davası, Ankara 2018.
- DEMİRKOL, Selami: “İdari Yargılama Usulünde ‘Savunmaya Kadar Kabul’ Olgusu (İdari Yargı(cın)/nın Var Olduğunun Doğrulanması)”, İstanbul Barosu Dergisi, 84(1), 2010, s.83-98.
- DERDİMAN, Cengiz: İdari Yargının Genel Esasları, 3. Baskı, Bursa 2014.
- EROĞLU DURKAL, Müzeyyen: “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. Maddesi Kapsamında Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, AÜHFD., 65(2), 2016, s.79-313.
- EVSEN, Fuat: Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İdari İşlemler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- GÖK, Hasan: “İdari Yargıda 6352 Sayılı Kanun İle Meydana Gelen Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, 86(6), 2012, s.113-124.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Yönetmelik Yargı, 13. Bası, Ankara 1999.
- GÜNDÜZ, Bülent Turhan: Türk İdari Yargısında Yürütmenin Durdurulması Sorunu, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2008, s.123-126.
- GÜNER, Cemil: “Sınır Dışı Etme Kararı ile İlgili İdare Mahkemesi Kararlarının Kesinliği”, İÜHFM., 75(1), 2017, s.85-113.
- GÜNEŞ, Turan: Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Ankara 1966.
- KAPLAN, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, 5. Baskı, Bursa 2019.
- KIRATLI, Metin: Yürütmenin Durdurulması, AÜSBFD., 21(4), s.173-196.
- KOÇAK, Nazım Taha: Dilekçe Örnekleriyle Yürütmenin Durdurulması, Ankara 2017.
- ODYAKMAZ, Zehra/KAYMAK, Ümit/ERCAN, İsmail: İdari Yargı, 11. Baskı, İstanbul 2015.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, İstanbul 1960.
- OYTAN, Muammer: Danıştay’da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması, Ankara, 1973.
- ÖZAY, İl Han: Gün Işığında Yönetim II Yargısal Korunma, İstanbul 2010, (Gün Işığında Yönetim).
- ÖZAY, İl Han: Yürütmenin Durdurulması Ya Da Bilimsel Temcit Pilavı”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997.
- SANCAKDAR, Oğuz: İdari Yargılama Hukuku (Genel Esaslar), 3. Baskı, 2019.
- ŞEN, Mahmut: "İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması Kurumunun Evrensel Normlara Uyumu". TBB Dergisi, (112), 2014, s.155-188.
- TEKİNSOY, M.Ayhan: İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Ankara 2013.
- TİRYAKİ, Refik: “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Bazı Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi., (2), 2002, s.189-210.
- TUNCAY, Aydın/ÖZDEŞ, Orhan/BAŞPINAR, Recep: “Danıştayda Yargılama Usulü”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, 2. Baskı, Ankara 1986.
- YAŞAR, Hasan Nuri: “Fransız İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması”, İHİD., 12(1-3), 1991, s.343-360.
- YENİCE, Kazım/ESİN, Yüksel: İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983.
- YILDIRIM, Ramazan/ÇINARLI, Serkan: Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Ankara 2018.
- YILMAZ, Dilşat: İdari İşlemin İcra İle İlgili Özellikler, Ankara 2014.
- YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 10. Baskı, Ankara 2011.
- YİĞİT, Nedime Tuğçe: “Sınır Dışı Etme Kararının İcrasının Ertelenmesi”, SÜHFD., 25(2), 2017, s.577-615.

CIF SATIŞLARDA KURULACAK SİGORTA SÖZLEŞMESİ VE SATIŞ BEDELİNİN ÖDENMEMESİNİN SİGORTA KONUSU MENFAAT BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

INSURANCE CONTRACT IN CIF SALES AND EVALUATION OF NON-PAYMENT OF
THE SALES PRICE IN TERMS OF THE INSURED INTEREST

Aslıhan SEVİNÇ KUYUCU*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 13/09/2020
Kabul: 28/12/2020

Anahtar Kelimeler

*CIF Satış,
Sigortalanabilir
Menfaat,
Hasarın Geçişi,
Satış Bedeli.*

Article Info

Received: 13/09/2020
Accepted: 28/12/2020

Keywords

*CIF Sales,
Insurable Interest,
Passing of Risk,
Sale Price.*

Özet

Uluslararası ticari satışlarda sıklıkla tercih edilen CIF terimi, satış sözleşmesinin tarafları arasında çok sayıda hususu belirli hâle getirir. CIF teriminde satış konusu eşyanın taşınmasına ve sigorta ettirilmesine ilişkin yükümlülükler satıcı tarafından üstlenilir. Deniz yolu ile gerçekleştirilen taşımada eşyanın deniz tehlikeleri ile karşı karşıya bulunması sebebiyle sigorta sözleşmesi oldukça önemlidir. CIF teriminde sigorta sözleşmesinin özellikleri hem terimde tespit edilmiştir hem de sigorta hukukunun temel prensipleri bu konuda belirleyici olmaktadır. Kurulan sigorta sözleşmesinde en önemli hususlardan birisi sözleşmenin konusudur. Sözleşmenin konusu satış sözleşmesinde hasara katlanma yükümlülüğü ile sıkı bir bağlantı içindedir. Sözleşmenin konusunun doğru belirlenmemesi satıcının satış sözleşmesini ihlâlini teşkil etmenin yanında sözleşmenin geçerliliği, sigortacının halef sıfatı gibi çok sayıda hususta sorunların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Çalışmada kısaca CIF satış sözleşmelerinden bahsedildikten sonra, Incoterms 2020 dikkate alınarak CIF satışlarda kurulacak sigorta sözleşmelerinin özellikleri incelenecek, sözleşmenin konusunu teşkil eden menfaat kavramı hasara katlanma yükümlülüğü ile bağlantı kurularak açıklanacak ve satış bedelinin ödenmesi bakımından yargı kararları dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır.

Abstract

CIF sale contracts, as a frequently preferred contract term in international commercial sales, is used to specify many issues between parties of the sales contract. Under CIF sale contracts, seller undertakes the liabilities such as carriage and insurance of the goods. The insurance contract carries a lot of significance as the carriage of goods by sea includes threats arising from the sea itself. Not only CIF sale contracts defines the main principles of the insurance contract within itself, but also the main principles of insurance law stipulate the issue. The subject of the contract is one of the main topics of the insurance contract. The subject of the contract is strictly related to the liability of loss under the sales contract. Failure in determination on the subject of the contract is not only a breach of the contract by the seller but also causes many problems related to validity of the contract or the insurer's succession. This study includes first a brief explanation of CIF sale contracts, then an explanation of the benefit concept, as the subject of the contract, which includes also the relation with the liability of loss taking in regard the Incoterms 2020 and finally an evaluation taking into consideration of judicial decisions related to payment of the sales price.

I. GİRİŞ

Sigorta hukukunda çok önemli bir yere sahip olan menfaat kavramı CIF¹ satış sözleşmelerinde hasara katlanma yükümlülüğünün satıcıdan alıcıya geçmesine göre özellikle dikkat edilmesi gereken bir unsurdur. Menfaatin sahibinin belirlenmesi hasar kavramına verilecek anlam ve hasarın geçişi ile ilişkilidir. CIF satışlarda sigorta sözleşmelerine konu edilecek menfaatin sigorta hukukundaki prensiplere göre isabetli şekilde belirlenememesi, sigortacının geçerli olmayan sözleşmeye dayalı olarak tazminat ödemesine sebep olabilmektedir. Yargı kararlarında sigortacının yaptığı ödemelerin yerindeliği hasara katlanma yükümlülüğünün yanında satış bedelinin ödenmesi ile de ilişkilendirilmekte ve menfaat kavramı ile bağdaşmayan sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir.

Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından 01.01.2020 tarihinde yürürlüğe konulan Incoterms 2020, CIF teriminde sigorta sözleşmesine ilişkin ayrıntılı ve açıklayıcı düzenlemelere yer vermiştir. Bu düzenlemeler sigorta sözleşmesinin niteliğine, özelliklerine ve konusuna sigorta hukuku prensiplerini dikkate alacak şekilde ışık tutmaktadır.

Makalede Incoterms 2020 CIF terimi gereğince satıcının kurmakla yükümlü olduğu sigorta sözleşmesine ilişkin açıklamalara yer verildikten sonra, sigorta hukukunda menfaat kavramı ve CIF terimindeki hasar kavramı arasındaki bağlantı aydınlatılacaktır. CIF satışlarda sigortalanabilir menfaat belirlenip satış bedelinin ödenmemesinin menfaat kavramı üzerinde etki doğurup doğurmadığı irdelenerek yargı kararları değerlendirilecektir.

II. INCOTERMS VE CIF SATIŞ SÖZLEŞMELERİNİN INCOTERMS UYGULAMASINDAKİ YERİ

Deniz aşırı satış sözleşmelerinde² satış konusu malın bir yerden başka bir yere taşınması, gümrük işlemlerinin yapılması, malların taşıma rizikolarına karşı sigorta edilmesi³ ve doğrudan alıcı yerine bir taşıyana teslim ediliyor olması taraflar arasında kararlaştırılması gereken çok sayıda hususu ortaya çıkarmaktadır. Deniz aşırı satışlarda taraflar sözleşme metinlerini elektronik yöntemlerle teati ederek veya uzun süreli ticari ilişkilerin söz konusu olduğu hâllerde sözlü olarak kurabilmektedir⁴. Sözleşmelerdeki yabancılik unsuru, uyumsuzlukların çözümünde uygulanacak hukukun belirlenmesi sorununu doğurmakta ve yeknesaklık ihtiyacı ortaya çıkmaktadır⁵.

Incoterms, deniz aşırı satış sözleşmelerinde ayrıntılı olarak kararlaştırılması gereken sözleşme hükümlerini belirleyen, tarafların her sözleşmede ayrıntılı müzakereler yapması ihtiyacını ortadan kaldıran ve sözleşmeden doğan çok sayıda uyumsuzluğun çözümünde yeknesak yorum sağlanmasını amaçlayan uluslararası terimlerdir⁶. Terimler satış sözleşmelerinin

¹ Cost, Insurance, Freight.

² Deniz aşırı satış sözleşmesi kavramı ve gelişimi için bkz.: KALPSÜZ, Turgut: Deniz aşırı Satışlar (Giriş-Boşaltmada Satışlar), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 65, Ankara, 1967, s.3-25. Incoterms'in uygulama alanı bulacağı uluslararası ticari sözleşme kavramı ve tabii olduğu hükümler için ayrıca bkz.: KAULADIS, Nicholas: Principles of Law Relating to International Trade, Springer, United States of America, 2006, s.75 vd.

³ Bkz: ODEKE, Ademuni: "Insurance of CIF and Related Contracts Under INCOTERMS, Anglo-American and Other Common Law Jurisdictions (Part I)", European Insurance Law Review, (3), 2016, s.22.

⁴ HERMANN, Adolf H.: International Trade Terms, Standard Terms for Contracts for the International Sale of Goods, Graham&Trotman, London/Dordrecht/Boston, 1994, s.xvii.

⁵ Bu ihtiyaç uluslararası sözleşmeler ve terimler ile karşılanmaktadır.: BERMAN, Harold J./KAUFMAN, Colin: "The Law of International Commerce Transactions (Lex Mercatoria)", Harvard International Law Journal, 19(1), 1978, s.221; HANNOLD, John: "The United Nations Commission on International Trade Law: Mission and Methods", The American Journal of Comparative Law, 1979, 27(2/3), s.201-211. (<https://www.jstor.org>) (Erişim Tarihi: 14.05.2020). Uluslararası ticari sözleşmeleri düzenleyen sözleşme hükümleri ancak milli hukukların etkisi en aza indirgenerek uygulandığında yeknesaklık ihtiyacını karşılamaktadır. Deniz aşırı satış sözleşmelerine uygulanacak kurallara duyulan ihtiyaca ilişkin bkz.: LISTA, Andrea: International Commercial Sales: The Sale of Goods On Shipment Terms, Informa Law, London, 2017, s.1 vd. Ticari sözleşmelere eklenen yeknesak kurallar dışında, kararlaştırılmayan hususlarda ulusal hukukun sözleşmeye dahil ettiği şartlar bulunmaktadır. İngiliz Hukuku için bkz.: KAULADIS, s.153 vd. Türk Hukuku'nun uygulama alanı bulacağı hâllerde TBK m.219 gereğince satılarda bulunması gereken özellikler bu şartlardandır. Bkz.: ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.118 vd.

⁶ ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2019, s.322.; SEVINÇ KUYUCU, Aslıhan: INCOTERMS (Uluslararası Ticari Terimler), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s.19; SÜZEL, Cüneyt: Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.102-103. Incoterms, deniz aşırı satışları tüm yönleriyle düzenlemekte; eşyanın teslimi, taşıma ve sigorta sözleşmelerinin kurulması, masraflar ve hasarın geçişine ilişkin kurallar getirmektedir.: RAMBERG, Jan: ICC Guide to Incoterms 2010, Understanding and Practical Use, ICC Publication No: 720E, Paris, 2011, s.17-19.

tarafları için genelgeçer anlamı bulunan, güvenilir sözleşme şartları olarak kullanılmaktadır⁷. Ticari hayatın ihtiyaçlarına göre MTO tarafından belli aralıklarla yenilenmesi, terimlerin uluslararası ticaretteki güvenilirliğini devam ettirmesini sağlamaktadır⁸.

Incoterms 2020’de deniz ve iç su taşımalarına özgü terimler FAS, FOB, CFR ve CIF olarak belirlenmiştir⁹. EXW, FCA, CPT, CIP, DAP, DPU ve DDP terimlerinin ise her tür taşımada kullanılmaları mümkündür¹⁰.

CIF satış sözleşmeleri, alıcının eşyanın taşınmasına ve sigorta ettirilmesine ilişkin sözleşmelerin kurulması aşamalarında fiilen yer almak yerine bunlara ilişkin masrafları karşılamayı tercih ettiği, yabancı olduğu ihraç ülkesinin gümrük işlemlerini yerine getirme zorunluluğundan kurtulmak istediği hâllerde kurulan sözleşmelerdendir. Bu yönüyle alıcı bakımından satış bedeli yüksek olmasına rağmen, işlem yapma zorunluluğu diğer birçok satış türüne göre daha az olan bir satış türüdür¹¹. CIF satışlarda satıcı temel olarak satış konusu malları tedarik etmek, malların ihracı için gerekli işlemleri yapmak, taşıma ve sigorta sözleşmelerini kurmak, malları teslim etmek, malların kontrolünü, ambalajlanmasını ve işaretlenmesini sağlamak ile yükümlüdür. Alıcının temel yükümlülükleri ise satış bedelini ödemek ve ithal işlemlerini yapmaktır¹². CIF satışlarda satıcı teslim borcunu yüklenme limanında ifa etmiş sayıldığından yüklemeye satış söz konusudur¹³.

III. CIF SATIŞLARDA KURULACAK SİGORTA SÖZLEŞMESİ

A. CIF Satışlarda Kurulacak Sigorta Sözleşmesinin Türü

Denizcilik rizikoları deniz yolu ile yapılan taşımaları diğer taşıma türlerine göre özellikli ve riskli hâle getirmektedir. Deniz yolu ile yapılan taşımalarda malların söz konusu rizikolara karşı teminat altına alınması oldukça önemlidir. Teminat ihtiyacı tarihi gelişim içinde çeşitli metodlarla karşılanmış¹⁴; sigorta bu metodların sonucusu olmuştur. Günümüzde sigorta teminatı sağlanması sözleşmenin tarafları için en önemli hususlardan birisidir¹⁵.

Incoterms 2020 CIF dibacesinde “*satıcının, alıcının mallara ilişkin ziya ve hasar riskine karşı, yüklenme limanından asgari varma limanına kadar sigorta sözleşmesi*” yapmak zorunda olduğu açıklanmıştır. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun “Deniz Ticareti” başlıklı Dördüncü Kitabı’nın Dördüncü Faslı’nda “Denizcilik Rizikolarına Karşı Sigortalar” başlığı altında geminin veya yükün denizcilik rizikolarını salimen geçirmesinde para ile ölçülebilir bir menfaati olan kimsenin bu menfaatini sigorta ettirebileceği hüküm altına alınmıştır (eTTK m.1339). 6102 Sayılı TTK’da denizcilik sigortalarına ilişkin ayrı hükümler yer almamakla birlikte¹⁶, CIF satış

⁷ SEVİNÇ KUYUCU, s.11; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.332.

⁸ Incoterms’in ortaya çıkışı ve uluslararası ticaretin yeni ihtiyaçlarına göre yenilenmesine ilişkin bkz.: SEVİNÇ KUYUCU, s.19-21; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.332; RAMBERG, Jan: “INCOTERMS 2010”, European Journal of Law Reform, (13), 2011, s.380 vd.; ERDEM, Ercüment: Incoterms 2010, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, (1), 2010, s.219-221; POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2018, s.198-199; RAMBERG, Incoterms 2010, s.8 vd.

⁹ INCOTERMS 2020 by the Chamber of Commerce (ICC), Paris, 2019, ICC Yayın No: 723 ET, s.10-11. CIF satışlar 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda “Sif Satış” başlığı altında 1139-1158. maddeler arasında ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. 6102 Sayılı TTK’da bu düzenlemeye yer verilmemiştir.

¹⁰ INCOTERMS 2020 by the Chamber of Commerce (ICC), s.10-11. Denizaşırı satışlarda sıklıkla kullanılan CIF ile FOB terimlerini karşılaştırdığımızda CIF teriminde satıcı daha fazla yükümlülük üstlendiğinden bir malın CIF satış fiyatının FOB satış fiyatına göre daha yüksek belirlendiği görülmektedir.: ODEKE, s.20-21. Sigorta priminin mal bedelinin içinde bulunması CIF satışın karakteristik bir özelliğidir: ERDEM, Ercüment, SIF Satışlar, CIF Sales, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s.119.

¹¹ THAYER, Philip W.: C.I.F. Contracts in International Commerce, 53 Harv. L. Rev., (792), 1940, s.792-794; SASSOON, David M.: C.I.F and F.O.B. Contracts, Sweet and Maxwell, London, 1995, s.3-4.

¹² RAMBERG, Incoterms 2010, s.199 vd.; ERDEM, s.69 vd. CIP ve CFR terimleri CIF terimi ile benzerlik göstermekle beraber CFR teriminde satıcı sigorta sözleşmesi kurma yükümlülüğü altında değildir. CIP terimi ise tüm taşıma türlerinde kullanılabilen bir terim olmasıyla CIF teriminden ayrılır.: ERDEM, Ercüment: Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul, 2020, s.144; ERDEM, Incoterms 2010, s.230-231; POROY/YASAMAN, s.200.

¹³ ERDEM, s.53; KALPSÜZ, s.257.

¹⁴ Deniz sigortalarının özellikli durumu ve teminat ihtiyacının karşılanması metodlarının gelişimine ilişkin bkz.: GÜRSES, Özlem: Marine Insurance Law (Marine Insurance), Routledge, New York, 2017, s.1 vd.; DUNT, John: Marine Cargo Insurance, Informa Law, 2016, s.1 vd.; YAZICIOĞLU, Emine: Tekne Sigortası Sözleşmesi, İstanbul, 2003, s.4 vd.; ŞEKER, Zehra: Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s.1 vd.

¹⁵ ODEKE, s.23.

¹⁶ Eleştirisi için bkz.: YAZICIOĞLU, Emine: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın “Sigorta Hukuku” Kitabındaki Hükümler Hakkında Bazı Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Dergisi, (1), 2005, s.79-82.

sözleşmelerinde satıcının kuracağı sigorta sözleşmesinin, yükün deniz yolu ile taşınması sırasında denizcilik rizikolarının gerçekleşmesi sonucunda sigortacının sigortalının zararlarını gidermeyi üstlendiği yük sigortası sözleşmesi olduğu belirlenmektedir¹⁷. Sigortacı rizikonun gerçekleşmesiyle sigortalının mal varlığında ortaya çıkacak zararı gidermeyi üstlendiğinden sözleşme aktif zarar sigortasıdır¹⁸.

CIF A5 hükmünde sigorta hukukunun çok sayıda temel prensibine işaret edilmiştir. Bunlar, sigortalanabilir menfaate sahip kişinin sözleşmede sigortalı olarak belirlenmesi, bu kişiye sigortacıya doğrudan dava hakkının tanınması ve mal üzerindeki menfaatin el değiştirebilmesidir. Kanımızca CIF A5'te CIF teriminin teslim ve hasarın intikaline ilişkin diğer düzenlemeleri dikkate alınarak sigortalanabilir menfaate kimlerin sahip olabileceğinin değerlendirilmesi ve sözleşmenin bu esaslara göre kurulması gerekliliğine dikkat çekilmektedir¹⁹. Incoterms CIF 2020 teriminin açıklamasının 8. maddesinde ve sigortaya ilişkin şemada sigorta sözleşmesinin hasarın geçişi ile olan bağlantısına vurgu yapılmıştır²⁰. CIF terimine ilişkin açıklamadan ve terimin "Sigorta" başlıklı A5 hükmünden yola çıkıldığında yük sigortası sözleşmesinin tarafları, niteliği ve kapsamına ilişkin önemli sonuçlara varılmaktadır.

B. Sözleşmenin Tarafları ve İlgilileri

CIF teriminde, sigorta sözleşmesinin kurulması satıcıya ait bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Incoterms 2000 CIF A3b, Incoterms 2010 CIF A3b ve Incoterms 2020 CIF A5 hükümlerinde, satıcının malların deniz yolu ile taşınması rizikolarına karşı sigorta sözleşmesi kurmak zorunda olduğu düzenlenmiştir²¹.

CIF satışlarda yük sigortası sözleşmesinin primi satış bedeli içinde alıcıdan tahsil edilir. Satıcı, her ne kadar sigorta primini alıcıdan tahsil etmiş olsa da, söz konusu sigorta sözleşmesini alıcıyı temsilen değil kendi namına kurmakta olduğundan sigorta ettiren sıfatına sahip olan taraftır²².

CIF Incoterms 2020 dibacesinde "*alıcının mallara ilişkin zıya ve hasar riskine karşı*" ifadesi yer alsa da, CIF A5 hükmüne göre satıcının kuracağı yük sigortası sözleşmesine alıcının veya mallara ilişkin sigortalanabilir menfaati olan diğer kişilerin menfaati konu edilmelidir. Bu durumda satıcının kuracağı sigorta sözleşmesinde sigortalı sıfatı satıcıya değil alıcıya ya da malların hasara veya zıyaa uğraması hâlinde ortaya çıkan zarar kimin mal varlığını etkileyecek ise ona ait olmalıdır²³.

C. Sözleşmenin Niteliği

CIF terimine göre kurulacak sigorta sözleşmesi satış ve taşıma konusu malın hasara veya zıyaa uğraması olasılığına karşı teminat sağlamayı amaçlar. CIF A5 hükmüne göre kurulacak sigorta sözleşmesi eşyanın terimde belirtilen teslim noktasından varma yerine kadar taşınmasını kapsamalıdır. CIF A2 hükmüne göre malların gemiye yüklenmesi ile teslim gerçekleşmiş²⁴ ve CIF A3 hükmüne göre teslim ile birlikte mallara ilişkin hasara katlanma yükümlülüğü alıcıya geçmiş olduğundan sigorta ettiren sıfatına sahip olan satıcı kendisinin değil, bir başkasının yararlanacağı sigorta sözleşmesi kurmaktadır²⁵.

TTK m.1454'e göre, sigorta ettiren üçüncü bir kişinin menfaatini onun adını belirterek veya belirtmeyerek sigorta ettirebilir ve bu durumda başkası lehine sigorta söz konusu olur. Belirtilmelidir ki, başkası lehine sigortada sigorta ettiren bir başkasının maruz kalacağı rizikolar

¹⁷ YAZICIOĞLU, s.13; SEVİNÇ KUYUCU, s.133.

¹⁸ KENDER, Rayegan: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.222-223; CAN, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku, Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.33; MÖLLER, Hans, "Menfaat ve Değerlendirilmesi, Çev.: Fırat ÖZTAN, BATİDER, IV (2), 1967, s.258.

¹⁹ Buna karşılık CIF teriminde sigorta ettiren ve sigortacı arasındaki ilişkilerin açıkça düzenlenmediği vurgulanmalıdır.

²⁰ Incoterms 2020 by the Chamber of Commerce (ICC), s.125.

²¹ Incoterms 2000, Ticari Terimlerle İlgili ICC'nin Resmi Kurallar İçin Açıklamalar, ICC Yayın No: 560, s.66; Incoterms 2020 by the Chamber of Commerce (ICC), s.128.

²² Sigorta ettiren kavramına ilişkin bkz.: CAN, s.34; KENDER, s.230; YAZICIOĞLU, Emine/ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra: Sigorta Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.83. Satıcının CIF sözleşmeye eklenmiş bir vekâlet sözleşmesi gereğince alıcının vekili olarak sigorta sözleşmesini kurduğu yönündeki görüş günümüzde tamamıyla terk edilmiştir. Bu görüş satış bedelinden ayrı olarak sigorta primi tahsilini gerektirdiğinden CIF satışın karakteristiğine aykırıdır.: ERDEM, s.119.

²³ CAN, s.34; ERDEM, s.122; KENDER, s.235; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s.86.

²⁴ CIF teriminde teslim ilişkili değerlendirmeler için: THAYER, s.807-810.

²⁵ SASSOON, s.155-156; ERDEM, s.120; THAYER, s.811; RAMBERG, Incoterms 2010, s.34.

için sigortacı ile sözleşme kurar²⁶ ve sözleşme konusu rizikonun gerçekleşmesi hâlinde sigorta ettirenin değil sigortalının menfaati zedelenmelidir²⁷. TBK m.129 anlamında başkası yararına sözleşmenin önemli bir görünüm biçimi olan CIF satış gereği kurulan başkası lehine sigorta sözleşmesinde, satıcı bakımından alıcının menfaatini korumak zorunluluğunun dayanağı satış sözleşmesidir²⁸.

CIF A5 hükmünde sigortacının kuracağı sigorta sözleşmesinde alıcının veya mallar üzerinde menfaati bulunan kimsenin sigortacıya doğrudan başvurabilmesinin gerektiği öngörülmüştür²⁹. Sigortalı, sigorta sözleşmesinden sigortacıya karşı yöneltebileceği bağımsız bir talep hakkı kazanmalıdır³⁰. Şu hâlde kurulacak sigorta sözleşmesi tam üçüncü kişi yararına sözleşme olmalıdır³¹.

TTK m.1454 hükmünde sigorta sözleşmesinden doğan hakların sigortalıya ait olduğu ifade edilmiş, sigortalının aksine sözleşme olmaması hâlinde tazminatın ödenmesini sigortacıdan isteyebileceği ve sigortacıyı dava edebileceği hüküm altına alınmıştır. CIF A5 hükmüne göre kurulacak başkası lehine sigorta sözleşmesi tam üçüncü kişi yararına bir sözleşmedir³². TTK m.1454'te sigortalının sigortacıya tazminat talebiyle başvurma hakkına aksi kararlaştırılmadıkça sahip olacağı kabul edilmiştir³³. Dolayısıyla yük sigortasının Türk Hukukuna tabi olması hâlinde CIF A5 hükmündeki gerekliliğin yerine getirilmesi için sözleşmeye sigortalı alıcının sigortacıdan tazminat talep hakkına sahip olacağına ilişkin özel bir şart konulmasına gerek bulunmamaktadır³⁴. Kanunda belirtildiği üzere, sigortalı alıcının sigortacıdan tazminat talep edemeyeceğine ilişkin bir şart konulması, diğer bir anlatımla sözleşmenin üçüncü kişi yararına eksik sözleşme olarak kurulması hâlinde satıcı CIF A5 hükmünü ihlâl etmiş olur. Tam üçüncü kişi yararına sözleşme olan başkası lehine sigortada, TBK m.129/2 uyarınca alıcının talep hakkının geri alınması da satıcının sözleşmeyi ihlâli anlamına gelecektir³⁵.

²⁶ ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.25-26; SAYHAN, İsmet: Sigorta Sözleşmelerinin Konusu: Aşkın Sigorta, Eksik Sigorta, Sigorta Tazminatının Hesaplanması, Ankara, 2001, S.109; LANGHEID, Theo/WANDT, Manfred: Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, Systematische Darstellungen Erläuterungen zum EGVVG §§ 1-99 VVG, Verlag c. h. Beck, München, 2010, Vor § 43, Nr. 1.

²⁷ KENDER, s.235; ÜNAN, s.25.

²⁸ ÜNAN, s.26; LANGHEID/WANDT, Vor § 43, Nr. 1; ERDEM, s.119; SASSOON, s.155. TTK m.1454'ün kenar başlığı "Başkası Lehine Sigorta" olsa ve bu terminolojinin seçilme sebebi 6098 Sayılı TBK ile uyum sağlanması olsa da dolaylı temsil ilişkisine de dikkat çekecek "başkası yararına" veya "başkası hesabına" sigorta ifadesi bu sözleşmeyi daha doğru şekilde anlatmaktadır.: CAN, s.34-35. "Başkası yararına" ifadesinin isabetli olduğu yönünde bkz.: ÜNAN, s.26. Çalışmada "başkası yararına" ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz. "Başkası lehine sigorta" kavramına ilişkin ayrıca bkz.: ÇEKER, Mustafa: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana, 2016, s.142-145.

²⁹ Incoterms 2020 by the Chamber of Commerce (ICC), s.125.

³⁰ Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede TBK m.129/2 uyarınca yararlanılan ifayı talep hakkını kullanacağını borçluya bildirene kadar alacaklı borçluyu ibra edebileceği gibi yararlanana değiştirmesi de mümkündür.: AKYOL, ŞENER: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s.148 vd.; OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, M.Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s.457-459. Bkz.: SASSOON, s.189.

³¹ Başkası hesabına sigortanın eksik sözleşme olarak kurulması hâlinde sigorta ettirenin sigortacıya karşı durumu hakkında bkz.: ÜNAN, s.34. CIF satışlarda CIF A4 hükmü gereğince kurulan navlun sözleşmesi de üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindedir.: RABE, Dieter/BAHNSEN, Kay Uwe: Seehandelsrecht, Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen,, C.H. Beck, München, 2018, § 481, Nr. 13; WÜSTENDÖRFER, Hans: Neuzeitliches Seehandelsrecht mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und internationalen Rechts, zweite durchgesehene und verbesserte Auflage, Tübingen, 1950, s.226; HERBER, Rolf: Seehandelsrecht, Systematische Darstellung, 2. Auflage, De Gruyter, Berlin/Boston, 2016, s.262.

³² CAN, s.36. Gerçek üçüncü kişi yararına sözleşme (echter Vertrag zugunsten Dritter) ve Hak Bahşeden Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme (berechtigender/unechter Vertrag zugunsten Dritter) kavramları için bkz.: AKYOL, s.23 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s.443-444.

³³ TBK m.129'da benimsenmiş esas ile TTK m.1454'teki esas birbirine zittir. TBK m.129'da yararına sözleşme kurulan üçüncü kişinin borçluya karşı talep hakkına sahip olması istisna iken, TTK m.1454 hükmünde bu hak kural hâline getirilmiştir. İki hükmün karşılaştırılması için bkz.: ÜNAN, s.31. Başkası hesabına sigortanın eksik sözleşme olarak kurulması hakkında bkz.: ÜNAN, s.34.

³⁴ CAN, s.36.

³⁵ Kanımızca her iki hâl de sözleşme ihlâli niteliğindedir. Cantiere Meccanico Brindisino v. Constant kararında, alıcının satış konusu eşyanın uğradığı zarardan dolayı sigortacıya başvurarak zararını tazmin ettirememesi hâlinde satış sözleşmesinin ihlâl edildiğine ve satıcının alıcının zararlarını karşılamakla yükümlü olduğuna hükmedilmiştir. SASSOON, s.190-191, Nr. 223'ten naklen: Cantiere Meccanico Brindisino v. Constant (1912) 17 Com.Cas.182.

TTK m.1452/1’de yer verilen “sigorta sözleşmesinden doğan haklar” ifadesi sigorta sözleşmesinden doğan tüm hakları çağırırsa da bu hakların yalnızca tazminat talebine ilişkin olduğu kabul edilmelidir³⁶. Sigorta sözleşmesinin tarafı olan satıcının bu sıfatla sahip olduğu tüm hakların sigortalıya devredilmesi söz konusu değildir. CIF A5 hükmünde de “alıcının veya mallara ilişkin sigortalı bir menfaati olan diğer kişilerin doğrudan sigortacıya başvurması” ifadesiyle amaçlanan rizikonun meydana gelmesi ve bu kişinin bir zararının söz konusu olması hâlinde zararın tazminini sigortacıdan talep edebilmesi olduğu kabul edilmelidir; zira sigorta ettiren satıcının sigortacıya karşı sahip olduğu hakların sigortalı tarafından kullanılmasında CIF satış bakımından bir fayda bulunmamaktadır³⁷.

Satıcının kurduğu yük sigortası sözleşmesinde alıcının ismen belirtilmesi hâlinde³⁸ sözleşmenin başkası lehine kurulmuş olup olmadığı, diğer bir ifade ile sigorta ettirenin sözleşmede adı belirtilen kimseyi temsilen sözleşmeyi kurup kurmadığı hususunda tereddüt edilmesi hâlinde TTK m.1454/2’ye göre sözleşmenin satıcı tarafından alıcıyı temsilen değil, kendi namına kurulduğu kabul edilir³⁹. TTK m.1454/2, yük sigortası sözleşmesinin başkası lehine kurulmuş olup olmadığının muğlak olması hâlinde devreye girecektir. Kanımızca satış sözleşmesinin CIF esasına göre kurulmuş olması sözleşmenin adı belirtilen alıcı hesabına kurulmuş olduğu yönünde ortaya çıkabilecek tereddütlerin önüne geçmenin yanında başlı başına bir yorum gereği olarak da kabul edilebilir. CIF satışlarda sigorta sözleşmesi kurma yükümlülüğünün doğrudan satış sözleşmesinden kaynaklandığı, bir vekâlet ilişkisine dayanmadığı benimsendiğinden⁴⁰ sözleşmenin alıcı hesabına kurulduğu yönünde TTK m.1454/2 uygulanmaksızın da bir yorum yapılabilir⁴¹.

CIF terimine göre, sigorta sözleşmesinin kimin olacağı onun lehine sigorta olarak kurulması mümkündür⁴². TTK m.1454/3’te sigortanın kimin menfaati için yapıldığının sözleşmede açık bırakılabileceği, böyle bir sözleşmenin üçüncü kişi lehine yaptırıldığı anlaşılırsa başkası lehine sigortaya ilişkin 2. fıkranın uygulama alanı bulacağı hüküm altına alınmıştır. Kimin olacağı onun hesabına sigorta sözleşmesinin kurulduğu anda menfaatin kime ait olduğu belirsiz olduğundan veya menfaat sahibinin değişme ihtimali bulunduğu⁴³, sözleşmenin sigorta ettirenin hesabına mı yoksa başkası hesabına mı yapıldığı hususunda belirsizlik vardır; bu belirsizlik riziko gerçekleştiğinde ortadan kalkar⁴⁴. Sözleşmede kimin menfaatinin teminat altına

³⁶ ÜNAN, s.31.

³⁷ Öte yandan satıcı sigorta sözleşmesinin geçerliliğini sürdürmesi için kullanılması mümkün olan tüm hakları kullanmak ve sözleşmenin geçerliliğini devam ettirmek zorundadır.: SASSOON, s.190-191.

³⁸ Kanun koyucunun TTK m.1454/2’de üçüncü kişinin adının belirtilmesinden bahsetmesi isabetli değildir. Üçüncü kişinin adının belirtilmediği hâllerde de sigorta ettirenin kendi adına ve başkası hesabına sözleşme kurduğu kabul edilmelidir.: ÜNAN, s.38. VVG § 43/2’de sözleşmenin başkası hesabına yapılmış olması hâlinde sözleşmede hesabına sözleşme kuralan kişinin adı belirtilmiş olsa dahi sigorta ettirenin sözleşmeyi o kişiyi temsilen değil kendi adına ve başkası hesabına yaptığının kabul edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükmün bir yorum kuralı getirdiği, bir faraziye ortaya koymadığı kabul edilmektedir. Sözleşmenin başkası hesabına kurulup kurulmadığı hususunda öncelikle belirleyici olan menfaat unsuru olacaktır. Hükmünde düzenlenen yorum ancak tereddüt bulunması hâlinde geçerli olacaktır.: LANGHEID/WANDT, § 43, Nr. 32.

³⁹ VVG § 43/2’de de aynı düzenlemeye yer verilmiştir.: LANGHEID/WANDT, § 43, Nr. 35-36. Sözleşmenin başkası adına değil başkası hesabına kurulduğuna dair bkz.: ÇEKER, s.143-144.

⁴⁰ ERDEM, s.119.

⁴¹ TTK m.1454/2’ye ait gerekçede açıklama bulunmamaktadır. VVG § 43/2 ile kanun koyucunun yorum kuralı ile sigortalının sözleşmeden kaynaklanan hakları bakımından tasarruf yetkisinin korunmasını amaçladığı ifade edilmektedir.: LANGHEID/WANDT, § 43, Nr. 32.

⁴² Bunun CIF satışa en uygun çözüm olduğu yönünde: ÜNAN, s.25; AYGÖREN, Emine: Emtea Nakliyat Sigortaları, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, s.13.

⁴³ ÜNAN, s.39; LANGHEID/WANDT, § 48, Nr. 1. Yolcular hesabına kurulan kaza sigortasında ilgili yolcunun, bir depoda saklanan mallar için yapılan sigortada rizikonun gerçekleştiği anda malların maliki kim ise onun sigorta konusu menfaate sahip olması kimin olacağı onun hesabına sigortanın örneklerindedir.: LANGHEID/WANDT, § 48, Nr. 5.

⁴⁴ YAZICIOĞLU, s.65; ÜNAN, s.39; SAYHAN, s.111. Kimin olacağı onun hesabına sigortada “menfaatin taşıyıcısı” ve “menfaatin sahibi” kavramları için bkz.: SAYHAN, s.111. Kimin olacağı onun hesabına sigorta TTK m.1454/1’de düzenlenen üçüncü kişinin menfaatinin adı belirtilmeden sözleşmeye konu edildiği sigortadan farklıdır. eTTK m.1342/1 ve 2’ye ilişkin bkz.: YAZICIOĞLU, s.65. Kimin olacağı onun hesabına sigortanın sigorta ettirenin kendi hesabına mı yoksa başkası hesabına mı kurulduğunun tespitinde belirleyici olacak ana dair Alman Hukuku’nda savunulan görüşlere ilişkin açıklamalar için: AYGÖREN, s.13-14. TTK m.1454/3 hükmü sigorta edilen menfaatin sahibinin değişmesi hâlinde sözleşmenin sona ereceğine dair TTK m.1470’in istisnası niteliğindedir. TTK m.1470’e göre menfaatin el değiştirmesinin sözleşmeye etkisi için bkz.: TAŞKIN, Melda: “Zarar Sigortalarında Menfaat Eksikliği”, BATİDER, XXXIII(1), 2017, s.276 vd.; BAĞRIACIK, Safiye Nur: “Sigorta Sözleşmesinde Sigorta Edilen Menfaatin Sahibinin Değişmesi”, İKÜHFD, 15(1), 2016, s.744 vd.

alındığı belirtilmese de muhtemel menfaat sahiplerinin hangi menfaatinin sözleşmeye konu edildiği açıklanmalıdır⁴⁵. Satıcının kuracağı yük sigortasının denizcilik rizikolarının gerçekleşmesi sebebiyle zarara uğrayan kimsenin, diğer bir anlatımla CIF terimi uyarınca hasara katlanan kimsenin sahip olduğu menfaati konu ettiği sözleşmeden anlaşılmalıdır. Öğretide CIF satışlarda satıcının kurduğu kimin olacağı onun hesabına yük sigortasının hasarın alıcıya geçmesi ile menfaat sahibinin değişmesi anına kadar satıcı hesabına, bu andan sonra alıcı hesabına sigorta olarak işlem görmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁶. Sözleşmenin satıcı hesabına kurulmuş sayılacağı dönemde de satıcının sahip olduğu menfaat, eşyaya ilişkin hasara katlanma yükümlülüğü altında olması gereği sahip olduğu menfaat olmalıdır. Sigorta sözleşmesinin kimin olacağı onun lehine kurulması, malların taşıma sırasında yeniden satılması ihtimalinde sigorta sözleşmesinin yürürlüğünün devam etmesine imkân tanıdığından önemli bir ihtiyacı karşılamaktadır⁴⁷.

D. Sözleşmenin Kapsamı

Incoterms 2020 CIF A5 hükmünde, satıcının masrafları kendisine ait olmak üzere Enstitü Kargo Kuralları C (Institute Cargo Clauses/EKK) klozunda veya benzer klozlarda öngörülen kapsamda bir yük sigortası sözleşmesi kurmakla yükümlü olduğu; ancak sigorta sözleşmesinin kapsamının taraflar arasında farklı kararlaştırılabileceği veya belli bir ticari uygulamanın kapsamın farklı belirlenmesini gerekli kılabileceği öngörülmüştür. Hükme göre, taraflar kurulacak sigorta sözleşmesi ile daha geniş bir teminatın sağlanması hususunda anlaşmamışlarsa ya da ticari uygulama daha geniş kapsamda bir teminat sağlanmasını gerektirmiyorsa EKK (C) klozlarına göre veya aynı çerçevede teminat sağlayan başkaca klozlara⁴⁸ göre bir sigorta sözleşmesi kurulması yeterlidir. EKK⁴⁹'nin C klozu en düşük kapsamlı teminatı sağlar⁵⁰. EKK (C) 2009'un teminat kapsamına ilişkin 1. maddesinde yangın ve patlama, karaya oturma ve alabora olma, kara aracının devrilmesi veya raydan çıkma, gemi ile veya su dışında bir nesne ile çarpışma, barınma limanında yükün boşaltılması, müşterek avarya fedakarlığı, denize yük atılması hâlleri teminat kapsamında kalan riskler olarak sayılmıştır⁵¹.

IV. CIF SATIŞLARDA KURULACAK SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN KONUSU VE HASARA KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak Sigorta Sözleşmesinin Konusu

CIF satışlarda kurulan yük sigortası sözleşmesi bir zarar sigortasıdır⁵². Zarar sigortası sözleşmelerinde sigortanın konusunun ne olduğu uzun süre tartışılmış bir husustur. Sigortanın konusuna ilişkin ileri sürülen görüşler temelde sözleşmenin konusunun “eşya” veya “eşya üzerindeki menfaat” olduğu noktasında toplanmaktadır⁵³. Sigorta sözleşmesinin konusunu

⁴⁵ TTK m.1454 f.3'ün eleştirisi için bkz.: ÜNAN, s.38-39.

⁴⁶ ÜNAN, Samim: “Sif (cif) Olarak Satılan Mallar İçin Yaptırılan Yük Sigortasında Sigortalanabilir Menfaat”, Sigorta Hukuku Dergisi, (1), 1997, s.26; AYGÖREN, s.14. Rizikonun gerçekleştiği anda menfaatin sahibi sigorta ettiren olsa dahi kimin olacağı onun hesabına sigorta, başkası hesabına sigorta hükümlerine tabidir.: SAYHAN, s.113. Kimin olacağı onun hesabına sigortada menfaat sahibinin ispatındaki zorlukların aşılması için uygulamada “PPI (Policy Proof of Interest)” klozlarına yer verilmektedir.: AYGÖREN, s.14.

⁴⁷ CAN, s.35. Aksi hâlde TTK m.1470 gereğince malların bir üçüncü kişiye satılması ile menfaat sahibi değişmiş olduğundan sigorta sözleşmesi geçersiz hâle gelirdi. Ayrıca bkz.: TAŞKIN, s.273-276; CAN, s.29-30.

⁴⁸ Türk Hukukunda Emtia Nakliyat Sigortası Genel Şartları'nda teminatın kapsamı özellik ilkesi esas alınarak sigortacının önceden belirlenmiş rizikoların sebep olduğu zararları tazminle yükümlü olduğu şeklinde düzenleme içermektedir. Bununla birlikte himayenin kapsamına ilişkin ayrı klozlar düzenlenmiş değildir ve uygulamada EKK kullanılarak sözleşme kurulmaktadır.: ŞEKER, s.46-48.

⁴⁹ Enstitü Kargo Kuralları'nın tarihi gelişimi ve içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: ŞEKER, s.50 vd.; YAZICIOĞLU, s.131 vd.; ERDEM, s.140 vd.

⁵⁰ EKK (A), tüm riskleri (all risks) teminat altına alan en geniş korumayı sağlarken, (B) ve (C) klozları belirlenmiş risklere (named perils) karşı teminat sağlamaktadır. Ayrıca bkz.: ŞEKER, s.50 vd.; ODEKE, s.25-26, 31 vd.; ERDEM, s.127 vd.

⁵¹ ŞEKER, s.66 vd.; DUNT, s.517 vd.; ERDEM, s.140 vd.

⁵² KENDER, s.22 vd.; CAN, s.33; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s.80.

⁵³ Sigortanın konusunun eşya olduğunu savunan görüşler menfaat kavramının tespitinin çoğu kez mümkün olmaması ve menfaat kavramına ilişkin yapılacak değerlendirmenin sağlam bir esasa dayanmadığını gerekçe göstermekte, menfaat kavramına gerek olmadığını da ileri sürmektedir.: KOENIG, Willy: “Sigorta Menfaati ve Değerlendirilmesi”, Çev.: ÖZTAN, Fırat, BATİDER, V(1), s.47-48; CAN, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2009, s.53 vd.; TAŞKIN, s.262; KENDER, s.222-223; SAYHAN, s.75-76. Öğretideki hakim görüş ise, sigorta sözleşmesinin konusunun eşya değil eşya üzerindeki menfaat olduğunu kabul etmektedir.: KENDER, s.223; TAŞKIN, s.262; SOPACI ÖZTUNA, Birgül: “Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi”, Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.108; MÖLLER, s.260;

eşyanın teşkil ettiğinin kabul edilmesi hâlinde sigorta hukukuna ilişkin birçok kurumun açıklanması imkânsız hâle gelecektir⁵⁴. Bunlardan en önemlisi birden fazla kimsenin aynı eşyaya ilişkin sigorta sözleşmesi kurabilmesidir. Örneğin, bir taşınmazın maliki, ipotekli alacaklısı, intifa hakkı sahibi o taşınmaz üzerinde ayrı ayrı sigortalanabilir menfaate sahiptir ve sözleşmesinin konusunu eşyanın oluşturması hâlinde bu kişiler kendi menfaatlerini konu alan sigorta sözleşmesi kuramazlar⁵⁵. Dolayısıyla sigorta sözleşmesinin konusunu eşyanın değil, eşya üzerindeki menfaatin oluşturduğunu kabul etmek gerekir.

Kanun koyucu TTK m.1453/1’de rizikonun gerçekleşmemesinde menfaati bulunanların bu menfaatlerini mal sigortası ile teminat altına alabileceklerini öngörerek sigorta sözleşmesinin konusunun eşya değil, menfaat olduğunu vurgulamıştır. Hükmün gerekçesinde sigortanın konusunun para ile ölçülebilir menfaat olduğunun açıkça belirtilmek istendiği ifade edilmiştir. Sigorta sözleşmesinin tanımına ilişkin TTK m.1401/1’deki “para ile ölçülebilir menfaat” ve TTK m.1403’teki “sigorta ettiği menfaati” ifadesi, TTK m.1408’de menfaatin yokluğu hâlinin düzenlenmiş olması da kanun koyucunun sigortanın konusunu menfaat olarak kabul ettiğini ortaya koymaktadır⁵⁶.

Sigorta sözleşmesine hangi menfaatin konu edildiği tespit edilmelidir; zira bu husus sigortacının ödeme borcunun bulunup bulunmadığının ve borcun alacaklısının belirlenmesinde büyük önem taşır.

B. Sigorta Sözleşmesinde Menfaat Kavramı ve CIF Satışlarda Sigortaya Konu Edilen Menfaat

Menfaat kavramı sigorta hukukunda özel bir anlama sahiptir⁵⁷. Zarar sigortalarından mal sigortalarında menfaat eşya ile bir kişi arasındaki değer ilişkisini ifade eder⁵⁸. Değer ilişkisi, eşyanın hasara veya ziyaa uğraması sebebiyle mal varlığında eksilme gerçekleşecek kişinin kim olduğuna bağlı olarak tespit edilir. Sigorta sözleşmesinin esaslı noktasını oluşturan ve şahsi nitelik taşıyan menfaatin sözleşmede belirlenmesi zorunludur⁵⁹. CIF satışlarda kurulan sigorta sözleşmesine konu edilen menfaat CIF terimi hükümlerinde kullanılan ifadeler dikkate alınarak tespit edilmelidir.

CAN, s.29; YAZICIOĞLU, s.71. Sigorta hukukunda konu ve menfaat kavramlarının farklı olduğuna dair bkz.: SAYHAN, s.41.

⁵⁴ KENDER, s.223.

⁵⁵ CAN, s.28; SOPACI, s.109; KENDER, s.223; ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.83. Alman Hukukunda menfaatin malik menfaatinde ibaret olmadığını ortaya koyan ve “teknik menfaat teorisi”ni geliştiren BENECKE’nin ve “sigortalanabilir menfaat” kavramını ilk kez tanımlayan EHRENBURG’ın görüşleri için bkz.:YAZICIOĞLU, s.72, 73. Ayrıca bkz.: SAYHAN, s.35 vd.; TAŞKIN, s.262-265.

⁵⁶ Aynı yönde: TAŞKIN, s.265-266. TTK’da sigortanın konusu olarak menfaatin benimsendiğini ortaya koyan diğer hükümlere örnek olarak bkz.: TTK m.1461-1470.

⁵⁷ Menfaat kavramına ilişkin değerlendirmeler için bkz.: SAYHAN, s.33 vd.; KENDER, s.223; TAŞKIN, s.262 vd.; MÖLLER, s.255 vd.; WANDT, Manfred: Versicherungsrecht, Carl Heymanns Verlag, 5. Auflage, 2009, s.240; ARMBRÜSTER, Christina, (PRÖLLS/MARTİN): Versicherungsvertragsgesetz: VVG, mit Nebengesetzen, Vermittlerrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, 30. Auflage, C.H.Beck, 2018, Vor § 74-99, Nr. 28. Menfaat ilkesinin bazı sigorta türleri bakımından yetersiz kalmasına rağmen yerine ikame edilecek bir teori geliştirilmedikçe terkedilmesinin mümkün olmadığı yönünde: CAN, s.28-29. Zarar sigortalarında menfaat kavramının gerekliliğine, menfaatin sigortayı bahisten ayırdığına ilişkin: ARMBRÜSTER, Vor § 74-99, Nr. 23; YAZICIOĞLU, s.71; SAYHAN, s.45. Geçmişte sigorta poliçesindeki “interest or no interest” gibi ifadelerle menfaatin bulunmamasına rağmen sigortacının belli bir tutarı ödeyeceğinin kararlaştırıldığı sözleşmelerin bahis niteliğine ilişkin: GÜRSES, Marine Insurance, s.32. İngiliz Hukukunda bu tür sigorta sözleşmelerinin geçerli olmayacağı Marine Insurance Act 1906 m.4 ile açıkça hüküm altına alınmıştır.: GÜRSES, Marine Insurance, s.34. Menfaat ve zarar kavramlarının özel ve teknik anlamlara sahip olmalarına rağmen TTK m.1401’de verilen tanımda bu kavramların yanlış kullanıldığına ilişkin: KENDER, s.174. TTK’nın tüm sigorta türleri bakımından menfaat koşulunu aramış olması meblağ sigortaları bakımından isabetsizdir.: ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.83. “Sigortalanabilir menfaat” kavramı sigorta hukukunda eskiden beri kabul görmüş bir kavram olup, kim sigortalanabilir menfaate sahip ise ona sözleşme ile himaye sağlanabileceği kabul edilmektedir.: BOTES, Estian/KLOPPERS, Henk, Insurable Interest As A Requirement For Insurance Contracts: A Comparative Analysis, African Journal of International and Comparative Law, 26 (1), 2018, s.130.

⁵⁸ KENDER, s.174; ÇEKER, s.140-141; CAN, s.28; YAZICIOĞLU, s.71; BOTES/KLOPPERS, s.131-133; WANDT, s.240; MÖLLER, s.261. İngiliz Hukukunda da “sigortalanabilir menfaat” kavramının eşya ile olan ekonomik ilişki olduğu Marine Insurance Act 1906 Art 5/2’de açıklanmıştır.

⁵⁹ YAZICIOĞLU, s.76; SAYHAN, s.41; AYGÖREN, s.9. Menfaat, sigortayı bahisten ayıran bir unsurdur.: ARMBRÜSTER, Vor § 74-99, Nr. 24; YAZICIOĞLU, s.71.

CIF 2020 A5 hükmünde, sigorta sözleşmesinin yük sigortası olması ve alıcı veya bir başka kişi olsun mallara ilişkin sigortalabilir menfaate sahip olan kişinin menfaatinin sözleşmeye konu edilmesi aranmıştır. Terime ilişkin açıklamada ise, “*alıcının mallara ilişkin ziya ve hasar riskine karşılık*” kurulacak sigorta sözleşmesinden bahsedilmiştir⁶⁰. Şu hâlde sigorta sözleşmesi alıcının veya mallar üzerinde sigortalabilir menfaate sahip bir başka kişinin malların hasara veya ziyaa uğraması hâlinde mal varlığının olumsuz yönde etkilenmesi sonucu ortaya çıkan zararın tazmin etmeyi amaçlamalıdır.

Eşyanın hasara veya ziyaa uğraması hâlinde kural olarak, eşyanın mülkiyetine sahip olan kişinin mal varlığı olumsuz yönde etkilenir. Bununla birlikte, eşya üzerinde ipotek veya rehin hakkına sahip olan alacaklı, intifa hakkı sahibi de hasar veya ziyaa hâlinde mal varlığı olumsuz etkilenebilecek kişilerdendir. Dolayısıyla eşyanın hasara veya ziyaa uğraması yalnızca malikin değil, başka kişilerin de mal varlığında olumsuz etki doğurabilir. Bazı hâllerde ise mülkiyet, ipotek, rehin, intifa gibi haklar söz konusu olmamasına rağmen eşyanın hasara veya ziyaa uğramasının sonucu olan zarara belli bir kimsenin katlanması söz konusu olur. Diğer bir anlatımla bir kimsenin eşyanın mülkiyetine sahip olması eşyanın hasara veya ziyaa uğraması hâlinde bu kişinin mal varlığında eksilme meydana geldiğinin kabul edilebilmesi için yeterli değildir⁶¹. Deniz sigortalarında sözleşmeye konu edilen menfaatin şekli anlamda mülkiyetin değil, ekonomik mülkiyetin tesis ettiği ilişki olduğu kabul edilmektedir⁶². Sözleşmeye konu menfaatin kime ait olduğu sorusunun yanıtlanması, hasar veya ziyaa hâlinde, şekli mülkiyetten bağımsız olarak, ekonomik yönden kimin olumsuz etkilendiğinin belirlenmesini gerektirir⁶³.

CIF A2 hükmüne göre gerçekleşen teslim, koniştirme bir taşımanın söz konusu olduğu hâllerde eşyanın mülkiyetini alıcıya devretmeye yetmez. TTK m.1234’ün göndermesi ile koniştirme tonunun eşyayı temsil etme işlevi (aynı hükmü) gereği TMK m.980 uyarınca senedi elinde bulunduran kimse eşyanın zilyedi sayılacak ve mülkiyeti kazanabilecektir⁶⁴. MTO, Incoterms’in malın mülkiyetinin devri ile ilgili düzenleme yapmayı amaçlamadığını özellikle vurgulamaktadır⁶⁵. Hasara katlanma yükümlülüğü ile kurulan bağlantı gereği esas alınan husus, deniz sigortalarında hâkim olan ilkeye paralel şekilde ekonomik mülkiyettir. Alıcının ekonomik mülkiyete sahip olması CIF B3 hükmü gereğince malların A2 hükmüne göre teslim edildiği andan itibaren mallara ilişkin tüm hasar ve ziyayı alıcı tarafından üstlenilmesinden kaynaklanmaktadır. CIF A2 hükmüne göre, teslim gemide gerçekleşir ve mallar gemiye yüklendiği andan itibaren mallara ilişkin hasara katlanma yükümlülüğü altında olan taraf alıcıdır. Alıcının mallar ile arasındaki ekonomik bağ, satış sözleşmesinden kaynaklanır ve alıcının menfaatini ortaya çıkaran husus hasara katlanma yükümlülüğüdür. Bu sebeple öncelikle CIF satış sözleşmelerinde hasar kavramını açıklayarak hukukumuzda satış sözleşmesinden doğan hasara katlanma borcu ile karşılaştırma yapmayı uygun görmekteyiz.

C. CIF A3 Hükmü ve TBK m.208 Uyarınca Hasar Kavramı

Incoterms kapsamında kullanılan belli terimlere verilmek istenen anlamlar Incoterms’te özellikle açıklanmaktadır. Incoterms 2020’de kuralların neyi düzenlediğine dair giriş kısmında hasar kavramı, “*satıcının malları alıcıya nerede ve ne zaman teslim ettiği, bir diğer deyişle hasarın satıcıdan alıcıya nerede geçtiği*” ifadesiyle açıklanmıştır⁶⁶.

Incoterms ile açıklığa kavuşturulmamış kavramlara özel bir anlam verilerek kullanılmasının amaçlanmadığı ve tarafların sözleşmeye uygulamayı tercih ettikleri hukuka veya

⁶⁰ INCOTERMS 2020 by the Chamber of Commerce (ICC), s.124-125.

⁶¹ YAZICIOĞLU, s.74.

⁶² ÜNAN, Sigortalabilir Menfaat, s.22; GÜRSES, Özlem, “CIF Satışlarda Sigortalanan Menfaatin Ait Olacağı Kişi Sorununa İlişkin Bir Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LKIV(I), 2006, s.300; YAZICIOĞLU, s.74; AYGÖREN, s.10; Menfaat hususunda ekonomik mülkiyetin dikkate alınması gerektiğini çeşitli şekillerde açıklayan görüşler için: AYGÖREN, s.10-11. İngiliz Hukukunda bu durum sigortalının sözleşme konusu ile bir ilişkisi, ilgisi olması ve rizikonun gerçekleşmesi hâlinde sigortalının ekonomik olarak etkilenecek olması şeklinde açıklanmaktadır.: GÜRSES, Marine Insurance, s.36-37. Ekonomik mülkiyetin, eşya hukuku ilkelerine göre bir kimse malın maliki olmasa dahi malın hasara veya ziyaa uğraması halinde hasara katlanma yükümlülüğü altında olması sebebiyle mal ile arasındaki ilişki olarak açıklanması kanımızca mümkündür.

⁶³ YAZICIOĞLU, s.74; GÜRSES, Marine Insurance, s.36.

⁶⁴ ÇAĞA, Tahir/KENDER, Rayegân: Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.100 vd.; YAZICIOĞLU/Emine: (Kender/Çetingil) Deniz Ticareti Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s.378-379. Ayrıca bkz.: RABE/BAHNSEN, § 524, Rn.15-16. Bkz.: THAYER, s.817-820. CIF satışlar mal satışı yerine belge satışı olarak da nitelenmektedir: ODEKE, s.24; SASSOON, s.29 vd.

⁶⁵ INCOTERMS 2020 by the Chamber of Commerce (ICC), s.3.

⁶⁶ INCOTERMS 2020 by the Chamber of Commerce (ICC), s.2.

kurallara, tercih edilen bir hukuk veya kurallar yoksa kanunlar ihtilâfi hükümleri gereğince sözleşmenin tabi olacağı hukuka göre anlamlarının belirlenmesinin gerektiği kabul edilmelidir. Diğer tüm terimlerde olduğu gibi CIF A3 hükmünde hasarın geçişinden bahsedilirken “mallara ilişkin ziya ve hasar” ifadesi kullanılmıştır.

Hukukumuzda “hasar” kavramı farklı alanlarda farklı anlamlara sahiptir⁶⁷. Borç ilişkisinde hasar, borcun doğumu ile ifası arasında borçluya yüklenemeyen sebepler dolayısıyla ifanın imkânsızlaşması durumunda ifa engelinin olumsuz sonuçlarının borç ilişkisinin taraflarından hangisinin mal varlığında doğacağı belirlenmesi ile ilgilidir⁶⁸. Malın tümüyle yok olması ya da değerini azaltacak şekilde kötüleşmesi sebebiyle alıcıya tesliminin imkânsız hâle gelmesi veya sözleşmede kararlaştırılandan az miktarda teslim edilmesi hasar kavramı içinde değerlendirilmektedir⁶⁹. CIF teriminde hasar kavramının deniz ticareti hukukunda kabul edilen ayrıma göre⁷⁰ hasarı ve ziyayı içerecek şekilde anlamlandırılması isabetlidir.

Eşyanın maliki ile ipotekli veya rehinli alacaklı, intifa hakkı sahibi gibi eşya üzerinde sınırlı aynı hakka sahip olan kimselerin katlanacağı hasar “şeye/eşyaya ilişkin hasar” olarak ifade edilmektedir⁷¹. İlgili kişiler eşya üzerinde sahip oldukları aynı hak sebebiyle eşyaya ilişkin hasara katlanırlar. TTK m.208’e paralel şekilde CIF A5 hükmünde de hasar kavramı, teslim ile ilişkilendirilmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi, konişmento düzenlemiş olması hâlinde, taşıyana teslim eşyanın mülkiyetini alıcıya geçirmeye yetmeyecektir. Bu durum öncelikle Incoterms’te ifade edilen hasarın “eşyaya ilişkin hasar” değil “sözleşmeye ilişkin hasar” olduğunu ortaya koymaktadır⁷². Sözleşmeye ilişkin hasar, sözleşmeden kaynaklanan borcun doğması ile ifa edilmesi arasındaki süreçte borçluya yüklenemeyen bir sebeple ifanın kusursuz olarak imkânsızlaşması hâlinde ortaya çıkan, sözleşmenin taraflarından birisini veya her ikisini tehdit eden tehlike durumudur⁷³. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, her iki taraf aynı anda hem alacaklı hem de borçlu olduğundan edimlerden birisinin konusunun imkânsızlaşmış olması hâlinde hasara kimin katlanacağı hususunun aydınlatılması için edim hasarı ve karşı edim (bedel) hasarı ayrımı yapılmıştır⁷⁴.

Satış sözleşmesinde sözleşmenin tarafları için borcun imkânsızlaşmasının ortaya çıkardığı tehlike, satıcı bakımından ifanın imkânsızlaşması sebebiyle satış bedelini talep edip edemeyeceği; alıcı için ise imkânsızlığa rağmen satış bedelini ödemekle yükümlü tutulup tutulmayacağı hususunda görülür. Edim hasarı kavramı, borcun borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir şekilde umulmayan bir hâl sebebiyle imkânsızlaşması hâlinde borçlunun borçtan kurtulup kurtulmadığı ile ilgilidir⁷⁵. Alacaklı yönünden bakılırsa, edim hasarı imkânsızlığa rağmen alacaklının edimi veya edim yerine geçen tazminatı talep edip edemeyeceğini yanıtlar. Borcun imkânsızlaşması hâlinde alacaklı ifayı veya ifa yerine geçecek bir tazminatı talep edemeyecekse edim hasarına alacaklı katlanmaktadır. Karşı edim (bedel) hasarı ise, borcun borçluya yüklenemeyecek bir sebeple imkânsızlaşması hâlinde borçlunun alacaklıdan karşı edimi, örneğin satış sözleşmesinde satış bedelini, talep edip edemeyeceği ile ilgilidir⁷⁶. Borçlu imkânsızlaşan edime rağmen

⁶⁷ Borçlar Hukukunda hasar kavramına ilişkin bkz.: AKINTÜRK, Turgut, : Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara, 1986, s.22-26; ALTAY, Sabah: Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçışı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.6 vd.; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.73; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.43-44; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Satış Sözleşmesinde Yazar ve Hasarın İntikali”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Sempozyum No: III, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Legal, İstanbul, 2012, s.349-351.

⁶⁸ ALTAY, s.4-5; ÖZDEMİR, s.352.

⁶⁹ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.43-44.

⁷⁰ Taşıma hukukunda hasar ve ziya ayrımı esasen Borçlar Hukukunda hasar içinde değerlendirilen iki kavramı ifade etmektedir. Bkz.: YETİŞ ŞAMLI, Kübra: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Taşıyanın Ziya, Hasar ve Geç Teslimden Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.30-36; YAVAŞ, Aksoy: Kara Yoluyla Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.56-74; ÇAĞA/KENDER, s.140.

⁷¹ AKINTÜRK, s.22-23; ÖZDEMİR, s.350; ALTAY, s.4-5.

⁷² Yukarıda belirtildiği gibi Incoterms denizasırsı satış sözleşmesini tüm yönleriyle düzenlememektedir. Mülkiyetin devri de Incoterms’in düzenlemediği konulardandır. Hasarın geçişinin mülkiyet ile bağlantı kurularak düzenlenmiş olmaması Incoterms’te bahsedilen hasarın sözleşmeye ilişkin hasar olduğunu göstermektedir. : Bkz.: dn. 6; RAMBERG, Incoterms 2010, s.18.

⁷³ AKINTÜRK, s.24; ÖZDEMİR, s.351; ARAL/AYRANCI, s.73.

⁷⁴ AKINTÜRK, s.26; ÖZDEMİR, s.353.

⁷⁵ ÖZDEMİR, s.353; AKINTÜRK, s.27; ARAL/AYRANCI, s.74.

⁷⁶ AKINTÜRK, s.28 vd.; ARAL/AYRANCI, s.75;

alacaklıdan satış bedelini ödemesini talep edebiliyorsa karşı edim hasarı alacaklı üzerindedir. Buna göre, karşı edim hasarı için öncelikle edim hasarının alacaklı üzerinde olması gereklidir⁷⁷. Satış sözleşmesinde edim hasarı karşı edim hasarı ayırımının açıkça yapılmadığı hâllerde “hasar” kavramı ile karşı edim hasarının ifade edildiği benimsenmektedir⁷⁸.

CIF satışlar gönderme suretiyle satışlardır ve satıcı eşyanın teslim edilmesi dışında taşınmasını da bir yan edim olarak üstlenir⁷⁹. TTK m.208/3’e göre de satıcının alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere göndermesi hâlinde hasar satılanın taşıyıcıya teslim edilmesi ile alıcıya geçer. Satılanın başka yere gönderilmesi için taşıyıcıya teslim ile alıcıya geçecek hasar da karşı edim hasarıdır. Buna göre, Incoterms’te de edim-karşı edim hasarına ilişkin özel bir ayırım yapılmadığından “hasar” kavramı ile ifade edilenin karşı edim hasarı olduğu kabul edilmelidir⁸⁰.

D. CIF A3 Hükmündeki Hasar Kavramına Göre Sigorta Sözleşmesine Konu Edilen Menfaat

CIF teriminde alıcıya geçeceğinden bahsedilen hasar karşı edim hasarı olduğuna göre, sigorta sözleşmesine konu edilen menfaat alıcının eşyanın taşıma sırasında hasara veya ziyaa uğraması durumunda satış konusu malı satıcıdan talep etme imkânına sahip olmamasına rağmen satış bedelini ödemekle yükümlü kalmaya devam etmesi nedeniyle mal varlığında meydana gelen eksilme gereği ortaya çıkmaktadır⁸¹.

E. Eşyanın Hasara veya Zıyaa Uğraması Hâlinde CIF Satış Sözleşmesinde Kararlaştırılan Satış Bedelinin Ödenmemesinin Sigorta Konusu Menfaat ile İlişkisi

1. Satış Bedelin Ödenmemesinin CIF Satış Sözleşmesi Bakımından Değerlendirilmesi

Incoterms’teki “hasar” kavramının karşı edim hasarını ifade etmesi, malların taşıma sırasında hasara veya ziyaa uğraması hâlinde satıcının teslim borcundan kurtulması ve alıcının satış bedelini ödeme yükümlülüğünün devam etmesi sonucunu doğurmaktadır. Buna rağmen uygulamada satıcının aynı özellikte başka mallar teslim ederek teslim borcunu yerine getirdiğine ve alıcının satış bedelini ödemekten kaçındığına sıklıkla rastlanabilmektedir.

CIF A3 hükmüne göre karşı edim hasarını alıcının üstlenmiş olması gereği, eşyanın taşıma sırasında hasara veya ziyaa uğramasına dayanarak satış bedelini ödemekten kaçınan alıcı, satış sözleşmesinden doğan ve varlığını sürdüren bedel ödeme borcunu ifa etmeyerek sözleşmeyi ihlâl etmiş olur (TBK m.232, CIF B1). Alıcının ödeme borcunun ifa zamanı, ifa yeri, yöntemi, ödemenin yapılacağı para birimi ve genel olarak satış sözleşmesine aykırılık hâlleri, sözleşmeden doğan borçların ifa edilmemesine uygulanacak yaptırımlar Incoterms’in düzenlemediği konulardır. Incoterms’te düzenleme getirilmeyen tüm konularda olduğu gibi sözleşmeye aykırılık hâllerinde de sözleşmenin tabi olduğu kurallar uygulanır.

Türk Hukuku uyarınca alıcı ödeme borcunun ifa edilmemesinden TBK m.232 vd. hükümlerine göre sorumlu olur. TBK m.236 gereğince ödeme borcunu ifa etmeyen alıcı satıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Satıcının satış bedelini talep hakkı, mal varlığında bir alacak hakkı olarak varlığını devam ettirir.

⁷⁷ AKINTÜRK, s.28,29; ÖZDEMİR, s.353-354; ALTAY, s.11,12.

⁷⁸ ÖZDEMİR, s.354; AKINTÜRK, s.26.

⁷⁹ KALPSÜZ, s.67; ERDEM, s.60; SASSOON, s.3, 41; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.149-150.

⁸⁰ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’na (CISG) göre m.67’de kullanılan “satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirmesi” ifadesinin “malların taşınmasının satıcı tarafından sağlanacağı sözleşmeler” olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir.: BOLLÉE, Sylvain: The Theory of Risks in the 1980 Vienna Sale of Goods Convention, CISG Database, Pace Institute of International Commercial Law, s.4: http://www.sisudoc.org/cisg/en/pdf/theory_of_risks_in_cisg.sylvain_bollee.landscape.a4.pdf (Erişim:06.05.2020); YELMEN, Adem: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Göre Hasarın İntikali, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 22 (3), 2016, s.2953-2954. Buna göre CISG m.67 tam olarak CIF satışlara işaret eder. Hasar kavramı ise TBK düzenlemesine paralel şekilde karşı edim hasarını ifade etmektedir (CISG m.66).: YELMEN, s.2952-2953. CISG m.66 uyarınca karşı edim hasarı alıcının üzerindedir. Hasara katlanma yükümlülüğü alıcıya geçtiği andan itibaren satış konusu malın hasara veya ziyaa uğraması hâlinde alıcı satış bedelini ödemekle yükümlü kalmaya devam edecektir.: BOLLÉE, s.16.

⁸¹ Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcının henüz mülkiyete sahip olmamasına rağmen eşyanın ziyayı hâlinde satış bedelini ödemekle yükümlü olması sebebiyle menfaate sahip olması da alıcının durumuna benzetilebilir. Bkz.: WANDT, s.244.

2. Satış Bedelinin Ödenmemesinin Menfaat Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi

Eşya üzerinde birden fazla kişinin menfaate sahip olması sözleşmeye hangi menfaatin konu edildiğinin belirlenmesini önemli hâle getirmektedir⁸². Sigorta sözleşmesinde kimin veya kimlerin, hangi menfaatinin teminat altına alındığı belirlenmiş olmalıdır. Menfaatin sigortacının himaye sağlama borcunu sınırlandıran bir unsur olması belirli olmasını gerekli kılar⁸³. Menfaatin sigorta sözleşmesinin esaslı noktası olması da, üzerinde uzlaşılammış olması hâlinde sözleşmenin kurulmadığı anlamına gelecektir⁸⁴. CIF satışlarda başkası hesabına kurulan sigortada menfaatin kime ait olduğunun açıkça belirtilmesi gerekirse de hangi menfaatin teminat altına alındığı sözleşmeden anlaşılmalıdır. Sözleşmenin kimin olacağı onun hesabına sigorta olarak kurulması hâlindeyse sözleşme konusu menfaatin belirtilmesi yeterli olur, menfaatin sahibi olacak kişi ileride riziko gerçekleştiğinde belirli hâle gelecektir⁸⁵.

Sigorta sözleşmesi CIF A2 hükmüne göre, eşyanın teslim edilmesiyle birlikte alıcıya geçen hasara katlanma yükümlülüğü sebebiyle alıcının sahip olduğu ekonomik mülkiyetten kaynaklanan menfaati konu alır. Eşyanın hasara uğraması gerekçesiyle satış bedelini ödemekten kaçınan alıcı, esasen satış sözleşmesini ihlâl etmektedir. Satış sözleşmesinden kaynaklanan bedel ödeme borcunun ifa edilmemesi hâlinde, satıcının mal varlığında eşyayı teslim etmesine rağmen bedeli tahsil edememesinden kaynaklanan bir alacak hakkı varlığını devam ettirir⁸⁶. Satıcının satış sözleşmesinden doğan satış bedelinin tahsiline ilişkin alacak hakkı bakımından menfaat sahibi olduğu hususunda şüphe yoktur. Buradaki menfaat yük sigortasına konu edilen eşyanın ekonomik malikinin hasar veya zıya sebebiyle uğradığı zararla bağlantılı değildir; zira satıcı eşyanın zıya veya hasarı sebebiyle değil alıcının satış sözleşmesini ihlâl ederek ödeme yapmaktan kaçınması sonucunda zarara uğramaktadır. Kuşkusuz ki bu alacak hakkının da sigorta sözleşmesine konu edilmesi mümkündür. Satıcı ile alıcı arasındaki satış sözleşmesinin niteliği gereği satış sözleşmesinden kaynaklanan alacak ticari bir alacaktır. Satıcının satış sözleşmesinden kaynaklanan alacağını tahsil edememesi rizikosuna karşı teminat sağlayan bir ticari alacak sigortası sözleşmesi kurması mümkündür⁸⁷. Açıktır ki satıcının kuracağı bu sözleşme bir yük sigortası sözleşmesi değildir⁸⁸. Oysa yukarıda açıklandığı üzere, CIF A5 hükmünün gereği olarak kurulacak sigorta sözleşmesi denizcilik rizikoları sebebiyle hasara veya zıya uğraması hâlinde eşyanın ekonomik mülkiyetine sahip olan alıcının uğrayacağı zararın giderilmesine ilişkin bir yük sigortasıdır⁸⁹. Satıcının zararı ise karşı edim hasarını üstlenmiş olan alıcının sözleşmeyi ihlâl ederek ödeme yapmamasından doğmaktadır.

Uygulamada satış konusu eşyanın taşıma sırasında hasara veya zıya uğraması hâlinde satıcının kendi hesabına kurduğu yük sigortası sözleşmesine dayalı olarak sigortacıdan tazminat talep ettiği, tazminatı satıcıya ödeyen sigortacının ödediği bedeli halef sıfatıyla zarar sorumlusu taşıyandan talep ettiği görülmektedir. Yargı kararlarında, CIF satışta eşya üzerindeki sigortalananabilir menfaatin alıcıya ait olduğu kabul edilmekle birlikte satış bedelinin ödenip

⁸² eTTK m.1340'ta deniz sigortalarına konu edilebilecek birden fazla menfaatin söz konusu olduğu örnek bir liste verilerek açıklanmıştır. Hükümde verilen listede yük bakımından birden fazla menfaatin söz konusu olduğu ortaya konmuştur. İngiliz Hukukunda da MIA 1906 m.5'te sözleşmenin konusunu oluşturabilecek menfaatler belirtilmiştir. Mülkiyetten kaynaklanan menfaat, şarta bağlı menfaat, ipotek hakkından kaynaklanan menfaat, kâra ilişkin menfaat bunlara örnek gösterilebilir.: GÜRSES, Marine Insurance, s.37 vd. Sigorta sözleşmesine birden fazla kişinin birden fazla menfaatinin konu edildiği birleştirilmiş sigortanın varlığının kabul edilebilmesi için de menfaati sözleşmeye konu edilen kişilerin ve sözleşmeye konu edilen menfaatlerin anlaşılması gereklidir.: KENDER, s.201-202.

⁸³ YAZICIOĞLU, s.76; MÖLLER, s.258. Aynı menfaat bakımından, bir kimse bu menfaate sahip ise bir başka kimsenin bu menfaate sahip olamaması da menfaatin belirli olmasını gerekli kılan sebeplerdendir.: WANDT, s.241.

⁸⁴ YAZICIOĞLU, s.76; SAYHAN, s.41.

⁸⁵ YAZICIOĞLU, s.76; ÜNAN, s.39.

⁸⁶ Satıcının alacak hakkı varlığını devam ettirdiği için eşyanın hasara uğramasından önce satıcının durumu ne ise aynı olacağına ilişkin: AYGÖREN, s.11.

⁸⁷ CAN, s.74. Alacak sigortasında borçlunun temerrüde düşmesinin de riziko olarak kararlaştırılabileceği yönünde: CAN, s.74.

⁸⁸ Yük sigortası mal üzerindeki menfaatin sigortası iken alacak sigortası alacağın tahsiline ilişkin menfaatin sigortasıdır.: KENDER, s.223. Bu gibi rizikoların ihracat koruma sigortası ile teminat altına alındığına ilişkin: AYGÖREN, s.12. Sigorta sözleşmesinin türünü sigortalının niyetinin değil sözleşmeye konu edilen menfaatin belirleyeceği yönünde: BOTES/KLOPPERS, s.131.

⁸⁹ ODEKE, s.25.

ödenmediğine dair bir ayrıma gidildiği de görülmektedir⁹⁰. Bazı kararlarda satış bedelinin ödenmemiş olması hâlinde eşyanın hasara ve ziyaya uğraması sebebiyle satıcının mal varlığında zarar meydana geldiği kabul edilerek sigortacının halef sıfatıyla taşıyana başvuruyla kabul edilmektedir. Böylelikle kararlar sigortacının geçerli bir sigorta sözleşmesine göre satıcıya haklı bir ödeme yaptığını benimsemektedir. Bahsi geçen kararların menfaat kavramı bakımından isabetli olmadığı kanısındayız.

Yargı kararlarına konu edilen sigorta sözleşmelerinin Emtia Nakliyat Sigortası Genel Şartları (ENGŞ)'na ve İngiliz Enstitü Klozları'na tabi kılınan standart yük sigortası sözleşmeleri olduğu görülmektedir. Öncelikle yük sigortası sözleşmesine konu edilen menfaatin eşyanın denizcilik rizikolarının gerçekleşmesi sonucu hasara veya ziya uğraması sebebiyle hasara katlanma yükümlülüğü altında olan ekonomik mülkiyete sahip kişinin menfaati olduğu vurgulanmalıdır. Şu hâlde yargı kararlarında değerlendirme dışı bırakılan önemli hususlardan ilki TTK m.1408 hükmünde getirilen kuraldır. TTK m.1408'in ilk cümlesine göre, "sigorta sözleşmesinin yapılması anında, sigortalanan menfaat mevcut değilse, sigorta sözleşmesi geçersizdir." Hüküm esasen sigorta sözleşmesinde menfaat eksikliği hâlini düzenlemekle birlikte, sigorta sözleşmesinde menfaatin belirli olması gereğini ortaya koymaktadır; zira sözleşmeye hangi menfaatin konu edildiği belli değil ise bu menfaatin sözleşmenin kurulduğu sırada var olup olmadığı veya sonradan ortadan kalktığı da tespit edilemez.

Yük sigortası sözleşmesine eşyanın ekonomik malikinin hasara katlanma yükümlülüğü gereği sahip olduğu menfaat konu edildiğine ve CIF A2 ile A3 hükümlerine göre eşyanın yüklenmesiyle hasara katlanma yükümlülüğü alıcıya geçtiğine göre, yükleme ile birlikte satıcının eşya üzerinde sigortalananabilir menfaati kalmamıştır⁹¹. CIF teriminde getirilen bu kural esasen yük sigortasında himayenin zaman yönünden sınırları ile tam olarak örtüşmektedir. ENGŞ m.8 ve ICC 8.1. hükümleri gereğince sigorta himayesi seferin başlaması ile etki doğurur ve sigortacının sorumluluğu bu andan itibaren başlar⁹². Sigorta sözleşmesi ile sağlanan himayenin eşya henüz gemiye yüklenmeden önce (örneğin deniz taşımasından önce kara taşıması yapılacaksa kara taşıması ile) başlaması kararlaştırılmışsa ve sözleşme kimin olacağı onun hesabına kurulmuşsa bu hâlde satıcı eşya gemiye yüklenip hasara katlanma yükümlülüğü alıcıya geçene dek menfaat sahibi olduğundan sözleşmeden faydalanabilir⁹³. Yoksa satıcının satış bedelinin ödenmemesi sebebiyle uğradığı zarara ve sahip olduğu alacak hakkına ilişkin menfaatinin yük sigortasına konu edilen menfaatin yerini aldığını kabul etmek mümkün değildir; zira sözleşmeye konu edilen menfaatin sahibi değişebilir; ancak sözleşmeye konu edilen menfaat kendiliğinden değişemez. Aynı şekilde sigorta ettiren hesabına kurulan bir sözleşmenin sigorta ettirenin menfaatinin bulunmaması hâlinde başkası hesabına kurulduğu da kabul edilemez⁹⁴.

Satış bedelinin ödenmiş olup olmaması yük sigortasına konu edilen menfaat bakımından bir sonuç doğurmaz; satıcının satış bedelinin ödenmesi ile ilgili menfaati ayrı bir menfaattir. Satış

⁹⁰ Yargıtay 11. HD. 26.1.2004, E. 2003/6005, K. 2004/701; Yargıtay 11. HD., 22.1.2007, E.2005/13656, K. 2007/586; Yargıtay 11. HD., 22.3.2004 E.2003/8878, K. 2004/2871: Kararlarda satış bedelinin ödenmiş olup olmaması esas alınmıştır. CIF satışlarda satıcının mal üzerinde menfaat sahibi olmadığı kabul edilerek sigorta sözleşmesinin alıcı lehine yapılmasının gerektiği yönünde kararlar da mevcuttur. Örneğin Yargıtay 11. HD., 27.06.1994, E. 1994/1093 K. 1994/5524 nolu kararda satıcının kendi lehine değil alıcı lehine sigorta sözleşmesi kurabileceği belirtilmiş ve satıcıya ödeme yapan sigortacının halef sıfatını kazanamayacağı sonucuna varılmış; satış bedelinin ödenip ödenmediği hususu değerlendirilmemiştir. Bu karara ilişkin karşı oy yazısında kara yolu taşıyıcısına karşı kimin tazminat talep hakkına sahip olduğu esasından hareket edilerek satıcının sigorta sözleşmesine dayanarak tazminat talep edebileceği sonucuna ulaşılmışsa da bu kana katılmak mümkün değildir. Taşıyıcıya karşı tazminat talep hakkına sahip olmak ile sigorta hukuku ilkeleri bakımından eşya üzerinde sigortalananabilir menfaate sahip olmak farklı kavramlardır. Örneğin deniz yolu ile gerçekleşen taşımalarda taşıyandan tazminat talep etme hakkına sahip olan kişi taşıyan, yükleten veya gönderilen olabilir ve bu kişinin eşya ile arasındaki hukuki ilişkinin türü önemli değildir. Ancak bu kişiler her durumda eşya üzerinde sigortalananabilir menfaate sahip kişi olmayabilir.: YETİŞ ŞAMLI, s.181, 182. Kararlar: www.lexpera.com (Erişim Tarihi: 14.06.2020)

⁹¹ GÜRSES, s.300; ŞEKER, s.96; ÜNAN, s.24.

⁹² ŞEKER, s.83 vd. TTK m.1421/1'de her ne kadar sigortacının sorumluluğunun sözleşmenin yapılmasıyla başlayacağı belirtilse de bu hüküm sözleşmenin kurulduğu sırada seferin başlamış olması hâlinde anlam ifade eder.: ŞEKER, s.83. Anderson v. Morice kararına konu olan olayda, CIF satış konusu pirinç yükünün bir kısmı gemiye yüklendikten sonra gemi batmış; geminin batmasının ardından yük için konişmento düzenlenerek alıcıya ciro edilmiştir. Eşyanın yüklenmesi tamamlanmamış olduğu için gemi ile birlikte batan eşya bakımından da alıcının sigortalananabilir menfaate sahip olmadığı kabul edilmektedir. Karara ilişkin ayrıntı için: GÜRSES, Marine Insurance, s.37.

⁹³ GÜRSES, s.304-305; ÜNAN, s.26.

⁹⁴ SAYHAN, s.109. Kaldı ki eTTK m.1458'den farklı olarak, TTK m.1470 gereğince, kimin olacağı onun hesabına sözleşme hâli dışında, aynı menfaate sahip olan iki kişiden birisinin menfaati diğerine devretmesi hâlinde dahi aksi kararlaştırılmadıkça sözleşme sona erer.

bedelinin ödenmesi hâlinde sigortalanabilir menfaate alıcının, aksi hâlde satıcının sahip olması yukarıda açıklanan temel prensiplerden ötürü kabul edilebilecek bir durum değildir. Burada iki ayrı menfaat söz konusudur ve bu menfaatlardan yalnız birisi, ki o da eşyaya ilişkin hasara katlanma yükümlülüğünün ortaya çıkardığı menfaattir, yük sigortası sözleşmesine konu edilebilir. Şu hâlde, satıcının kendi hesabına kurduğu yük sigortası sözleşmesi TTK m.1408'in ilk cümlesi gereği menfaat mevcut olmadığından geçersizdir⁹⁵. Geçersiz bir sigorta sözleşmesine göre tazminat ödeyen sigortacı haklı bir ödeme yapmış olmadığından TTK m.1472 uyarınca halef sıfatını kazanamaz ve zarar sorumlusu taşıyana başvurması mümkün olmaz⁹⁶.

Sigorta sözleşmesinin kimin olacağı onun hesabına kurulması hâli de vardığımız sonucu değiştirmez. Kimin olacağı onun hesabına sigortaya da herhangi bir kimsenin herhangi bir menfaati değil belli bir menfaat konu edilir ve sözleşmeye konu edilen menfaate riziko gerçekleştiği anda kim sahip ise o kişi sigortalı olarak talep hakkına sahip olur. Sigorta sözleşmesinin eşyanın gemiye yüklenmesinden önceki sürece ilişkin teminat sağlanması ve yüklemeye önce sözleşmenin satıcı hesabına hüküm doğurduğunun kabul edilmesi durumunda dahi, satıcı eşyanın hasara veya ziyaya uğramaması ile ilgili menfaati bakımından hak sahibi sayılabilir. Sözleşmenin yüklemeye önceki süreç için teminat sağlanması ancak satıcının hesabına kurulması hâlinde ise, hasarın alıcıya geçmesi ile menfaat eksikliğine ilişkin özel bir hüküm olan TTK m.1470 gereğince sözleşme ilişkisi sona erecektir⁹⁷. Böyle bir ihtimalde şu sonuçlar ortaya çıkar: Eşyanın gemiye yüklenmesinden önce hasara katlanma yükümlülüğünü taşıyan satıcı yükleme öncesinde meydana gelen riziko için sigortacıdan tazminat talep edebilir. Hasara katlanma yükümlülüğü henüz satıcı üzerinde olduğu için alıcıya karşı eşyayı teslim etme borcundan kurtulmamıştır; diğer bir anlatımla alıcı CIF A1 hükmü gereği malları sağlamalıdır. Böylelikle sigorta sözleşmesi satıcıya teminat sağlamış olur. Eşyanın yüklemeye sonra hasara veya ziyaya uğraması hâlindeyse sigorta sözleşmesi TTK m.1470 gereği sona ermiş olduğundan satıcı CIF A5 hükmünü ihlâl etmiş olur.

V. SONUÇ

CIF satış sözleşmeleri, alıcının eşyanın taşınmasına ve sigorta ettirilmesine ilişkin sözleşmelerin kurulmasında ve yabancı olduğu ihrac ülkesinin gümrük işlemlerinin yerine getirilmesinde yer almayı tercih etmediği hâllerde kurulan sözleşmelerdendir. Bu sözleşmelerde satıcı, sigorta sözleşmesinin kurulmasında sözleşmeye konu edilen menfaate özellikle dikkat etmelidir. Sigorta sözleşmesi başkası hesabına veya kimin olacağı onun hesabına sözleşme olarak kurulabilir ancak sözleşmeye konu edilen menfaat eşyanın hasara veya ziyaya uğraması sebebiyle hasara katlanma yükümlülüğü altında olan alıcının veya üçüncü kişinin menfaati olmalıdır. CIF satışlarda hasar kavramı karşı edim hasarını ifade ettiğinden eşyanın taşıma sırasında hasara veya ziyaya uğraması hâlinde alıcının bedel ödeme borcu varlığını devam ettirir. Satış bedelinin ödenmemesi satış sözleşmesinin ihlâli anlamına gelmekle birlikte, bu durum satıcı bakımından eşyaya ilişkin yük sigortası ile teminat altına alınabilecek bir menfaat doğurmaz. Eşya üzerinde sigortalanabilir menfaate sahip olmayan satıcının kendi hesabına kurduğu yük sigortası sözleşmesi satış bedelinin ödenmiş olup olmadığına bakılmaksızın TTK m.1408 gereği kesin hükümsüzdür. Satıcı ancak bir alacak sigortası sözleşmesi ile satış bedelinin ödenmesine ilişkin menfaatini teminat altına alabilir. Bu sebeplerle yargı kararlarında satıcı hesabına kurulan yük sigortası sözleşmesi kapsamında satıcıya tazminat ödeyen sigortacının halef sıfatını kazanıp kazanmadığının satış bedelinin ödeme durumuna göre tespit edilmesi isabetli bir yaklaşım olarak görülmektedir.

⁹⁵Kanun koyucu TTK m.1408 hükmünde “geçersizlik” ifadesine yer verirken bunun ne tür bir geçersizlik olduğunu açık bırakmıştır. Hükmün gerekçesinde sözleşmenin esaslı noktası olan menfaatin eksikliğinin “yokluk” teşkil edeceği belirtilmiştir. Öğretide, menfaatin baştan itibaren bulunmaması hâlinde başlangıçtaki objektif imkânsızlık hâlinin söz konusu olacağı ve TBK m.27 gereği sözleşmenin kesin hükümsüzlük (butlan) ile sakat olacağı savunulmaktadır.: SAYHAN, s.134-135; TAŞKIN, s.269-271. Alman Hukukunda da menfaat eksikliğine bağlanan sonuç sözleşmenin batıl olmasıdır.: LANGHEID/WANDT, § 80, Nr. 4.

⁹⁶ KENDER, s.371 vd.; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s, 196 vd.; Merih Kemal OMAÇ, Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefliği, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.70.

⁹⁷ TTK m.1470 gereğince sona ermenin hükmü için: TAŞKIN, s.279-280. Ayrıca bkz.: SAYHAN, s.124 vd.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut: Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara, 1986, s.22- 26.
- AKYOL, ŞENER: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.
- ALTAY, Sabah: Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçışı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- ARMBRÜSTER, Christina, (PRÖLLS/MARTİN): Versicherungsvertragsgesetz: VVG, mit Nebengesetzen, Vermittlerrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, 30. Auflage, C.H.Beck, 2018: <https://beck-online.beck.de/> (Erişim Tarihi: 10.06.2020).
- AYGÖREN, Emine: Emtea Nakliyat Sigortaları, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005.
- BAĞRIAÇIK, Safiye Nur: “Sigorta Sözleşmesinde Sigorta Edilen Menfaatin Sahibinin Değişmesi”, İKÜHFD, 15(1), 2016, s.763-751.
- BERMAN, Harold J./KAUFMAN, Colin: “The Law of International Commerce Transactions (Lex Marcatoria)”, Harvard International Law Journal, 19(1), 1978, s.221-277.
- BOLLÉE, Sylvain, The Theory of Risks in the 1980 Vienna Sale of Goods Convention, CISG Database, Pace Institute of International Commercial Law, s.1-30. (http://www.sisudoc.org/cisg/en/pdf/theory_of_risks_in_cisg.sylvain_bollee.landscape.a4.pdf) (Erişim Tarihi: 06.05.2020).
- BOTES, Estian/KLOPPERS, Henk: Insurable Interest As A Requirement For Insurance Contracts: A Comparative Analysis, African Journal of International and Comparative Law, 26(1), 2018, s.130-154.
- ÇAĞA, Tahir/KENDER, Rayegân: Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- CAN, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku, Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- CAN, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2009.
- ÇEKER, Mustafa: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana, 2016.
- DUNT, John: Marine Cargo Insurance, Informa Law, 2016.
- ERDEM, Ercüment, SIF Satışlar, CIF Sales, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.
- ERDEM, Ercüment: Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul, 2020.
- ERDEM, Ercüment: Incoterms 2010, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, (1), 2010, s.219-235.
- GÜRSES, Özlem: Marine Insurance Law, Routledge, New York, 2017.
- GÜRSES, Özlem, “CIF Satışlarda Sigortalanan Menfaatin Ait Olacağı Kişi Sorununa İlişkin Bir Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LKIV(1), 2006, s.292-305.
- HANNOLD, John: “The United Nations Commission on International Trade Law: Mission and Methods”, The American Journal of Comparative Law, 1979, 27(2/3), s.201-211. (<https://www.jstor.org>) (Erişim Tarihi: 14.05.2020).
- HERBER, Rolf: Seehandelsrecht, Systematische Darstellung, 2. Auflage, De Gruyter, Berlin/Boston, 2016.
- HERMANN, Adolf H.: International Trade Terms, Standard Terms for Contracts for the International Sale of Goods, Graham&Trotman, London/Dordrecht/Boston, 1994.
- Incoterms 2000, Ticari Terimlerle İlgili ICC’nin Resmi Kurallar İçin Açıklamaları, ICC Yayın No: 560.
- INCOTERMS 2020 by the Chamber of Commerce (ICC), Paris, 2019, ICC Yayın No: 723 ET.
- KALPŞÜZ, Turgut: Denizaşırı Satışlar (Giriş- Boşaltmada Satışlar), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 65, Ankara, 1967.
- KAULADİS, Nicholas: Principles of Law Relating to International Trade, Springer, United States of America, 2006.
- KENDER, Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- KOENIG, Willy: “Sigorta Menfaati ve Değerlendirilmesi”, Çev.: ÖZTAN, Fırat, BATİDER, V(1), 1969, s.46- 56.
- LANGHEID, Theo/WANDT, Manfred: Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, Systematische Darstellungen Erläuterungen zum EGVVG §§ 1-99 VVG, Verlag C. H. Beck, München, 2010.
- LISTA, Andrea: International Commercial Sales: The Sale of Goods On Shipment Terms, Informa Law, London, 2017.
- MÖLLER, Hans, “Menfaat ve Değerlendirilmesi, Çev.: Fırat ÖZTAN, BATİDER, IV(2), 1967, s.255- 273.
- OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, M.Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

- ODEKE, Ademuni, “Insurance of CIF and Related Contracts Under INCOTERMS, Anglo- American and Other Common Law Jurisdictions (Part I)”, *European Insurance Law Review*, (3), 2016, s.20-34.
- OMAĞ, Merih Kemal: *Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Sempozyum No: III, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Legal, İstanbul, 2012, s.349- 351.*
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2018.
- RABE, Dieter/BAHNSEN, Kay Uwe: *Seehandelsrecht, Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen*, C.H. Beck, München, 2018.
- RAMBERG, Jan: *ICC Guide to Incoterms 2010, Understanding and Practical Use*, ICC Publication No: 720E, Paris, 2011.
- RAMBERG, Jan “INCOTERMS 2010”, *European Journal of Law Reform*, (13), 2011, s.380-387.
- SASSOON, David M.: *C.I.F and F.O.B. Contracts*, Sweet and Maxwell, London, 1995.
- SAYHAN, İsmet: *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu: Aşkın Sigorta, Eksik Sigorta, Sigorta Tazminatının Hesaplanması*, Ankara, 2001.
- SEVİNÇ KUYUCU, Aslıhan: *INCOTERMS (Uluslararası Ticari Terimler)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.
- SOPACI ÖZTUNA, Birgül: “Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi”, *Sigorta Hukuku Sempozyumları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.107- 136.*
- SÜZEL, Cüneyt: *Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- ŞEKER, Zehra: *Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.
- TAŞKIN, Melda: “Zarar Sigortalarında Menfaat Eksikliği”, *BATİDER, XXXIII(1)*, 2017, s.261-289.
- THAYER, Philip W.: *C.I.F. Contracts in International Commerce*, 53 *Harv. L. Rev.*, (792), 1940, s.792-826.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün: *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2019.
- ÜNAN, Samim: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.*
- ÜNAN, Samim: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.*
- ÜNAN, Samim: “Sif (cif) Olarak Satılan Mallar İçin Yapıtılan Yük Sigortasında Sigortalanabilir Menfaat”, *Sigorta Hukuku Dergisi*, (1), 1997, s.15-29.
- WANDT, Manfred: *Versicherungsrecht*, Carl Heymanns Verlag, 5. Auflage, 2009.
- WÜSTENDÖRFER, Hans: *Neuzeitliches Seehandelsrecht mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und internationalen Rechts*, zweite durchgesehene und verbesserte Auflage, Tübingen, 1950.
- YAVAŞ, Aksoy: *Kara Yoluyla Konteyner ile Yapılan Yük Taşınmasında Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- YAZICIOĞLU, Emine: *Tekne Sigortası Sözleşmesi*, İstanbul, 2003.
- YAZICIOĞLU, Emine: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın “Sigorta Hukuku” Kitabındaki Hükümler Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, *Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Sigorta Hukuku Dergisi*, (1), 2005, s.79-87.
- YAZICIOĞLU, Emine/ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, *Sigorta Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.*
- YAZICIOĞLU/Emine, (Kender/Çetingil) *Deniz Ticareti Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.*
- YELMEN, Adem: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Göre Hasarın İntikali”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, 22(3), 2016, s.2950- 2966.
- YETİŞ ŞAMLI, Kübra: *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Teslimden Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Otobiyografi**Prof. Dr. Rona AYBAY**  **Üniversite Öncesi**

1942 yılı olmalı; İstanbul Beşiktaş'ta bulunan bir ilkokulda öğrenim hayatıma başladım. O dönemki okulların çoğu gibi bizim okulumuz da, bir numara ile adlandırılmıştı. O yıllarda kendi aramızda kısaca 'Ondokuz' dediğimiz Beşiktaş 19. İlkokuluyla ilgili söylenebilecek şeylerden en önemlisi, okul binamızın Dolmabahçe ve Ortaköy kıyısı boyunca serilmiş saray yavrularından biri olmasıydı. Ancak okul bahçesi ve deniz manzarası ne denli büyülsün olsa da, yıllardır bakım görmemiş olan bina da bahçe de, harap bir haldeydi. İkinci Dünya Savaşı'nın yoksulluk dolu kış aylarında, sınıflarımızda ancak öğrencilerin çalıp çıkararak getirdiği odunlarla ısınmaya çalışırdık.



İlk ve orta öğrenimim boyunca, "memur çocuğu" olarak, İstanbul'da başladığım 5 yıllık ilkokulu; Lüleburgaz, yeniden İstanbul ve Ilgın'da sürdürüp Varto'da bitirdim. İşte bu dönemlere ilişkin unutamadığım bir kişi Ömer Öğretmenimdir. Konya'nın Ilgın ilçesinde ilkokul üçüncü sınıfı okuduğum yıllarda bende büyük iz bırakmış olan Ömer Öğretmen, sanırım öğretmenlik eğitimi almamıştı ama okuluna, öğrencilerine ve uğraşına sevdalı bir kişiydi. Ömer Öğretmenimin değerini yıllar sonra anlamıştım; akademisyen olduktan sonra, kendi kendime, bir gün profesör olursam, basılan ilk kitabımı Ömer Öğretmenime adamaya söz vermiştim. Vatandaşlık Hukuku'nun ilk basısının önsözünde, "herkesin bir Ömer Öğretmeni olmalı" derken kendime verdiğim sözü tuttuğumu ve bu kitabı Ömer Öğretmenime adadığımı görebilirsiniz. Ama ne yazık ki öğretmenim vefat etmişti ve kitabı ancak ailesine sunabilmiştim.

Varto'da, ilkokulun son sınıfındayken, bitirme sınavlarının son günü, sabaha karşı çok büyük bir deprem yaşadık, gerçek bir felaketti... Çok sayıda kişi yaşamını yitirmişti. Aylarca çadırlarda yaşadık. Sonunda, bir dersin sınavı yapılamamış da olsa, ilkokul diplomamı verdiler.

Hukuk Fakültesi Öğrenciliği

Hukuk Fakültesini tercih etmemde en büyük etken, İstanbul Hukuk Fakültesinde asistan olan Aydın Abimdi. Lise son sınıf öğrencisiyken, onun yönettiği bir pratik çalışmaya dinleyici olarak katıldığımda gördüğüm ortam bende hayranlık uyandırmıştı. Örneğin, Abimin öğrencilere 'siz' diye hitap etmesi, tartışmaya katılmaya yönlendirmesi, herkesin görüşünü açıkça ortaya koyabilmesi gibi şeyler çok hoşuma gitmişti. Abimin evde sınav kağıtlarını okuması, doğru yanıt verenleri yüksek sesle takdir etmesi, bazen de, okunaksız yazılara kızıp bana göstermesi gibi şeyleri hayranlıkla gözlemliyordum.

İşte bu düşüncelerle, 1955 yılında İstanbul Hukuk Fakültesine başladım. O dönemde Türkiye'de iki hukuk fakültesi vardı; Ankara ve İstanbul. Bu ikisi arasında süregelen, özünde çok anlamsız bir çekişme vardı. İstanbul Hukuk'un 'beynelmilel' (uluslararası) olduğu söylenirdi. Sanki, İstanbul Hukuk mezunu bir kişi örneğin Avrupa'da istediği ülkede rahatlıkla avukatlık yapabiliirdi. Bunun "tatlı bir yalan" olduğunu bilirdik ama yine de inananlar çoktu.

Müslüman olmayan Hoca'ya "rahmetli" denir mi?

Almanya'da Faşist Hitler yönetiminin baskısından kaçıp Atatürk Türkiye'si'ne sığınan, çok sayıda biliminsanı olmuştur. Yalnız hukuk alanında değil, çeşitli başka alanlarda da uluslararası düzeyde değerli bu insanların, gidebilecekleri başka ülkeler varken, Türkiye'yi yeğlemeleri, Atatürk döneminde bilime verilen önemin ve Türkiye'nin saygınlığının bir göstergesidir.

Benim fakülteye yazıldığım dönemde bu yabancı hocalar artık yoktu; ancak, bu çok değerli biliminsanlarının yanında yetişmiş hocalarımızdan ders alıyorduk. Bu arada, örneğin, Andreas B. Schwarz'dan “rahmetli Schwarz” diye bahsedildiğine tanık olurduk. Kendisinden “rahmetli” diye söz edilmesinin ibret verici öyküsünü sonradan öğrendik: Anlatılanlara göre Schwarz'ın vefatından sonra, yine o dönem İstanbul Hukukta Medeni Hukuk Ord. Prof. olan ve aynı zamanda İslam Hukuku bilgini olan Ebül'ulâ Mardin'e, bunun doğru olup-olmadığı sorulduğunda; Mardin şöyle yanıtlamış: “Ehli İslam'ın evlâdına bunca yıl emek vermiş, feyz vermiş bir insandan elbette ‘rahmetli’ diye söz edeceğiz!”

Asistan Oluşum

Hukuk Fakültesini 1959 yılı Haziran ayında bitirdim. O zamanlar Hukuk Fakültelerine sınavsız girildiğinden, birinci sınıfta 1.000 kadar öğrenci başlar; aynı sınıftan 4 yılda hele Haziran döneminde ancak 20-25 öğrenci mezun olabilirdi. Ben de o şanslılar arasındaydım. 1959 mezunlarından yanılmıyorsam on beş kişi o dönem fakülteye asistan olmuştu. Ben de asistan olmayı çok istiyordum ancak o dönem, öğrenmek için çok çabalamama, kurslara gitmeme, yabancı radyolarda saat başı yinelenen haber programlarını notlar alıp, sözlüklere bakarak ve bir saat sonra yinelenen aynı haberi dinleyerek çalışmama karşın, yabancı dil bilgimi yeterli bulmuyor; başvurmaya cesaret edemiyordum.

O dönemlerde, aslında Kürsünün Hocası kimi isterse o asistan alınır; yapılan sınav sadece biçimseldi. Bu da herkesin bildiği bir sırdı(!). Zaten, kimin asistan alınacağı bilinir, onun dışında kimse başvurmazdı. Asistanın görevine son verilmesi de, alınışındaki gibi kolaydı. Hocanın bir sözüyle asistanlık biterdi.

Asistan olmak istediğim dönemde, bütün kürsülerde kimin asistan olacağı belli olmuştu. Bir tek, Ord. Prof. Dr. Recai Galip Okandan'ın kürsüsü olan Umumi Amme Hukuku kürsüsünde boş asistanlık kadrosu olduğunu öğrenmiştim. Recai Bey, bizim sınıf Umumi Amme Hukuku dersini aldığımız yıl yurt dışındaydı, hiç karşılaşmamıştık. Oldukça sert bir insan olduğu da söylenirdi.



Kararsız, sıkıntılı bir durumdaydım. Hoca'nın odasına gitmek için merdivenleri yavaş yavaş çıkarken, her an vazgeçip, geri dönecek gibiydim. O sırada, bizden bir sınıf büyük (sonradan Ticaret Hukuku Profesörü olan) asistan Ünal Tekinalp'e rastladım. Çok nazik bir insandır, hatırımı sordu, asistanlığa başvurmak istediğimi ama duraksadığımı söylemem üzerine “sizi aramızda görmekten memnun oluruz” dedi. Bu sözler bana güç vermişti; bütün cesaretimi toplayıp, Hocanın odasının kapısını tıklatabildim. İçeri girip, Fakülteyi dört yılda Haziranda bitirmiş olduğumu, asistanlığa başvurmak istediğimi, sesim titreyerek söyleyebildim. Odada bulunan, kim olduğunu anımsayamadığım bir Hoca, beni tanıyıp, asistan Aydın Aybay'ın da kardeşi olduğumu söyledi. Onun üzerine, Recai Bey'in, “Haaa, o şirin çocuğun kardeşi misin! Söyle yapşınlar işini” dediğini işittim sonrasında hiç anımsamıyordum. Heyecandan ve sevinçten ayaklarım yere basmıyordu; Ben de, asistan oluyordum!... Asistanlık İngilizce sınavında verilen, İngilizce bir kitaptan alınmış metni Türkçeye çevirmekte pek zorlanmamıştım; bu da kendime güvenimi arttırmıştı.

Aslında, ne Recai Bey'den ders almıştım ne de Umumi Amme Hukukuyla fazla bir ilgim vardı. Zaten, Recai Bey'in yanında da uzun süre kalabileceğimi sanmıyordum. Bütün meslek yaşamında asistan olarak aldığı 30 kadar kişi içinde, asistan kalıp doktorasını tamamlayabilmiş bir tek kişi vardı. Birkaçı da başka bir Kürsüye geçmişti. Ötekiler, üniversiteden ayrılmak zorunda kalmıştı. Bunu biliyordum. Asistanlığı, doktora seminerlerimi tamamlamak, doktora sınavlarına hazırlanabilmek için uygun bir araç olarak görüyordum. Asistanlık, bir burs bularak yurt dışına gidip yabancı dil bilgimi ve kendimi geliştirmek için de uygun bir yoldu.

Asistanlığımın ilk yılı doktora seminerleri ile geçti. Yazdığım seminer ödevlerinin başarılı bulunması, bunlardan birinin Fakülte Dergisinde yayınlanması kendime güvenimi arttırmıştı. Derken, Demokrat Parti iktidarını deviren 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesiyle yeni bir dönem açıldı. Üniversitenin havasını birdenbire değiştirdi. O döneme kadar İstanbul Hukuk Fakültesinin oldukça statik bir havası vardı. Örneğin, bazı kürsülerde katı bir hiyerarşi egemendi. İşte 27 Mayıs bu durumu kırdı. Değişen havayla birlikte bizim kuşak, ‘hocanın çantasını taşımayı reddeden’ ilk

kuşak olmuştur. Üniversitelerde gençlerin önemi ve değeri de, 1961 Anayasasına getirilen düzenlemelerle arttı.

Bu arada, Sıddık Sami Onar başkanlığında çalışmaya başlayan Anayasa Komisyonunda yardımcı olarak görevlendirilen dört asistandan biri olmuştum. Asistan olarak yaptığım işler, “sekreteryal” nitelikteydi yani “esasa ilişkin” bir yönü elbette yoktu; ama hocaların anayasa taslağı üzerinde çalışmalarını gözlemlemek benim için çok büyük bir deneyim oldu.

Bu arada, doktora yeterlik sınavına hazırlanırken, o zamanlar “yeni” dediğimiz 1961 Anayasasının her maddesinde düzenlenmiş konuların, önceki anayasal metinlerde nasıl düzenlendiğini incelemeye başlamıştım. Eski metinleri tarayıp, Anayasanın her maddesinin altına, eski metinlerin ilgili hükümlerini koymaya çalışıyorum. O zamanlar bilgisayarın adını bile duymamıştık, eski metinleri makasla kesip, 1961 Anayasasının ilgili maddesinin altına zamkla yapıştırıyordum. Sonunda bunlar koskoca bir klasör haline gelmişti. Başlangıçta sadece kendi çalışmam için topladığım bu malzemeyi gösterdiğim arkadaşların beğenmesinden de güç alarak, bunu bir kitap haline getirmeyi düşünmeye başlamıştım. Kürsü Başkanım Recai G. Okandan’a, sıkı sıkıya gösterdiğimde beklemediğim bir ilgi gösterdi ve onun desteğiyle, sanırım ilk ve son kez, henüz doktorasını tamamlamamış bir asistanın kitabı İÜHF Yayını olarak yayınlandı: Karşılaştırmalı 1961 Anayasası-Metin Kitabı. Yayınlandığı 1963 yılında çok ilgi toplayan ve kendi türünde benzersiz olduğunu gördüğüm bu kitabın yeni basısını, genç bir meslektaşımınla güncelleyip yayına hazırlıyoruz.



ABD’de “Karşılaştırmalı Hukuk Master”i ve “Doktora” Derecem

Umumi Amme Hukuku kürsüsünde asistanlığa devam ederken 1963 yılında, Prof. Dr. Vakur Versan’ın sayesinde Columbia Üniversitesi’nde mukayeseli hukuk alanında master yapmak için bir burs elde ettim. O dönem ABD, Türkiye’deki siyasal etkinliğini arttırmak için İstanbul Hukuk Fakültesi hocalarını oldukça yüksek burslarla birer yıllığına ülkesine davet ediyordu. Bir süre sonra, yeterli verim alınmadığından olsa gerek, bu ziyaretler son buldu. Prof. Dr. Vakur Versan da bu programlardan artan parayla; bu kez, asistanların gönderilmesini sağlamıştı.

Benden önce, Aysel Çelikel, Sait Güran gibi asistanlar bu burstan yararlanmıştı. Olanak bulsam, ben Fransa’ya gitmek isterdim. Nitekim yüksek lisans derecesini alsam da ABD hukuk öğretimini pek sevmedim. Çok kısa özetlersem yöntem şuydu: Öğrencilerin derse gelmeden önce belirtilmiş birkaç Yüksek Mahkeme kararını okuyup hazırlanmaları isteniyor; sınıfta Hocanın yönetiminde, öğrenciler o kararları tartışıyor, çoğu zaman Hoca kendi görüşünü belirtmeden dersi bitiyordu. Zamanın en ünlü birkaç Anayasa Hukuku profesöründen biri olan Hoca, ilk dersinde, bir anayasada ne gibi konuların düzenlenmesi gerektiği sorusunu ortaya attı; Hindistan’dan gelen bir öğrenci “egemenlik” konusunun önemini belirtmeye başlamıştı ki, o ünlü Hoca öğrenci sanki çok saçma bir şey söylemiş gibi, yüzünü ekşitti ve sözünü kesti! “Egemenlik” sözünü ilk defa duymuş gibiydi! ABD Hukukçularının böyle soyut, felsefi kavramlardan hoşlanmadıklarını sonradan gözlemlediğim çok olay olmuştur. (Son çıkan Genel Kamu Hukuku kitabımda bu konuyu ayrıntılı olarak açıklamaya çalıştım.) Ama bir noktada haksızlık etmek istemem; ABD’nde kütüphaneciliğe verilen önem ve kütüphane saygısı çok büyüktür. Columbia Hukuk Fakültesi Kütüphanesinin başındaki kütüphaneci, öğretim üyesi sayılıyordu. ABD’de, üniversite kütüphaneleri sınav zamanı sabaha kadar açıktır; kütüphaneci, istediğiniz bir kitabı bulmak için canını dişine takar. Doktora tezim için son derece önemli olan malzemeyi Columbia Üniversitesi Genel Kitaplığında topladım.

Bu bursun bana getirdiği bir diğer kazanç, kafama taktığım yabancı dil sorununu, orada geniş ölçüde çözüme bağlamış olmamdır. Ancak, sonraları, çok kez basılan, İngilizce bir Hukuka Giriş kitabı ve çeşitli makaleler yayınlamış; yurt dışında dersler, konferanslar vermiş ve yargıç olduğum uluslararası mahkemede duruşma yönetmiş bile olsam İngilizceyi “anadilim gibi” yazabildiğimi, konuşabildiğimi söyleyecek değilim. Bir yabancı dili “anadili gibi” bildiğini ileri sürmek; belki de anadilini yeterince iyi bilmediği düşüncesini doğurmaz mı?

Master sonrasında, doktora tezi konusunda belirleyici etken de yine 27 Mayıs'tır. Çünkü o güne kadar Türkiye’de konuşulması “tehlikeli” sayılan bir kavram olan sosyalizm konuşulmaya başlanmıştı. O güne kadar, konuyla ilgili doğru düzgün bir şey okumaya bile olanak yoktu; Nazım Hikmet’in şiirlerini bile gizli gizli dolaşan el yazısı kopyalarından okurduk. Bir gün, İstanbul Üniversitesi kütüphanesinde “Sosyalizm” başlıklı İngilizce bir kitap gördüm ve tez konum olan Robert Owen’ı işte orada keşfettim. ABD’ye giderken de, aklımda bu konu vardı. Columbia kütüphanesinden bu amaçla yararlanmak istiyordum. Ama bazı nadir kitaplar, Columbia kitaplığında da yoktu. Londra’da, bu tür kitaplar satan bir sahaf keşfettim ve onunla yazıştım. Türkiye’ye dönerken, birkaç gün Londra’da kaldım; Owen’la ilgili, nadir bulunan birtakım kitaplar almak üzere Londra civarında bir banliyö istasyonunda sahafla buluştum. Hemen hiç konuşmadık; parayı verip, kitapları aldım. Dünyalar benim olmuştu çünkü bunlar hiç bulamadığım kitaplardı. O kitapları sonraları Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesine bağışladım. Dünyadaki nadir kitaplardandır.

Üçüncü basısı 2012 yılında yapılan Robert Owen kitabımın önsözünde tez savunma süreci ile ilgili karşılaştığım engellemeleri, zorlukları anlatmıştım. En başta, tez konusu ile ilgili danışman hocam olan Recai Galip Okandan’ın yazılı onayını almak gerekiyordu. Gelin görün ki hoca, tezimde sözü edilmesi kaçınılmaz olan sosyalizm kavramına kesinlikle karşı idi. Neyse ki hocanın fazla dikkatli olmadığı bir sıraya denk geldi ve hazırladığım iki satırlık dilekçeyi fazlaca okumadan konuyu onaylamış bulundu. Sonraları durumu fark ettiğindeyse çok pişman olmuştu; sözünden de dönemedi ama, işi yokuşa sürmeye başladı.



Tezin ilk bölümünde, Endüstri Devrimiyle ilgili bilgiler vardı; bu çok doğaldı çünkü, Endüstri Devrimi anlatılmadan R. Owen’i anlamaya olanak yoktu. İlgili bütün kitaplarda da bu olgu vardı. Ancak Hoca, deyim olarak da olay olarak da “Endüstri Devrimi”ne karşıydı; “bütün bunların kamu hukuku ile ne ilgisi var” diyerek her fırsatta itiraz ediyordu. O dönem aynı zamanda hem çocuğum dünyaya gelmişti hem de askerliğe başlamam gerekiyordu. O noktada artık Prof. Dr. İlhan Akın araya girip işe el koydu ve hocanın alerjisi olan tüm ifadelerin üstünü çizerek yeni ifadeler kullandı. Böylelikle endüstri devrimi yerine, ‘endüstri gelişmesi’ deyiminin kullanıldığı ve artık neredeyse benim olmaktan çıkmış olan tez için bir jüri oluşturuldu. Dönemin yönetmeliğine göre tez jürisi üç ayda toplanmazsa tez düşüyordu. Jüri başkanı olan Recai Hoca jüriyi toplamadığı için sanki benim suçummuş gibi zarar gören ben oldum: yeni bir jüri oluşturulması gerekiyordu. Araya yaz tatili de girmişti. Sonunda jüri yeniden oluşturuldu ama bu arada yedek subay okuluna katılmam zorunlu olmuştu. Yedek subay okulundayken de tez savunması tarihine ilişkin bir haber geldi. Neyse ki komutanlar anlayış gösterdi ve ben de gidip tezimi savundum. Jürimde, tez konumla pek de ilgisi olmadığı hâlde sırf bana destek olmak için gelmiş olan Sıddık Sami Onar’ın bulunması çok önemliydi. Savunma, İÜHF ölçütlerine göre oldukça “yumuşak” geçti; “Tez Babası” durumunda olan Jüri Başkanı Recai Bey, fazla konuşmama fırsat vermeden ayağa kalktı; öteki üyeler de çaresiz onu izlediler, “müzakereye çekildiler”. Kısa bir süre sonra jüri salona döndü; Başkan Recai Galip Hoca, usulen doktora derecemi tebliğ etti. Ancak ben hiç tadını çıkarmadan aynı akşam yedek subay okuluna dönmek durumunda kaldım...

Yedek Subaylık Sonrası ve ODTÜ

İki yıl süren bir askerliğin ardından terhis olduğumda, eski görevime dönmek için İstanbul Hukuk Fakültesine başvurudum. Yasaya göre göreve alınmam gerekmesine ve dört boş kadro olmasına karşın reddedildim. Konuyla ilgili Danıştay’da dava açtım ve kazandımsa da, olaylar farklı gelişti. O dönem Ortadoğu Teknik Üniversitesi İdari İlimler Fakültesine, İstanbul Hukuk Fakültesinde birlikte görev yapmış olduğumuz Yaşar Gürbüz, Dekan olmuştu. Onun önerisi üzerine Orta Doğu Teknik Üniversitesine başvurudum; sınav ve mülakat aşamalarından sonra; atanmamın yapılacağı gün de bir aksilikle karşılaştım: O gün, ABD büyükelçisi, ODTÜ’yü ziyarete gelmiş ve devrimci öğrenciler tarafından tarihe geçen bir protesto ile karşılanmış, otomobili yakılmış; ortalık karışmıştı! Bu durumda, atanmam da sırf bu yüzden iki ay kadar gecikmişti.

ODTÜ, İstanbul Hukuk Fakültesinden çok farklı bir ortamdı; öğretim üyeleri ve öğrencilerle, rahatlıkla dostluk ilişkileri kurup geliştirdim; çok mutlu oldum. O dönem

öğrencilerimden, bugün torun sahibi olmuş olanlarla, ailecek ilişkilerimiz sürer, hemen her ay yemekli toplantılar, geziler yaparız (Bunları yazdığım sırada, pandemi nedeniyle bu buluşmalara ara verdik).

1969-1979 yılları arasında görev yaptığım ODTÜ’de Dekanlık, Bölüm Başkanlığı ve Öğretim Üyeleri Derneği Başkanlığı da yaptım. Hukuk dersleri bakımından ODTÜ’de adeta bir “kasaba doktoru” gibiydim; bütün hukuk derslerine girerdim ve bunun çok faydasını gördüm. Bu arada, aldıkları hukuk dersleri benim verdiğim birkaç dersten ibaret olan iki ODTÜ mezununun, Danıştay giriş sınavlarında en başarılı adaylar arasında olmaları Danıştay’da şaşkınlık uyandırmış; benim için övünç kaynağı olmuştur. (Bu iki öğrencim sonra Dışişleri Bakanlığına katıldılar ve Büyükelçi oldular).

O dönem başka yerde olmayan bir özgürlük havası olmasına ve hocalarla ve öğrencilerle çok iyi ilişkilerim olmasına karşın; rahatsız olduğum bir iki nokta vardı: O dönem ODTÜ, Mütevelli Heyetiyle yönetilen tek üniversiteydi. Bu Heyetin üyelerini Hükümet atıyordu. Sıddık Sami Hoca’nın deyişleriyle “Devlet malında mütevelli olmaz!”dı. Üstelik ODTÜ, Sayıştay denetiminin de dışında idi. Rektörü, dekanları ve öteki akademik-idari bütün görevlileri bu Heyet atıyordu. Meslekdaşların olumlu görüşlerini almıştım ama Öğretim Üyeleri Derneği Başkanlığı dışındaki görevlere, ben de “seçimle” gelmiş değildim. Öteki üniversitelerdeki arkadaşlar, kendi dekanlarını, rektörlerini vb. seçtiklerini anlattıklarında imrenirdim. Aklıma takılan bir başka konu da ODTÜ’de akademik anlamda hukuk konularında tartışacak kimseler bulamıyor oluşumdu. Çok değerli hocalar olsalar da, hukukçu olmadıkları için, akademik hayatın önemli bir parçası olan tartışma ve görüş alışverişi olanaklarından yoksundum.

S.B.F.’li (Mülkiyeli) Oluşum

1979 yılında bir Pazar sabahı, Nermin Abadan Unat, telefon etti; eşi Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Devletler Özel Hukuku Kürsüsü başında olan Prof. İlhan Unat adına, SBF’ye katılmamı önerdi. İlhan Bey Dışişleri Bakanlığına Başhukukmüsaviri olmak üzere Fakülteden ayrılacaktı. Kürsüdeki öteki profesör Gündüz Ökçün, daha önce Fakülteden ayrılmış, Dışişleri Bakanı olmuştu. İlhan Hoca da ayrılınca, Kürsüde kalan tek kişi doktorasız bir asistan oluyordu.

O sıralarda Doçenttim ve bu öneriye duraksamadan “evet” dedim. Aslına bakarsanız sonradan sonraya çok seveceğim Devletler Özel Hukukuna özel bir ilgim ve sevgim yoktu. Sonraları, içine girdikçe bir matematik problemi gibi gördüğüm yasa çatışmaları sorunlarını Uluslararası Düzeyde Yasa Çatışmaları adlı kitapta Türkiye’de daha önceleri ele alınmamış bir biçimde açıklamaya çalıştım.



S.B.F.’de, tanıdığım, sevdiğim, kimi benden kıdemli kimi arkadaşım olan çok kişi vardı. Mülkiyeliler, “Mülkiye” mezunu olmamama karşın beni çok çabuk ve içten biçimde benimsemilerdi. Hayranlık duyduğumuz, tanımaktan onur duyduğum Cevat Geray gibi bir dekanımız vardı. Kısa zamanda profesör oldum. Gider gitmez beni Yönetim Kurulu üyesi seçtiler. Fakülte Kurulunun oybirliğiyle Profesör olarak atanmamın hemen ardından Cevat Geray’ın önerisi ile Dekan Yardımcılığına seçildim. Öğretim üyelerinin demokratik seçimleriyle görevlere gelmek özlemini duyduğum bir şeydi. Bir yönetici olarak inanılmaz ölçüde başarılı Dekanımız Cevat Geray, 12 Eylül öncesinde, S.B.F gibi bir Fakülteyi en ufak bir olay çıkmasına yer vermeden çok ustaca yönetiyordu. Geray’ın yasal süresi dolunca, büyük bir olasılıkla ben Dekan seçilecektim. Benim için bu, çok büyük bir onur olacaktı.

Ancak, 12 Eylül 1980 darbesinin getirdiği YÖK düzeni, Üniversitede çok şeyi kökten değiştirdi. Bu arada 1946’dan beri yani, 35 yıldır uygulanan “seçime dayanan” yöneticilik usulü de ortadan kalktı.

Sonrasında, başta Dekanımız Cevat Geray ve en kıdemli Hocamız Bahri Savcı, birçok değerli öğretim üyesi arasında ben de 1402’lik olarak “bir daha kamu hizmetinde istihdam edilmemek üzere” Üniversiteden uzaklaştırıldık. Bir gece vakti evimize gelen memurlarca tebliğ edilen uzaklaştırılma kararı aldığımız bu dönemde, benim ve bir grup arkadaşımın elinde okumakta olduğumuz sınav kağıtları kalmıştı. Bizler bu kağıtları ne yapacağız, bu çocuklar ortada kalacak diye düşünürken bulduk kendimizi... Bir Cumartesi günü Fakülteye gittim ve kimselere

görünmeden, odamdaki eşyaları alarak ayrıldım. Okuduğum, notladığım sınav kağıtlarını sonradan bir arkadaş eliyle yolladım.

Emeklilik süremi doldurmama üç ay kalmışken “1402’lik” olduğumdan dolayı emekli ikramiyesi ve maaşı alamamıştım. Eşim de zorunlu emekli olmuştu ama hakkı olan kıdem tazminatımın ancak dörtte birini alabilmişti. Geçimi sağlamak için, takma adla magazin yazıları yazmak, dedektif romanları çevirmek gibi işler sonrasında Rahmetli Ağabeyim, hem kaptan hem Deniz Hukuku avukatı olan Gündüz Aybay’ın çağrısıyla İstanbul’a geçerek avukatlık yaptım. Benim gibi, “1402”lik olmuş ağabeyim Aydın Aybay, zaten daha önce büroya katılmıştı. Bu arada, pek çok “1402’lik” Hocanın ve öğretmeninin avukatı olarak, Danıştay’dan aldığım kararlarla, sekiz yıllık bir aradan sonra göreve dönmelerini sağladım. Bütün müvekkillerimin dönmesini sağladıktan sonra, ben de S.B.F’ye döndüm. Üniversiteden uzaklaştırıldığımız sırada gördüğümüz haşın davranışlara karşılık, dönüş işlemlerimizde o dönem Üniversite yönetiminin büyük kolaylık gösterdiğini, dürüstlük gereği, belirtmek isterim.

Bundan sonrasını anlatmam sözü çok uzatacaktır. O nedenle burada kesiyorum. Adet olduğu üzere, gençlere bazı salıklarda (tavsiyelerde) bulunmam gerekiyor sanırım. Günümüz dünyası, büyük ekonomik, siyasal, sosyal çalkantılar içinde. Dünyayı büyük çevre felaketleri bekliyor; küçük ada devletlerinden başlayarak, bazı devletlerin bütünüyle sulara gömülüp, yok olmaları sözkonusu. Nükleer silahların varlığı da insanlığın geleceği için çok büyük bir tehlike. Şu sıralar, bütün dünyayı etkisine alan “covit pandemisi”, bütün devletlerde sağlık politikalarının kökten gözden geçirilmesi zorunluluğunu ortaya çıkardı. “Koruyucu Hekimlik” ve “Halk Sağlığı” konuları öne çıktı. İşte bu ortam Hukukçuların, hukukun felsefi, tarihsel boyutlarını da kapsayan, geniş bir görüş edinmeye çalışmalarını zorunlu kılıyor. Hukukçuların gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde; insan haklarına ve sosyal adalet duygusuna dayanan bir düzenin kurulup, yaşatılması için çalışmaları gerekiyor. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’ne göre “Herkesin, topluluğunun kültürel yaşamına özgürce katılma, güzel sanatları tatma, bilimsel alandaki ilerlemeyi ve bu ilerlemenin yararlarını paylaşma hakkı vardır.” (m.27/1). Kanımca bu hüküm, biz hukukçulara sadece hak veren değil, aynı zamanda bir ödev de yükleyen bir hüküm olarak anlaşılmalıdır.



Prof. Dr. Rona AYBAY

02.12.2020 / İznik