

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume: 7

Sayı / Issue: 2

Güz / Autumn 2020

Genel Sayı / Number: 14

Künye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Journal of Istanbul Medipol University School of Law

ISSN: 2148-6883 e- ISSN: 2687-6663 DOI: 10.46547/imuhfd

Cilt / Volume: 7 Sayı / Number: 2 Güz / Autumn 2020

Sahibi / Owner

İstanbul Medipol Üniversitesi adına
On behalf of Istanbul Medipol University
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ömer Ceran

Yazı İşleri Müdürleri / Editors in Chief

Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. A. Ersin Bayra, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Sinan Seçkin, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Yazı İşleri Müdür Yardımcıları / Deputy Editors

Arş. Gör. / Res. Asst. Mustafa Çattık, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Arş. Gör. / Res. Asst. Abdullah Eryiğit, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Arş. Gör. / Res. Asst. Abdullah R. Gencer, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Arş. Gör. / Res. Asst. M. Emre Hayyar, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Arş. Gör. / Res. Asst. A. Musab Şahin, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Arş. Gör. / Res. Asst. Beyza Yiğitbaşı, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

İletişim / Correspondance

İstanbul Medipol Üniversitesi Kavacık Güney Yerleşkesi
Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz / İstanbul
Tel: +90 216 681 51 00 (1792-1811)

hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr
dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd / medipol.edu.tr/universite/yayinlar

Ajans İlişkileri / Agency Communication

Mert Sarsağ

Grafik-Tasarım / Graphic-Design

Sertan Vural - Medicom Ajans

Baskı / Printing Office

Has Kopyalama Baskı ve Kirtasiye A.Ş
Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No:19
Medipol Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi
Tel: (0216) 681 53 72

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Akman,
Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. M. Âkif Aydın,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Yavuz Atar,
İbn Haldun Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cem Baygın,
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nihat Bulut,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Talat Canbolat,
Milli Savunma Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayhan Döner,
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. Nuray Ekşi,
Özyeğin Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Fethi Gedikli,
İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Hüseyin Hatemi,
İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Helvacı,
İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Serap Helvacı,
Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Macit Kenanoğlu,
Türk Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mahmut Koca,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Şafak Narbay,
Sakarya Üniversitesi, Sakarya, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. H. Eyüp Özdemir,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. İzzet Özgenç,
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Yücel Sayman,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal,
Kastamonu Üniversitesi, Kastamonu, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cevdet Yavuz,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Doç. Dr. / Assoc. Prof. Harun Demirbaş,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Doç. Dr. / Assoc. Prof. Salih Önder Yeşiltepe,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. A. Ersin Bayra,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Levent Korkut,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Sinan Seçkin,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi senede iki sayı yayımlanan, çift kör hakemli ve açık erişimli bir dergidir. Dergiye Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde makaleler kabul edilmektedir.
The Journal of Istanbul Medipol University School of Law is a biannual double-blind peer-reviewed open access journal. The Journal accepts articles in Turkish, English, German and French.

Tarandığı Dizinler / Indexing Services



Tarandığı Veri Tabanları / Abstracting Services



İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - Mehmet Emin Artuk-Erkam Yılmaz

Teorik Açıdan Güvenlik Tedbirleri

Theoretical Perspective of Security Measures7

Araştırma Makalesi / Research Article - A. Ersin Bayra

Hak ve Özgürlükleri Sınırlandıran Kavramların Tasnifi ve Derecelendirmesi-I:
Kamu Düzeni ve Kamu Düzeni ile İlgili Kavramlar

*Classification and Gradation of Concepts Restricting Rights and Freedoms-I:
Public Order and Concepts Related to Public Order* 45

Araştırma Makalesi / Research Article - Can Canpolat

Der strafrechtliche Gewaltbegriff in rechtsvergleichender Sicht

Coercion as a Criminal Law Concept in Comparative Law Perspective 73

Araştırma Makalesi / Research Article - Asuman Çapar

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Belirtilen Temel İlkelerden Gizlilik İlkesi

*Confidentiality Principle from Among the Fundamental Principles in the Public
Procurement Law Numbered 4734* 87

Araştırma Makalesi / Research Article - Özde Dereboylular

H.L.A. Hart's "Minimum Content of Natural Law"

H.L.A. Hart'in "Doğal Hukukun Minimum İçeriği" Konsepti119

Araştırma Makalesi / Research Article - Selman Karakul

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Açılan Devletlerarası Davalar

*The Inter-State Cases Submitted under the European Convention on Human
Rights*131

Araştırma Makalesi / Research Article - Mahmut Koca

Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü

The Simplified Proceeding in Criminal Procedure Law173

Araştırma Makelesi / Research Article - Mehmet Emin Alşahin - Ertuğrul Ünal

Kara Avrupası Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi
Uygulanabilir mi?

*Is It Possible to Imply The Equality of Arms Principle in Continental European
Criminal Procedure?*197

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - Işıl Egemen Demir

Milletlerarası Usul Hukukunda Bekletici Sorun

*Suspension by Reason of Prejudicial Question in International
Procedural Law* 213

Araştırma Makalesi / *Research Article* - Harun Eryiğit

Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti
*Determining Relative Commercial Litigation on Mediation as a Prerequisite for
Commercial Litigation. 259*

Araştırma Makalesi / *Research Article* - Emrah Kulaklı

Yasal Bir Hakkın Kullanılması Cezaî Mirasçılıktan Çıkarılma Sebebi
Teşkil Eder mi?
Does The Allegation of a Legal Right Constitute a Reason for the Retributive
Debarment from Inheritance? 289

Teorik Açından Güvenlik Tedbirleri*

Theoretical Perspective of Security Measures

Mehmet Emin ARTUK**, Erkam YILMAZ***

ÖZ

Ceza hukuku okullarının fikir çatışmaları neticesinde 19. yüzyılın sonlarından itibaren ceza hukukunda yer bulan güvenlik tedbirleri günümüz ceza hukukunun başlıca kavramlardan birini teşkil eder. Günümüzde güvenlik tedbirlerinin ceza hukukundaki önemi ve uygulama alanı gittikçe artmaktadır. Bu çalışmada hem yerli hem de yabancı doktrindeki görüşlere başvurularak güvenlik tedbirleri teorik bakımdan mütalaa edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yaptırım teorisi, güvenlik tedbirleri, yaptırım, tehlikelilik, güvenlik tedbirlerinin tarihçesi

ABSTRACT

Security measures of which the advent corresponds to the end of the 19th century in consequence of the debate of criminal law schools constitutes one of the main concepts of modern criminal law. In today's criminal law, both the significance and the range of execution of the security measures is rising. In this study, the security measures will be scrutinized theoretically referring to the views based on both domestic and foreign doctrine

Keywords: Sanction theory, security measures, criminal sanction, dangerousness, history of security measures

I. Güvenlik Tedbirleri Kavramı ve Tanımı

Ceza hukukunun görevi suçun verdiği zararların telafisi ve hukuk normlarının geçerliliğinin tahkim edilmesi ile sınırlı değildir. Çok daha geniş bir görev

* Makale gönderim tarihi: 09.11.2020. Makale kabul tarihi: 23.11.2020. Mehmet Emin Artuk, Erkam Yılmaz, "Teorik Açından Güvenlik Tedbirleri", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s. 7-43; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.2.04>.

** Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul, meartuk@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9308-7664>.

*** Ar. Gör., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul, erkamyilmaz@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-1245-4985>.

yelpazesine sahip olan ceza hukuku, suç ile bozulan düzenin tekrar tesisini ve korunan hukuki değerlerin müstakbel saldırılara karşı korunmasını da amaçlamalıdır¹. Cezalar özel önleme fonksiyonuna sahip olsa da, tek başına bu önleme amacını yerine getirmekte yetersiz olduklarından başka bir vasıtaya, güvenlik önlemlerine ihtiyaç duyulduğu açıkça görülür². Nitekim, cezaya çarptırılan bir kimse çektiği ızdırabı unutmayacağından, ileride gerçekleştireceği hukuki ihlalleri gizlice ve yakalanmadan yapmaya gayret gösterecektir³. Bu da cezanın özel önleyici veçhesinin toplumu korumakta yetersiz kalabileceğine delalet eder.

Ceza hukukunda kusur ilkesi, kusurlu olmayan kimselerin cezalandırılmayacağıının ve kusurlu failerin ise kusurları nispetinde cezalandırılacağıının teminatını teşkil eder⁴. Bu ilke, Anayasal ilkelerden birisi olan kusursuz ceza olmaz (*nulla poena sine culpa*) kuralının zorunlu bir sonucudur. Buna göre cezai yaptırım, münhasıran kusurlu kimselere uygulanabilir⁵. Dolayısıyla, fiili işlediği sırada kusur yeteneği bulunmayan kişilerin cezaya çarptırılması bu ilke uyarınca mümkün gözükmemektedir.

Modern ceza hukuku öğretisinde kusurlu olmayan kişilerin de suç işleyebileceği kabul edilmektedir. Ceza hukukunun korumakla memur olduğu düzen, kusurlu olmayan kişiler tarafından da ihlal edilebilir. Kusur prensibi gereği bu kişilerin cezalandırılması mümkün değildir. Binaenaleyh, ceza hukukunun amacı nazarıtibara alındığında bu kimseler hakkında kusura bağlı olmayan bazı önlemlerin alınmasının elzem olduğu anlaşılmaktadır⁶. Keza, birçok durumda cezaların süresi önleyici etkilerin gerçekleşmesini güç kıldığı için cezanın önleyici fonksiyonu tahakkuk etmemekte ve tıbbi, eğitsel (pedagojik) veya sosyalleştirmeye yönelik muamelelere ihtiyaç duyulmaktadır⁷. İşte, bu ihtiyacı karşılamak üzere doğrudan toplumun korunmasına yönelik olarak güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir.

1 Bernd-Dieter Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Baskı, Springer, 2019, s. 273.

2 Meier, s. 273.; Jörg Kinzig, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Baskı, 2019, Vorbemerkungen zu den § 61 ff, Rn. 3.; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2-3, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1992, s. 604; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi 1992, s. 544; Ayşe Nuhoglu, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, Adil Yayınevi, Ankara, 1997, s. 50.

3 Adrian Prisi, *Die Sicherheitsmassnahmen im italienischen Strafrecht*, A. Simmen & Söhne, Bern, 1936, s. 3.

4 Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 23.

5 Jescheck, Weigend, s. 23; Mehmet Gödekli, *Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri ve Muhakeme Usulü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 175.

6 Gerhard van Gemmeren, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Baskı, 2020, § 61, Rn. 1.; Meier, s. 273.

7 Jescheck, Weigend, s. 83.

Ceza hukuku ihlalleri karşısında iki ayrı yöntem belirlenmesi, iki izlilik (*Zweispurigkeit*) olarak adlandırılır⁸. Bunlardan ilki, önleyici fonksiyonu kusur ilkesinin çerçevesiyle sınırlandırılmış olan cezalardır. İkincisi ise toplumu tehlikeli failden koruma amacına yönelik güvenlik tedbirleridir⁹.

Doktrinde güvenlik tedbirlerinin çeşitli tanımları yapılmıştır.

Jescheck – Weigend’e göre güvenlik tedbirleri cezai nitelik taşımayan yaptırımlardır ve “*hukuka aykırı bir fiile karşı uygulanan ve bu fiilin tekrarlanma tehlikesine karşı hem toplumu hem de faili koruyan*”¹⁰, cezai nitelik taşımayan yaptırımlardır¹¹”

Hedeyati’ye göre güvenlik tedbirleri “*kanunda öngörülen toplumsal savunma vasıtaları olup, bu tedbirlere toplum için tehlike oluşturan suçun işlenmesinden sonra hükmedilir*”¹².

Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır’a göre, güvenlik tedbirleri, “*işlediği suçtan dolayı kişi hakkında, koruma, iyileştirme, eğitim gibi amaçlarla hakim tarafından hükmedilen, fiil ve failin kişiliğinden kaynaklanan tehlikelilik halini önlemeye özgülünen yaptırımlardır*”¹³.

Özgenç’e göre, güvenlik tedbiri “*işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır*”¹⁴.

Koca – Üzülmüş’e göre güvenlik tedbirleri “*işlenen bir suçla bağlantılı olarak, bu suçu işleyen kişi hakkında gösterdiği tehlikelilik durumu veya maruz kaldığı tehlike hali göz önünde bulundurularak veya suçun konusu ile ilgili ya da suçun işlenişinde kullanılan araçla bağlantılı olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımlarıdır*”¹⁵.

Çok geniş tanımında *Lavanchy* güvenlik tedbirlerini “*fail hakkında ceza etkisiz, etkide yetersiz ve hatta zararlı görünüyorsa ve suç hukuk düzeni ba-*

8 Jescheck, Weigend, s. 83.

9 Martin Heger, *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch*, 29. Baskı, 2018, § 61, Rn. 2.

10 Jescheck, Weigend, s. 13.

11 Jescheck, Weigend, s. 750.

12 Mohammad Ali Hedeyati, *Les mesures de sûreté et la réforme moderne du droit pénal*, Cenevre, 1939, s. 95-96.

13 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 957.

14 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 830 *Ceza Hukuku Genel Hükümler*.

15 Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 646.

kımından tehlikeli bir şahsiyetin belirtisi ise, fail ile ilgili alınan zorlayıcı tedbirler” olarak tanımlamaktadır¹⁶.

Anayasa Mahkemesi ise güvenlik tedbirlerini “suç karşılığı olarak ve suçlu-daki tehlike hâliyle orantılı bir biçimde hükmedilen ve esas itibarıyla suça ve suçluya karşı toplumun korunması amacına yönelmiş bulunan yaptırımlardır.” şeklinde tanımlamıştır¹⁷.

II. Güvenlik Tedbirlerinin Meşruiyet Kaynağı

Ceza ile güvenlik tedbirleri yapısal farklılık arz etse de ceza hukukunun amacına ulaşmakta farklı fonksiyon icra eden kurumlardır. Dolayısıyla tıpkı cezalarda olduğu gibi güvenlik tedbirlerinde de bir meşruiyet temeline ihtiyaç duyulur¹⁸.

1933’te Alman Ceza Kanununa giren güvenlik tedbirleri kavramı 1975’e kadar “*die Maßregeln der Sicherung und Besserung*” (güvenlik ve iyileştirme tedbirleri) olarak adlandırılmaktaydı. 1975’te yapılan değişiklikle, ıslah amacı vurgulanmak istendiği için madde başlığı “*die Maßregeln der Besserung und Sicherung*” (iyileştirme ve güvenlik tedbirleri) olarak değiştirilmiştir¹⁹. Ancak doktrindeki bir görüşe göre, kişinin ıslahı aynı zamanda toplumun korunmasına yardım etse de, salt ıslah düşüncesinden hareketle fail hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri meşrulaştırılmaz²⁰. Söz gelimi, gelecekte suç işlemeyeceğine dair kanaat uyandıran failin (örneğin bir akıl hastasının) ıslahı için güvenlik tedbirine başvurulması hukuka aykırı olacak iken, ıslahı mümkün gözükmeyen fail hakkında güvenlik tedbirine başvurulması meşru telakki edilecektir²¹. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında, Federal Sosyal Yardım Kanunu (*Bundessozialhilfegesetz*) § 73/2 ve 3’üncü fıkraları²² bakımından yapılan değerlendirmede, devletin vatandaşları ıslah görevine sahip olmadığı ve bu cihetle sadece ıslah amacıyla kişileri özgürlüğünden alıkoyma hakkını haiz olamayacağı belirtilmiştir. Mahkeme, devletin, vatandaşların özgürlüğünü

16 Charles-Jules Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, Chateau- d’Oex, Cenevre, 1931, s. 65.

17 AYM. E. 2019/37, K. 2019/87, T. 14/11/2019.

18 Jescheck, Weigend, s. 86.

19 Nuhoğlu, s. 6.; van Gemmeren, MüKo StGB, § 61, Rn. 1.

20 van Gemmeren, MüKo StGB, § 61, Rn. 1.

21 van Gemmeren, MüKo StGB, § 61, Rn. 1; Sadece iyileştirme saikiyle özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlerin uygulanamayacağı yönünde bkz. Helmut Pollähne, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 5. Baskı, 2017, § 61, Rn. 49; Gödekli, s. 215.

22 Söz konusu kanun hükümleri, ruhi sebatın (*innere Festigkeit*) yokluğu dolayısıyla düzgün bir hayat sürdüremeyen kimselerin zorla bir kuruma yerleştirilmesine olanak sağlamaktaydı. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu normları Alman Anayasası’nın 2’inci maddesinin 2’nci fıkrasının 2’nci cümlesine (“kişi özgürlüğü kısıtlanamaz”) aykırı bulmuştur.

sadece kişinin kendisine veya bir başkasına zarar verme ihtimali bulunduğu-
da sınırlayabileceğine hükmetmiştir²³.

Doktrinde, güvenlik tedbirlerinin meşruiyetini farklı düşüncelere dayandı-
ran muhtelif görüşler ileri sürülmüştür²⁴:

Bir görüşe göre²⁵, cezalardan farklı olarak güvenlik tedbirlerinde faydacı ve amaçsal mülahazalar meşruiyete zemin oluşturamaz. Sosyal açıdan zararlı olan kimsenin toplumdaki uzaklaştırılması, toplumun korunması için son derece amaca uygun ve etkili olabilir. Ancak bireye yapılan bu müdahalenin meşru olup olmadığı veya bu müdahaleye hangi dereceye kadar izin verildiği meselesi salt toplum bakımından faydalı olmasıyla gerekçelendirilemez. Güvenlik tedbirlerinin gerekliliğinin (=faydalılığının) yanı sıra ahlaki olarak kabul edilebilirliği de (*sittliche Zulässigkeit*) araştırılmalıdır²⁶. Güvenlik tedbirlerinin tamamı, yalnızca toplumsal normların yönlendirebildiği kişilerin sosyal yaşama tam olarak katılabileceği düsturuna dayanır. Harici ve sosyal özgürlük (sosyal hayatın içinde tam olarak var olabilme özgürlüğü) nihayetinde içsel ve ahlaki özgürlüğe sahip olmakla meşrulaştırılabilir²⁷. Dolayısıyla, bireye içkin olan bu ahlaki özgürlüğe malik olmayan ve kendi davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunmayan kişiler (örneğin akıl hastaları), sosyal özgürlükten de eksiksiz bir biçimde faydalanma talebinde bulunamaz²⁸. *Welzel'in* serdettiği bu görüşe itiraz olarak, *Welzel'in* "algılama ve irade yeteneğinin bulunmaması" şeklindeki tanımının özgürlük ile değil kusurluluk ile ilgili olduğu ileri sürülmüştür²⁹. *Schmidhäuser'e* göre ise³⁰, faydacılık (veya amaçsallık) toplum için faydalı olanın meşru telakki edilmesi manasına gelmez. Dolayısıyla, faydacılığın yanına ahlakilik şeklinde yeni bir sütunun yerleştirilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Ahlakilik benimsendiğinde ise, kişiye uygulanacak olan güvenlik tedbirinin sınırının çizilmesi güç bir hal alacaktır. Bu muğlak alanda tedbirin meşruiyetini tayin etmek, oldukça titiz bir terazi gerektirmektedir.

Başka bir görüşe göre, güvenlik tedbirlerinin meşruiyeti meşru müdafaa fikrinden neşet etmektedir. Bu görüş, meşru müdafanın gerçekleşmesi için ge-

23 BVerfGE 22, 180 <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bvo22180.html#Opinion> (çevrimiçi erişim: 17.10.2020)

24 Detaylı bilgi için bkz. Gödekli, s. 203 vd.

25 Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Baskı, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, s. 244.

26 Welzel, s. 245.

27 Welzel, s. 245.

28 Welzel, s. 245.

29 Meier, s. 276, 277; Keza *Welzel'in* görüşünün insan haklarına aykırı olduğu şeklindeki eleştiriler için bkz. Gödekli, s. 205.

30 Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975, 21/8, dipnot no. 4.

rekli olan “saldırının mevcut olması” şartının, güvenlik tedbirlerinin uygulama alanı bulduğu birçok durumda gerçekleşmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir³¹. Keza, meşru müdafaa halinde saldırıyı önleme hakkı devlete değil bireylere tanınıyorken, güvenlik tedbirlerine hükmetmekte devletin yetki ve görevi vardır³². Bu da meşru müdafaanın esasıyla bağdaşır bir durum değildir.

Diğer bir görüşe göre, anayasanın garanti altına aldığı özgürlük topluma bağlı bir özgürlükten (*gemeinschaftsgebundene Freiheit*) ibarettir. Toplumun diğer fertlerine önemli bir zarar vermeksizin yaşama ehliyetini haiz olmayan kimse, toplumun korunması için kendi özgürlüğünün kısıtlanmasına katlanmak mecburiyetindedir³³.

Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre ise, güvenlik tedbirlerinin meşruiyetine temel teşkil eden düşünce “üstün kamu yararadır”³⁴. Buna göre, güvenlik tedbiri uygulanmasıyla toplumun elde edeceği menfaat, hakkında güvenlik tedbiri uygulanacak olan kişinin uğrayacağı zarara üstün geliyorsa meşruiyet tahakkuk etmiş demektir. Anayasal olarak devletin vatandaşlarını koruma yükümlülüğü söz konusudur. Bu yükümlülük ise devletin gelecekteki hukuki ihlalleri önlemeye matuf uyguladığı güvenlik tedbirlerinin hem gerekliliğinin hem de meşruiyetinin kaynağıdır³⁵. *Jakobs’a* göre bu görüş, meşruiyet için yetersiz ve muğlaktır. Hakkında güvenlik tedbiri uygulanacak olan kişinin hukuki menfaati nasıl (ve hangi nispette) ölçülecektir veya kamunun ihlal edilen menfaati nedir, sorularına cevap verememektedir³⁶.

III. Güvenlik Tedbirlerinin Hukuki Mahiyeti

Günümüz ceza hukuku anlayışında güvenlik tedbirleri suçluluğun önlenmesinde ve toplumun korunmasında vazgeçilmez bir vasıta teşkil etmektedir. Ancak güvenlik tedbirlerinin hukuki mahiyeti hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Aşağıda, bu görüşlere yer verilecektir.

31 Meier, s. 277.

32 Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, 1991, Absch. 1, Rn. 54.; Gödekli, s. 207.

33 Jescheck, Weigend, s. 86.

34 Kinzig, SS StGB, Vor § 61 ff, Rn. 4; Radtke, MüKo StGB, Vor § 38, Rn. 71.; van Gemmeren, MüKo StGB, § 61, Rn. 2.; Meier, s. 277.; Gerhard van Gemmeren, Gerhard Schäfer, Günther M. Sander, *Praxis der Strafzumessung*, 6. Baskı, C.H. Beck, 2017, Rn. 389.; *Schmidhäuser* güvenlik tedbirlerinin kamusal yaşamın verimli bir şekilde sürdürülmesi için elzem olduğu ölçüde meşru telakki edileceğini savunmakta ve dolaylı yoldan toplum menfaatinin güvenlik tedbirlerinin meşruiyet kaynağı olduğunu savunmaktadır. bkz. Schmidhäuser, 21/8; Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin de güvenlik tedbirlerinin meşruiyet temeli olarak üstün kamu yararını kabul ettiği görülmektedir. bkz. BVerfG v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, NJW, 2011, s. 1937, 1938, Rn. 104-107; Türk doktrininde bu yönde bkz. Gödekli, s. 209.

35 Meier, s. 277; van Gemmeren, MüKo StGB, § 61, Rn. 2.

36 Jakobs, Absch. 1, Rn. 54; Teori hakkında yapılan diğer eleştiriler için bkz. Gödekli, s. 209, 210.

A. Yaptırım Olduğu Görüşü

Yaptırım kelimesi sözlükte “*kanun, ahlak gibi kurumların buyruklarının yerine getirilmesini sağlama, müeyyide*”³⁷ manasına gelmektedir. Fakat bu tanım, yaptırımın hukuk ıstılahındaki manasını tam olarak karşılamamakta, yalnızca yaptırımın amaçlarından birine işaret etmesi dolayısıyla nakıs kalmaktadır. Bu tanıma göre idari tedbirler veya önleyici birtakım tedbirler de yaptırım addedilebilir. Dolayısıyla yaptırıma günlük dildeki manasından farklı bir anlam yüklemek lazım gelmektedir.

Hukuk ıstılahında yaptırım (müeyyide) genel olarak “ihlale verilen cevap/tepki” olarak tanımlanmaktadır³⁸.

Jescheck – Weigend’e göre, güvenlik tedbirleri cezalandırıcı nitelikte olmayan yaptırımlardır³⁹.

Jakobs’a göre, cezaların daha önceden işlenen bir suçta tepki teşkil etmesi gibi, güvenlik tedbirleri de objektif olarak tekerrür etme tehlikesi olan suçta karşı bir tepkiden ibarettir⁴⁰. Dolayısıyla güvenlik tedbirleri de tıpkı cezalar gibi bir reaksiyon vasıtasıdır.

De Marsico’ya göre güvenlik tedbirleri “tehlikeli olmamayı” emreden hukuk normunun ihlaline tepki teşkil ettiği için ceza hukuku yaptırımıdır⁴¹.

Gropp’a göre, güvenlik tedbirleri işlenmiş olan tipik ve hukuka aykırı bir fiilin mevcudiyetini şart koştuğu için kolluk hukukunda önleyici tedbirlerden ayrılır⁴².

Antolisei’ye göre güvenlik tedbirleri İtalyan Ceza Kanunu’nda “idari tedbir” olarak vasıflandırılrsa da, hukuk ihlaline tepki ve suçta karşı mücadelede vasıta teşkil ettiği için hukuki yaptırım olarak değerlendirilebilir⁴³.

37 TDK Güncel Türkçe Sözlük, sozluk.gov.tr (28.10.2020).

38 Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu*, 2. baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 142-144.

39 Jescheck, Weigend, s. 750.

40 Jakobs, Absch. 1, Rn. 53; Gödekli, s. 217.; *Hafizoğulları’na* göre güvenlik tedbirleri hukuk ihlaline tepki teşkil etmedikleri için yaptırım addedilemezler. Güvenlik tedbirleri vuku bulmuş olan ihlale verilen cevap değildir. İhlalden sonraki bir durumla bağlantılıdır. Bu nedenle, ihlal ile güvenlik tedbiri arasında nedensel ve isnadi bir bağ bulunmamaktadır. Bu bağın ademi (yokluğu), güvenlik tedbirinin yaptırım kabul edilmesini engelleyecektir. Keza, ihlal güvenlik tedbirinin bir ön şartı olmakla birlikte, uygulanma nedeni değildir. Güvenlik tedbirlerinin uygulanma nedeni, ihlalden sonraki bir durum olan tehlikelilik halidir. bkz. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 236, 237, 241.

41 Zikreden Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 244. *Hafizoğulları*, ceza hukukunda “tehlikeli olmamayı” emreden bir normun bulunmadığını belirterek bu görüşün yersiz olduğunu savunmaktadır. bkz. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 245.

42 Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Baskı, 2015, § 3, Rn. 102.

43 Zikreden Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 242, 243 ve Nurullah Kunter, “Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 13, Sayı 4, 1947, s. 1336.

Pisapia'ya göre güvenlik tedbirleri, suç teşkil eden bir fiilin varlığını gerektirdiği ve bu fiilden sonra uygulandığı için cezai niteliktedir⁴⁴.

De Mauro'ya göre, güvenlik tedbirleri ve cezalar suç yaptırımları altında özdeş iki kavramdır⁴⁵.

Öğretide baskın olarak savunulan görüşe göre güvenlik tedbirleri, yaptırım sistemi içerisinde cezanın yanında ikinci bir yol olarak yer almaktadır (*Zweispurigkeit*)⁴⁶. Yani, suç karşılığında tatbik imkanı bulacak olan yaptırımın iki çeşidi vardır: ceza ve güvenlik tedbiri. Buradan da anlaşılacağı üzere güvenlik tedbirleri cezadan bağımsız bir yaptırım türüdür.

Türk Ceza Kanunu'nda da güvenlik tedbirleri yaptırım olarak vasıflandırılmaktadır. TCK'nın birinci kitabının "yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmının birinci bölümü cezalar, ikinci bölümü ise güvenlik tedbirleri olarak düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi "*güvenlik tedbirleri suç karşılığı olarak ve suçludaki tehlike hâliyle orantılı bir biçimde hükmedilen ve esas itibarıyla suça ve suçluya karşı toplumun korunması amacına yönelmiş bulunan yaptırımlardır*" diyerek güvenlik tedbirlerini açıkça müstakil bir yaptırım türü olarak tanımlamıştır⁴⁷. Buna mukabil, Anayasa'nın 38'inci maddesinde "ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri" ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade, güvenlik tedbirlerinin cezalardan bağımsız bir yaptırım türü olması ve cezalarla birlikte uygulama imkanının da bulunması dolayısıyla isabetli değildir⁴⁸.

Kanaatimizce de güvenlik tedbirleri ceza hukuku yaptırımıdır. Aşağıda açıklanacağı üzere, güvenlik tedbirlerinin geçmişe değil geleceğe yönelmiş olması hasebiyle hukuk ihlaline tepki teşkil etmediği savunulsa da, öncelikle tepki kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmak gerekir. Tepki, günlük

44 Gian Domenico Pisapia, *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri*, (Terc. Atif Akgüç), Padova, 1965, s. 7.

45 Zikreden Arturo Corrado, *Die Sichernden Massnahmen im Gesetz Rocco*, Bern, 1935, s. 18. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. aşağıda "Cezalar ile Güvenlik Tedbirlerinin Arasındaki Farklar ve Benzerlikler".

46 Bkz. Edmund Mezger, *Strafrecht*, 3. Baskı, Duncker & Humblot, Berlin – Münih, 1949, s. 518.; Jescheck, Weigend, s. 750.; Corrado, s. 22; Meier, s. 12; van Gemmeren, MüKo StGB, § 61, Rn. 1.; Heger, LK StGB, § 61, Rn. 2; Albin Eser, "Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht", in: Grundfragen staatlichen Strafans: *Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag* (ed. Guido Britz), München, 2001, s. 214; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 957; Özgenç, s. 697; Koca, Üzülmöz, s. 561; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 988.; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 622.

47 AYM. E. 2019/37, K. 2019/87, T. 14.11.2019.

48 Özgenç, s. 833, dn. 251.

dilde genellikle bir fiile karşı gösterilen olumsuz reaksiyon anlamında kullanılmaktadır. Oysa, tepkiyi nötr bir kavram olarak telakki etmek mümkündür. Ödetici veya cezalandırıcı manadan azade bir biçimde, şekli olarak bir duruma cevap niteliği taşıyan her şey tepkidir. Tepki, olumsuz veya olumlu bir değer yargısı içermeyen aksülamelden ibarettir. Bu itibarla, devletin yaptırma gücünü kullanarak uyguladığı ve hukuk ihlaline tepki vasfını haiz olan güvenlik tedbirleri⁴⁹, ceza hukuku yaptırımıdır.

B. Bağımsız Önleme Tedbiri Olduğu Görüşü

Doktrinde bazı yazarlar güvenlik tedbirlerinin yaptırım veya idari tedbir değil, kendine has özellikleri olan bağımsız önleme tedbiri olduğunu savunmaktadır.

Hafizoğulları'na göre güvenlik tedbirleri kötülükten (suç teşkil eden fiilden) sonra uygulanmakla birlikte, kötülüğe karşı uygulanmadığından “suçluluğun toplumsal tedavi vasıtası” değil “suçluluktan toplumsal korunma vasıtası”dır⁵⁰. Diğer bir anlatımla güvenlik tedbirleri bir suçun işlenmesine bağlı olsa da, suçun işlenmesine cevap değildir. Güvenlik tedbiriyle arasında nedensellik bağı bulunan suç, geçmişte işlenmiş olan suç değil gelecekte tekerrür tehlikesi arz eden suçtur. Her ne kadar güvenlik tedbirleri cebri olarak uygulansa da, bir hukuki sonucun yaptırım olup olmadığını belirleyen husus cebrilik vasfı değil ihlal fikridir⁵¹. Bu itibarla, güvenlik tedbirleri hukuk ihlaline tepki olarak uygulanmadığından yaptırım değil toplumsal savunma vasıtasıdır⁵². Toplumsal savunma vasıtası olan güvenlik tedbirleri maddi açıdan idarî özelliğe sahip olsa da, tarafsız bir hakimin kaza faaliyeti neticesinde tatbik edildiği için şekli açıdan kazai tedbirlerdir⁵³.

C. İdari Tedbir Olduğu Görüşü

Kimi yazarlara göre güvenlik tedbirleri ceza hukuk yaptırımlarından biri değildir. Mahiyeti itibarıyla idari tedbir olarak vasıflandırılmalıdır.

Freund – Rostalski'ye göre, güvenlik tedbirleri hukuki değerlere yönelen, gelecekteki muhtemel tehlikeleri önleme vasıtasıdır. İşlenmiş olan fiil güvenlik tedbirlerinin yasal zeminini oluşturmamakta, yalnızca dolaylı olarak fail hakkında yapılan tehlikelilik yargısına katkıda bulunmaktadır. Bu itibarla, güvenlik tedbirleri gerçek manada kolluk tedbirleridir⁵⁴.

49 *Nuhoğlu* da güvenlik tedbirlerinin hukuk ihlaline tepki teşkil ettiğini savunmaktadır. bkz. Nuhoğlu, s. 20, dn. 58.

50 *Hafizoğulları*, *Ceza Normu*, s. 238.

51 *Hafizoğulları*, *Ceza Normu*, s. 241.

52 *Hafizoğulları*, *Ceza Normu*, s. 238, 241, 243.

53 *Hafizoğulları*, *Ceza Normu*, s. 255, 256.

54 *Georges Freund, Frauke Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Baskı, Springer, 2019, § 1, Rn. 65, 66.

Önder'e göre, güvenlik tedbirleri ceza kanunlarında yer alıyor olsa dahi mahiyet itibariyle idari nitelikte önlemlerdir⁵⁵.

Battaglini'ye göre esası manevi sorumluluk (kusur sorumluluğu) olan ceza hukukunun ele aldığı mesele cezalardır. Böyle bir özelliği haiz olmayan güvenlik tedbirlerinin ceza hukukuna dahil edilmesi yanlış olur. Bir kurumun ceza kanununda yer alması ile ceza hukukuna dahil olması farklı meselelerdir. Dolayısıyla güvenlik tedbirlerini idari tedbirler olarak anlamak gerekir⁵⁶. Nitekim, 1930 İtalyan Ceza Kanununun (Rocco Kanunu) 8. başlığında düzenlenen tedbirler idari güvenlik tedbirleri (*delle misure amministrative di sicurezza*) olarak adlandırılmıştır.

IV. Güvenlik Tedbirlerinin Amacı

Güvenlik tedbirleri toplumun korunmasına hizmet etse de, münhasıran failden neşet edecek olan müstakbel tehlikelerin savuşturulmasına, yani “özel önleme” amacına yönelmiştir⁵⁷. Özel önlemenin üç unsuru bulunmaktadır: Korkutma, iyileştirme ve koruma⁵⁸. Korkutma, sadece belli başlı güvenlik tedbirleri için (örneğin sürücü ehliyetinin alkonulması) söz konusu olabilir iken, iyileştirme ve koruma tüm güvenlik tedbirlerinin sonuçlarıdır. İyileştirme, güvenlik tedbiri uygulanan kişinin ıslah edilmesini; koruma ise toplumun tehlikeli kişiye karşı korunmasını ifade eder. Toplumun korunması “negatif özel önleme”, kişinin ıslahı ise “pozitif özel önleme” olarak adlandırılmaktadır⁵⁹.

Güvenlik tedbirlerinin her bir türü kendi yapısına uygun olarak muhtelif şartlara bağlıdır ve kendi içerisinde farklı amaçlar güdebilir. Örneğin akıl hastaları bakımından uygulanacak güvenlik tedbiri ve çocuklar hakkında uygulanacak olan güvenlik tedbiri hem farklı şartlara bağlanmıştır hem de değişik suç politikası amaçlarına yönelebilir. Ancak bunların üzerinde tüm güvenlik tedbirlerinin ortak bir amacı vardır. O da belirli bir kişinin ileride işleyeceği muhtemel suçların önlenmesi⁶⁰ ve böylece toplumun tehlikeli bireye karşı korunmasıdır⁶¹. Özel önlemenin unsurlarıyla bağlantılı olarak bu amaç, tedbirlerin

55 Önder, güvenlik tedbirlerinin cezalar kadar ağır ve ızdırap verici olabileceğini belirttiğinden sonra bu benzerliğin nicelik itibariyle olduğunu; nitelik itibariyle birbirlerinden farklı olan bu iki kavramın ayırt edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Önder'e göre, güvenlik tedbirleri idari nitelikte olduklarından, kavram karmaşasına engel olmak için ceza kanunlarından çıkarılmalıdır. bkz. Önder, *Genel Hükümler*, Cilt 2-3, s. 606; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 546.

56 Zikreden Kunter, *Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, s. 1333.

57 Pollähne, NK StGB, § 61, Rn. 10.

58 Meier, s. 276.

59 Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 45. Baskı, C.F. Müller, Heidelberg, 2015, § 1, Rn. 23.

60 Meier, s. 276.

61 Heger, LK StGB, § 61, Rn. 2; Prisi, s. 10.

“güvenlik” veçhesinin bir tezahürüdür. İyileştirme veçhesi tek başına güvenlik tedbirlerine hükmedilip hükmedilmemesi gerektiği hususunda nazarıtibara alınmaz. Yalnızca güvenlik tedbirlerinin formunda ve infaz şeklinde belirleyici bir role sahiptir⁶². Fakat bu durum tedbirlerin iyileştirme yönünün önemsiz olduğu manasına gelmez. Tam aksine, insan haklarına dayalı ceza hukukunun benimsediği bir hukuk devletinde tedbirlerin iyileştirici özelliği ön plana alınmalıdır⁶³.

İyileştirme ve güvenlik veçhelerinin konumu bakımından şöyle bir benzetme yapılabilir. Güvenlik, tedbirlerin uygulanması için gerekli olan zemindir. Güvenlik ihtiyacı hissedilmez ise tedbirlerin uygulanması söz konusu olamaz. Bu amaca ulaşmak için benimsenecek usul ise iyileştirici niteliğe sahip olmalıdır⁶⁴. Dolayısıyla, güvenlik tedbirleriyle güdülen amaca tedbirlerin hem iyileştirici hem de koruyucu etkisi vesilesiyle ulaşılır⁶⁵.

Nihayetinde, güvenlik tedbirlerinin genel amacı failin ileride tekrar suç işlemesine mani olmaktır (özel önleme). Bu amaca ulaşırken söz konusu tedbirlerinin esasları güvenlik ve koruyuculuk iken usulü ise iyileştiricilik (ıslah) ve insancılık olmalıdır⁶⁶.

V. Güvenlik Tedbirlerinin Tarihçesi

A. Genel Olarak

Cezaların terbiye ve ıslah edici yönlere sahip olması gerektiği fikri Antik Yunan’a kadar dayanmaktadır⁶⁷. Keza *Carolina’da* (*Constitutio Criminalis Carolina*, 1532) belli kimseler bakımından önleyici ve koruyucu tedbirler uygulanacağını öngören bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin *Carolina’nın* 127’nci maddesinde isyankarların sürgün edileceği düzenlenmektedir⁶⁸. Fakat gerçek manasıyla güvenlik tedbirlerinin zuhuru 19. yüzyıl ile birlikte tahakkuk etmiştir. Güvenlik tedbirleri ceza hukuku okullarının çatışması (*der Streit der Strafrechtsschulen*) sonucunda tarih sahnesinde yer almıştır. Dolayısıyla, güvenlik tedbirlerinin çıkış noktası ve sonrasındaki tarihi gelişiminin anlaşılabil-

62 Meier, s. 276; İyileştirme düşüncesinin tek başına güvenlik tedbirlerinin meşruiyet kaynağı olamayacağı yönünde görüş için yukarıda “Güvenlik Tedbirlerinin Meşruiyet Kaynağı” başlıklı bölüme bakılabilir.

63 Pollähne, NK StGB, § 61, Rn. 10.

64 Pollähne, NK StGB, § 61, Rn. 49; Gödekli, s. 215.

65 Pollähne, NK StGB, § 61, Rn. 10.

66 Aynı yönde bkz. Gödekli, s. 216.

67 Detaylı bilgi için bkz. Richard Honig, “Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair”, (Terc. Yavuz Abadan), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 2, 1936, s. 418 vd.; Gödekli, s. 179-180.

68 Eser, s. 216.

mesi için ceza hukuku okullarına, bilhassa pozitivist okula değinmekte fayda görmekteyiz⁶⁹.

B. Ceza Hukukunda Okullar Çatışması

Ceza hukukunda okullar çatışmasından maksat klasik okul ile pozitivist okulların fikir ayrılığıdır.

İnsanın hür iradeye sahip olduğu kabulü klasik okul doktrininin esasını teşkil eder. Devletin, bir fiil üzerindeki değer/değersizlik takdiri hür iradeye dayanır. Cezanın temel özelliği ise kefarete teşkil etmesidir. Cezaya, işlenen suç karşılık olarak ve kişinin kusuru ile orantılı bir şekilde hükmedilir. Kusur ne kadar artarsa, kefarete o kadar ağır olur. Fakat, cezanın alt ve üst sınırları arasında serbest bir alan mevcut olduğundan, cezanın genel ve özel önleyici veçheleri de nazarıtibara alınır⁷⁰. Klasik okul, suç ve ceza üzerinde sadece hukuki bir bakış açısıyla hareket etmiş, suçluya matuf bir inceleme gerçekleştirmemiştir.

18 ve 19. yüzyıl düşünce geleneği hiç şüphesiz *Galileo Galilei* ve *Isaac Newton*'ın fizik alanında yaptığı ilmî çalışmaların tabiat kanunlarının açıklamadaki başarısından oldukça etkilenmiştir⁷¹. Keza, biyoloji alanında *Charles Darwin*'in yaptığı çalışmalar, diğer düşünürleri insan davranışlarını bilimsel prensiplerle açıklama konusunda cesaretlendirmiştir⁷². Sosyolojinin kurucusu olarak kabul gören ve aynı zamanda pozitivist sistemleştirerek bir disiplin haline getiren *Auguste Comte*, toplumsal yaşamı anlamak için bilimsel yöntemleri kullanmaya çalışmıştır⁷³. *Comte*'un asıl gayesi, pozitif ilimlerin tabiat olaylarına inhisar etmeyip külliliğe kavuşması, yani hayatın tüm alanlarında sadece bilimsel düşüncenin söz sahibi olmasıdır. Böylece pozitif ilimler felsefi düşüncenin de temelini oluşturacak, din ve metafiziğin geçerli olduğu alanlarda dahi bilimsel düşünce tarzı geçerli olacaktır. Bu, hem toplumsal, hem de

69 Ceza hukuku okulları hakkında teferruath bilgi için bkz. Gödekli, s. 182 vd.; J.M Canals, "Classicism, Positivism and Social Defense", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Cilt 50, Sayı 6, 1960, s. 542 vd.

70 Franz von Liszt, Eberhard Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23. Baskı, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1921, s. 20-21.

71 Bu anlayış fizik alanında *Werner Heisenberg*'in ortaya attığı "belirsizlik ilkesi" ve felsefe alanında *Emile Boutroux*'un ileri sürdüğü "zorunsuzluk doktrini" ile sarsılmıştır. bkz. Zekeriyya Uludağ, "Determinizm ve Zorunsuzluk", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, Aralık 1993, s. 266.

Gerçekten de *Boutroux*'un felsefi sahada serdettiği görüşler, pozitif ilimler alanında Einstein, Heisenberg ve Le. d. Broglie gibi fizikçiler tarafından doğrulanmıştır. bkz. Süleyman Hayri Bolay, *Emile Boutroux'da Zorunsuzluk Doktrini*, M.E.B. Yayınları, İstanbul, 1999, s. 214.; Uludağ, s. 264, 265.

72 Larry J. Siegel, *Criminology*, 13. Baskı, 2018, s. 140.; Gödekli, s. 191.

73 Siegel, s. 140

ahlaki sahanın pozitif ilimler tarafından düzenleneceği manasına gelir⁷⁴. Tüm bu ilmi gelişmeler, pozitivist yöntemin ceza hukukuna taşınması fikrini de beraberinde getirmiştir⁷⁵.

Pozitivizmin iki temel prensibi vardır: Gözlem ve deneye dayanmayan kabuller önemsizdir, bilgiye bilimsel metot ile ulaşılır⁷⁶.

Deney ve gözlem yoluyla tabiat kanunlarının açıklanmaya çalışılması, yani pozitif bilgi, düşünürleri nedensellik ilişkisinin zorunlu olduğu kabulüne götürmüştür. Zorunlu nedensellik ilişkisinden kasıt, eşya ve olayların ilgili illetlerin (sebeplerin) bir araya gelmesinin zorunlu bir sonucu olmasıdır⁷⁷. Buna göre, nedenler (illetler) bilinir ise, onun zorunlu sonucu olan eser (netice) de bilebilir. Evreni, kurulu bir mekanizma olarak telakki eden bu determinist anlayış⁷⁸, sosyal bilimler sahasında da kendini göstermiştir.

Determinizm hür iradeyi reddeder ve insan davranışı olsun veya olmasın kainattaki her eşya ve hadisenin bir sebebe dayandığı görüşüne dayanır. Nitekim pozitivism, metafizik ve teolojiyi reddettiğine göre, metafizik bir mefhum olan “hür irade” pozitivist bir anlayışta kendini yer bulamaz. Bu anlayış, 19. yüzyıl Avrupası’nda oldukça baskın olarak savunulmuştur⁷⁹.

“Madem kainattaki her şey bir illetten (sebep) sudur etmektedir. O halde, insanın da fiilleri belli illetlere dayanmalıdır. Karar verme yetisine sahip olduğunu zanneden insan aslında ona o kararı verdirten sebeplerin zorunlu sonucu olan fiili icra etmektedir.” şeklindeki anlayış determinizmi hukuk sahasına taşı-

74 Lucien-Levy Bruhl, “Auguste Comte’un Sosyolojisi”, (Terc. Ziyaaddin Fahri), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 4, Sayı 15, s. 439.

75 Nurullah Kunter, “Ceza Hukukunun Bugünkü Gelişmesinde Franz Von Liszt’in Rolü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 17, Sayı 1-2, 1951, s. 45.

76 Siegel, s. 140, 141.

77 Fransız düşünür *Emile Boutroux* (1845-1921), deney ve gözlem yoluyla küllî (tümel) bilgiye varılamayacağını ve ampirik yöntemin sadece tikel olgular arasındaki sabit bağı ortaya çıkartabileceğini savunmuştur. *Boutroux’ya* göre deney, eşyanın dış münasebetlerindeki bağı tespit etmekte muvaffak olsa da tüm varlık açısından bir ilke ortaya koyamaz. Dolayısıyla *Boutroux’ya* göre determinizm yalnızca pozitif ilim sahasında ve kısıtlı miktarda (yani tüm varlığa şamil olmayarak) kabul edilebilir iken, insan fiilleri bakımından determinizm kabul edilemez. bkz. Süleyman Hayri Bolay, *Tabiat Kanunları Değişmez mi*, 4. Baskı, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 18, 19; Bolay, *Emile Boutroux’da Zorunsuzluk Doktrini*, s. 214; Uludağ, s. 270.

78 Tabiat kanunlarının evreni idare ettiği şeklindeki bu anlayışa *Boutroux* tarafından itiraz edilmiştir. *Boutroux’ya* göre, tabiat kanunlarının eşyayı idare ettiği ve müessir konumda olduğu fikri yanlıştır. Tabiat kanunları varlığa takaddüm etmez, tam aksine varlıktan çıkar. “Kanunlar, içinden olgular seli akan nehir yataklarıdır: her ne kadar onu takip ediyorlarsa da, onu onlar kazmışlardır.” *Emile Boutroux, Tabiat Kanunlarının Zorunsuzluğu Hakkında*, (Terc. Ziya Ülken), M.E.B. Yayınları, İstanbul, 1998, s. 38, 39; Uludağ, s. 268.

79 Bolay, *Tabiat Kanunları Değişmez mi?*, s. 8.

mış⁸⁰ ve bu anlayışı benimseyen doktrin pozitivist okul olarak adlandırılmıştır. Klasik okulun geleneksel fikirlerine karşı İtalyan hekim *Cesare Lombroso* pozitivist okulu kurmuştur. Suçluya antropolojik bir bakış açısıyla yaklaşan *Lombroso*, suçun amilini insanın kalıtsal nitelikleri olarak kabul etmektedir⁸¹. Bu, hür iradenin reddi manasına gelmektedir, zira kişi suç işlemeyi tercih etmemekte, antropolojik sebepler dolayısıyla suç işlemeye mecbur kalmaktadır⁸². *Raffaele Garofalo*, *Lombroso'nun* suçu salt antropolojik sebeplere dayandırdığı görüşüne itiraz ederek, kişinin akli ve ruhi niteliklerinin suça sebep olduğunu ileri sürmektedir⁸³. Pozitivist okulun en önemli temsilci olarak gösterilen *Enrico Ferri* ise bu görüşleri geliştirerek suç işleme sebeplerini antropolojik, sosyal ve fiziki nedenler olarak tasnif etmektedir⁸⁴. Pozitivist okulun temel prensipleri *Lombroso'nun* “Suçlu İnsan” (1876), *Ferri'nin* “Cezai Sosyoloji” (1881) ve *Garofalo'nun* “Kriminoloji (1885)” adlı eserlerinde açıklanmıştır⁸⁵. Buna göre, suçlular suçu hür bir iradeyle değil, dahili (fitrat, yaratılış) ve harici (toplum, çevre) sebeplerin bir araya gelmesiyle işlerler⁸⁶. Suçun meydana gelmesi için, suçluyu suç işlemeye iten sebeplerin tümünün mevcut olması gerekir. Aynı bölgede ve aynı sosyal şartlarda yaşayan iki kişiden birinin suç işlemesi ve diğersinin işlememesi ancak bununla açıklanabilir. Keza, aynı vasıflara sahip kimselerin farklı davranışlarda bulunması da bunun bir örneğidir⁸⁷. Bu prensipten anlaşılacağı üzere pozitivist okul suçu pozitif ilimlerin doğa olaylarını açıkladığı şekilde açıklamaktadır. Basit bir örnek vermek gerekirse, bir bitki fotosentez yapabilmek için karbondioksit, su ve ışığa ihtiyaç duyar. Tüm gerekli şartlar yerine gelmediği sürece bitki fotosentez yapamaz. Tüm şartlar yerine gelmiş ise, bitki fotosentez yapmamak gibi bir tercihte de bulunamaz. İşte fotosentez tüm bu şartların zorunlu sonucudur. Tıpkı bunun gibi, suç, illetlerin (sebeplerin) bir araya gelmesiyle ortaya çıkan zorunlu bir sonuçtur. Hür iradenin tezahürü değildir.

Pozitivistlere göre, insanın hür iradesi bulunmadığı için suçluların manevi sorumluluğundan söz edilemez. Dolayısıyla suçlular üzerinde ceza uygulamak

80 Ernst von Aster (Terc. Orhan Münir Çağıl), *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Kenan Matbaası, İstanbul, 1943, s. 16.

81 Siegel, s. 142.

82 Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 13; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1991, s. 20.

83 Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 13, 14; Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, s. 21.

84 Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 14; Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, s. 21.

85 Georges Vidal, Joseph Magnol, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, 8. baskı, Paris, 1935, s. 35, kn. 32.

86 Vidal, Magnol, s. 36, kn. 32; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 6, Sayı 1, 1940, s. 25

87 Vidal, Magnol, s. 37, kn. 32.

suçların önlenmesi bakımından herhangi bir rol oynamaz. Ceza tehdidi, hür iradeye sahip olmayan insanlar üzerinde tesire sahip değildir⁸⁸. Gerçekten de, işlediği fiilin sonuçlarını düşünmeyen doğuştan ve ihtirasi suçlular bakımından ceza etkili değildir; tesadüfi ve itiyadi suçlular bakımından ceza sosyal tedbirlerle desteklenmemiş olduğu için yetersizdir⁸⁹. Dolayısıyla güvenlik tedbirleri cezaları ikame etmelidir.

Aralarında bazı cüzi farklar bulunmakla birlikte, pozitivistlerin mutabık olduğu nokta, toplumun suçlulara karşı güvenlik tedbirleri uygulama hakkı olduğu yönündedir⁹⁰. Bu tedbirler ise işlenen suçun ağırlığından veya isnat yeteneğinden bağımsız olarak failin tehlikelilik haline⁹¹ istinaden tespit edilmek durumundadır⁹². Pozitivistlere göre failin cezai mesuliyetinin dayandığı esas, kusur değil toplumsal mesuliyettir ve toplum kendini müdafaa etmek için fail hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedebilir⁹³.

Suçluları “akıl hastası, doğuştan, itiyadi, tesadüfi ve ihtirasi” olmak üzere beşli bir tasnife tabi tutan *Ferri* müeyyide olarak başlıca iki tedbir öngörmüştür: belirsiz biçimde muhitten uzaklaştırma (müddetsiz hüküm) ve tazminat⁹⁴. *Ferri’ye* göre her suçlu dahil olduğu kategoriyle bağlantılı olarak tehlikelilik hali ve topluma geri intibak (uyum) kabiliyetleriyle uygun bir şekilde yaptırma tabi tutulmalıdır⁹⁵. Buna göre, akıl hastası suçlular müddetsiz olarak ilgili kurumlara konmalıdır. Doğuştan suçlular ve uslanmaları imkânsız görülen mükerrirler de akıl hastaları gibi müddetsiz olarak ilgili kurumlara gönderilmelidir. Tesadüfi suçlular bakımından ise uzaklaştırma tedbirlerinden mümkün olduğunca kaçınmalı ve bu kişilerin itiyadi suçlular halime gelmesi önlenmelidir. İtiyadi suçlular, ilk suçlarında tesadüfi suçlu muamelesi, sonraki suçlarında doğuştan suçlu muamelesi görmelidir. İhtirasi suçlular ise fiili işledikten sonra zaten pişman oldukları için genellikle bu kişiler hakkında tazmin yöntemini başvurmakla iktifa edilmelidir⁹⁶.

88 Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953, s. 40.

89 Mehmet Emin Artuk, “Emniyet Tedbirleri”, *Ceza Hukuku Makaleleri*, Güven Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 129.

90 Taner, s. 43, 44, 47.

91 Tehlikeli hal meselesi ilk kez 1878’de *Garofalo* tarafından ortaya atılmıştır. bkz. Sulhi Dönmezer, “Tehlikeli Hal Meselesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 10, Sayı 1-2, 1944, s. 180.

92 Somay Tümerkan, “Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 48, Sayı 1-4, 1983, s. 57.

93 Vidal, Magnol, s. 36, kn. 32; Dönmezer, “Tehlikeli Hal Meselesi”, s. 179; Taner, s. 41; Artuk, “Emniyet Tedbirleri”, s. 129.

94 Taner, s. 49.

95 Taner, s. 48.

96 Vidal, Magnol, s. 47, kn. 40; Taner, s. 49, 50; Nuhoglu, s. 38, dn. 121.

C. Pozitivistlerin Güvenlik Tedbirleri Bağlamında Ceza Hukukuna Etkisi

Günümüzde pozitivistlerin kastettiği gibi mutlak bir determinist anlayış kabul görmemektedir. Bunda 20. yüzyıl fizik biliminde yaşanan gelişmeler neticesinde *Newton* fiziğinin evreni açıklamakta yetersiz kalması ve cezasız bir ceza hukukunun faydasız görülmesi etkili olabilir. Metafizik manasıyla irade hürriyetinin mevcudiyeti filozoflar, kelamcılar veya bilim adamlarının araştırma konusu olmaya devam etse de ceza hukukunda irade hürriyeti metafizik manasından azade bir şekilde kabul edilmektedir. İrade hürriyeti, fiil üzerinde tercih etme yeteneği şeklinde psikolojik bir vakıa olarak anlaşılmalıdır⁹⁷. Dolayısıyla, kusurluluğun kabul edilmediği ve cezai sorumluluğunun merkezine alınmadığı bir ceza hukukundan günümüzde söz edilmemektedir. Fakat bu, pozitivistlerin ceza hukukuna yaptığı önemli katkıların göz ardı edilmesi manasına gelemmez.

Her şeyden önce pozitivist okul, geleneksel vasıtaların suçluluğu önlemekte yetersiz kaldığını göstermiş ve suçun yanında suçluya da odaklanılması gerektiği fikrini ortaya atmıştır⁹⁸. Yalnızca suçların ağırlığına göre değil failin şahsi durumuna göre de ceza tayin edilmesi itibarıyla cezaların şahsileştirilmesinde ve cezaların önleyici veçhesine odaklanılmasında önemli bir rol oynamıştır⁹⁹. Keza, suçluya bilimsel yöntemlerle yaklaşmak suç sosyolojisi ve kriminoloji şeklinde iki ayrı bilim dalının zuhur etmesini sağlamıştır. Pozitivistlerin yaptığı en büyük katkılardan biri de hiç şüphesiz budur¹⁰⁰. Pozitivistlerin ceza hukukuna yapmış olduğu tüm bu katkılar güvenlik tedbirlerinin ceza kanunlarına girmesiyle somutlaşmıştır.

1871 Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nun ilk halinin temelinde klasik okul düşüncesinin bir yansıması olarak, suçluluğun cezaların caydırıcılığı ile önleneceği fikri yatmaktadır¹⁰¹. Fakat caydırıcılık, etkisini amaçlandığı ölçüde gösterememiş ve suçluluğun artması engellenememiştir. Ceza kanunlarının uygulamadaki sonuçlarına bakıldığında, ceza kanunlarından beklenen caydırıcılığın gerçekleşmediği ve suçların önemli bir artış gösterdiği müşahede edilmiştir. Pozitivist görüşlerden etkilenen *von Liszt*, özel önlemeye yönelik bir reform gerekliliğini 1882'de "Ceza Hukukunda Gaye Fikri" (*der Zweckge-*

97 von Aster, s. 19.

98 Francesco Antolisei, "Ceza ve Emniyet Tedbirleri", (Terc. Yılmaz Günal), *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, 1965, s. 716.

99 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 91.

100 Canals, s. 546; Gödekli, s. 193, dn. 543.

101 Eser, s. 220.

danke im Strafrecht) ile Marburg Programı'nda ortaya koymuştur¹⁰². Gerçek manada pozitivist olmayan *von Liszt*, esasında klasik ve pozitivist okulun telifi neticesinde ortaya çıkacak olan senteze ulaşmak istemiştir¹⁰³. *von Liszt'e* göre cezanın üç amacı vardır: caydırma, ıslah ve zararsız hale getirme¹⁰⁴. *Von Liszt*, bu amaçlara güvenlik tedbirleri ile değil ceza ile varılacağını ve cezanın süre ve türünün belirlenmesinde failin şahsi halinin nazarıtibara alınması gerektiğini savunmuştur¹⁰⁵. Ancak *von Liszt'in* geliştirdiği amaçsal ceza görüşünün, salt ödetici ceza fikrini esas alan klasik ceza hukukuna entegrasyonu mümkün gözükmemiştir. Dolayısıyla bu görüşlerin ceza kavramına yüklenilmesi yerine, güvenlik tedbirleri şeklinde ikinci bir hukuki sonuç kabul edilerek düalist bir yapı ihdas edilmiştir¹⁰⁶. Alman Ceza Hukuku bakımından güvenlik tedbirlerinin kabul edilmesi, *von Liszt'in* kurucusu olduğu modern (sosyolojik) okulun¹⁰⁷ bir sonucudur¹⁰⁸.

Güvenlik tedbirleri ilk defa *Carl Stoos* tarafından 1893 tarihli İsviçre Ceza Kanunu tasarısında zikredilmiş ve suç karşılığı uygulanacak olan hukuki yaptırımların iki izliliği benimsenmiştir¹⁰⁹. Sonrasında, 1902 tarihli Norveç Ceza Kanunu ve 1908 tarihli Birleşik Krallık Suçların Önlenmesi Kanunu (*Prevention of Crime Act 1908*) itiyadi suçlular bakımından güvenlik tedbirleri öngörümüştür¹¹⁰. *Ferri'nin* 1921 tarihli İtalyan Ceza Kanunu tasarısı ise gerçek manada pozitivist bir keyfiyete sahiptir. Bu tasarı kanunlaşmamış olsa da klasik okulun esaslarını benimseyen 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nu (*Rocco Kanunu*) güvenlik tedbirleri hakkında düzenlemeler ihtiva etmesi itibariyle et-

102 *von Liszt*, Schmidt, s. 21; Eser, s. 220; Honig, s. 413.

103 Kunter, "Ceza Hukukunun Bugünkü Gelişmesinde Franz Von Liszt'in Rolü", s. 45-46.

104 *von Liszt*, Schmidt, s. 7; Eser, s. 221; Honig, s. 414; Meier, s. 25

105 Nuhuğlu, s. 34.

106 Meier, s. 274.

107 Modern (sosyolojik okul) hakkında geniş bilgi için bkz. Eser, s. 220-223; Gödeklı, s. 199-203.

108 Gropp, § 14, Rn. 42.

109 Eser, s. 226; Antolisei, s. 717; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 544; Öğretideki bir görüşe göre, güvenlik tedbirlerine *Carl Stoos'tan* önce 1794 tarihli Prusya kanunlarının ceza kısmında rastlanmaktadır. *Ernst Ferdinand Klein* tarafından yazılan bu bölüm çağdaşı olan diğer kanunları etkilememiş ve böylece diğer ceza kanunlarında güvenlik tedbirlerine rastlanmamıştır. bkz. Lavanchy, s. 7 dn.1; Faruk Erem, Ahmet Danişman, Mehmet Emin Artuk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 894; Önder, *Genel Hükümler*, Cilt 2-3, s. 604.

110 Taner, s. 60; 1908 tarihli Birleşik Krallık Suçların Önlenmesi Kanunu'nun 2. bölümünde (madde 10-16) itiyadi suçlular (*habitual criminals*) hakkında önleyici yaptırımlar (*preventive detention*) düzenlenmiştir. 10'uncu maddenin birinci fıkrasına göre ağır hapis cezasına çarptırılan hükümlünün itiyadi suçlu olduğu kanısına mahkeme tarafından varılırsa toplumun korunması amacıyla bu cezanın yanı sıra önleyici bir yaptırıma da hükmedilebilir. İlgili kanun metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1908/59/part/II/enacted> (25.10.2020).

kilemiştir¹¹¹. 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda güvenlik tedbirleri kanununun 1'inci kitabının 8'inci başlığında, cezalardan bağımsız olarak düzenlenmiştir¹¹². Manevi sorumluluk esasını benimsenmiş olan bu kanunda, hukuk düzenini ihlal eden kişiler arasında isnat kabiliyeti olanlar ve olmayanlar hakkında uygulanacak hukuki sonuçlar bakımından ayırım yapılmıştır. Birinci grup için ceza, ikinci grup için güvenlik tedbirleri öngörülmüştür¹¹³. Alman Ceza Hukuku bakımından ise ilk defa 24.11.1933 tarihli "Tehlikeli İtiyadı Suçlulara Karşı ve Güvenlik ve İyileştirme Tedbirleri Hakkında Kanun"un¹¹⁴ 2'nci maddesinde güvenlik tedbirlerinden söz edilmiş ve bu hüküm Alman Ceza Kanunu'nun 42 ve devamı maddelerine "Güvenlik ve İyileştirme Tedbirleri" başlığı ile eklenmiştir¹¹⁵.

111 Prisi, s. 17; Faruk Erem, "Türk Ceza Kanunu'nda Emniyet Tedbirleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 3, 1944, s. 356; *Ferri'nin* tasarısı, 1922 ve 1926 (bu kanun 1927'de yürürlüğe girmiştir) tarihli Sovyet Rusya Ceza Kanunlarını, ceza yerine toplumsal korunma tedbirlerini öngörmesi itibarıyla etkilemiştir (bkz. Taner, s. 61). *Taner*, bu ceza kanunlarında manevi sorumluluk yerine kanuni sorumluluğun benimsendiğini ifade etmiş olsa da (bkz. Taner, s. 61), 1926 tarihli Sovyet Rusya Ceza Kanunu'nun 11'inci maddesinde akıl hastaları gibi şuur yeteneği bulunmayan kimselere karşı toplumsal korunma tedbirleri değil tıbbi tedbirlerin uygulanması gerektiği yönündeki hüküm ve 10'uncu maddesinde kasten ve taksirle işlenen suçlar bakımından ayırma giden hüküm nazarıtibara alındığında, manevi sorumluluğun tamamen reddedilmediği, pozitivist okul yönteminin tedbirler bakımından sınırlı bir şekilde benimsendiği görülmektedir (bkz. Corrado, s. 59). Keza, 1922 tarihli Sovyet Rusya Ceza Kanunu'nun 10. maddesinde, 1926 Sovyet Rusya Ceza Kanunu'nun ise 16. maddesinde kıyas kabul edilerek, uygulanacak tedbirler bakımından kanunilik ilkesi kabul edilmemiştir. bkz. Corrado, s. 59 ve Öztekin Tosun, "Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 30, Sayı 1-2, 1964, s. 23, 24;

Güvenlik tedbirlerine yer veren diğer kanunlar, İsveç (1926), Yugoslavya (1929), İspanya (1929), Danimarka (1930), Polonya (1932) Lehistan (1932), Romanya (1937), Arjantin (1921), Panama (1922), Kosta Rika (1924), Venezuela (1926), Brezilya (1927) Meksika (1929), Şili (1930) Uruguay (1934), Guatemala (1936), Peru (1936), Kolombiya (1937), Ekvator (1938) olarak sayılabilir. Detaylı bilgi için bkz. Corrado, s. 58-63; Taner, s. 61; Avusturya, Almanya, İsviçre ve İtalyan Ceza Hukuku bakımından ek bilgi için bkz. Nuhoğlu, s. 31-42; 1954 tarihli Grönland Ceza Kanunu ise cezaların yerine yaptırım olarak sadece güvenlik tedbirlerini vazedmiştir. bkz. Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 2. Cilt, 10. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1994, s. 575; Meksika (1929), Arjantin (1937), Kolombiya (1938) ceza kanunları da cezaları kaldırarak güvenlik tedbirlerini ikame etmiştir. bkz. Kunter, "Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri", s. 1347.

112 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 91, dn. 90; *Rocco Kanunu'nun* 199-235. maddeleri arasında şahsa yönelik güvenlik tedbirleri, 236-240. maddeleri arasında ise malvarlığına yönelik güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. *Rocco Kanunu'nun* Almanca metni için bkz. Roland Riz, Johanna Bosch, *Italienisches Strafgesetzbuch*, Bozen, 1995. Ayrıca bkz. Marc-Henri Thelin, *Nature Et Le Régime Juridique Des Mesures De Sûreté*, Lozan, 1931, s. 24-26; Erem, Danişman Artuk, s. 895, dn. 3.

113 Corrado, s. 20.

114 "Gesetz Gegen Gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung". İlgili kanunun tam metni için bkz. https://www.servat.unibe.ch/dns/RGBl_1933_I_995_G_Gewohnheitsverbrecher.pdf (çevrimiçi erişim: 17.10.2020)

115 "Aus dem Gesetz Gegen Gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung", in: *Klinische Wochenschrift*, 13. Jahrgang, Nr. 9, 1934, s. 339, 340.

VI. Güvenlik Tedbirlerinin Özellikleri ve Uygulanma Şartları

Hukuki bir kurum olması hasebiyle güvenlik tedbirlerinin tatbik imkanı bulabilmesi, bazı şartların yerine gelmesine bağlıdır. Bu şartlar genel başlıklar halinde “tehlikeli halin bulunması, işlenmiş bir suçun varlığı, kanunda öngörülmesi, orantılı olması ve muhakeme sonucunda mahkeme tarafından hükmedilmesi” olarak sayılabilir¹¹⁶. Bu şartlar aynı zamanda güvenlik tedbirlerinin hususiyetlerini de ortaya çıkarmaktadır. Bunların yanı sıra, güvenlik tedbirlerinin zaman bakımından uygulanması meselesine de değinmekte fayda görmekteyiz.

A. Tehlikeli Halin Bulunması

Tehlikelilik, failin gelecekte ceza hukuku normlarını ihlal edeceği ihtimalini ifade eden bir kavramdır¹¹⁷. Yani genel anlamda tehlikelilik, suç faili olabilme ihtimalinden ibarettir¹¹⁸.

Tehlikeli hal fikri ilk kez 1878’de Garofalo tarafından neşredilen bir makalede ortaya atılmıştır¹¹⁹. Daha sonrasında pozitivistlerin etkisiyle ceza hukukunda kendine yer bulmuştur.

“Sosyal tehlikelilik” ve “cürmi tehlikelilik” şeklinde iki farklı tehlikelilik türünden söz edilebilir. Sosyal tehlikelilik, kişinin genel hal ve yaşayışı dolayısıyla çevresine zarar verme ihtimalini ifade eder. Söz gelimi, henüz suç işlememiş olan bir kokainman veya paranoya hastası sosyal tehlikelilik arz eder¹²⁰. Suç işlenmeden önce (*ante delictum*) söz konusu olduğu için ceza hukukunun değil kolluk hukukunun konusuna dahildir. Cürmi tehlikelilik ise, suçun tekerrüren işlenmesi ihtimalini ifade eder¹²¹. Bu itibarla, suç işlendikten sonra (*post delictum*)

116 Benzer tasnif için bkz. Nuhoğlu, s. 89; *Lavanchy’ye* göre, güvenlik tedbirleri cezai ehliyetsizlik, çocukluk, akli teşevvüş hallerinde dahi tehlikeli hali ortadan kaldırmaya, etkisiz hale getirmeye çalışır. Kanunun açık bir şekilde öngördüğü hallerde ceza yerine veya cezaya ek olarak ceza hakimi tarafından hükmedilebilir. Güvenlik tedbirlerinin amaçları failin kişisel durumuna bağlı ve kural olarak müddetsizdir. Güvenlik tedbirlerinin unsurları şu şekildedir: a) Güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için şartlar kanun tarafından öngörülmüş olmalıdır, b) Failin tehlikelilik hali sabit olmalıdır, c) Fiil suç olmalıdır, d) Failin kusurlu olup olmaması önem arz etmez, e) Sadece ceza hakimi tedbirlere hükmetme bakımından yetkilidir, f) Tedbir cebri niteliktedir, g) Tedbire hükmedip hükmetmemekte hakim takdir yetkisi vardır, h) Tedbirin gayesi ilk olarak tehlikeli halin ortadan kaldırılmasıdır. İkinci olarak tehlikeli failden sudur eden müstakbel ihlallere karşı toplumun korunmasıdır, ı) Suça karşı mücadelede ceza esas vasıttır. Cezanın etkisiz kaldığı hallerde ise güvenlik tedbiri yardımcı bir niteliğe sahiptir. j) Uygulanan tedbir kişiseldir, yani faille yönelmiştir. k) Tedbir müddetsiz olarak uygulanabilir, l) Tedbir cezanın yerine kaim olabilir. bkz. Lavanchy, s. 66.

117 Nuhoğlu, s. 89; Tehlikelilik hakkında mufassal bilgi için bkz. Le problème de l’état dangereux (Deuxième cours international de criminologie), Conférences publiées par Jean Pinatel, Paris 1954; Nuhoğlu, s. 89-110 ve Gödeklî, s. 260-270.

118 Tanoviceanu, Nicolas I., *Les Mesures De Sûreté*, Paris, 1934, s. 37-39; Antolisei, s. 722.

119 Dönmezer, *Tehlikeli Hal Meselesi*, s. 180.

120 Corrado, s. 23.

121 Corrado, s. 24; Dönmezer, *Tehlikeli Hal Meselesi*, s. 181; Nuhoğlu, s. 90.

tum) gündeme gelir ve ceza hukukunun konusunu teşkil eder. Güvenlik tedbirleri bakımından üzerinde duracağımız tehlikelilik hali cürmi tehlikeliliktir, zira henüz suç işlenmemişken salt suç işleneceği tahminine istinaden ilgili kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanması kişi hak ve özgürlüklerine halel getirir¹²².

Tehlikeli halin mevcudiyetini tespit edecek makam yargı makamıdır. Bu sebeple, ceza kanunlarında genellikle tehlikeli halin soyut tanımına rastlanılmasa da İtalyan Ceza Kanunu m. 203'te böyle bir tanıma yer verilmiştir: “*Yukarıdaki maddede¹²³ belirtilen fiillerden birini işleyen ve kanunun suç öngördüğü filleri gelecekte işlemesi muhtemel görülen kişi, isnat yeteneğini haiz veya cezalandırılabilir olmasa da ceza kanunu nezdinde toplum için tehlikeli addedilir*”¹²⁴.

Kusur ilkesinin sonucu olarak kusur, cezalar için bir nispet noktası (*Anknüpfungspunkt*) teşkil eder. Bu itibarla gerek cezanın ihdası gerekse miktarı kusura bağlıdır. Güvenlik tedbirleri ise esas itibarıyla kusurlu olmayan failer bakımından öngörülmüş olduğundan farklı bir nispet noktasına sahiptir. Bu nispet noktası ise failin tehlikelilik halidir¹²⁵. Güvenlik tedbirleri, kişinin tehlikelilik haline istinaden koruma ve iyileştirme amaçlarını güttüğü için, cezalardan farklı olarak müddetsiz olarak uygulanabilir¹²⁶. Belirtmek gerekir ki, güvenlik tedbirlerinin kusurlu iradeyle suç işleyen kişiler hakkında da uygulanma imkanı söz konusudur. Ancak bu durum güvenlik tedbirlerinin nispet noktası olarak kusurluluğu esas aldığı manasına gelmez.

122 Artuk, *Emniyet Tedbirleri*, s. 137.

123 202'nci maddenin 1'inci fıkrası, güvenlik tedbirlerine ancak kanunda cezaya tabi olan fiillerin işlenmesine karşılık olarak hükmedilebileceğini düzenlemektedir. 2'inci fıkra ise, cezaya müstahak olarak tavsif edilmeyen bir fiili işleyen ve toplum bakımından tehlikeli addedilen kimse bakımından da kanunun açıkça tespit ettiği durumlarda güvenlik tedbirlerine hükmedilebileceği şeklinde bir düzenleme ihtiva etmektedir.

124 Bu konuda teferruath bilgi için bkz. Artuk, *Emniyet Tedbirleri*, s. 135, 136; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 958, dn. 5.

125 van Gemmeren, MüKo StGB, § 61, Rn. 1; Welzel, s. 244; Gropp, § 3, Rn. 98; Elbette belirtmek gerekir ki, belli haklardan yoksun bırakılma tedbiri, hapis cezasının kanuni bir sonucu olduğundan kusurlu bir fiilin varlığını şart koşmaktadır. *Turhan'a* göre, belli haklardan yoksun bırakılma tedbirlerinin failin tehlikeliliği hakkında bir değerlendirme yapılmadan tehlikelilik faraziyesine istinaden ve hakim kararına gerek olmaksızın uygulanması güvenlik tedbirlerinin özülle uyumsuzlukta, bu tedbirlerin esasında ceza mahkumiyetinin ferî sonuçları olduğuna işaret etmektedir. bkz. Faruk Turhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 2, S. 4, 2007, s. 173-175 (Aynı yönde bkz. Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 572, kn. 994; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 625); *Koca-Üzülmez'e* göre tehlikelilik hali sadece kusurlu iradeye sahip olmayan kişilere değil kusurlu hareket ederek suç işleyen kişilere de şamil olarak anlaşılmalıdır. Hatta kusurlu kimselerin tehlikelilik hali kusur yeteneği olmayan kişilere nazaran daha fazladır. Bu sebeple belli haklardan yoksun bırakılma tedbiri, güvenlik tedbirlerinin tehlikelilik haline istinaden hükmedilmesi kuralına aykırılık teşkil etmemektedir. bkz. Koca, Üzülmez, s. 649.

126 Corrado, s. 13; Taner, s. 69; Dönmezer, Erman, Cilt 2, s. 571; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 237.

Cezalar failin işlediği somut bir fiile istinaden tayin edilirken, güvenlik tedbirleri failin bizatihi kendisini esas alır¹²⁷. Cezaların mahiyeti itibariyle suçlu için bir kötülük/fenalık vasfını taşıması gerekirken güvenlik tedbirleri bakımından böyle bir gereklilik söz konusu değildir.

Güvenlik tedbirlerinin failin tehlikeliliğini esas almasının diğer bir sonucu eşitlik prensibinde karşımıza çıkmaktadır. Cezalar bakımından aynı fiili işleyen kimse hakkında aynı cezaya hükmolunur ilkesi geçerli iken, güvenlik tedbirlerinde bu neviden bir eşitlikten söz edilemez. Güvenlik tedbirleri bakımından eşitlik, aynı tehlikelilik halini gösteren kişiler hakkında aynı tedbire başvurma gerekliliğini ifade eder¹²⁸.

Doktrindeki bir görüşe göre, tehlikelilik prensibi, genel önleme fonksiyonunu tamamen ortadan kaldıran bir yapıya sahiptir. Zira faile uygulanacak tedbirin, kusur değil tehlikeliliği esas alması toplumun diğer fertleri bakımından caydırıcılığın gerçekleşmemesine sebep olur¹²⁹. Kanaatimizce, güvenlik tedbirlerinin amacı ödetme, kefarete veya acı verme olmasa da hakkında güvenlik tedbirleri uygulanan kişi, bu tedbirlerin zorunlu sonucu olarak acı çekebilemektedir. Dolayısıyla, doğrudan amaçlanmamış olsa da, güvenlik tedbirleri de bazı durumlarda genel önleme amacına hizmet edebilir.

B. İşlenmiş Olan Fiilin Varlığı

Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için hukuka aykırı ve tipik bir fiilin işlenmiş olması gerekir¹³⁰. Henüz icrasına başlanmamış, başlanmış olsa bile hukuka aykırılık vasfı taşımayan bir fiil ceza hukukunun konusu olamaz. Güvenlik tedbirleri, ceza hukukunun sonuçlarından birisi olduğu için yalnızca bir suçun icrasına başlanıldığında tatbik sahası bulabilir¹³¹. Bu itibarla, suçun ta-

127 Prisi, s. 4.

128 Artuk, Mehmet Emin, *Sinn und Zweck der Strafe und die Maßnahmen zur Sicherung und Besserung im türkischen Strafrecht*, Königstein, 1979, s. 54.

129 Antolisei, s. 724, 725.

130 Gropp, § 3, Rn. 102; Farklı ifadelerle aynı yönde bkz. Dönmezer, Erman, Cilt II, s. 572.

131 *Pisapia*'ya göre, işlenemez suç (İt. CK m. 49) ya da akim kalmış azmettirme söz konusu olduğunda veya suç işlemek için anlaşp suçu işlenmediğinde (İt. CK m. 115) bu kimseler hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilir. bkz. Pisapia, s. 7, 37 (Aynı yönde bkz. Domenico Rende (Terc. Burhanetin Köni), "Yeni İtalyan Ceza Kanununda Cezalar, Emniyet Tedbirleri ve Bunların Şahsileştirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 2, 1936, s. 74). *Pisapia*'nın bu görüşü 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda dayanağını bulmaktadır. Söz gelimi m. 49'un ikinci ve dördüncü fıkralarına bakıldığında, fiilin elverişsizliği veya suç konusunun yokluğu dolayısıyla zarar ya da tehlike imkanı bulunmadığında fail hakkında cezaya hükmedilemeye de güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. Keza, aynı kanunun "güvenlik tedbirlerinin uygulanabilirliği" başlıklı 202'ni maddesinin ikinci fıkrasında, kanun tarafından cezaya müstahak olarak tavsif edilmeyen bir fiili işleyen ve toplum bakımından tehlikelilik arz eden kimse hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilecek durumların ceza kanunu tarafından tespit edileceği hükmü yer almaktadır. İlgili maddelerin Almanca metni için bkz. Riz, Bosch, s. 61, 161.

mamlanmış olması gerekmez. Teşebbüs aşamasında kalmış olabilir. Keza, TCK m. 2/1'deki "*kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz*" ifadesinden anlaşılacağı üzere hukuka uygunluk sebebi dolayısıyla suç vasfını kaybetmiş tipik bir fiili işleyen fail hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunamaz, zira bir fiilin suç sayılabilmesi için hem tipik hem de hukuka aykırı olması gerekir. Söz gelimi, akıl hastası bir kimse meşru müdafaa halinde bir başkasına karşı tipik bir fiilde bulunsa, tehlikeli hal arz etse dahi hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunamaz¹³².

Belirtmek gerekir ki, kural olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için icra hareketlerine başlanmış olan bir suçun mevcut olması gerekirken, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya hakkında müsadere tedbiri bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Bu husus TCK m. 54/1-ikinci cümlede şu şekilde belirtilmiştir: "*Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir*". Buna göre, henüz icra hareketlerine başlanılmasa da suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya kamu güvenliği (patlayıcı madde, silah), kamu sağlığı (zehir) veya genel ahlak (müstehcen yayınlar) açısından tehlike arz ediyorsa müsadere edilebilir¹³³.

C. Kanunilik İlkesi

Güvenlik tedbirlerine hükmolunabilmesi için, kanunun hem güvenlik tedbirini gerektirecek olan fiili hem de ilgili güvenlik tedbirini açıkça düzenlemiş olması gerekir. Yani suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, güvenlik tedbirlerine de şamildir.

Nitekim Anayasa m. 38/3'teki "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*" ve TCK m. 2/1'deki "*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz*" hükümleri güvenlik tedbirleri bakımından kanunilik ilkesinin geçerli olduğunu göstermektedir.

D. Orantılılık (*Verhältnismäßigkeit*)

Orantılılığın alt unsurları elverişlilik (*Geeignetheit*), gereklilik (*Erforderlichkeit*) ve ölçülülük (*Proportionalität*) olarak tasnif edilmektedir¹³⁴. Bu tasnife göre elverişlilik, uygulanan güvenlik tedbirinin amaçlanan sonucu gerçekleştirmeye uygunluğunu ifade eder. Amaca uygun olan güvenlik tedbiri elverişli addedilebi-

132 Gödekli, s. 301.

133 Özgenç, s. 851; Akbulut, s. 1013.

134 van Gemmeren, MüKo StGB, § 62, Rn. 4.

lir¹³⁵. Bir güvenlik tedbirinin elverişli kabul edilebilmesi için, amacı gerçekleştirme kısmen uygun olması gerekli ve yeterlidir. Ancak, mutlak bir biçimde amaca uygun olmayan tedbirler anayasaya aykırıdır¹³⁶. Gerekliklik, fail bakımından mümkün olan en az kısıtlayıcı tedbir ile istenen amaca ulaşılma zorunluluğunu ifade eder. Yani, bir güvenlik tedbirinin hedeflediği neticeye, daha az kısıtlayıcı başka bir güvenlik tedbiriyle ulaşmak mümkünse o güvenlik tedbirinin gerekliliğinden söz edilemez. Bu durum gerekliklik ilkesinin yansıması olarak ikincilik ilkesiyle (*Subsidiaritätsprinzip*) de ifade edilmektedir¹³⁷. Ölçülülük ise dar anlamda orantılılık anlamına gelmektedir. Buna göre, güvenlik tedbiri, failin zedelene hakkının önemi ve ağırlığına uygun olmalıdır. Faile yapılan müdahale ile güvenlik tedbirlerinin uygulanma sebepleri arasında makul bir ilişki bulunmalıdır¹³⁸. Kanaatimizce, üçüncü bir alt unsur olarak ölçülülüğün ifade edilmesi, malumun ilanından ibarettir. Zira ölçülülük, orantılılığa zaten mündemiçtir.

Güvenlik tedbirleri kusur ilkesi ile değil orantılılık ilkesinin (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) çerçevesiyle sınırlandırılmıştır¹³⁹. Güvenlik tedbiri, failden kaynaklanan tehlikeyi bertaraf etmek itibariyle gerekli ve uygun olmalıdır¹⁴⁰. Orantılılık, işlenmiş olan fiil, gelecekte işlenmesi muhtemel olan fiil ve tehlikenin ağırlığı şeklinde üç referans noktasına istinaden yapılacak olan değerlendirmeye tespit edilir¹⁴¹. Bu üç nokta ayrı ayrı değil bir bütün olarak değerlendirilmeli ve güvenlik tedbirlerinin asıl amacı olan “toplumun korunması”nı gerçekleştirecek şekilde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, failin işlediği fiil haff dahi olsa, ileride işleyeceği ağır fiillerin bir habercisi ise, güvenlik tedbirlerinin uygulanması orantılı addedilecektir¹⁴². Belirtmek gerekir ki, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinde “işlenmiş fiilin” referans noktası alınması ile kusur ilkesinin bir ilgisi yoktur. Zira güvenlik tedbirleri fiilin kınanabilirlik yargısına değil failin tehlikelilik haline istinaden uygulanır.

135 van Gemmeren, MüKo StGB, § 62, Rn. 5.

136 Lothar Michael, “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, in: JuS, Heft 7, 2001, s. 656; van Gemmeren, MüKo StGB, § 62, Rn. 5; Nuhoğlu, s. 122.

137 Meier, s. 378; Pollähne, NK StGB, § 61, Rn. 59; van Gemmeren, MüKo StGB, § 62, Rn. 7.

138 van Gemmeren, MüKo StGB, § 62, Rn. 8.

139 Wolfgang Frisch, “Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, in: NSTZ, 2013, s. 251; Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Baskı, C.H. Beck, 2020, § 6, Rn. 22; Nuhoğlu, s. 119.

140 Frister, §6, Rn. 22; Nitekim Alman Ceza Kanunu § 62 ölçülülük ilkesini açıkça şu şekilde düzenlemiştir: “Bir iyileştirme ve güvenlik tedbiri, fail tarafından işlenen ve ileride işlemesi muhtemel olan suçlar ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesine göre ölçülü değilse, buna hükmedilmez.” çeviri için. Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 67.

141 Meier, s. 278.

142 Meier, s. 278.

Türk Ceza Kanunu'nda orantılılık ilkesi, “adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” başlığı altında cezalar ve güvenlik tedbirleri hakkındaki ortak hükümde yer almıştır. TCK m. 3/1'e göre “suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur”. Bu düzenlemenin lafzından güvenlik tedbirlerinin de işlenen fiil ile orantılı olacağı sonucunu çıkarmak mümkün olsa da güvenlik tedbirlerinin mahiyeti nazariyeye alındığında bu ifadeyi cezaya inhisar ettirmek gerekir. Güvenlik tedbirleri failin tehlikeliliği ile orantılı olmak durumundadır.

Keza, cezalar gibi güvenlik tedbirleri de insan onuruna aykırı olmamalıdır. Bir şahıs toplum bakımından ne kadar yüksek bir tehlikelilik arz ediyorsa da, hakkında başvurulacak olan tedbirin insan haklarına muvafık olması gerekir. Bu mülahazayla, cinsel suç faillerinin hadım edilmesine izin verilmemiştir¹⁴³.

E. Muhakeme Sonucunda Mahkeme Tarafından Hükmedilmesi

Güvenlik tedbirlerine, failin işlediği suçun muhakeme neticesinde sabit olduğu anlaşıldıktan sonra mahkeme kararıyla hükmolunabilir¹⁴⁴. Nitekim bu husus Anayasanın 19. maddesinden de çıkarılmaktadır. İlgili maddede, kişinin hürriyetinden yoksun bırakılabileceği istisnai hallerden birisi olarak “mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezalar ve güvenlik tedbirleri”nden söz edilmiştir. Buradan hem güvenlik tedbirlerinin hürriyeti kısıtlayıcı nitelikte olduğu hem de güvenlik tedbirlerine ceza muhakemesi sonucunda mahkemelerce hükmedilebileceği anlaşılmaktadır¹⁴⁵.

Güvenlik tedbirlerine ceza muhakemesi neticesinde hükmedilmesinin pozitif (şekli) dayanaklarının yanı sıra, maddi gereklilikleri de söz konusudur. Gerçekten de, ceza muhakemesi ile idari makamların karar verme usullerinin özellikleri incelendiğinde, ceza muhakemesi yargı organının faili daha iyi tanıma fırsatına sahip olduğu anlaşılır. Güvenlik tedbirlerinin bilhassa fail odaklı olduğu nazariyeye alındığında, failin vicahi (yüz yüze) olarak yargılandığı ceza muhakemesi, hiç şüphesiz daha münasip ve isabetli bir güvenlik tedbirine hükmolunmasına zemin oluşturacaktır¹⁴⁶. Keza, güvenlik tedbirlerinin hürriyeti kısıtlayıcı özelliği dikkate alındığında, faile karşı tarafsız kalma mükellefiyeti altında bulunan ceza yargıcının fail için bir güvence teşkil ettiğini söylemek gerekir. Gerek hakim tarafsızlığı, gerek ceza muhakemesinin sîjesi olarak fail-

143 Artuk, Sinn und Zweck der Strafe und die Maßnahmen zur Sicherung und Besserung im türkischen Strafrecht, s. 54.

144 ZAFER, Hamide, “Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 62, Sayı 1-2, 2004, s. 271; Gödekli, s. 284.

145 Gödekli, s. 286.

146 Corrado, s. 37. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 961.

lin sahip olduğu savunma vasıtalarının idari yargıdakine oranla daha kuvvetli olması, güvenlik tedbirlerine ceza muhakemesinin neticesinde hükmolunma gerekliliğini ortaya koymaktadır¹⁴⁷.

Belirtmek gerekir ki istisnai olarak bazı güvenlik tedbirleri, hapis cezasına mahkumiyetin kanuni bir sonucu olarak uygulanmaktadır (TCK m. 53/1, 54/1-ikinci cümle¹⁴⁸, 64/1). Bu durumda mahkemenin ayrıca güvenlik tedbirine hükmetmesine gerek bulunmamaktadır¹⁴⁹.

F. Zaman Bakımından Uygulanması

Hukukumuzda zaman bakımından uygulamada ceza ve güvenlik tedbirleri aynı kurala bağlanmıştır. Nitekim bu husus TCK m 7/1-2'de açıkça zikredilmiştir¹⁵⁰. Ancak güvenlik tedbirlerinin fiil değil fail odaklı olduğu, kusura dayanmadığı, güttüğü amacın cezalardan farklı olduğu dikkate alındığında, gerek öğretide¹⁵¹ gerek diğer ülke kanunlarında güvenlik tedbirleri bakımından derhal uygulama prensibinin benimsendiği görülmektedir. Söz gelimi İtalyan CK m. 200 ve Alman CK § 2/6'ya göre, hüküm verileceği zamanda yürürlükte olan kanuna göre güvenlik tedbirlerine hükmolunur¹⁵². Bu anlayışa göre, güvenlik

147 Corrado, s. 37. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 962.

148 Koca – Üzülmöz'e göre, TCK m. 54/1-ikinci cümlede yer alan "suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir" şeklindeki müsadere hükmü, mahkeme kararına dayanan bir cezai yaptırım olması sebebiyle Anayasa m. 38'e aykırıdır. Yazarlar bu müsadere hükmünün Kabahatler Kanunu'na alınıp, eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi şeklinde idari tedbir olarak tavsif edilmesini önermektedir. bkz. Koca, Üzülmöz, s. 669.

149 Bu sebepten ötürü Özgenc, güvenlik tedbirlerine sadece hakim kararıyla hükmolunabileceği şeklindeki görüşü sınırlayıcı bulmaktadır. bkz. Özgenc, s. 834, dn. 254.

150 TCK m. 7: "(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. (2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur."

151 bkz. Corrado, s. 33; Prisi, s. 45; Pisapi, s. 175; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 84; Artuk, Sinn und Zweck der Strafe und die Maßnahmen zur Sicherung und Besserung im türkischen Strafrecht, s. 58; Nuhoglu, s. 79, 138; Öztürk, Erdem, s. 143, kn. 203.

152 Wessels, Beulke, Satzger, § 2, Rn. 69.

Al. CK § 2/6: "Kanunda aksine hüküm yoksa, iyileştirme ve güvenlik tedbirleri hakkında, kararın verildiği sırada yürürlükte olan kanuna göre karar verilir." tercüme için bkz. Yenisey, Plagemann, s. 2; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Alman Ceza Kanunu'nda güvenlik tedbiri olarak tasnif edilen "muhafaza altına alma" (*Sicherungsverwahrung*) önlemini, insan haklarını önemli ölçüde müdahale ettiği gerekçesiyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası (kanunilik ilkesi) bakımından ceza telakki etmiştir. Dolayısıyla, bu tedbir süresinin (başlangıçta 10 yıl ile sınırlı olan) üst sınırının geriye dönük olarak kaldırılmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bulmuştur. Sonrasında Alman Federal Anayasa Mahkemesi 04.05.2011 tarihli 2 BvR 2365/09 sayılı kararıyla, muhafaza altına alma tedbirinin (*Sicherungsverwahrung*) Al. CK § 2/6'da yer almasını Anayasaya aykırı bulmuştur.

tedbirleri ödetici değil tehlike önleyici vasfı haiz olduğu için bu durum aleyhe yürüme yasağının ihlal edildiği anlamına gelmez¹⁵³.

Diğer bir yandan, güvenlik tedbirleri kefarete düşüncesiyle ihdas edilmiş olmasa da fail bakımından ızdırap verici bir mahiyete sahiptir. Hatta bazı durumlarda cezadan çok daha ağır sonuçlara sebep olabilmektedir. Dolayısıyla, cezalar bakımından getirilen aleyhe kanunun geriye yürümesi yasağı, güvenlik tedbirleri için de öngörülmelidir¹⁵⁴.

VII. Cezalar ile Güvenlik Tedbirlerinin Arasındaki Farklar ve Benzerlikler

Yaptırım sisteminin iki izliliğini teşkil eden ceza ve güvenlik tedbirlerinin farkları ve benzerlikleri özetle şu şekilde sıralanabilir¹⁵⁵:

Günümüzde cezaların amacının geleceğe yönelmesi gerektiği fikri (özel/genel önleme) yaygınlaşsa da, kefarete fikrinden azade bir ceza kavramı düşünülemez. Güvenlik tedbirlerinde ise kefarete niteliği hiç bulunmamaktadır. Tamamen geleceğe yönelik uygulanmaktadır. Bu itibarla, kefarete düşüncesiyle cezalar fail kusurunun karşılığını ödetme amacını da güderken, güvenlik tedbirlerinde böyle bir amaç söz konusu değildir¹⁵⁶. Fenalık/kötülük, güvenlik tedbirinin amacı olamaz, sadece bazı durumlarda zorunlu ve arzı bir sonucu olabilir¹⁵⁷.

Cezalar bakımından nispet noktası fiil ve manevi sorumluluk iken, güvenlik tedbirleri fail ve failin tehlikeliliğini esas alır¹⁵⁸. Ceza failin kınanması şeklinde bir değer hükmü arz ederken, güvenlik tedbirleri renksiz bir yaptırımdan ibarettir¹⁵⁹. Bunun sonucu olarak cezalar kusurluluk ile orantılı olacak şekilde müddetli nitelik arz ederken, güvenlik tedbirleri tehlikelilik ile orantılı şekilde müddetsiz olarak uygulanır¹⁶⁰.

Güvenlik tedbirleri ve cezaların ortak noktaları olarak kanunilik ilkesinin ge-

bkz. Wessels, Beulke, Satzger, § 2, Rn. 69; AİHM'in bu konuda vermiş olduğu karar ve bu kararın Alman mevzuatına etkisi hakkında mufassal bilgi için bkz. Asuman Aytekin İnceoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları Işığında Güvenlik Tedbirlerini Düzenleyen Normların Zaman Bakımından Uygulanması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s. 1138 vd.

153 Hecker, SS StGB, § 2, Rn 40.

154 Jakobs, Absch. 4, Rn. 56; Güvenlik tedbirlerinin kendi içerisinde cezalandırıcı/caydırıcı ve iyileştirici/ıslah edici şeklinde tefrik edilmesi ve buna istinaden zamansal açıdan farklı uygulama prensipleri benimsenmesi gerektiği yönünde bkz. Aytekin İnceoğlu, s. 1136. Kanaatimizce güvenlik tedbirlerinin bu şekilde tefriki güvenlik tedbirlerinin yapıyla bağdaşmamaktadır. Keza, hangi güvenlik tedbirinin hangi yönünün ağır bastığını tespit edip ona göre farklı zamansal kuralları uygulamak, muğlaklık ve keyfiliğe sebep olabilecektir.

155 Detaylı bilgi için bkz. Tanoviceanu, s. 63-74.

156 Corrado, s. 13.

157 Erem, *Emniyet Tedbirleri*, s. 353.

158 van Gemmeren, MüKo StGB, § 61, Rn. 1; Welzel, s. 244; Gropp, § 3, Rn. 98

159 Önder, *Genel Hükümler*, Cilt 2-3, s. 604.

160 Corrado, s. 13; Taner, s. 69; Dönmezer – Erman, Cilt 2, s. 571; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 237.

çerli olması, zaman bakımından uygulama¹⁶¹, ceza muhakemesinin neticesince mahkemece bir suça tepki olarak hükmolunması, hürriyeti kısıtlayıcı ve ortadan kaldırııcı etkileri, bazı durumlarda malvarlığına yönelik etki doğurmaları gösterilebilir.

Diğer bir yandan, bilhassa İtalyan Öğretisinde *Ferri* ve *Garofalo*'nun da içinde bulunduğu bazı yazarlar tarafından cezalar ile güvenlik tedbirleri arasında ayırım yapılmaması gerektiği fikri ileri sürülmektedir¹⁶². Bu görüşler şu şekildedir:

Florian'a göre, cezalar güvenlik tedbirlerinin gözettiği terapi (ıslah) ve eğitim amaçlarına yönelebilmekte, güvenlik tedbirleri ise cezalar gibi toplumu suç işlemekten caydırma fonksiyonunu icra edebilmektedir. Dolayısıyla, iyileştirme ve ıslah vechelerinden ötürü bu iki yaptırım türü arasında ayırım gözetmek dayanaksızdır. Keza, hürriyeti kısıtlayıcı güvenlik tedbirleri ile cezalar arasında kötülük (fenalık) bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Hatta güvenlik tedbirleri müddetsiz olarak tatbik edilebildiğinden, cezalardan daha ızdırap verici olabilir¹⁶³.

De Marsico'ya göre, güvenlik tedbirlerinin fiziki, cezaların ise psikolojik bir icbar (korkutma) teşkil ettiğine istinat eden ayırım¹⁶⁴ yersizdir. Böyle bir ayırım yalnızca, cezai ehliyeti olmayan (isnat yeteneği bulunmayan) kişiler hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri bakımından söz konusu olabilir. Ancak, güvenlik tedbirleri yalnızca bu kişiler için değil herkes bakımından uygulanabilme kabiliyetini haiz olduğundan cezalar ve güvenlik tedbirleri arasındaki böyle bir ayırma gitmek uygun değildir. Kusur yeteneği bulunan kişiler açısından güvenlik tedbirleri psikolojik icbar etkisini haizdir¹⁶⁵.

De Mauro'ya göre, hakim ceza tayininde failin cezai ehliyetinin yanı sıra tehlikeliliğini de nazarıtibara aldığı¹⁶⁶ gözetildiğinde, bu iki kavramın üst bir

161 TCK açısından durum böyle olsa da, Al. CK ve İt. CK'da zaman bakımından uygulamada yukarıda açıklandığı üzere cezalar ile güvenlik tedbirleri arasında farklılık söz konusudur.

162 Corrado s. 17 vd.

163 zikreden Corrado, s. 17; Önder'e göre güvenlik tedbirleri cezadan daha ağır neticelere sebep olabilir ve faile daha büyük acı ve ızdırap verebilir. Ancak, tüm bunlar güvenlik tedbirlerinin zorunlu birer sonucudur, amacı değildir. bkz. Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 545. Önder ile aynı yönde bkz. Artuk, *Emniyet Tedbirleri*, s. 148.

164 *Hafizoğulları'na* göre, güvenlik tedbirleri “cezadan farklı olarak, psikolojik cebir, yani korkutmayla değil; yalnız fiziki veya fizyolojik cebirle ve hiçbir zaman psikolojik veya fiziki toplumsal cebirle değil; ama her zaman ferdi-fiziki cebirle gerçekleşmektedirler.” bkz. Zeki Hafizoğulları, “Emniyet Tedbirleri”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 46, Sayı 3, 1991, s. 45.

165 Zikreden Corrado, s. 17, 18.

166 Belirtmek gerekir ki İtalyan Ceza Kanunu md. 133'e göre ceza tayininde failin şahsi, ailevi ve sosyal durumu nazarıtibara alınacaktır. Türk Ceza Kanunu'nda ise failin geçmişi ve sosyal

kavramın (cezanın belirlenmesi) altında özdeş olduğu sonucu çıkar. Buradan da, güvenlik tedbirleriyle cezaların üst bir kavram olan suç yaptırımı altında özdeş olduğu sonucuna varılır¹⁶⁷. Keza *Florian*'a göre, cezaların failin şahsi durumunun dikkate alınması yoluyla kişiselleştirilmesi, özünün kaybolmasına sebebiyet vermiştir. Cezalar artık gerçek manasıyla bir ceza değildir. Bu sebeple, ceza ve güvenlik tedbirlerinin unsurlarından müteşekkil olan ve “suç yaptırımları” olarak adlandırılan yeni bir yaptırım türünün kabul edilmesi gerekir¹⁶⁸. Görüldüğü üzere bu görüşü savunan yazarlar, cezalar ve güvenlik tedbirlerini mezcetmekte ve bu iki yaptırım türüne mündemiç olan üst bir kavram ihdas etmektedir. Bu kavram “suç yaptırımı”dır.

VIII. TCK'da Düzenlenen Güvenlik Tedbirleri

765 sayılı TCK'da güvenlik tedbiri deyimine yer verilmemiştir. Bunun nedeni mehz kanun olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun (Zanardelli Kanunu) pozitivist görüşlere mesafeli olması ve bu itibarla güvenlik tedbirleri deyimine yer vermemesidir¹⁶⁹. Zanardelli Kanunu, her ne kadar klasik okulun anlayışı doğrultusunda teşekkül etmiş olsa da, pozitivistlerin etkisiyle güvenlik tedbirleri mahiyetindeki bazı önlemlere kanunda dağınık ve münferit olarak yer verilmiştir¹⁷⁰. Yürürlüğe girdikten sonra dahi Zanardelli Kanunu hakkında yapılan eleştiriler son bulmamış, aksine pozitivistler tarafından yapılan bu eleştirilerin yoğunluğu daha da artmıştır¹⁷¹. Bu eleştirilerin sonucu olarak, kanunlarda değişiklikler yapılarak ceza kanununa açık havada çalıştırma (1904), şarta bağlı mahkumiyet (1904), rehabilitasyon (1906) ve çocuklar için ıslah evi hükümleri (1907) eklenmiştir¹⁷². Daha sonra, 19. yüzyıl sonları ve 20. yüzyıl başlarında etkisini giderek artıran pozitivist öğretisi, yeni bir ceza kanununun yapılması düşüncesine ön ayak olmuştur. Nitekim bu düşüncenin bir sonucu olarak 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda (Rocco Kanunu) manevi mesuliyet esası benimsenmiş olmasına rağmen güvenlik tedbirleri kavramına yer verilmiştir¹⁷³.

765 sayılı TCK'da, mehz kanunda olduğu gibi güvenlik tedbirleri kanununun

ilişkileri TCK m. 61 uyarınca cezanın tayininde dikkate alınacak bir husus olarak değil sadece taksiri indirim sebebi (TCK m. 62) olarak düzenlenmiştir.

167 Zikreden Corrado, s. 18.

168 Zikreden Corrado, s. 19.

169 Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1985, s. 125.

170 Erem, *Emniyet Tedbirleri*, s. 356.

171 Prisi, s. 14.

172 Prisi, s. 14, 15.

173 Erem, *Emniyet Tedbirleri*, s. 356.

muhtelif yerlerinde genel bir kaideye bağlanmaksızın münferit olarak düzenlenmiştir¹⁷⁴. Bunlara, suç işleyen küçüklerin veya sağır dilsizlerin terbiye ve ıslah amacıyla devlet kurumuna gönderilmesi veya ana/baba/vasiye teslimi (m. 53/2, 54/1, 58/2), akıl hastalarının (m. 46), sağır dilsizlerin (m. 58/3), iptila (tutku) derecesine varan uyuşturucu bağımlılarının (m. 404) ve sarhoşluğu itiyadi iptila derecesine varmış olanların (m. 573) hastanede muhafaza ve tedavisine hükmedilmesi örnek gösterilebilir¹⁷⁵. Keza, 5237 sayılı TCK'da güvenlik tedbiri olarak tavsif edilen belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmanın (5237 sayılı TCK m. 53), 765 sayılı TCK'da asli veya mütemmim (ek) ceza olarak düzenlendiği görülmektedir (765 sayılı TCK m. 11, 20/5, 33, 35, 249, 282, 294, 295, 399)¹⁷⁶.

765 sayılı TCK döneminde öğretide, güvenlik tedbirlerinin, 1) ceza mahkumiyetine bağlı olan (suçta kullanılan veya suçtan elde edilen eşyanın zorasını m. 36/1, emniyeti umumiye nezareti m. 28 m. 42, , babalık hakkında ve kocalık sıfatının verdiği haklardan yoksunluk m. 33/2) ve 2) mahkumiyetine bağlı olmayan (yasak şeylerin müsaderesi m. 36/2, akıl hastalarına karşı önlem m. 46, küçüklere karşı önlem m. 53-54, uyuşturucu madde ve alkol düşkünlerine karşı önlem m. 404/2, 573) şeklinde ikili bir tasnife¹⁷⁷; 1) gerçek anlamda güvenlik tedbiri olmayıp kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların sakıncalarını gidermek amacıyla uygulanan, 2) suç işlemiş olan ve cezai sorumluluğu bulunmayan çocuklar ile sağır ve dilsizler hakkında uygulanan, 3) akıl hastaları, itiyadi iptila derecesinde sarhoşluk arz eden ve iptila derecesinde uyuşturucu bağımlısı olan kişiler hakkında uygulanan şeklinde üçlü bir tasnife tabi tutulduğu görülmektedir¹⁷⁸.

5237 sayılı TCK'da güvenlik tedbirleri, kanunun "Genel Hükümler" başlıklı birinci kitabının "Yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmının "Güvenlik Tedbirleri"

174 Erem, *Emniyet Tedbirleri*, s. 378.

175 Taner, s. 580; Erem, Danışman, Artuk, s. 897, 898.

176 Murat Aksan, *Ceza Mahkumiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2007, s. 35, 36; Turhan, s. 171, 178, 180, 183, 190; İçel'e göre, 765 sayılı TCK'da olduğu gibi yeni TCK'da da güvenlik tedbirlerine cezaların yanında ve cezaların yerine uygulanmak üzere yer verilmiştir. Eski sistemde asıl cezanın yanında ek olarak hükmedilen yaptırımlar, yeni sistemde güvenlik tedbiri kapsamı içerisinde değerlendirilerek bir tür isim değişikliği yapılmıştır. Söz gelimi 5237 sayılı TCK'nın 53'üncü maddesinde güvenlik tedbiri olarak tavsif edilen hak yoksunlukları, 765 sayılı TCK'da ceza mahkumiyetinin sonucu olarak düzenlenmiştir. bkz. Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 726; Doktrinde bazı yazarlar tarafından belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmanın, mahiyet itibarıyla güvenlik tedbiri değil ceza mahkumiyetinin ferî sonuçları olduğu ifade edilmektedir. bkz. Turhan, s. 173-175, Öztürk, Erdem, s. 572, kn. 994 ve Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 625

177 Bkz. Yüce, *Temel Kavramlar*, s. 125.

178 Önder, *Genel Hükümler*, Cilt 2-3, s. 616.

başlıklı ikinci bölümünde 53-60. maddeler arasında düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere, güvenlik tedbirleri kanun koyucu tarafından açıkça ceza hukuku yaptırımı olarak nitelendirilmiştir. Bu güvenlik tedbirlerinin isimleri sırasıyla şu şekildedir: Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (m. 53), eşya müsadereesi (m. 54), kazanç müsadereesi (m. 55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (m. 56), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (m. 57), mükerrirlere ve diğer özel tehlikeli suçlulara özgü güvenlik tedbirleri (m. 58), sınır dışı edilme (m. 59), tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri (m. 60). Bunların yanı sıra TCK'daki güvenlik tedbirlerine örnek olarak m. 50'deki kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırım olan güvenlik tedbirleri gösterilebilir¹⁷⁹. Nitekim TCK m. 50/5'te bu seçenек yaptırımlar "tedbir" olarak isimlendirilmiştir¹⁸⁰. Belirtmek gerekir ki, hukukumuzda güvenlik tedbirleri TCK'da sayılanlar ile sınırlı değildir¹⁸¹. Özel kanunlarda da güvenlik tedbirlerine rastlanmaktadır. Örnek olarak, 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5'teki çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun m. 18'deki spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbiri gösterilebilir¹⁸².

5237 sayılı TCK'da güvenlik tedbirleri, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak toplu bir şekilde düzenlenmiş, fakat kendi arasında herhangi bir tasnife tabi tutulmamıştır. Öğretide ise bazı yazarlar tarafından güvenlik tedbirleri çeşitli şekillerle tasnif edilmiştir.

179 Özgenç, s. 834; Maden, TCK m. 50'deki seçenек yaptırımları düzenlenişleri itibariyle farklı şekillerde nitelendirmektedir. Buna göre, TCK m. 50/1-b'de seçenек yaptırım onarıcı adalet yaptırımı, m. 50/1-c'deki seçenек yaptırım güvenlik tedbiri, 50/1-d, e, f'deki seçenек yaptırımlar ise düzenlenişleri itibariyle ceza olarak görülmeye daha elverişlidir. bkz. Mehmet Maden, Hapis Cezasına Seçenек Yaptırımlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 104; Çetin'e göre TCK m. 50'de düzenlenen seçenек yaptırımlar güvenlik tedbiri değil, asli cezaya nispetle daha hafif nitelikteki bir cezadır. Sadece kusurlu olan kişi hakkında uygulanabilmesi hasebiyle bu seçenек yaptırımlar güvenlik tedbiri değil ceza niteliğini haizdir. bkz. Soner Hamza Çetin, *Türk Ceza Kanununda Seçenек Yaptırımlar (TCK M. 50)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 61 dn. 205, s. 69.

180 TCK m. 50/5: "Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir."

181 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2010/10-230, K. 2010/264, T. 21.12.2010 "Bunun yanında güvenlik tedbirleri anılan maddelerde sayılanlarla sınırlı olmayıp, özel yasalarda da, yasalık ilkesine uyulmak koşuluyla farklı güvenlik tedbirlerine yer verilmesi olanaktır. Bu kapsamda, 3167 Sayılı Kanunun 16/3. maddesindeki çek hesabı açtırmanın yasaklanması tedbiri de özel yasalarda yer alan güvenlik tedbirlerinden biridir"; Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2010/7-183, K. 2010/186, T. 5.10.2010, "Bu kapsamda, 4250 Sayılı Kanunun 28. maddesindeki 'bu fiili işleyenlere ait işyerlerinin bir aydan üç aya kadar kapatılmasına hükümlenir' şeklindeki hükümle konulan tedbir de, özel yasalarda yer alan güvenlik tedbirlerinden biridir". Kararlar için bkz. Gödekli, s. 308.

182 Geniş bilgi için bkz. Özgenç, s. 888-890.

Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır'a göre TCK'daki güvenlik tedbirleri uygulanma şekillerine göre, 1) cezalarla birlikte (TCK m. 53, belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma), 2) cezaya alternatif olarak (TCK m. 32/2, akıl hastalığı), 3) tek başına uygulanan (TCK m. 31/1, 2-ikinci cümle, yaş küçüklüğü; m. 32/1 akıl hastalığı) şeklinde üçlü bir tasnife tabi tutulabilir¹⁸³.

Özgenç'e göre TCK'daki güvenlik tedbirleri, 1) faili koruma ve iyileştirme amacıyla (TCK m. 56 çocuklar hakkında, m. 57 akıl hastaları hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri), 2) faile karşı çevresinin ve ailesinin korunması amacıyla (çocuklar hakkında uygulanan bazı güvenlik tedbirleri), 3) toplumun failden korunması amacıyla (TCK m. 57 akıl hastaları hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri, m. 53 belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, m. 58 mükerrirlere özgü güvenlik tedbirleri, m. 50/1-d,e kısa süreli hapis cezasına seçenek olan tedbirler), 4) failin iyileştirilmesi, eğitilmesi ve ıslahı amacıyla (TCK m. 56 çocuklar hakkında, m. 57 akıl hastaları hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri, m. 50/1-c kısa süreli hapis cezasına seçenek olan tedbir), 5) suçun konusu ile ilgili olarak (TCK m. 54 eşya müsadere, m. 55 kazanç müsadere), 6) suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak (TCK m. 54 eşya müsadere, m. 60/2 tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri) uygulanmak üzere tasnife tabi tutulabilir¹⁸⁴.

Gödeklî'ye göre TCK'daki güvenlik tedbirleri, yöneldiği hukuki değere göre, 1) hürriyeti bağlayıcı olan (çocuklara, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri) ve hürriyeti bağlayıcı olmayan (belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, denetimli serbestlik, sınır dışı edilme, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirler) olmak üzere şahsi güvenlik tedbirleri, 2) mali güvenlik tedbirleri (eşya ve kazanç müsadere) olarak tasnif edilebilir¹⁸⁵. Bunun yanı sıra, uygulandıkları zaman dilimi bakımından güvenlik tedbirleri 1) süresiz (TCK m. 32/1 akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, m. 54, 55 müsadere, m. 59 sınır dışı edilme, m. 60 tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri), 2) geçici (ÇKK m. 7/6, çocuklar hakkında uygulanan koruyucu ve destekleyici tedbirlerin 18 yaşının tamamlanmasıyla sona ermesi, TCK m. 53 belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma), 3) süreli (TCK m. 32/2 akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, TCK m. 53/6 belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma) olmak üzere tasnife tabi tutulabilir¹⁸⁶.

183 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 966.

184 Özgenç, s. 831, 832; Benzer bir tasnif için bkz. Koca, Üzülmüş, s. 647.

185 Gödeklî, s. 307

186 Gödeklî, s. 443-457.

Sonuç

Güvenlik tedbirleri işlenmiş olan tipik ve hukuka aykırı bir fiil karşılığında, failin gösterdiği tehlikelilik hali ile orantılı olarak mahkeme tarafından hükmedilen, esas itibariyle toplumun korunmasını amaçlayan ceza hukuku yaptırımlarıdır. Cezaların yanında yaptırım hukukunun ikinci bir yolunu teşkil eden güvenlik tedbirleri, tıpkı cezalar gibi meşruiyet zeminine ihtiyaç duyar. Güvenlik tedbiri uygulandığında toplumun elde edeceği menfaat, hakkında güvenlik tedbiri uygulanacak olan kişinin uğrayacağı zarara üstün geliyorsa, uygulanacak olan güvenlik tedbirinin meşru olduğundan söz edilir.

Güvenlik tedbirlerinde asıl gaye suçların tekrerrüen işlenmesini önleyerek toplumun korunmasıdır. Bununla birlikte, güvenlik tedbirleri uygulandığı kişi bakımından iyileştirici ve ıslah edici amaçlar ihtiva etmelidir. Diğer bir deyişle, toplumun korunması esasına dayanan güvenlik tedbirleri, insancıl bir usul çerçevesinde tatbik edilmelidir.

Tarih sahnesine güvenlik tedbirlerinin girişi pozitivist okulun öğretileri neticesinde gerçekleşmiştir. İrade hürriyetini kabul etmeyerek manevi sorumluluğu reddeden pozitivistler, suçluya bilimsel metotlarla yaklaşılmasını önermiş ve klasik okulun suça odaklanırken suçluyu göz ardı ettiği iddiasıyla cezaların yerine güvenlik tedbirlerinin ikame edilmesini savunmuştur. Daha sonra, pozitivistler birçok ceza kanununu güvenlik tedbirlerini ihtiva etmesi itibariyle etkilemiştir. Bunun ilk örneğine *Carl Stoos* tarafından hazırlanan 1893 tarihli İsviçre Ceza Kanunu Tasarısında rastlanmaktadır. Ülkemiz hukuku bakımından, 765 sayılı TCK'da güvenlik tedbirleri deyimine rastlanılmasa da kanunun muhtelif yerlerinde münferit olarak düzenlenen güvenlik tedbirleri bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'da ise güvenlik tedbirleri açık bir şekilde ceza hukuku yaptırımları olarak m. 53-60 arasında düzenlenmiştir.

Güvenlik tedbirlerinin uygulanması bazı şartlara tabi tutulmuştur.

Öncelikle failin tehlikeli bir hal arz ediyor olması gerekir. Tehlikelilik, kişinin ileride suç işleme ihtimalini ifade eden bir kavramdır. Bir kimse, cürmi tehlikelilik veya sosyal tehlikelilik gösterebilir. Sosyal tehlikelilik henüz suç işlememiş olan kişilerin suç işleme ihtimalini, cürmi tehlikelilik ise bir suç işlemiş olan failerin tekrerrüen suç işleme ihtimalini ifade eder. Güvenlik tedbirleri, ceza hukuku yaptırımı olması sebebiyle idari tedbirlerden farklı olarak cürmi tehlikelilik arz eden kişiler hakkında uygulanır. Dolayısıyla, güvenlik tedbirlerinin uygulanması kural olarak işlenmiş olan bir suçun varlığına bağlıdır.

Cezalar gibi güvenlik tedbirleri de kanunilik ilkesiyle teminat altına alınmıştır. TCK m. 2'de belirtildiği gibi kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimse hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz.

Güvenlik tedbirleri, cezalardan farklı olarak, kusur ilkesi ile değil orantılılık ilkesiyle sınırlandırılmıştır. Orantılılık ilkesi, güvenlik tedbirlerinin elverişli (amaca uygun), gerekli ve ölçülü (dar anlamda orantılı) olmasını ifade eder.

İdari tedbirlerden farklı olarak güvenlik tedbirlerine münhasıran mahkemece hükmedilebilir. Failin işlediği fiil hakkında yürütülen ceza muhakemesi neticesinde failin işlendiği sabit olursa, mahkeme tarafından güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

Son olarak ceza hukuku yaptırımlarının iki izliliğini oluşturan ceza ve güvenlik tedbirlerinin hem ortak hem de farklı yönleri bulunmaktadır.

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin ortak noktaları olarak kanunilik ilkesi, zaman bakımından uygulama (TCK açısından), ceza muhakemesinin neticesince mahkemece bir suç karşılığı olarak hükümlenmesi, hürriyeti kısıtlayıcı ve ortadan kaldırıcı etkileri, bazı durumlarda malvarlığına yönelik etki doğurmaları gösterilebilir.

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin ayrıldığı noktalardan biri uygulanma amacıdır. Cezalar kefaret, genel önleme ve özen önleme amaçlarına yönelmiş iken, güvenlik tedbirleri failin ileride suç işlemesini önlemek bakımından münhasıran özel anlama amacı gütmektedir. Cezalar bakımından nispet noktası fiil ve manevi sorumluluk iken, güvenlik tedbirleri fail ve failin tehlikeliliğini esas alır. Son olarak, cezalar kusurluluk ile orantılı olacak şekilde müddetli nitelik arz ederken, güvenlik tedbirleri kusurluluktan bağımsız olarak tehlikelilik ile orantılı şekilde müddetsiz olarak uygulanır.

KAYNAKLAR

- Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Aksan, Murat, *Ceza Mahkumiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2007.
- Antolisei, Francesco, “Ceza ve Emniyet Tedbirleri”, (Çev. Yılmaz Günal), *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, 1965.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, Mehmet Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Artuk, Mehmet Emin, “Emniyet Tedbirleri”, *Ceza Hukuku Makaleleri*, Güven Kitabevi, İstanbul, 2002.
- Artuk, Mehmet Emin, *Sinn und Zweck der Strafe und die Maßnahmen zur Sicherung und Besserung im türkischen Strafrecht*, Königstein, 1979.
- “Aus dem Gesetz Gegen Gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung”, in: *Klinische Wochenschrift*, 13. Jahrgang, Nr. 9, 1934.
- Aytekin İnceoğlu, Asuman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kararları Işığında Güvenlik Tedbirlerini Düzenleyen Normların Zaman Bakımından Uygulanması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, 2013.
- Bolay, Süleyman Hayri, *Emile Boutroux’da Zorunsuzluk Doktrini*, M.E.B. Yayınları, İstanbul, 1999.
- Bolay, Süleyman Hayri, *Tabiat Kanunları Değişmez mi?*, 4. Baskı, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Boutroux, Emile, *Tabiat Kanunlarının Zorunsuzluğu Hakkında*, (Çev. Ziya Ülken), M.E.B. Yayınları, İstanbul, 1998.
- Bruhl, Lucien-Levyi “Auguste Comte’un Sosyolojisi”, (Çev. Ziyaaddin Fahri), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 4, Sayı 15.
- Canals, J.M., “Classicism, Positivism and Social Defense”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Cilt 50, Sayı 6, 1960.
- Corrado, Arturo, *Die Sichernden Massnahmen im Gesetz Rocco*, Bern, 1935.
- Çetin, Soner Hamza, *Türk Ceza Kanununda Seçenek Yapıtlarımlar (TCK M. 50)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt 2, 10. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1994.
- Dönmezer, Sulhi, “Tehlikeli Hal Meselesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 10, Sayı 1-2, 1944.
- Erem, Faruk; Danışman, Ahmet; Artuk, Mehmet Emin, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 1997.
- Erem, Faruk, “Türk Ceza Kanunu’nda Emniyet Tedbirleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 3, 1944.

- Eser, Albin, “Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht”, in: Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag (ed. Guido Britz), München, 2001.
- Freund, Georges; Rostalski, Frauke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Baskı, Springer, 2019.
- Frisch, Wolfgang, “Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, in: NSTZ, 2013.
- Frister, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Baskı, C.H. Beck, 2020.
- Gödekli, Mehmet, *Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri ve Muhakeme Usulü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Gropp, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Baskı, Springer, 2015.
- Hafizoğulları, Zeki, *Ceza Normu*, 2. baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.
- Hafizoğulları, Zeki, “Emniyet Tedbirleri”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 46, Sayı 3, 1991.
- Hedeyati, Mohammad Ali, *Les mesures de sûreté et la réforme moderne du droit pénal*, Cenevre, 1939.
- Honig, Richard, “Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair”, (Çev. Yavuz Abadan), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 2, 1936.
- İçel, Kayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, 1991.
- Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. Baskı, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Koca, Mahmut; Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Kunter, Nurullah, “Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 13, Sayı 4, 1947.
- Kunter, Nurullah, “Ceza Hukukunun Bugünkü Gelişmesinde Franz Von Liszt’in Rolü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 17, Sayı 1-2, 1951.
- Lackner/Kühl Strafgesetzbuch, 29. Baskı, 2018 (LK StGB).
- Lavanchy, Charles-Jules, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, Chateau- d’Oex, (Doktora Tezi), Cenevre, 1931.
- Le problème de l’état dangereux (Deuxième cours international de criminologie), Conférences publiées par Jean Pinatel, Paris, 1954.
- Maden, Mehmet, *Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Meier, Bernd-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Baskı, Springer, 2019.
- Mezger, Edmund, *Strafrecht*, 3. Baskı, Duncker & Humblot, Berlin - Münih, 1949.

- Michael, Lothar, “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, in: JuS, Heft 7, 2001.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Baskı, 2020 (MüKo StGB).
- Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 5. Baskı, 2017 (NK StGB).
- Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, Adil Yayınevi, Ankara, 1997.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1991.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2-3, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1992.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 833.
- Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Pisapia, Gian Domenico *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri*, (Çev. Atif Akgüç), Padova, 1965
- Prisi, Adrian, *Die Sicherheitsmassnahmen im italienischen Strafrecht A. Simmen & Söhne*, Bern, 1936.
- Rende, Domenico, “Yeni İtalyan Ceza Kanununda Cezalar, Emniyet Tedbirleri ve Bunların Şahsileştirilmesi”, (Çev. Burhanettin Könü), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 2, 1936.
- Riz, Roland; Bosch, Johanna, *Italienisches Strafgesetzbuch*, Bozen, 1995.
- Schmidhäuser, Eberhard, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975.
- Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Baskı, 2019 (SS StGB).
- Siegel, Larry J., *Criminology*, 13. baskı, 2018.
- Taner, Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953.
- Tanoviceanu, Nicolas I., *Les Mesures De Sûreté*, Paris, 1934.
- Thelin, Marc-Henri, *Nature Et Le Régime Juridique Des Mesures De Sûreté*, Lozan, 1931.
- Tosun, Öztekin, “Suçların Kanuniliği Prensibi ve Sovyet Rusya Ceza Hukuku”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 30, Sayı 1-2, 1964.
- Turhan, Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2007.

- Tümerkan, Somay, “Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 48, Sayı 1-4, 1983.
- Uludağ, Zekeriyya, “Determinizm ve Zorunsuzluk”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, Aralık 1993.
- van Gemmeren, Gerhard; Schäfer, Gerhard; Sander, Günther M., *Praxis der Strafzumessung*, 6. Baskı, C.H. Beck, 2017.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, “Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 6, Sayı 1, 1940.
- Vidal, Georges; Magnol, Joseph, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, 8. Baskı, Paris, 1935.
- von Aster, Ernst, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, (Çev. Orhan Münir Çağal), Kenan Matbaası, İstanbul, 1943.
- von Liszt, Franz; Schmidt, Eberhard, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23. Baskı, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1921.
- Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Baskı, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969.
- Wessels, Johannes; Beulke, Werner; Satzger, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 45. Baskı, C.F. Müller, Heidelberg, 2015.
- Yenisey, Feridun; Plagemann, Gottfried, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.
- Yüce, Turhan Tufan, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1985.
- Zafer, Hamide, “Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 62, Sayı 1-2, 2004.

Hak ve Özgürlükleri Sınırlandıran Kavramların Tasnifi ve Derecelendirmesi - I: Kamu Düzeni ve Kamu Düzeni ile İlgili Kavramlar*

Classification and Gradation of Concepts Restricting Rights and Freedoms - I: Public Order and Concepts Related to Public Order

Adem Ersin BAYRA**

ÖZ

Modern anayasalarda hak ve özgürlükleri sınırlandıran birçok ortak neden bulunmaktadır. Anayasa koyucunun şartlara göre belirlediği bu nedenler genellikle soyut ve muğlak kavramlarla ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu kavramların kötüye kullanılması mümkündür. Çünkü uygulamada sınırlama şartlarının oluşup oluşmadığını tespit etmek, son tahlilde siyasal iktidara düşmektedir. Ancak yaşanacak uyumsuzluklarda kavramların nihai içeriklendirilmesinin yargı kararları ile yapıldığını vurgulamak gerekir. Bu kapsamda çalışmanın hedeflerinden ilki, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin nedenlerin/kavramların konu bakımından tasnifini yapmaktır. Nitekim tehdidin içeriği, coğrafi tesir düzeyi, sürekliliği gibi unsurları alınacak tedbiri şekillendirmektedir. Zira iç güvenliğe, düzene, sınırlı bir alana ilişkin olan ve süreklilik içermeyen tehditler kamu düzeni ile irtibatlıdır. Çalışmanın ikinci amacı ise, birincisi ile de bağlantılı olarak, kavramların anayasal çerçevede nasıl kullanıldığını farklı ülke örnekleri bağlamında ortaya koymaktır. Dolayısıyla hak ve özgürlükleri devletin bekasına ve varlığına ilişkin olarak sınırlandıran nedenlerin analizi bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

Anahtar Kelimeler: Hak ve özgürlükler, kamu düzeni, modern anayasa, sınırlama, siyasi iktidar.

ABSTRACT

There are many common reasons limiting rights and freedoms in modern constitutions. These reasons, determined by the constitution-maker according to the conditions, are usually expressed in abstract and ambiguous terms. Hence, these terms

* Makale gönderim tarihi: 30.11.2020. Makale kabul tarihi: 04.12.2020. Adem Ersin Bayra, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlandıran Kavramların Tasnifi ve Derecelendirmesi - I: Kamu Düzeni ve Kamu Düzeni ile İlgili Kavramlar", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s. 45-72; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.2.06>.

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul, aebayra@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3391-6707>.

are likely to be abused. Because, in the last instance, it is up to the political power to determine whether the conditions of restriction have occurred in practice or not. However, it should be emphasized that the final content of the terms will be decided by judicial decisions in the disputes to be experienced. In this context, the first goal of this study is to classify the reasons/terms concerning the restriction of rights and freedoms in terms of subject. Thus, elements such as the content of the threat, its geographical impact level, and its continuity shape the actions to be taken. Because momentary threats, which are related to internal security, order, a limited area, are related to public order. In connection with the first, the second goal of this study is to demonstrate how the terms are used in ordinary and extraordinary situations in the context of different country examples. Therefore, the analysis of the reasons limiting the rights and freedoms concerning the survival and existence of the state is beyond the scope of this study.

Keywords: Limitation, modern constitution, political power, public order, rights and freedoms.

Giriş

Modern devletin temelleri 16 yüzyılda atılmıştır. Bu düşüncenin fikir babalarından biri olarak kabul eden Thomas Hobbes devleti doğa hali-sivil hal karşıtlığı üzerine inşa eder. Nitekim doğa halinde var olan mutlak özgürlük insanları barışa değil, kaosa sürüklemiştir. Bu bakımdan devlet, herkesin her şey üzerinde mutlak hakka sahip olduğu doğa halini sonlandırmak üzere doğmuştur.¹ Bu yaklaşım modern devletin güvenlik ihtiyacı nedeniyle, tümüyle kurumsallaşmış ve merkezileşmiş bir siyasi iktidar tipi olarak ortaya çıktığını ortaya koymaktadır.²

Dolayısıyla devlet herkesin istediğini yapabileceği bir ortam değildir. Bu meydana devletin ve toplumun birlikte var olabilmesi için her iki unsurun da belli sınırlarının olması gerekmektedir. Bu düşünceye göre mutlak hürriyet kavramının toplum ve devlet hayatı içinde yer alması beklenemez. Bu da toplumsal hayat bakımından hak ve özgürlüklerin sınırlanması gerektiği düşüncesini öne çıkarmaktadır.³

Liberal düşüncede ise hak ve özgürlükler yalnızca tahdidi olarak sınırlandırılabilir. Nitekim liberal düşüncenin doğuşu ve anayasallaşma süreci ile birlikte güvenlik devletin varlık nedeni olmaktan çıkmıştır. Bu aşamadan sonra artık esas olan hak ve özgürlüklerin tanınmasıdır. Dolayısıyla sınırlamalar artık istisnadır. Bu düşünce uyarınca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin

1 Ersin Bayra, "Güvenlik Devleti: Leviathan'dan Hukuk Devletine, Hukuk Devletinden Leviathan'a", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6 Sayı Cilt 1, Bahar 2019, s. 93-95.

2 Ersin Bayra, *Güvenlik Devleti*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 53-55.

3 Münici Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 228.

prensiplerin pozitif hukuka aktarılması gerekmiştir. Böylece sınırlamanın yasa ile yapılması ve geçici olması, hak ve özgürlüklerin temeline dokunulmaması, kamunun çıkarının gözetilmesi gibi ilkeler yasaya aktarılmıştır.⁴

Üstelik bu sınırlamalar gerçekleştirilirken öngörülebilirlik, ölçülülük, elverişlilik, gereklilik, orantılılık, demokratik toplum düzenine uygunluk gibi ilkeler de gözetilmelidir. Ayrıca sınırlamaların, sınırlanan hak ve özgürlüklerden tamamen vazgeçmeyi gerektirecek ölçüde olmaması gerekmektedir. Öte yandan bu ilkelerin yanına yaşam hakkı gibi pozitif hukuk tarafından sınırlandırılması mümkün olmayan çekirdek haklar da eklenmiştir.⁵

Görüldüğü üzere hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçünün kaçırılması için birçok farklı kıstas belirlenmiştir. Nitekim yukarıda değindiğimiz tüm kıstaslar toplum hayatındaki düzenin bozulmamasını önlemek amacıyla getirilmiştir. Bu ölçütlerden birisi de hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıdır.⁶ Bu kapsamda hak ve özgürlüklerin sadece anayasada belirtilen sebeplerle sınırlandırılması, böylece güvenlik maksadıyla özgürlüğün feda edilmesinin önüne geçilmesi hedeflenmiştir. İşte bu noktada da hak ve özgürlüklerin hangi nedenlerle sınırlandırabileceği sorusu gündeme gelmektedir. Bu kapsamda incelediğimiz modern anayasalarda⁷ hak ve özgürlükleri sınırlandırmak için benzer nedenlere başvurulduğu görülmektedir.⁸

4 Ahmet Mumcu, Elif Küzeci, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 3. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2003, s. 169-170.

5 Bayra, Leviathan'dan Hukuk Devletine, Hukuk Devletinden Leviathan'a, s. 145-157.

6 Tijen Dünder Sezer, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Dernek Kurma Özgürlüğü*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, 2004, s. 275-276.

7 Bu çalışma kapsamında Rusya Federasyonu, Federal Almanya Cumhuriyeti, Litvanya Cumhuriyeti, Portekiz Cumhuriyeti, İspanya Krallığı, Myanmar Birliği Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti, Angola Cumhuriyeti, Polonya Cumhuriyeti, Arnavutluk Cumhuriyeti, Çekya, Arjantin Cumhuriyeti, Estonya Cumhuriyeti, Yunanistan Cumhuriyeti, Letonya Cumhuriyeti, Slovakya Cumhuriyeti, Çad Cumhuriyeti, Mozambik Cumhuriyeti, Bolivarcı Venezuela Cumhuriyeti, Etiyopya Federal Demokratik Cumhuriyeti, Avusturya Cumhuriyeti, Marshall Adaları Cumhuriyeti, Danimarka Krallığı, Nepal Federal Demokratik Cumhuriyeti, Hollanda Krallığı, Türkiye Cumhuriyeti, İsviçre Konfederasyonu, İtalyan Cumhuriyeti, İrlanda Cumhuriyeti, Slovenya Cumhuriyeti, Mikronezya Federal Devletleri, Azerbaycan Cumhuriyeti, Brezilya Federal Cumhuriyeti, Finlandiya Cumhuriyeti, Ermenistan Cumhuriyeti, Kore Cumhuriyeti, Fransız Cumhuriyeti, Kosova Cumhuriyeti, Peru Cumhuriyeti, Ukrayna, Tacikistan Cumhuriyeti, Dominik Cumhuriyeti, Uganda Cumhuriyeti, Cabo Verde Cumhuriyeti, Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti, Amerika Birleşik Devletleri, Malta Cumhuriyeti, Angola Cumhuriyeti, Ürdün Haşimi Krallığı ve Macaristan Halk Cumhuriyeti gibi 50 farklı devletin anayasası incelenmiştir.

8 Bu kavramlara örnek olarak ekonomik düzen, devletin ve vatandaşların güvenliği, devlet sırrı, casusluk, ulusal çıkar, genel ahlak, terör, uyuşturucu kaçakçılığı, organize suçlar, ağır suçlar, gençlerin kötü yola düşmelerini engellemek, başkalarının şöhreti, üçüncü kişilerin hakkı, kamu yararı, anayasal düzen, demokratik düzen, kamu güvenliği, kamu barışı ve huzuru, iç kargaşa, dış tehdit, şiddet olayları, savaş hali, kamu sağlığı, ekolojik düzen, milli/ulusal güvenlik, isyan ve darbe girişimi verilebilir.

Söz konusu sebeplerin ortak özelliği ise hukuki çevreleri çizilmemiş, soyut ve tanımlanması zor olan kavramlar olmalarıdır. Örneğin bu nedenlerden kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı gibi muğlak kavramların içeriğini tespit etmek oldukça zordur. Bu da sınırlama nedenleri konusunda yasa koyucuya geniş bir takdir yetkisi vermektedir.⁹ Dolayısıyla bu kıstaslar, tıpkı sınırın sınırını teşkil eden ilkelerde olduğu gibi, yoruma açıktır. Bu bakımdan kötüye kullanılmaya ya da hak ve özgürlükleri ortadan kaldırma aracı olarak işlev görmeye elverişlidir. Öyleyse söz konusu kıstasların geniş yorumlanmasının ve amaçlanan anlamlarının ötesine geçilmesinin önüne geçilmelidir.¹⁰

Ancak çalışmanın amacı hak ve özgürlükleri sınırlandıran nedenlerin içeriğini tespit etmek değildir. Bunun için bu nedenlerin anlamsal içeriğine kısaca değinilmekle yetinilecek, öte yandan kullanım alanlarının tespiti için konu bakımından tasnifleri yapılacaktır. Böylece bu nedenler sayıca çok, anlam olarak oldukça belirsiz ve geçişken olsalar da, çalışma bağlamında sınırlandırılmaları mümkün olacaktır. Zira hak ve özgürlükleri sınırlandıran nedenler kamu düzenine ve ulusal/milli güvenliğe ilişkin olmaları bakımından birbirlerinden ayrılmaktadır.

Anayasalardaki sınırlama nedenlerine bakınca, bir kısmının süre olarak daha geçici, coğrafi olarak ise daha sınırlı bir alanı işaret ettiği ve devletin iç işleyişine ilişkin olduğu görülmektedir. Diğer kısmı ise devletin varlığına, bekasına ve vatandaşların güvenliğine ilişkindir. Bu kapsamda liberal anayasalarda hak ve özgürlükleri sınırlandırma nedeni olarak düzenlenmiş kavramlardan; devletin düzenine ve iç güvenliğine gönderme bulunanların kamu düzeniyle, devletin bekasına ve dış güvenliğine ilişkin olarak düzenlenenlerin ise ulusal/milli güvenlik ile irtibatlıdır.

Bu noktada ne doktrinde ne de mevzuatta hak ve özgürlükleri sınırlandıran nedenlerin kavramsal ve hukuki çerçevesinin henüz tam olarak çizilmediğini tekrar hatırlatmakta yarar vardır. Bu sebeple söz konusu nedenlerin bir kısmı devletin hem iç hem de dış güvenliğine ilişkin oldukları görülmektedir. Ancak bu anlam karmaşasını aşmak için çalışma kapsamındaki ayırım söz konusu nedenlerin devletin düzenine ya da bekasına ilişkin olmaları üzerinden gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda ilk bakışta anayasal ya da demokratik düzen gibi devlet düzenine ilişkin olduğu düşünülen nedenler başka bir çalışmada ayrıca ele alınacaktır. Zira modern anayasalarda da bu gibi nedenlerin devlet düzeni-

9 Nihat Bulut, "4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi", *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1-4, Ankara, 2001, s. 44.

10 Sezer, s. 275-276.

ne değil, varlığına ilişkindir. Öyle ki liberal anayasalarda bu gibi nedenler hak ve özgürlükleri sınırlama aracı olmaktan çok olağanüstü hal ilan etme nedeni olarak sayılmışlardır.

Bu bakımdan çalışmanın konusu; liberal anayasalarda devletin düzenine ve iç işleyişine ilişkin olarak düzenlenmiş nedenlerin tasnifi, analizi ve derecelendirilmesidir. Bu bağlamda devletin bekasına, varlığına ve dış güvenliğine göndermede bulunan nedenler bu çalışmanın konusu değildir. Bu itibarla çalışma; devletin iç işleyişi ve düzeniyle ilgili bir ihlalle karşılan siyasi iktidarların, en ölçülü tedbire başvurulabilmesi için yol gösterici olmayı hedeflemektedir.

I. Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Kategorik Bir Ayrım Olarak Kamu Düzeni

Doktrinde kamu düzenini bozan faaliyetlerin nispeten geçici olduğu ve coğrafi olarak sınırlı bir alanda gerçekleştiği belirtmektedir. Öte yandan kamu düzeni daha çok devletin iç işleyişine dair ilkeler bütününe göndermede bulunmaktadır. Bu bakımdan ülkenin sadece belirli bir bölgesinde bozulan düzenin yeniden inşası yahut devletin iç nizamına ilişkin tehditleri bertaraf edilmesi için ulusal/millî güvenliğe değil, kamu düzenine ilişkin nedenlere başvurulmalıdır.¹¹ Bu kapsamda kamu düzeni anayasalarda sadece bir sınırlama nedeni olarak yer alan basit bir kavram değildir. Nitekim kamu düzeni aynı zamanda hak ve özgürlükleri sınırlandırma nedenlerinin tasnif edilmesine imkan tanıyan kategorik bir ayrımı oluşturmaktadır.

Öyle ki kamu düzenine ilişkin kurallar daha çok günlük yaşama egemen olan ilkeleri ve kuralları içermektedir. Dolayısıyla kamu düzenini bozan faaliyetlerin genellikle olağan hukuk düzeninin öngördüğü kurallar yoluyla önlenmesi mümkündür.¹² Bu da kamu düzeninin daha çok yerel ve geçici nitelikli kabul edildiğini göstermektedir.¹³ Öte yandan ihlalin yoğunluğu ve tehdidin büyüklüğüne göre kamu düzenine yönelik tehditler için de olağanüstü hâl rejimlerine başvurmak mümkündür. Bu durum vuku bulmuş tehditler karşısında somut olay bazında değerlendirme yapılması gerektiğini göstermektedir.

11 Ali Özdemir, "Kamu Düzeni' ve 'Kamu Güvenliği' Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Sınırlandırılması Örneği)", *International Journal Of Legal Progress*, Cilt 2, Sayı 2, 2016, s. 83. Özgecan Ordu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanma Nedeni Olarak Avrupa Kamu Düzeni*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Programı, İzmir, 2008, s. 25-26. Arda Atakan, "Kamu Düzeni Kavramı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1-2, s. 101.

12 Atakan, s. 101.

13 Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 83.

Nitekim demokratik toplumlarda hak ve özgürlüklerin tanınmasının esas, sınırlandırılmasının istisnai olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla daha az tedbir ile bertaraf edilebilecek bir tehdit için hak ve özgürlükler askıya alınmamalı, somut olay bazında mümkün olan en hafif tedbir tercih edilmelidir. Zira çalışma kapsamında mukayeseli hukukta hangi nedenlerin kamu düzenine ilişkin olarak ele alındığı ortaya koyulacaktır. Böylelikle çalışma, somut olay bazında yapılacak değerlendirmelerde vuku bulan tehditlerin en hafif tedbirlerle bertaraf edilmesi hususunda yol gösterici olacaktır.

II. Kamu Düzeni ile İrtibatlı Sınırlandırma Nedenlerine/Kavramlarına Genel Bir Bakış

Çalışma açısından kamu düzeni öncelikli olarak kategorik bir ayrımı temsil etmektedir. Nitekim devletin iç işleyişine ve düzenine ilişkin olarak hak ve özgürlükleri sınırlandıran nedenler kamu düzenine ilişkindir. Bununla birlikte kamu düzeni aynı zamanda hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir nedeni teşkil etmektedir. Dolayısıyla çalışma açısından başlı başına ele alınması gereken bir kavramdır. Bu bakımdan kamu düzeninin -yukarıdaki yaptığımız tasniflendirme dışında- ayrıca ele alınarak, bir hak ve özgürlükleri sınırlama nedeni olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Zira kamu düzeni öylesine geniş bir içeriğe sahiptir ki, sadece kamu hukuku alanında değil, özel hukuk alanında da sıklıkla başvurulmaktadır¹⁴ Ancak çalışma kapsamında kamu düzeni hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından ve sadece kamu hukuku boyutunu ile ele alınacaktır.¹⁵ Üstelik hukukun ve düzenin sağlamasının ötesinde kamu güvenliği, barışı, sükûnu ve hatta istikrarı anlamında da kullanılmaktadır.¹⁶ Bu manada *kamu güvenliği*, *kamu huzuru*, *kamu sağlığı* ve *kamu ahlaki* gibi kavramlar kamu düzeni kapsamında görülmektedir.

Nitekim insanların kişi, aile ya da halk olarak bir araya geldikleri, toplu halde buldukları yer olarak tarif edebileceğimiz kamusal alanda¹⁷ düzen ve

14 Özdemir, s. 83; Ordu, s. 7.

15 Tekinsoy, s. 7.

16 Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2017, s. 182.

17 Habermas'a göre kamusal olan ile olmayanın ayrımı çok daha eskilere Antik Yunan şehirlerine dayanmaktadır. Ancak Antik Yunan'da kamusal alan özel alan karşısında her meselenin aydınlığa kavuştuğu özgürlük ve istikrar alemidir. Ancak Ortaçağ boyunca bu ayrım Roma hukuktan gelen bir kavram olan *res publica* çerçevesinde gelenekselleştirilmiştir. Kavramın hukuk tekniği bakımından biçimlenmesi ise modern devlet vasıtasıyla gerçekleşmiştir. Bu da kavramın burjuva toplumunun siyasal bilincinin oluşmasına ve hukuksal olarak kurumsallaşmasına hizmet etmesine yol açmıştır. Ancak kamusal alan kavramı çağımızda toplum temellerinden uzaklaşmakta ve karmaşık bir hal almaktadır. Dolayısıyla özel alan ile kamusal alan arasındaki sınırlar eskisi kadar belirgin değildir. Bkz. Jürgen Habermas, *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, Terc. Tanıl Bora, Mithat Sancar, 15. Baskı, İletişim, 2018, İstanbul, s. 58-61.

nizama ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak bu ihtiyaç özgürlüklerden vazgeçmeyi gerektirmemeli, aksine özgürlüklerin yaşanabilmesi için uygun ortamı sağlamalıdır. Keza düzenin olmadığı yerde hak ve özgürlüklerin güvencesi yoktur. Bu manada düzen ihtiyacı, iktidarın kaynağı olduğu gibi sınıırı da teşkil etmektedir.¹⁸ Fakat bu sınır oldukça belirsizdir. Öyle ki kamu düzeni ilkeleri büyük ölçüde doktrin ve yargı kararları vasıtasıyla şekillenmiştir. Bu kapsamda kamusal alanda güvenlik başta olmak üzere ahlak, dirlik, esenlik ve huzur gibi kavramlar kamu düzeni ile ilintili olarak kullanılmaktadır.¹⁹

Kamu düzeni klasik anlayışa göre ise daha çok maddi ve dış düzene ilişkin bir kavram olarak öne çıkmaktadır. Bu çerçevede kamu güvenliği, esenliği ve kamu sağlığı olmak üzere üç farklı unsuru olduğu kabul edilmektedir.²⁰ Bununla birlikte kamu düzeni toplumsal gelişmelerin maddi düzen anlamına aşarak yeni anlamlar kazanmıştır. Böylece anlam olarak zenginleşmiş, içerik yönünden ise genişlemiştir. Doğanın ve çevrenin korunması ya da *ekonomik düzen* gibi kavramlar da kamu düzeninin kapsamı içinde düşünölmeye başlanmıştır.²¹ Bunun dışında zamanla *genel ahlâk*, *kamusal estetik* ve *insan onuru* gibi yeni unsurlarda kamu düzeni ile irtibatlandırılmıştır.²²

Bu bağlamda kamu düzeni kısaca; toplum menfaatlerine yönelmiş, dolayısıyla uyulmasında ve korunmasında toplumun ve devletin menfaatinin bulunduğu kurallar bütünü olarak ele alınmaktadır. Öte yandan bu kurallar bütünü ülkeden ülkeye değişebileceği gibi, aynı ülke içinde coğrafyadan coğrafyaya, hatta aynı coğrafya içinde zamanda zamana göre değişmesi mümkün olan kurallar toplamıdır. Bu da kamu düzeninin göreceli bir kavram olduğunu ortaya koymaktadır.²³

Ancak yine de kamu düzeninin içeriği bakımından değişmeyen bir özü var-

18 Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2009, s. 36-38.

19 Özdemir, s. 91-112.

20 Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2011, s. 387; Metin Kırathı, *Koruyucu İdari Hizmetler*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 32; Mehmet Güneş, "Kamu Özgürlüklerinin Sınırlandırılmasında Kamu Güvenliği Gereğesinin Hukukiliği", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 3, 2019, s. 442; Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Güncellenmiş 22. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 525; Metin Günday, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 292; Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 1*, Güncelleştirilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi Ankara, 2014, s. 645; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s. 94.

21 Atakan, s. 104.

22 Gözler, Kaplan, s. 526.

23 İsmet Sayhan, "Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık", *Rekabet Dergisi*, Sayı 17, Mart 2004, s. 13, <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dergi/17-pdf>, 27.08.2020.

dır. Bu öz toplumsal hayatta düzenin, nizamın ve barışın hakim olmasıdır.²⁴ Zira genel manada kamu düzeninden anlaşılan devletin ve toplumun düzenidir. Bu noktada devlet düzeninden anlaşılan ise devletin işleyişini bozması muhtemel olan unsurların yokluğudur. Dolayısıyla kamu düzeni aynı zamanda dengeli ve sağlam bir siyasi düzeni ifade etmektedir.²⁵

Bu meyanda kamu düzeninin kavramsal ve anlamsal çerçevesinin geniş bir içeriğe sahip olduğu açıktır. Bu bakımdan hak ve özgürlükleri kamu düzeni ile irtibatlı olarak sınırlandırdığı değerlendirilen nedenlerin kavramsal çerçevesine tek tek ele değinmek gerekmektedir. Bu noktada ilk olarak inceleyeceğimiz unsur olan *kamu güvenliği* şahıslara ve eşyalara zarar verebilecek tehlike ve tehdidin bulunmadığı bir düzeni ifade etmektedir.²⁶ Bu bakımdan kamu barışının ve sosyal uyumun sağlanmasına yönelik tedbirler kamu güvenliği kapsamında ele alınmaktadır.²⁷

Dolayısıyla devletin iç güvenliği kamu düzenine dahildir. Bu bakımdan trafik tedbirleri, maden ve iş kazalarına karşı tedbirler kamu güvenliği kapsamındadır.²⁸ Zira kamu güvenliği daha çok devletin iç düzenine yani iç güvenliğine ilişkindir.²⁹ Bu noktada kamu güvenliğinden kasıt ise asayiş ve emniyettir. Bu kapsamda kişilerin kamusal ya da kamuya açık yerlerde saldırıya, zorlamaya, itilip kakılmaya uğramadan bulunmaları ve bu yönde endişe duymamalarıdır.³⁰

Trafik kuralları ve tedbirleri, iş kazalarının önlenmesine yönelik tedbirler, yangınlara karşı alınan önlemler, yıkılmaya yüz tutmuş binalar için alınan tedbirler kamu güvenliğine ilişkin olarak görülmektedir.³¹ Dolayısıyla kamu güvenliğinden anlaşılan *genel asayiş*dir. Bununla birlikte terör örgütlerine karşı verilen mücadeleler de iç güvenlik kapsamında olmaları bakımından kamu güvenliğine dahildir.³²

Bu çerçevede inceleyeceğimiz bir diğer neden olan *dirlik ve esenlik* ise anayasalarda *kamu huzuru* ve *kamu barışı* gibi birçok farklı kavramla ifade edilmektedir. Ancak tüm bu kavramların içeriği aslında ortaktır. Bu noktada dirlik

24 Çetindağ, s. 11.

25 Tekinsoy, s. 82.

26 Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 618-619; İsmet Giritli, Pertev Bilgin, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 6. Basımdan Yedinci Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 1157; Günday, s. 292; Sezer, s. 280; Gözler, Kaplan; s. 52.

27 Kalabalık, s. 182.

28 Kırath, s. 34.

29 Ordu, s. 25.

30 Çetindağ, s. 13; Atakan, s. 100.

31 Atakan, s. 100.

32 Güneş, s. 443.

ve esenlikten kasıt yaşamın normal seyrini olumsuz yönde etkilemesi mümkün olan tüm düzensizlik ve karışıklığın mevcut olmama durumudur. Bu kapsamda günlük yaşamda karşılaşılan toz, duman, kötü koku, ışık ve gürültü gibi etkenler kamu esenliğinin içinde yer almaktadır.³³

Bununla birlikte tıpkı kamu düzeninde olduğu gibi *kamu esenliği* de yer ve zaman bakımından görecelidir. Örneğin gürültü algısı toplumdan topluma ve hatta aynı toplum içinde zamana ve coğrafyaya göre değişkenlik gösterebilir. Nitekim bazı toplumlarda korna çalmak toplum huzurunu kaçırarak bir unsur olarak görülürken, kimi toplumlarda trafik akışının olağan bir parçasıdır. Öte yandan gün içinde yüksek sesli müzik dinlemek kabul görebilir, lakin belli bir saatten sonra aynı eylemin kamu huzurunu kaçırdığı kabul edilmektedir.³⁴ Ancak tatil mekanları esas alındığında aynı müziğin toplumsal huzuru kaçırmaması söz konusu değildir.

Kamu düzeninin bir diğer unsuru da *genel sağlık* olarak da adlandırılan *kamu sağlığı* kavramıdır. Kanunlarımızda *umumi sıhhat* olarak da ifade edilen bu kavram aynı zamanda kamu düzeninin bir unsurudur.³⁵ Kamu sağlığından kasıt toplumun bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korunması, sağlık koşullarının iyi şartlar altında tutulmasıdır.³⁶ Dolayısıyla tek tek kişilerin hastalıklardan arınması ya da tedavi edilmesi bu kapsamda değildir.³⁷

Kaldı ki bu gerekli şartların varlığı halinde kamu hizmetinin kapsamına girmektedir.³⁸ Öyle ki kamu sağlığı kapsamında kamuya açık alanları sağlık ve temizlik koşulları bakımından denetlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede idareye gıda ve çevre sağlığı ile tıbbi ürünlerin güvenliği hususunda görev düşmektedir.³⁹ Yiyecek ve içecek maddelerin denetimi, kanalizasyon tedbirleri, sivrisineklere karşı ilaçla mücadele, bataklıkların kurutulması, salgınlara karşı aşılama gibi tedbirler genel sağlık kapsamında alınan tedbirlerdir.⁴⁰

Öte yandan genel sağlığın korunması amacıyla kamuya açık alanlara ve bu alanlardaki insanlara, hayvanlara, taşınır ve taşınmaz mallara ilişkin tedbirler

33 Günday, s. 292; Tekinsoy, s. 41; Çetindağ, s. 10-14; Atay, s. 387; Kıratlı, s. 33; Tan, s. 387; Yayla, s. 40; Giritli, Bilgin vd.; s. 1158; Ordu, s. 47; Gözler, Kaplan, s. 525; Gözübüyük, Tan, s. 645; Atakan, s. 104.

34 Yayla, s. 41.

35 Kalabalık, s. 186-187.

36 Sezer, s. 280; Tekinsoy, s. 85; Gözübüyük, Tan, s. 645; Tan, s. 388, Giritli, Bilgin vd s. 1158; Gözler, Kaplan, s. 525; Günday, s. 292; Ordu, s. 27; Atakan, s. 102; Çetindağ, s. 14.

37 Atay, s. 620, Günday, s. 293; Ordu, s. 27; Atakan, s. 102.

38 Gözler, Kaplan, s. 525.

39 Tekinsoy, s. 85-87. Gözler, Kaplan, s. 525.

40 Atakan, s. 102.

bu kapsamda ele alınmaktadır.⁴¹ Örneğin salgın hastalıkların yayılmasının önlenmesi amacıyla seyahat özgürlüğüne karşı kısıtlama getirilmesi mümkündür. Böylece belli bir yerde yaşayanların o yer dışına çıkmalarının yahut toplumun geri kalan kısmının bu yere girmesinin önüne geçilebilir. Bu çerçevede durdurma ve denetleme gibi önleyici tedbirlerin alınması da mümkündür.⁴²

Bununla birlikte *gençlerin geleceği* ile *başkalarının hak ve özgürlükleri* gibi nedenler de kamu sağlığı ile ilintili olarak ele alınmaktadır. Zira uyuşturucu ve küçük yaşta alkol alışkanlığı gibi gençlerin geleceğine yönelik tehditlere mâni olunması bu kapsamda değildir.⁴³ Bireylerin kendi haklarını kullanırken, başkalarının hak ve özgürlüklerini ihlal etmemesi amacıyla hak ve özgürlükleri sınırlandırılabilir.⁴⁴ Öte yandan başkalarının hak ve özgürlükleri bir sınırlama nedeni olarak kamu düzeni ile de irtibatlıdır. Bu sebeple daha çok *sağlığın ve ahlakın korunması ve nizamın muhafazası ve suç işlenmesinin önlenmesi* gibi nedenlerle bağlantılı olarak ileri sürülen geniş bir kavram olarak görülmektedir.⁴⁵

Kamu düzenine ilişkin olarak inceleyeceğimiz bir diğer kavram da *genel ahlak*tır. Bununla birlikte kamu düzenini maddi düzen olarak kabul eden klasik anlayışa göre genel ahlak kamu düzeninin unsurlarından biri değildir. Ancak toplumda asgari ortak etik zeminin korunmasından yana olan modern yaklaşım ise toplumun sadece maddi değil, manevi düzene de ihtiyaç duyduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda kamu ahlakı, kamu düzeninin bir parçası olarak kabul edilmelidir.⁴⁶

Ahlak olgusunun hukuksal alana -özellikle de insan hakları alanına- taşınması ise kavramın *genel ahlak* biçiminde formüle edilmesiyle gerçekleşmiştir. Böylece ahlak, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için bir ölçüt ya da neden olarak kullanılmaya başlanmıştır. Elbette toplumun büyük kısmı tarafından benimsenen ahlak kurallarını esas alarak korumak gerekir. Lakin ahlak adına hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının da bir sınırı olmalıdır. Aksi halde yasa koyucu ve yasa uygulayıcı bu olanağı keyfi bir biçimde kullanabilir. İşte bu tip sakıncaları gidermek adına hak ve özgürlükleri sınırlama aracı olarak kabul edilen genel ahlak kavramının içeriğinin belirlenmesi gerekmektedir.⁴⁷

41 Kirath, s. 34.

42 Atakan, s. 103; Yayla, s. 39.

43 Yayla, s. 39.

44 Kalabalık, s. 187.

45 Sezer, s. 280.

46 Nihat Bulut, "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1-2, 2000, s. 29-33; Gözler, Kaplan, s. 526; Çetindağ, s. 15.; Atakan, s. 106.

47 Bulut, *Genel Ahlak*, s. 29.

Bu kapsamda belli bir dönemde toplumun geneli tarafından kabul gören ahlaki fikirler kamu ahlakı olarak nitelendirilmektedir.⁴⁸ Ancak kamu ahlakı nedeniyle yapılan sınırlandırmalarda çoğunluğun rahatsız edilmemesi adına azınlıkların haklarına müdahale edilmemelidir. Bu sınırlamalar çoğunluk rahatsız edilmekten ve azınlıkların görüşleri korunarak gerçekleştirilmelidir.⁴⁹ Öte yandan ahlak ile ahlakiliği birbiri ile karıştırmamalıdır. Zira modern devlet ahlak bekçiliği görevine soyunamaz, bireylerin manevi alanına müdahale edemez. Bununla birlikte devlet, bireyleri ve onların yararlarını maddi olarak korumakla yükümlüdür.⁵⁰

Keza toplumun ortak ahlaki değerleri ile kurulan maddi düzenin bekasından ve sükûnundan sorumludur. Bu bakımdan kamusal alanda bazı kurallara uyulmasını isteyebilir. Öyleyse siyasal iktidar tarafından hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi ancak ihlalin dış düzeni, yani kamu düzenini bozması gerekmektedir. Dolayısıyla hak ve özgürlükleri sınırlama sebebi olarak genel ahlak, bireylerin fikir ve kanaatlerinin düzenlenmesine ya da denetlenmesine değil, kamu düzeninin yani dış ya da maddi düzenin korunmasına yöneliktir.⁵¹ Örneğin kamu ahlakı kapsamında müstehcen ya da genel adap ve aile düzenine aykırı olan ifadelerin yasaklanması mümkündür.⁵²

Kamu düzenin bir unsuru olmamakla birlikte hak ve özgürlüklerin sınırlanması bakımından kamu düzeni ile ilintili olan ele alacağımız bir diğer kavram da *kamu yararı*dır. Nitekim kamu düzeni kamusal alanda kargaşa ve karışıklık yokluğunu, yani kamusal alanın düzen ve nizam içinde olmasını ifade etmektedir.⁵³ Dolayısıyla bozulduğunda kamu yararı da olumsuz yönde etkilenecektir. Bu bakımdan korunmasında kamu yararı bulunmaktadır.⁵⁴ Keza kamu yararı topluma, ulusa, devlete istifade sağlayan faydadır. Bu yarar siyasi koşullara göre değişkendir. Bununla birlikte toplumsal düzenin sağlanması daima kamunun yararınıdır.⁵⁵

Kamu yararının siyasal boyutu bu şekilde olmakla birlikte aynı zamanda hukuki bir kavramdır. Bu çerçevede kamusal işlerin hukuka uygunluğunu ölçmesinde kullanılan bir kavram olarak anlaşılmalıdır. Zira kamu hukukuna uygunluğunun bir ölçüsü olarak kabul edilmektedir. Böylece bir faaliyetin devlete ya

48 Tekinsoy, s. 107; Bulut, *Genel Ahlak*, s. 32.

49 Kalabalık, s. 184.

50 Çetindağ, s. 25-26; Atakan, s. 107.

51 Çetindağ, s. 26.

52 Atakan, s. 107.

53 Atay, s. 613.

54 Çetindağ, s. 10.

55 Ordu, s. 6.

da kamuya ait olma niteliği kazanmasını sağlamaktadır. Üstelik aynı zamanda hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan nedenlerden biridir. Bununla birlikte kamu yararına ilişkin tanımlamalar faaliyetin içeriğine değil, biçimine ilişkindir.⁵⁶

Dolayısıyla bu kavramın özüne ulaşmak mümkün değildir. Bu sebeple somut olay bazında değerlendirilerek ortaya koyulması gerekmektedir. Öte yandan kamu yararının yanında toplum yararı, ortak iyilik, toplumsal refah/esenlik, genel yarar gibi kavramların kullanıldığı da görülmektedir. Tüm bu kavramların ortak paydası bireysel çıkarların ötesini ifade etmeleridir. Dolayısıyla her ne kadar kamu yararı aslında biçimsel bir kavram olarak ayırt edici olsa da, içerik olarak bireysel çıkarın üstünde ve dışında olan yarara işaret etmektedir.⁵⁷

III. Karşılaştırmalı Perspektiften Kamu Düzeni ile İrtibatlı Sınırlandırma Nedenlerin Anayasal Görünümü

A. Kamu Düzeni

Kamu düzeni çalışma açısından sadece kategorik bir ayrımı değil, aynı zamanda hak ve özgürlüklerin sınırlandırma nedenlerinden birini teşkil etmektedir. Bununla birlikte liberal anayasalarda kamu düzeni ile ilgili düzenlemeler oldukça çeşitlilik arz etmektedir. Bu noktada kamu düzeni bazı anayasalar bakımından bir sınırlama, bazıları bakımından ise askıya alma nedenidir. Örneğin Danimarka Krallığı Anayasası inanç hürriyeti bakımından kamu düzenini bir sınırlama nedeni olarak düzenlemiştir. Keza bu anayasanın 67. maddesine göre; *“Vatandaşlar dini inançlarına göre istedikleri şekilde ibadet etmek için cemaat oluşturabilirler. Ancak öğrenilen ve uygulanan hiçbir şey ahlak değerlerine ve kamu düzenine aykırı olmamalıdır.”*⁵⁸

Bu noktada Polonya Cumhuriyeti Anayasası ise kamu düzenini hem sınırlama hem de askıya alma nedeni olarak ele almaktadır. Zira Anayasası'nın 31/3, 45/2, 53/5 ve 61/3'üncü maddelerinde temel hak ve özgürlüklerin, kamu düzeni sebebiyle kısıtlanabileceğini belirtilmektedir. Yine bu anayasanın 45. maddesinde kamu düzeni nedeniyle duruşmanın açıklığı ilkesine istisna getirilebileceğinden bahsedilmektedir. Bununla birlikte anayasanın 230. maddesine göre kamu düzenine yönelik tehditler nedeniyle olağanüstü hal ilanı edilebilecektir.⁵⁹

56 Tekin Akılhoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 9 Sayı 1-3, Ankara, Ekim 1989, s. 11-14.

57 Akılhoğlu, s. 15.

58 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/06-DANIMARKA%20149-168.pdf>, (04.10.2020).

59 <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>, (03.10.2020).

Federal Almanya Cumhuriyeti Temel Yasası md.11’de ise Federasyon’un veya bir eyaletin varlığını ya da özgürlükçü demokratik temel düzeni tehdit eden tehlikelerin savuşturulması maksadıyla dolaşım hürriyetinin sınırlandırılacağı ifade edilmektedir. Anayasanın 13. maddesinde ise bir yasaya dayanmak koşulu ile kamu güvenliği ve düzenini tehdit eden tehlikelere karşı önlem almak amacıyla konut dokunulmazlığının ihlal edilebileceğinden bahsedilmektedir.⁶⁰

Brezilya Federal Anayasası’nın “Savunma Hali” başlıklı 136. maddesinde ise savunma halinin; kamu düzenini, toplumsal ve sosyal barışı korumak veya derhal tesis etmek amacıyla ilan edileceği düzenlenmektedir.⁶¹ İsviçre Konfederasyonu Anayasası’nın 52. maddesi anayasal düzen başlığını taşımakla birlikte bu maddenin ikinci fıkrasında göre; bir Kanton’un tek başına ya da diğer Kanton’ların yardımı ile kamu düzenini yeniden tesis edemediği hallerde merkezi hükümetin bu Kanton’a müdahale edebileceği ifade edilmektedir.⁶²

Yunanistan Cumhuriyeti Anayasası md.18’de ise kamu düzenini tehlikeye sokan ani ve olağanüstü sosyal ihtiyaçları karşılamak amacıyla mülkiyete el konulmasına imkan tanıyan özel düzenlemeler getirmek mümkündür.⁶³ Hollanda Krallığı Anayasası md.8’e göre örgütlenme özgürlüğü, md.9’a göre ise gösteri ve toplantı hürriyeti kamu düzeni gerekçesi ile sınırlandırılabilir.⁶⁴

Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 20. (özel hayatın gizliliği), 21. (konut dokunulmazlığı), 22. (haberleşme hürriyeti), 26. (düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti), 28. (basın hürriyeti), 31. (kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı), 33. (dernek kurma hürriyeti), 34. (toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkı) ve 51. maddeleri (sendika kurma hakkı) temel hak ve özgürlükleri düzenlemekte, ancak bu maddelere göre söz konusu hak ve özgürlükler kamu düzeni nedeniyle sınırlandırılabilir. Md.119’da ise kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması olağanüstü hal ilan edilmesinin gerekçelerinden biri olarak sayılmıştır. Anayasamızın 137. maddesine göre ise kamu düzeni sebebiyle kanunsuz emirlerin yerine getirilmesi mümkündür. Md.125’te ise kamu düzeni nedeni ile yürütmenin durdurulması kararları sınırlanabileceği belirtilmektedir.

60 <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, (04.10.2020).

61 <http://www.brazil.gov.br/government/constitution>, (05.10.2020).

62 <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>, (04.10.2020).

63 <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, (04.10.2020).

64 <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>, (04.10.2020).

B. Kamu Güvenliği

Kamu güvenliği kavramı ise mukayeseli hukukta genellikle kamu düzeninin bir unsuru olarak yer almaktadır. Bununla birlikte genellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma nedenlerinden biri olarak düzenlenmektedir. Nitekim kamu güvenliği nedeniyle konut dokunulmazlığının ihlalini mümkün kılan Federal Almanya Cumhuriyeti Temel Yasası'nın 13/4. maddesi⁶⁵ ile toplanma özgürlüğünün kamu güvenliği nedeniyle sınırlandırılabilceğini düzenleyen İtalyan Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesi⁶⁶ bu kullanıma örnek olarak verilebilir.

Zira İtalyan Cumhuriyeti Anayasası md.16'da güvenlik gerekçesi ile yerleşme ve seyahat hürriyetinin sınırlandırılabilceği belirtilmektedir. Yine md.17'ye göre kamu güvenliği gerekçesi ile toplanma hürriyeti sınırlandırılabilir. Aynı anayasanın konut dokunulmazlığını düzenleyen 14. maddesinde kamu güvenliği bu hakkın sınırlandırılma nedenlerinden biri olarak sayılmıştır.⁶⁷

İspanya Krallığı Anayasası md.21'de ise toplantı hakkı düzenlenmektedir. Ancak bu maddenin ikinci fıkrasına göre halka açık yerlerde yapılacak toplantılar ve gösteriler kamu güvenliği ihlali beklentisi nedeniyle yasaklanabilir.⁶⁸ ABD Anayasası'nın 1. maddesinin 6. kısmında ise; Senato ve Temsilciler Meclisi üyelerinin yasama sorumsuzluğu ve bağımsızlığı tanımlanmakta ancak kamu güvenliği sebebiyle, Senato ve Temsilciler Meclisi üyelerinin gerekirse tutuklanabilceğini ve meclislerde yaptıkları konuşma ve tartışmalar nedeniyle, meclis dışında başka bir yerde sorgulanabilceğini belirtmektedir.⁶⁹

Arnavutluk Cumhuriyeti Anayasası ise kamu güvenliğini bir sınırlandırma nedeni olarak belirlemekle birlikte ihlalin yoğunluğuna göre hak ve özgürlüklerin askıya alınmasına da imkan tanımaktadır. Nitekim bu anayasanın 37. maddesinde kamu güvenliğini tehdit eden risklerden kaçınmak için, adli arama gerçekleştirilbilceği düzenlenmektedir. Ancak 173. maddesinde ise kamu güvenliğine karşı tehlike olması durumunda devletin tamamında veya bir kısmında olağanüstü hal ilan edilebilecektir. Bununla birlikte ilan tehlike süresince geçerli olabilecek, ancak bu süre her halükârda altmış günden uzun olamayacaktır.⁷⁰

65 <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, (04.10.2020).

66 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%BoTALYA%20319-354.pdf>, (04.10.2020).

67 https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf, (04.10.2020).

68 <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso>, (04.10.2020).

69 <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>, (03.10.2020).

70 <https://www.osce.org/albania/41888>, (04.10.2020).

Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ise kamu güvenliği kavramına daha çok hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının gerekçesi olarak yer vermektedir. Keza md.26'da düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kamu güvenliği sebebiyle sınırlandırılabilceği belirtilmektedir. Yine md.137'de kanunsuz emire ilişkin düzenlemeye, kamu güvenliği sebebiyle kanunla istisna getirilebileceği belirtilmektedir. Md.141'de ise mahkemelerde duruşmaların herkese açık olduğu belirtilmekle birlikte, kamu güvenliğinin gerekli kıldığı hallerde duruşmaların bir kısmının ya da tamamının kapalı yapılabileceği ifade edilmektedir.

C. Kamu Barışı ve Kamu Huzuru

Kamu barışı ve kamu huzuruna ilişkin düzenlemeler mukayeseli hukukta kamu düzeninin bir unsuru olarak sıklıkla yer almaktadır. İçerik olarak durum böyle olmakla birlikte bu kavramların anayasalarda başlı başına bir hak ve özgürlükleri sınırlama nedeni olarak kullanımları pek yaygın değildir.⁷¹ Bu kavramlara doğrudan bir sınırlama nedeni olarak yer veren anayasalardan biri olan Kore Cumhuriyeti (Güney Kore) Anayasası'nın 76. maddesine göre Cumhurbaşkanı ulusal güvenlik veya kamu barışı ve düzeninin sağlanması için acil tedbirler alınması gerekiyorsa, gerekli olan asgari mali ve ekonomik eylemleri ve kanun hükmünde kararnameleri tek başına düzenleyebilmektedir.⁷²

Görüldüğü üzere Kore Cumhurbaşkanı ulusal güvenlik veya kamu barışı ve düzeninin sağlanması için tek başına kanun hükmünde kararname çıkarabilmekte, ekonomik düzenlemeler yapabilmektedir. Kamu huzuru ve barışına doğrudan düzenleme barındıran bir diğer anayasa olan İrlanda Cumhuriyeti Anayasası ise çalışmamız açısından oldukça dikkat çekicidir. Nitekim İrlanda Cumhuriyeti Anayasası md.38/3-1'de, genel mahkemelerin adaletin etkin dağıtımını, kamu huzuru ve barışını sağlamakta yetersiz kaldığı durumlarda, suçların yargılanması için özel yetkili mahkemelerin kurulabileceği belirtilmektedir.⁷³

D. Kamu Sağlığı, Genel Sağlık, Salgın Hastalık, Tıbbi Zorunluluklar

Mukayeseli hukukta kamu sağlığı ve genel sağlık kamu düzeninin bir unsuru olarak hak ve özgürlükleri sınırlandırma nedeni olarak yer almaktadır. Üstelik ihlalin yoğunluğuna göre bu nedenlerle olağanüstü hal rejimlerine başvurulacağı dahi belirtilmektedir. Bu anayasalardan Rusya Federasyonu Anayasası

71 https://www.constituteproject.org/search?lang=en&q=public%20peace&status=in_force, (04.10.2020).

72 https://korea.assembly.go.kr:447/res/low_01_read.jsp?boardid=1000000035, (03.10.2020).

73 <https://www.gov.ie/en/publication/d5bd8c-constitution-of-ireland/>, (04.10.2020).

md.55/3'te sağlıktan hak ve özgürlüklerin sınırlandırma nedeni olarak bahsedilmektedir.⁷⁴ Polonya Cumhuriyeti Anayasası'nda ise genel sağlık md.31'de anayasal hak ve özgürlükleri, md.53'de ise inancını alenen ifade etme hürriyetini sınırlandırma nedeni olarak sayılmıştır.⁷⁵ Hollanda Krallığı Anayasası md.9'a göre ise gösteri ve toplantı hürriyeti sağlığın korunması gerekçesi ile sınırlandırılabilir.⁷⁶

Federal Almanya Cumhuriyeti Temel Yasası md.11'de ise salgın hastalıklar nedeniyle dolaşım özgürlüğünün sınırlandırabileceği belirtilmektedir. Yine aynı anayasanın 13. maddesinde salgın hastalıklar konut dokunulmazlığını ihlal edilmesine imkan tanıyan sebeplerden biri olarak sayılmıştır.⁷⁷ İtalyan Cumhuriyeti Anayasası md.16'da ise sağlık yerleşme ve seyahat hürriyetinin istisnası olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte md.15'te ise konut dokunulmazlığının kamu sağlığı ve güvenliği kapsamında yapılacak kontroller nedeniyle ihlal edilebileceği düzenlenmektedir.⁷⁸

Bu noktada Yunanistan Cumhuriyeti Anayasası kamu sağlığına ilişkin kapsamlı düzenlemeler barındıran bir anayasa olarak öne çıkmaktadır. Zira md.18'e göre kamu sağlığına yönelik ani ve kapsamlı tehditleri bertaraf etmek amacıyla mülkiyete el konulmasına imkan tanıyan kanunlar düzenlenebilir. Bu kapsamda md.22'de angarya yasağından bahsedilmekte ancak kamu sağlığını tehlikeye düşürmesi muhtemel acil sosyal gereksinimler bu yasağın istisnası olduğu ifade edilmektedir.⁷⁹ Bu anayasalardan genel sağlık gerekçesi ile olağanüstü hal rejimi tedbirine başvurulacağını belirten anayasalardan Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'nın 102. maddesinde ise salgın hastalıklar, olağanüstü hal tedbiri gerektiren durumlardan biri olarak sayılmaktadır.⁸⁰

Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 119. maddesinde ise tehlikeli salgın hastalıklar olağanüstü hal sebebi olarak gösterilmiştir. Madde 125'te ise yürütmenin durdurulması kararlarının genel sağlık nedeniyle sınırlandırılabilirliği ifade edilmektedir. Bunun dışında Anayasamızın 20. (özel hayatın gizliliği), 21. (konut dokunulmazlığı), 22. (haberleşme hürriyeti), 33. (dernek

74 <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>, (04.10.2020).

75 <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>, (03.10.2020).

76 <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>, (04.10.2020).

77 <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, (04.10.2020).

78 https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf, (04.10.2020).

79 <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, (04.10.2020).

80 <https://en.president.az/azerbaijan/constitution>, (03.10.2020).

kurma hürriyeti) ve 51. maddelerinde (sendika kurma hakkı) yer alan hak ve özgürlükler genel sağlık nedeniyle sınırlanabilmektedir. Dolayısıyla Anayasamızda genel sağlık, ihlalin yoğunluğuna göre, hem sınırlama hem de askıya alma nedeni olarak düzenlemiştir.

Öte yandan Anayasamızın kişi dokunulmazlığına ilişkin düzenlemeler barındıran 17. Maddesinde herkesin maddi ve manevi varlığını korumaya hakkı olduğu belirtilmektedir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında *tıbbi zorunluklar* nedeniyle kişinin vücut bütünlüğüne dokunulabileceğinden bahsedilmektedir. Öte yandan Anayasamızın 18. maddesi angarya yasağına ilişkindir. Ancak bu maddenin ikinci fıkrasına göre, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki çalışmalar bu yasağın kapsamına girmemektedir.

Anayasamızın 19. maddesi ise kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkindir. Bu maddeye göre Anayasa’da belirtilen haller dışında kimse hürriyetin yoksun bırakılamazlar. Anayasa’da düzenlenen bu hallere örnek olarak, mahkeme ya da hakimler tarafından verilmiş kararlar ile toplum için tehlike teşkil eden kişilerin tedavi, eğitim veya ıslahı için gerekli tedbirlerin yerine getirilmesi sayılabilir.

E. Ahlak Kuralları, Kamu Ahlakı, Genel Ahlak

Ahlak kuralları mukayeseli hukukta kamu düzenin bir unsuru olarak hak ve özgürlükleri sınırlandıran nedenlerden biri olarak yer almaktadır. Bu kuralın hukuka aktarılması ise kamu ahlakı ve genel ahlak gibi kavramlar vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Bununla birlikte bazı anayasalarda ahlaki değerlere doğrudan atıfta bulunularak hak ve özgürlüklerin bu nedenle sınırlandırılacağı belirtilmektedir.

Örneğin Federal Almanya Cumhuriyeti Temel Yasası’nın 2. Maddesine göre herkes kişiliğini *ahlak kurallarına* aykırı düşmemek kaydıyla serbestçe geliştirebilir. Danimarka Krallığı Anayasası’nın 67. maddesinde ise vatandaşlar ibadet etmek için cemaat oluşturabileceğinden bahsedilmektedir. Ancak bu oluşumlar *ahlak değerlere* aykırı olamaz.⁸¹ Rusya Federasyonu Anayasası md.55/3’te ise hak ve özgürlüklerin kanunlarla sınırlandırabileceğini ve bu sınırlandırmanın *ahlaki nedenlerle* gerçekleştirilebileceğini ifade edilmektedir.⁸²

Polonya Cumhuriyeti Anayasası’nda ise *kamu ahlakı* kavramı tercih edilmektedir. Nitekim anayasada kamu ahlakına, hak ve özgürlükler bakımından hem genel hem de özel sınırlandırma nedeni olarak yer verilmiştir. Zira anaya-

81 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/06-DANİMARKA%20149-168.pdf>, (03.10.2020).

82 <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>, (03.10.2020).

sanın 53. maddesinde dini inancını alenen ifade etme hürriyetini sınırlandırma nedeni olarak sayılmıştır. Yine bu anayasanın 45. maddesine göre ise ahlaki nedenlerle duruşmanın açıklığı ilkesine istisna getirilebilir.⁸³

Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda *genel ahlak* temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma nedenlerinden biri olarak sayılmıştır. Nitekim 20. (özel hayatın gizliliği), 21. (konut dokunulmazlığı), 22. (haberleşme hürriyeti), 28. (basın hürriyeti), 31. (kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı), 33. (dernek kurma hürriyeti), 34. (toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkı) ve 51. maddelerde (sendika kurma hakkı) yer alan temel hak ve özgürlükler genel ahlak nedeniyle sınırlandırılabilir. Öte yandan Anayasamızın 141. maddesine göre genel ahlak aynı zamanda duruşmaların açıklığı ilkesinin istisnalarından birini teşkil etmektedir.

F. Terör, Uyuşturucu Kaçakçılığı, Organize Suçlar, Ağır Suçlar, Suçla Mücadele, Gençlerin Kötü Yola Düşmesini Engelleme

Terörizm devletin iç güvenliğine ve işleyişine yönelik bir tehdittir. Ancak terörün yoğun olarak yaşandığı devletlerde iç güvenlikle ilgili olarak en fazla gündeme gelen kavramlardan biri olmasına karşın; terörizm⁸⁴ ve terör⁸⁵ liberal anayasalardaki kullanımı oldukça sınırlıdır. Bununla birlikte söz konusu kavramlar daha çok yasa düzeyinde düzenlenmektedir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri gibi oldukça sert ve detaylı bir terör yasasına⁸⁶ sahip olan bir devletin, hatta Fransa gibi terör eylemlerinin nispeten fazla yaşandığı devletlerin anayasalarında dahi bu kavramlara yer verilmemektedir.

Terörizme yer veren liberal anayasalarda ise bu kavram çoğunlukla uluslararası terörizm ve suçluların iadesi müesseseleri ile ilişkilendirilmektedir. Nitekim bu anayasalardan Federal Almanya Cumhuriyeti Temel Yasası md.73/9a'ya göre, uluslararası terörizm ile ilgili ve hangi Eyalet Emniyet Müdürlüğü'nün görev sahasına girdiği belirsiz olan tehlikelere ilişkin görevlendirmeler, doğrudan Federasyon tarafından yapılacaktır.⁸⁷

Portekiz Cumhuriyeti Anayasası md.33'te ise terörizm; Portekiz vatandaşları da dahil olmak üzere, suçluların iadesine imkân tanıyan istisnai bir hal olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte Portekiz Cumhuriyeti Anayasası'nda terörizm

83 <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>, (03.10.2020).

84 https://www.constituteproject.org/search?lang=en&q=terrorism&status=in_force, (05.10.2020).

85 https://www.constituteproject.org/search?lang=en&q=terror&status=in_force, (05.10.2020).

86 <https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>, (03.10.2020).

87 <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, (04.10.2020).

sadece suçluların iadesine ilişkin bir neden olarak da düzenlenmemiştir. Keza md.34/3'te terörizmin nedeniyle konut dokunulmazlığının ihlal edilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu anayasada terörizm, aynı zamanda hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilceği bir hal olarak ele alınmıştır.⁸⁸

İspanya Krallığı Anayasası'nda da terörizm suçluların iadesine ilişkin bir neden olarak yer almaktadır. Zira md.13'te terör suçluların iadesinin mümkün olduğu, ancak siyasi suçluların bundan istisna tutulduğu ifade edilmektedir. Yani istisnanın istisnası kurala dönmekte ve siyasi olarak nitelendirilen terör suçları bakımından suçluların iadesi söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte bu anayasasının 55. maddesiyle terörist grupların faaliyetleri ile ilgisi olan kişilerin bazı hak ve özgürlüklerinin askıya alınması da mümkün kılınmaktadır.⁸⁹

Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda terör kavramının geçtiği tek düzenleme, milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen md.76'da yer almaktadır. Nitekim bu maddeye göre, sonradan affa uğramış olsalar dahi, terör eylemlerine katılma ya da terör eylemlerini tahrik ve teşvik etmek gibi sebeplerle hüküm giymiş olanların milletvekili seçilmeleri mümkün değildir.

Mukayeseli hukukta terörizm dışındaki farklı suçlar bakımından hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilceğine dair örnekler de bulunmaktadır. Üstelik bu örnekler de hak ve özgürlükleri, devletin iç düzeni ve işleyişine ilişkin olmaları bakımından kamu düzeni ile irtibatlı olarak sınırlandırmaktadır. Örneğin ABD Anayasası'nın 1. maddesinin 6. kısmında; Senato ve Temsilciler Meclisi üyelerinin yasama sorumsuzluğu ve bağımsızlığı tanımlanmakta ancak *ağır suçlar* bundan istisna tutulmaktadır.⁹⁰ Peru Cumhuriyeti Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerini barındıran 2. maddesinin 24. fıkrası bu hususta özgürlük güvenlik dengesinin en iyi örneklerinden birini teşkil etmektedir. Keza bu anayasanın 2/24-g maddesine göre *suçüstü halleri* haricinde hiç kimse yargıç kararı olmaksızın tutuklanamaz ancak *terör, casusluk ve uyuşturucu kaçakçılığı* suçları ise bu kurala istisna tutulmaktadır.⁹¹

Öte yandan kamu düzeni ile irtibatlı olarak *suçla mücadele* kapsamında hak ve özgürlükleri sınırlandıran nedenler bunlardan ibaret değildir. Keza *suçluların cezalandırılması* ve *gençlerin kötü yola düşmesinin önlenmesi* hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma nedenlerinden biri olarak yer almaktadır. Örneğin Finlandiya Cumhuriyeti Anayasası'nın seyahat özgürlüğüne ilişkin düzen-

88 <https://dre.pt/constitution-of-the-portuguese-republic>, (03.10. 2020).

89 <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso>, (04.10.2020).

90 <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>, (03.10.2020).

91 http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/CONSTITUTION_27_11_2012_ENG.pdf, (04.10.2020).

lemelerini barındıran 9. maddesinde, herkesin ülkeyi terk etme hakkına sahip olduğundan bahsedilmektedir. Ancak anayasaya göre bu hak yasal işlemlerin korunması ya da cezaların uygulanması nedeniyle bir yasa aracılığıyla sınırlandırılabilir.⁹²

Yunanistan Cumhuriyeti Anayasası'nın bilgi edinme hakkını düzenleyen md.5A'ya göre ise suçla mücadele amacıyla bilgi edinme hakkı sınırlandırılmaktadır. Yine Yunanistan Cumhuriyeti Anayasası'nın 19. maddesinde haberleşmenin gizliliğinin ciddi suçlara ilişkin sorgulamalarda ihlal edilebileceği ifade edilmektedir.⁹³ Federal Almanya Cumhuriyeti Temel Yasası md.11'de ise gençliği sefaletten kurtarmak veya suç işlemekten alı koymak amacıyla seyahat hürriyetinin sınırlandırılabilirliği belirtilmektedir. Md.13'te ise gençlerin kötü yola düşmelerinin engellenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlal edilebileceğinden söz edilmektedir.⁹⁴

Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre suç işlenmesini engellemek için bazı hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmaktadır. Öyle ki 20. (özel hayatın gizliliği), 21. (konut dokunulmazlığı), 22. (haberleşme hürriyeti), 23. (yerleşme ve seyahat hürriyeti), 23. (düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti), 33. (dernek kurma hürriyeti), 34. (toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme) ve 51. maddelerde (sendika kurma hakkı) düzenlenen hak ve özgürlükler suç işlenmesinin önlenmesi nedeniyle sınırlandırılabilir.

G. Doğal Afet, Doğal Felaket, Milli Felaket, Ekolojik Felaket, Çevrenin Korunması

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere çevrenin korunması mukayeseli hukukta, devletin iç işleyişi ve düzeni ile irtibatlı bir şekilde hak ve özgürlükleri sınırlama nedenlerinden biri olarak yer almaktadır. Bu kapsamda Polonya Cumhuriyeti Anayasası md.31'de ise doğal çevrenin korunması anayasal hak ve özgürlükleri sınırlandırma nedenlerinden biri olarak sayılmaktadır.⁹⁵ Rusya Federasyonu Anayasası da, Polonya Cumhuriyeti Anayasası'na benzer şekilde, çevrenin korunması amacıyla hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilirliğinden bahsetmektedir. Örneğin md.36'ya göre toprak ve diğer doğal kaynaklar üzerinde sahiplik, zilyet ve intifa hakkı çevreye zarar vermemek şartıyla kullanılabilen haklardır.⁹⁶

Ancak mukayeseli hukukta doğal ve ekolojik felaketler söz konusu ise daha

92 <https://oikeusministerio.fi/en/constitution-of-finland>, (04.10.2020).

93 <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, (04.10.2020).

94 <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, (04.10.2020).

95 <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>, (03.10.2020).

96 <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>, (04.10.2020).

çok olağanüstü rejimlere başvurulmaktadır. Örneğin Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası md.102’te doğal ve büyük ekolojik felaketler Azerbaycan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı tarafından olağanüstü halin uygulanacağı durumlardan biri olarak sayılmıştır.⁹⁷ Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 119. maddesinde ise tabii afet durumlarında olağanüstü hal ilan edileceği düzenlenmektedir.

Bununla birlikte doğal afetleri bir sınırlama nedeni olarak sayan anayasalar da mevcuttur. Nitekim Yunanistan Cumhuriyeti Anayasası md.22’de ise afetlerden kaynaklanan acil gereksinimlerin angarya yasağının istisnası olduğu belirtilmektedir.⁹⁸ Kore Cumhuriyeti (Güney Kore) Anayasası’nın 76. maddesine göre ise doğal felaket durumlarında ortaya çıkan acil hallerde düzenin yeniden tesis edilmesi amacıyla Cumhurbaşkanı tarafından kanun hükmünde kararname düzenlenebilmektedir.⁹⁹

Federal Almanya Cumhuriyeti Temel Yasası’nın seyahat hürriyetini düzenleyen 11. maddesinde ise bu hürriyet; yaşam kaynaklarının yetersiz kalması ve bu durumun topluma olağanüstü yükler getirmesi, doğal afetler yaşanması veya olağanüstü kazalar gerçekleşmesi nedeniyle bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir.¹⁰⁰ Bu noktada Brezilya Federal Anayasası’nın 136. maddesi ise doğal afetlerden olumsuz bir şekilde etkilenen yerlerde düzenin yeniden tesis edilmesi maksadıyla Savunma hali tedbirine başvurularak bazı hak ve özgürlüklerin sınırlandırabileceğini belirtmektedir.¹⁰¹

Bu konuda en detaylı düzenlemelerden birini içeren Polonya Cumhuriyeti Anayasası’nda doğal afet durumları hangi hak ve özgürlüklerin sınırlandırabileceği tek tek sayılmıştır. Zira md.233’e göre doğal afet durumlarında çıkartılacak yasayla ekonomik faaliyet özgürlüğü, kişi özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, seyahat ve yerleşme özgürlüğü, grev hakkı, mülkiyet hakkı, çalışma özgürlüğü, güvenli ve sağlıklı koşullarda çalışma hakkı ve dinlenme hakkı bakımından sınırlandırma getirilebilir.¹⁰²

97 <https://en.president.az/azerbaijan/constitution>, (03.10.2020).

98 <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, (04.10.2020).

99 https://korea.assembly.go.kr:447/res/low_01_read.jsp?boardid=1000000035, (03.10.2020).

100 <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, (04.10.2020).

101 <http://www.brazil.gov.br/government/constitution>, (05.10.2020).

102 <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>, (03.10.2020).

H. Ekonomik Kriz, Ekonomik Çıkar, Ekonomik Düzen

Ekonomik düzen, ekonomik düzen ve ekonomik çıkar gibi kavramlar hak ve özgürlükleri liberal anayasalarda hem kamu düzeni hem de ulusal/milli güvenlik bağlamında sınırlandıran nedenlerdendir. Ancak çalışma kapsamında söz konusu kavramlar sadece devletin iç düzeni ile irtibatlı olarak ele alınacaktır. Nitekim Kore Cumhuriyeti (Güney Kore) Anayasası'nın 76. maddesine göre ciddi bir finansal veya ekonomik krizin vuku bulması halinde, Cumhurbaşkanı ekonomik eylemleri ve kanun hükmünde kararnameleri tek başına düzenleyebilmektedir.¹⁰³ Görüldüğü üzere Kore Cumhurbaşkanı finansal kriz zamanlarında tek başına kanun hükmünde kararname çıkarabilmekte, ekonomik düzenlemeler yapabilmektedir. İtalyan Cumhuriyeti Anayasası ise md.14'te ekonomik ve mali amaçlı yapılan denetimler açısından konut dokunulmazlığının ihlal edilebileceği belirtmektedir.¹⁰⁴ Diğer yandan ağır ekonomik buhranlar Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 119. maddesinde de olağan hukuku askıya alma nedenlerinden biri olarak sayılmaktadır.

IV. Başkalarının Şöhreti, Üçüncü Kişilerin Hakkı, Kamu Yararı

Özgürlük olgusu felsefi yönüyle, kişilerin hiçbir yasak ve baskı altında kalmadan davranışlarını düzenleyebilmesidir. Ancak hukuki düzen içerisinde ise yasayla sınırlı özgürlük anlayışı hakimdir. Bu iki düşünce liberal yapıya taşındığında, özgürlük bireylerin davranışlarını başkalarının özgürlüklerine zarar vermeyecek biçimde düzenleme yeteneğidir.¹⁰⁵

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 1. maddesine göre ise insanlar birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti ile hareket etmelidirler. Ancak bu söylem etkileyciliğine karşın oldukça ütopyiktir.¹⁰⁶ Öte yandan liberal kuramda insan hakları bireysel haklar olarak ele alınmaktadır.¹⁰⁷ Zira insan hakları çoğu kez toplum ve devlet karşısında bireylere tanınmış haklardır.¹⁰⁸ Bununla birlikte insanların diğer bireylerle bir araya gelerek toplumsal yaşama geçmesi bu hakların sınırlandırılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.¹⁰⁹

103 https://korea.assembly.go.kr:447/res/low_01_read.jsp?boardid=1000000035, (03.10.2020).

104 https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf, (04.10.2020).

105 Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 16. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2020, s. 263-267.

106 Oktay Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", Editör: Korkut Tankuter, *İnsan Hakları*, Cogito, İstanbul, 2000, s. 19-20.

107 İlyas Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, Astana Yayınları, Ankara, 2013, s. 42.

108 Jack Donnelly, *Teori ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989, s. 66.

109 Kalabalık, s. 171.

Öyle ki başkaları da haklarını kullanabilsin diye bireysel hakların sınırlandırılması gerekmiştir. Böylece mukayeseli hukukta *başkalarının hak ve özgürlükleri, diğer kişilerin hak ve çıkarlarının korunması* ve üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması gibi nedenlerle üçüncü kişilerin ya da toplumun yararı için bireysel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılan nedenler yer almaya başlamıştır. Bu kapsamda mukayeseli hukukta hak ve özgürlükleri sınırlandırma nedenlerinden biri olarak yer alan *kamu yararı* kavramı da bireysel çıkarlardan öte toplumun çıkarını öne çıkarması bakımından bu başlık altına ele alınacaktır.

Başkalarının hak ve özgürlükleri Polonya Cumhuriyeti Anayasası'nın 31.maddesinde genel, 53 ve 61. maddeleri bakımından ise özel bir sınırlandırma nedeni olarak sayılmıştır. Zira bu anayasanın 31. maddesinde anayasal hak ve özgürlüklerin başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için sınırlandırılacaktır. Madde 45'te ise özel hayat ya da diğer önemli özel çıkarların korunması nedenleriyle duruşmanın açıklığı ilkesine istisna getirilebileceği belirtilmektedir. Öte yandan 53. maddede inancını alenen ifade etme hürriyetinin, 61. maddede ise bilgi edinme hakkının bu gerekçelerle ile sınırlandırılacağından söz edilmektedir.¹¹⁰

Rusya Federasyonu Anayasası md.55/3'e göre ise *diğer kişilerin hak ve çıkarlarının korunması* nedeniyle hak ve özgürlüklere sınırlandırma getirilebilmektedir.¹¹¹ Bu noktada İtalyan Cumhuriyeti Anayasası'nda *kamu yararı*, serbest piyasa ekonomisi karşısında bir sınır olarak konumlandırılmaktadır. Zira bu anayasanın 41. maddesinde özel ekonomik girişim oluşturmak serbest olduğundan, ancak kamu yararına aykırı girişim yapılamayacağından bahsedilmektedir.¹¹²

Yunanistan Cumhuriyeti Anayasası md.5A'da bilgi edinme hakkının üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla sınırlandırılabilirliği ifade edilmektedir.¹¹³ *İsviçre Konfederasyonu Anayasası'nın "Temel Hakların Sınırlandırılması" başlıklı 36. maddesinin ikinci fıkrasına göre temel haklar sadece kamu yararı ya da başkalarının temel haklarının korunması sebebiyle sınırlandırılabilir.* Federal Almanya Cumhuriyeti Temel Yasası md.2'te ise herkesin kişiliğini başkalarının haklarını ihlal etmemek suretiyle geliştirebileceği ifade edilmektedir.¹¹⁴

110 <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>, (03.10.2020).

111 <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>, (04.10.2020).

112 https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf, (04.10.2020).

113 <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, (04.10.2020).

114 <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>, (04.10.2020).

Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle temel hak ve özgürlükler sınırlandırılabilir. Örneğin Anayasamızın 20. (özel hayatın gizliliği), 21. (konut dokunulmazlığı), 22. (haberleşme hürriyeti), 23. (düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti), 34. (toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkı) ve 51. maddelerde (sendika kurma hakkı) yer alan temel hak ve özgürlükler bu sebeple sınırlandırılmaktadır. Öte yandan md.35'te ise mülkiyet hakkının kamu yararı nedeniyle sınırlandırabileceği belirtilmektedir.

Sonuç

Modern devlet güvenlik ihtiyacı nedeniyle ortaya çıkan, kurumsallaşmış ve merkezileşmiş bir iktidar tipi olarak doğmuştur. Ancak liberalleşme ve anayasacılık hareketinin sonucu olarak özgürlük-güvenlik ilişkisindeki denge özgürlükler lehine kaymıştır. Böylece güvenlik devletin varlık sebebi olmaktan çıkmıştır. Artık esas olan hak ve özgürlüklerdir. Lakin bu, hak ve özgürlüklerin sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Modern anayasalarda hak ve özgürlükler tanınmakta, ancak toplumsal ve anayasal düzenin korunması maksadıyla hürriyetlerin sınırlandırabileceği/askıya alınabileceği belirtilmektedir.

Bununla birlikte hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması/askıya alınması için belli kıstaslar bulunmaktadır. Sınırlamanın; yasa ile yapılması, geçici olması, hak ve özgürlüklerin temeline dokunmaması, kamunun çıkarı ile öngörülebilirlik, ölçülülük, elverişlilik, gereklilik, orantılılık, demokratik toplum düzenine uygunluk gibi ilkelerin gözetilmesi gerekmektedir. Bu ölçütlerden biri de hak ve özgürlüklerin sadece anayasada belirtilen gerekçelerle sınırlandırabileceği ya/ya da askıya alınabileceğidir. Bu kapsamda modern anayasalar birçok ortak gerekçe barındırmaktadır.

Ancak söz konusu kavramlar içerikleri itibariyle muğlak ve normatif olarak belirsizdir. Bu bakımdan kötüye kullanılmaya elverişlidir. Öyle ki aynı neden ile hak ve özgürlükleri sınırlandırmak gibi askıya almak da mümkündür. Nitekim uygulamada sınırlama ve askıya alma şartlarının oluşup oluşmadığına yürütme organı tarafından karar verilmektedir. Hak ve özgürlükleri sınırlandıran kavramların içeriği büyük ölçüde yargı kararları ile çizilmiştir. Yaşanacak uyumsuzluklarda kavramların nihai içeriklendirilmesi ise yargı kararları ile gerçekleştirilmektedir.

Bununla birlikte bu belirsizlik hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda siyasi iktidara geniş bir hareket alanı yaratmaktadır. Nitekim tarihi tecrübeler coğrafi olarak sınırlı olan yahut süreklilik içermeyen tehditler nedeniyle hak ve özgürlüklerin ülke çapında sınırlandırılabilirdiği, hatta askıya alınabilirdiğini göstermektedir. Bu bakımdan hak ve özgürlükleri sınırlandırma nedenleri

bakımından kategorik bir ayırım yapılarak, bu kavramların tasnifi ve derecelendirmesinin yapılması gerekmektedir.

Bu bağlamda çalışmada hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kavramlar bakımından kategorik bir ayırım yapılarak, sadece kamu düzeni ile irtibatlı olanlar ele alınmıştır. Bu kapsamda evvela kamu düzeni kavramının kapsamı ve bu kavramla irtibatlı diğer kavramların teorik çerçevesi genel olarak çizilmiştir. Nitekim sınırları oldukça belirsiz ve geniş olan bu kavramların her birinin teorik ve kavramsal çerçevesini çizmek farklı çalışmalar gerektirmektedir.

Dolayısıyla her biri yeni bir çalışmanın konusu olan bu kapsam çalışmanın içeriğini aşmaktadır. Bu bakımdan çalışmanın ilk kısmında sadece kamu düzeni ile irtibatlı olarak hak ve özgürlükleri sınırlandıran nedenlerin teorik çerçevesine kısaca değinmekle yetinilmiştir. Sonraki kısımda ise bu kavramların mukayeseli hukuktaki anayasal düzenlemeleri üzerinde durulmuştur. Böylece kamu düzeni ile irtibatlı olarak hak ve özgürlükleri sınırlandıran kavramların teorik ve hukuki çerçevesi çizilmiştir.

KAYNAKLAR

- Akad, Mehmet; Vural Dinçkol, Bihterin; Bulut, Nihat, *Genel Kamu Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 16. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2020.
- Atakan, Arda, Kamu Düzeni Kavramı”, Kamu Düzeni Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1-2, ss. 59-136.
- Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 3. Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- Akıllıoğlu, Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1-3, Ankara, Ekim 1989, ss. 11-22.
- Bayra, Ersin, *Güvenlik Devleti*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Bayra, Ersin, “Güvenlik Devleti: Leviathan’dan Hukuk Devletine, Hukuk Devletinden Leviathan’a”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6 Sayı Cilt 1, Bahar 2019, ss. 93-130.
- Bulut, Nihat, “4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1-4, Ankara, 2001, ss. 37-64.
- Bulut, Nihat, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1-2, 2000, ss. 29-42.
- Çetindağ, Funda, *Türk Anayasal Sisteminde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Bağlamında Kamu Düzeni*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2004.
- Donnelly, Jack, *Teori ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989.
- Giritli, İsmet; Bilgin, Pertev; Akgüner, Tayfun; Berk, Kahraman, *İdare Hukuku*, 6. Basımdan Yedinci Tıpkı Basım, Der Yayınları, 2015, İstanbul, s. 1157.
- Gözler, Kemal; Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Güncellenmiş 22. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- Gözübüyük, Şeref; Tan, Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 1*, Güncelleştirilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- Güneş Mehmet, “Kamu Özgürlüklerinin Sınırlandırılmasında Kamu Güvenliği Gereğinin Hukukiliği”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 3, 2019, ss. 435-457.
- Habermas, Jürgen , *Kamusal Hayatın Yapısal Dönüşümü*, Terc. Tanıl Bora, Mithat Sançar, 15. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.

- Kalabalık, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Kıratlı, Metin, *Koruyucu İdari Hizmetler*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
- Mumcu, Ahmet; Küzeci, Elif, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 3. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2003.
- Ordu, Özgecan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanma Nedeni Olarak Avrupa Kamu Düzeni*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Programı, İzmir, 2008.
- Özdemir, Ali, "Kamu Düzeni" ve "Kamu Güvenliği" Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Sınırlandırılması Örneği)", *International Journal Of Legal Progress*, Cilt 2, Sayı 2, 2016, ss. 78-115.
- Sancar, Mithat, *'Devlet Akl' Kıskaçında Hukuk Devleti*, 8. Baskı İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.
- Sayhan, İsmet, "Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık", *Rekabet Dergisi*, Sayı 17, Mart 2004.
- Sezer, Tijen Dünder, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Dernek Kurma Özgürlüğü*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, 2004.
- Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2011.
- Tekinsoy, Özge Okay, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Uygun, Oktay, "İnsan Hakları Kuramı", Editör: Korkut Tankuter, *İnsan Hakları*, Cogito, İstanbul, 2000, ss. 13-46.
- Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.

İNTERNET KAYNAKLARI

- <https://dre.pt/constitution-of-the-portuguese-republic>
- <https://en.parliran.ir/eng/en/Constitution>
- <https://en.president.az/azerbaijan/constitution>
- https://korea.assembly.go.kr:447/res/low_01_read.jsp?boardid=1000000035
- <https://oikeusministerio.fi/en/constitution-of-finlan>
- <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>,
- <http://www.adalet.gov.tr/>
- <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>

- <http://www.brazil.gov.br/government/constitution>
- <https://www.britannica.com/>
- <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>
- <https://www.congreso.gob.ar/nationalConstitution.php>
- <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso>
- http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/CONSTITUTION_27_11_2012_ENG.pdf
- <https://www.constituteproject.org/>
- <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>
- https://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/constitution/GrondwetUK.pdf<https://www.dz-rs.si/wps/portal/en/Home/PoliticiSistem/UstavaRepublikeSlovenije>
- <https://www.egypt.gov.eg/english/laws/constitution/default.aspx>
- <https://www.gov.ie/en/publication/d5bd8c-constitution-of-ireland/>
- <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>
- <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>
- https://www.kormany.hu/download/f/3e/61000/TheFundamentalLawofHungary_20180629_FIN.pdf
- https://www.kmu.gov.ua/storage/app/imported_content/document/110977042/Constitution_eng.doc
- <https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>
- <https://www.mevzuat.gov.tr/>
- <https://www.osce.org/albania/41888>
- <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1&lang=eng>
- <https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf>
- <https://www.psp.cz/en/docs/laws/constitution.html>
- <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dergi/17-pdf>
- https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV_1930_1/ERV_1930_1.html
- <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/rhvv/act/521052015001/consolide>
- <https://www.lrs.lt/home/Konstitucija/Constitution.htm>
- <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>
- https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf

Der strafrechtliche Gewaltbegriff in rechtsvergleichender Sicht*

Coercion as a Criminal Law Concept in Comparative Law Perspective

Can CANPOLAT**

ZUSAMMENFASSUNG

Die Gewaltanwendung wird im Strafgesetzbuch auf unterschiedliche Weise sanktioniert. Diejenigen Delikte, in deren Tatbestand die Gewalt ausdrücklich Erwähnung findet, sind vom Gesetzgeber nicht in einem einheitlichen Abschnitt zusammengestellt. Dieser rein äußerliche Umstand lässt schon erkennen, dass dem Gewalttätigen die verschiedensten Rechtsgüter als Zielpunkte seiner Angriffe dienen. In diesem Zusammenhang kann die Gewalt gegen die Person oder Sachen eingesetzt werden. Aufgrund dieser vielfältigen Verwendung des Gewaltbegriffs im Strafrecht ist es wichtig, den Umfang des Gewaltbegriffs zu bestimmen.

Mit dem Gewaltbegriff wird in diesem Beitrag ein Grundsatzproblem des Strafrechts behandelt, das gerade nichts an Aktualität verloren hat. In rechtsvergleichender Sichtweise wird unter Berücksichtigung des deutschen, türkischen, österreichischen und schweizerischen Strafrechts sowohl die Entwicklung des Gewaltbegriffs in Rechtsprechung als auch die Auffassungen in der Literatur analysiert. In diesem Zusammenhang werden insbesondere weichenstellende Entscheidungen des BVerfG (Bundesverfassungsgericht) sowie des BGH (Bundesgerichtshof) berücksichtigt. Der Beitrag wird mit einer eigenen Bestimmung des Gewaltbegriffs abgeschlossen.

Schlüsselwörter: Der Gewaltbegriff, Gewalt gegen die Person, nötigende Gewalt, Gewalt als Entschuldigungsgrund, Gewalt als körperliche Zwangswirkung.

ABSTRACT

The coercion is sanctioned in different ways in the Criminal Code. Those offenses are not compiled in a single section. This purely external circumstance already shows that the perpetrator uses a wide variety of legal interests as targets for his attacks. In this context the coercion can be used against the person or property. Because of this diverse use of the term in criminal code, it is important to determine the scope of the term coercion.

* Makale gönderim tarihi: 21.10.2020. Makale kabul tarihi: 15.11.2020. Can Canpolat, "Der strafrechtliche Gewaltbegriff in rechtsvergleichender Sicht", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s. 73-85; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.2.01>.

** Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (Asst. Prof. Dr., Lehrstuhl für Strafrecht und Strafverfahrensrecht an der Yalova Universität, Türkei), İletişim: Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Merkez Yerleşke, Çınarcık Yolu Üzeri, Yalova, canpolat@yalova.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8729-0359>.

The subject of this article is the term of coercion, a fundamental problem of criminal law, which has lost none of its actuality. From a comparative perspective, taking into account German, Turkish, Austrian and Swiss criminal law, both the development of the term of coercion in jurisprudence and the perceptions in the literature are analyzed. In this context, decisions of the Federal Constitutional Court of Germany and the Federal Court of Justice of Germany are particularly taken into account. The Article ends with its own definition of the coercion.

Keywords: The Concept of Coercion, Coercion Against Person, Compulsion and Coercion, Coercion as an Excuse, Coercion as a Physical Force.

Einleitung

Die Gewaltanwendung wird im Strafgesetzbuch auf unterschiedliche Weise sanktioniert. Auf einer Seite enthalten viele Straftaten den Gewaltbegriff als Tatbestandselement (§112-§115 trStGB) oder als erschwerender Umstand (§116/4 trStGB), auf der anderen Seite erscheint die Gewalt als eine eigenständige Straftat, wenn sie für Zwangszwecke -zur Handlung, Duldung oder Unterlassung- angewendet wird (=Nötigung §108 trStGB, §240 dStGB¹). Ferner wird die Gewalt als ein Entschuldigungsgrund betrachtet, wenn unter Druck der Gewaltanwendung ein erzwungenes Verhalten begangen wird.

Aufgrund dieser vielfältigen Verwendung des Gewaltbegriffs im Strafrecht ist es schwierig, aber sehr wichtig, den Gewaltbegriff zu definieren. In diesem Zusammenhang werden wir versuchen, den Gewaltbegriff in rechtsvergleichender Sicht zu definieren.

I. Die Gewalt als ein Alltagsbegriff

Die Gewalt als ein Alltagsbegriff ist mehrdeutig. Im türkischen Wörterbuch wird die Gewalt als Zwang definiert, der auf einer Kraft oder einem sonstigen Verhalten beruht². Obwohl das türkische Wort "cebir" im Wörterbuch als „Autorität, Macht“ gedeutet wird, besagt es im Bereich des Strafrechts ausschließlich die „Gewalt“.

Die deutsche etymologische Betrachtung ergibt, dass "Gewalt" mit dem Verb "walten" (wal=lateinisch von dem Word valere stammt)³ stammverwandt ist. Dieses Verb bedeutet die befugte oder unbefugte Macht, deren Walten et-

1 Körperverletzung und Nötigung unterscheiden sich in Bezug auf die Anwendungszwecke der Gewalt. Reine Gewaltanwendung reicht für die Körperverletzung aus, aber die Nötigung verlangt Zwangszweck (Mahmut Koca, *Yağma Cürümleri*, Ankara, 2003, s. 142).

2 *Türk Hukuk Lügatı*, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, s. 46, 47.

3 Ernst Winkler, *Der Begriff der Gewalt im Strafrecht*, Breslau, 1908, s. 1; Rainer Keller, *Strafrechtlicher Gewaltbegriff und Staatsgewalt, Strafrechtliche Abhandlungen*, Neue Folge-Band 45, Duncker Humblot, Berlin, 1982, s. 87; Eva Maria Schuster, Maria Schäfer Hohmann, Werner Müller Geib, *Gewalt Eine interdisziplinäre Betrachtung*, EOS Verlag, St. Ottilien, 2009, s. 17.

was sich fügen muss, und die zwingende Ausübung und Anwendung solcher Macht⁴. Die Machtkomponente des Gewaltbegriffs scheint von daher die ältere Wortbedeutung zu sein.

Macht ausdrückliche Gewalt hängt mit dem lateinischen Wort “potentia” zusammen, das von dem Verb posse abgeleitet ist, was ins Deutsche als “können, vermögen, imstande sein” übersetzt wird⁵.

II. Die Gewalt als ein strafrechtlicher Fachbegriff

A. Allgemeines

Die “Gewalt” als ein strafrechtlicher Fachbegriff ist einer der umstrittensten⁶, meist diskutierten und am kontroversesten behandelten Rechtsbegriffe des Strafrechts und auch heutzutage weit von vollständiger Klarheit entfernt⁷.

Weder das türkische noch das deutsche Strafgesetzbuch enthalten eine Definition von Gewalt⁸. Dies kann aber nicht als eine Mangel angesehen werden, weil die einzelnen Delikte im besonderen Teil nicht nach den Begriffen, sondern im Wesentlichen nach dem verletzten Rechtsgut aufgebaut sind.

Nach einer Ansicht⁹ könnte der Grund, dass der Gesetzgeber die Gewalt nicht definiert hat, darauf zurückgeführt werden, dass sich die Gewalt dem Wortsinn nach bereits auf Zwang bezieht. Im deutschen Strafrecht, entgegen der Gewalt, der indirekten Definition der Bedrohung (ein empfindliches Übel= §240 dStGB), ist die Unterscheidung zwischen diesen beiden Mitteln der Nöti-

4 Ludwig F. Helmke, *Der Begriff der Gewalt im Reichsstrafrecht*, Berslau, 1895, §1, s. 1.

5 Schuster, Schäfer Hohmann, Müller Geib, s. 18.

6 Peter Callies, *Der Begriff der Gewalt im Systemzusammenhang der Straftatbestände*, 1974, s. 3; Alfred Bergmann, *Das Unrecht der Nötigung (§240 StGB)*, 1983, s. 64; Volker Krey, “Zum Gewaltbegriff im Strafrecht”, in: Was ist Gewalt? Band I (Volker Krey-Friedhelm Neidhart), 1986, Rn.30; Arndt Sinn, *Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts*, Nomos, Baden-Baden, 2000, s. 150; Reinhart Maurach, Friedrich Christian Schroeder, Manfred Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil*, Teil Band I, 10., neue bearbeitete Aufl., C.F Müller, 2009, §13, Rn.11; Arndt Sinn, “Die Nötigung”, *JuS 2009*, s. 580; Georg Küpper, *Strafrecht Besonderer Teil I*, zweite, neu bearbeitete Aufl., Springer, 2001, §3, Rn.36; Volker Krey, Uwe Hellmann, Manfred Heinrich, *Strafrecht Besonderer Teil Band I*, 15., völlig neubearbeitete Aufl., Kohlhammer, 2012, Rn.368; Wolfgang Joecks, *Strafgesetzbuch -Studienkommentar-*, §240, 10. Aufl., C.H. Beck, München, 2012, Rn.12, s. 478; Diskussionen auf der Begriff der Gewalt erstreckt sich auf römisches Recht (Bernd von Heintschel Heinegg, *Die Gewalt als Nötigungsmittel im Strafrecht*, 1975, s. 2); Ähnlich im österreichischen Recht (Jörg Rehberg, Niklaus Schmid, Andreas Donatsch, *Strafrecht III (Delikte gegen den Einzelnen)*, Achte, teilweise neu bearbeitete Auflage, Schultess, Zurich, 2003, §52, s. 363).

7 Andreas Huhn, *Nötigende Gewalt mit und gegen Sachen*, Nomos, Baden und Baden, 2007, s. 1.

8 In Bezug auf das deutsche Strafgesetzbuch siehe auch Ernst Träger, Gerhard Altvater, §240, in: *Leipziger Kommentar*, Sechster Band, 11. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2005, Rn.34; Hogler Matt, Joachim Renzikowski, *StGB Kommentar*, §240, Franz Vahlen, München, 2013, Rn.14.

9 Robert Seiler, “Die Gewalt als Mittel zur Nötigung”, in: *Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1989, s. 383.

gung (Gewalt und empfindliches Übel) nicht schwer festzustellen¹⁰.

Obwohl die Definition der Gewalt im türkischen StGB nicht enthalten ist, wird die Gewalt in der Begründung zum Artikel 108 trStGB, der die Nötigung regelt, definiert als „*durch die Anwendung physischer Macht gegen eine Person, um eine zwingende Wirkung auf den Willen und das Verhalten von ihm oder einem Dritten zu erzeugen.*“

Nach Müller¹¹ können Wörter mehrdeutig sein. Diese Tatsache hat rechtlich die Gefahr der Unklarheit zur Folge, wenn die Bedeutung des alltäglichen Sprachgebrauchs auf das juristische Gebiet unwillkürlich übernommen wird. Diese Gefahr kann nicht vollständig beseitigt werden, auch wenn man heute die strafrechtliche und alltagsbegriffliche Bedeutungen der „Gewalt“ weitgehend voneinander zu unterscheiden vermag.

Nach einer Meinung bedeutet der Begriff der Gewalt eine Macht zu haben und diese Art von Macht zu nutzen. Während sich das Konzept der Gewalt im dynamischen Sinn auf die Anwendung von Macht bezieht, die jeden Widerstand ausschließt, bezieht sich es im statischen Sinn auf den Besitz von jener Macht¹². In diesem Sinne übt Gewalt, wer seine tatsächliche Überlegenheit oder rechtliche Befugnis einsetzt, um den von einem Menschen (*Gewalt gegen die Person*) oder einer Sache (*Gewalt gegen Sachen*¹³) ausgehenden Widerstand zu brechen. So kann man jemand mit Gewalt dazu zwingen, etwas zu tun, was er nicht tun möchte oder man kann eine verschlossene Tür mit Gewalt aufbrechen¹⁴.

Im deutschen Strafrecht heißt Gewalt nach der herkömmlichen und im Grundsatz bis heute aufrechterhaltenen Begriffsbestimmung die Entfaltung physischer (körperlicher) Kraft, um den Angegriffenen zu einem von ihm nicht gewollten Verhalten durch Beseitigung eines tatsächlich geleisteten oder zu erwartenden Widerstandes zu zwingen¹⁵. Das StGB kennt aber in den Körperverletzungs- und Tötungsdelikten auch die Gewalt ohne Zwang (*bspw. §86 trStGB, §121, 124, 125 dStGB*).

10 Seiler, s. 383.

11 Kurt Müller, *Gewalt und verwandte Begriffe im Reichsstrafgesetzbuche*, Juristische Verlagsbuchhandlung Dr. jur. Frensdorf, Berlin, 1913, s. 7.

12 Beispielsweise ein Kind hat beim Spiel mit einer Katze diese nicht „in der Gewalt“, wohl aber diese eine Maus, mit welcher sie spielt (Otto Boeckmann, „Was ist Gewalt?“, *JZ* 1986, s. 1050).

13 Die Anwendung von Gewalt gegen Sachen im türkischen Strafrecht stellt die Sachbeschädigung dar (trStGB §150). Für Einzelpersonen kann eine solche Gewalt die Bedrohung verursachen, indem sie ihre Anwendungen erschrecken (Faruk Erem, „Ceza Hukukunda Cebir Kavramı“, *Yargıtay Dergisi*, C.16, Ocak-Nisan 1990, Sayı 1-2, s. 94). Laut Önder, muss ein solches Verhalten eine Wirkung auf das Opfer haben, um als Gewalt betrachtet zu werden (Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Bası, İstanbul, 1987, s. 389).

14 Klaus Dietel Knodel, *Der Begriff der Gewalt im Strafrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München-Berlin, 1962, s. 3.

15 Träger/Altvater, §240, Rn.7.

Der Zwang gegenüber einem Tier ist juristisch nicht völlig bedeutungslos, sondern kann er in einzelnen Fällen juristische Erheblichkeit gewinnen: so etwa, wenn ein Tier zur Übermittlung einer Willenserklärung benutzt wird (als "Bote"), so wenn einem gezähmten Tier das Zurückkehren an den ihm bestimmten Ort abgewöhnt wird, oder wenn ein Tier als Werkzeug für ein Delikt dient, besonders wenn dabei die Haftung des Tierhalters in Frage kommt. Kann man so die Möglichkeit juristisch erheblichen Zwanges auf Tiere nicht leugnen, so ist doch nicht zu verkennen, dass diese Einwirkungen sporadischen Charakter tragen, und durchaus nicht dem Zwang gegenüber Menschen parallelisiert werden können. Nur beim Menschen kommt der Frage nach dem Zwang eine zentrale Bedeutung zu. Für eine systematische Untersuchung über die Lehre vom Zwange kommt als Objekt des Zwanges lediglich der Mensch in Betracht¹⁶.

B. Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs

Nach *Krey* ist es möglich, die Entwicklung des Gewaltbegriffs im deutschen Strafrecht in drei Phasen zu bewerten¹⁷. Unter Berücksichtigung dieser Phasen werden wir versuchen, die Entwicklung des Gewaltbegriffs in rechtsvergleichender Sicht aufzuzeigen.

1. Erste Phase: Gewalt als körperliche Kraft

Deutsches Reich Gericht (RG) hat sich in seiner Rechtsprechung auf eine Gewalt-Definition bezogen, die sich an der körperlichen Kraft des Täters orientierte¹⁸: "Durch Anwendung körperlicher Kraft erfolgte Beseitigung eines tatsächlich geleisteten oder bestimmt erwarteten und deshalb von vornherein durch Körperkraft zu unterdrückenden Widerstandes¹⁹".

Danach war Gewalt der körperlich (physisch) vermittelte Zwang, wobei die Körperlichkeit des Zwanges nach dem Angriffsverhalten des Täters bestimmt wurde, nicht nach der Auswirkung auf das Opfer²⁰.

Weiterhin lehnte das RG ab, in der Anwendung von Hypnose eine nötige Gewalt zu sehen²¹.

16 F. K. Neubecker, *Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung*, Band I, Grundlagen, Der Zwang im öffentlichen Recht, Leipzig, 1910, s. 1.

17 Krey, Rn.31.

18 Küper, Wilfried, *Strafrecht Besonderer Teil*, 8., neu bearbeitete Aufl., C.F. Müller, 2012, s. 171.

19 Huhn, S. 36.

20 Krey, Rn.32.

21 Krey, Rn.33.

Diese Deutung des Gewaltbegriffs hatte zur Folge, dass das RG z.B. die Anwendung von der Betäubungsmittel nicht als Gewalt wertete, wenn diese Mittel dem Opfer gewaltlos beigebracht wurden. D.h. wer einen Schlafenden mit einem Narkotikum betäubte, beging danach keine Nötigung mit Gewalt²².

Im österreichischen und schweizerischen Strafrecht hat sich der Gewaltbegriff in die gleiche Richtung entwickelt und in der ersten Phase wird er als physischer Gewalt verstanden²³. In Fällen, in denen eine Reihe mechanischer, chemischer Werkzeuge verwendet werden, wurde als Gewalt definiert²⁴. In der schweizerischen Praxis wird beispielsweise der Einsatz von Tränengas oder anderen Mitteln und das Hypnotisieren auch als Gewalt betrachtet²⁵.

Gemäß der traditionellen Auffassung wird Gewalt im türkischen StGB (Nötigung §108, nach der Begründung des Artikels) als „*die Verwendung physischer Kraft gegen die Person, die eine zwingende Wirkung auf den Willen und das Verhalten von ihm oder einem Dritten erzeugt*“ definiert. Nach dieser Deutung des Gewaltbegriffs erfordert die Gewalt eine physische Kraft²⁶. Diese Erklärung reicht jedoch im Hinblick auf das gesamte Konzept der Gewalt nicht aus. Denn die Bewertung der Gewalt als Zwangsmittel erfordert zudem die Berücksichtigung ihrer Wirkung auf Gezwungene.

2. Zweite Phase: Gewalt als körperliche Zwangswirkung beim Opfer zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstandes

Die zweite Phase hat sich als eine Bewertung des Verhaltens des Täters im Rahmen der Gewalt entwickelt, die eine zwingende Wirkung auf den Körper des Opfers verursacht²⁷.

Dieser Ansatz wurde erstmals in Deutschland in den frühen 1900er Jahren verteidigt. In diesem Rahmen stellte *Winkler* fest (1908), wenn die Gewalt als Zwangsmittel betrachtet wird, bezeichnend bei der Gewalt ist die erzwunge-

22 Krey, Rn.33.

23 Sautner, Lyane, *Die Gewalt bei der Nötigung*, neuer wissenschaftlicher Verlag, Wien, 2002, s. 54 ff.; Frank Schürmann, *Der Begriff der Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1986, s. 6 ff.

24 Sautner, s. 92.

25 Schürmann, s. 12.

26 Der Kassationshof hat die Gewalt in ähnlicher Weise beschrieben: „*Es ist klar, dass die Angeklagten Gewalt verwendet, die Verletzung am Kopf des Opfers verursacht. So verhinderten die Angeklagten das Opfer aus seiner Freiheit*“ (türkischer Kassationshof, Große Strafkammer, v.11.7.2014, 1-133/352). Siehe auch Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 2014, s. 377.

27 Dieses Kriterium ist ein wesentliches Merkmal der Gewalt und ist wichtig, um Gewalt von anderen Willensbeeinflussende und besonders zwanglose Ursachen zu unterscheiden.

ne Wirkung²⁸. Es ist nicht erforderlich, dass der geleistete Widerstand erst durch Aufbietung körperlicher Kräfte bezwungen wird, es kann dem erwarteten dadurch zuvorgekommen werden, dass man ihn vor vornherein unmöglich macht, z.B. Betäubung durch Binden oder Fesseln eines Schlafenden²⁹.

Die Auffassung, die die Gewalt als körperliche Zwangswirkung auf das Opfer ansieht, wird in der Praxis auch vom Bundesgerichtshof (BGH)³⁰ angenommen. Nach dieser Entscheidung ist die körperliche Kraft kein obligatorisches Element, sondern kann sie auch durch die Anwendung der sich direkt auf den Körper des Opfers auswirkenden Werkzeuge ausgeübt werden. In diesem Zusammenhang erfasst der Gewaltbegriff sowohl das Beibringen von Rausch- und Betäubungsmitteln als auch Narkose und Hypnose etwa zu dem Zweck, das Opfer zur Duldung von Straftaten zu zwingen³¹.

Der Kassationshof der Türkei hat auch in seinen Entscheidungen³² (bei der Raub-§148 trStGB-) das Betäubungsmittel als Gewalt akzeptiert. Es ist festzustellen, dass diese Annahme das Ergebnis der Aussage des Artikels 148 Abs.3 trStGB ist: *“Als Gewalt gilt beim Raub jegliches Mittel, das geeignet ist, das Opfer in einen Zustand der Bewusstlosigkeit und Wehrlosigkeit zu versetzen.”* Dieser Artikel regelt eine hypothetische Gewalt. Anders gesagt ist dies eine besondere Regelung und kann nicht verwendet werden, um die allgemeine Bedeutung der Gewalt zu bestimmen.

Im österreichischen- und schweizerischen Strafrecht werden ähnliche Fälle als Gewaltanwendung akzeptiert (z.B. Tränengas, Schlafmittel). In Entscheidungen des Obergerichts der Schweiz besteht jedoch die Tendenz, akustische Effekte wie Schreien und Lärm machen im Rahmen der Gewalt zu bewerten³³. Da sie seelischen Druck auf das Opfer bewirken, sollten sie jedoch nicht als Gewalt, sondern als Drohung betrachtet werden³⁴.

Im deutschen Strafrecht ist die Nötigung (mit Gewalt oder Drohung) im Straßenverkehr auch möglich (beispielsweise durch zu dichtes Auffahren)³⁵.

28 Winkler, s. 38, 39.

29 Winkler, s. 39.

30 BGHSt 4, 129, 51, v. 05.04.1951 (NJW 1951, s. 532).

31 Müller, s. 13; Cornelia Röthlein, *Der Gewaltbegriff im Strafrecht -unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte-*, München 1986, s. 53; Rudolf Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II (Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit)*, C.H Beck, München, 2014, §23, Rn.25.

32 Bspw. türkischer Kassationshof, 6. Strafsenat, v. 17.1.2012-9428/232.

33 Jörg Rehberg, Niklaus Schmid, Andreas Donatsch, *Strafrecht III (Delikte gegen den Einzelnen)*, Achte, teilweise neu bearbeitete Aufl., Schultess, Zurich, 2003, §52, s. 363, 364.

34 Rehberg, Schmid, Donatsch, s. 364.

35 BGHSt 4, 529, 63 (NJW 1964, s. 1426).

Fall: Der Angeklagte hatte den vor ihm auf der Überholspur der Autobahn fahrenden X durch dichtes Auffahren (bei einer Geschwindigkeit von ca. 105 km/h) i.V.m. andauernden Schall- und Lichtzeichen bedrängt, und zwar auf einer Strecke von 2 bis 3 km. X hatte schließlich, weil er nervös und unsicher geworden war, die Überholspur geräumt. Auf beiden Fahrspuren befand sich zur Tatzeit eine "Fahrzeugkette".

Der BGH sah in dem Verhalten des Angeklagten eine Nötigung mit Gewalt und führte dazu aus³⁶:

"Deswegen liegt es nahe, dass unter derartigen Umständen ein durchschnittlicher Kraftfahrer In Sorge und Furcht geraten und nervös und fahrunsicher werden kann. . . In einem solchen Falle übt der dergestalt Auffahrende daher körperlichen Zwang aus und wendet damit Gewalt an".

Im türkischen Strafrecht werden solche Fälle als Verbrechen der vorsätzlichen Gefährdung der Verkehrssicherheit (§179 Abs.2 trStGB) oder Störung des Friedens und der Ruhe von Personen angesehen (§123 trStGB)³⁷.

3. Dritte Phase: "psychischer Zwang" als Gewalt

Nach dem BGH und einem Teil des Schrifttums ist zu fordern, dass die Zwangswirkung der Gewalt eine physische Natur hat. Den Hauptanstoß zu dieser Annahme, die die dritte Phase in der Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs kennzeichnet, stützt sich auf die Entscheidung des BGH vom 8. August 1969³⁸, die als „Laepple-Urteil“ bekannt ist³⁹. In dieser Entscheidung wird der Schluss einer Straße durch eine Sitzblockade als Gewalt im Rahmen des seelischen Zwanges akzeptiert.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat zuletzt 1995 entschieden, dass eine so weite Auslegung der Gewalt besonders in Bezug auf Sitzblockade Fälle gegen die Verfassung verstößt (gegen Versammlungsfreiheit). Nach BVerfG kann Gewalt nicht weit ausgelegt werden, um jede Art von Gewalteinsetz abzudecken. Wenn es hier eine Lücke in der Bestrafung gibt, muss sie vom Gesetzgeber geschlossen werden⁴⁰.

Nach dieser Entscheidung des BVerfG beschrieb der BGH das Vorgehen des Fahrers als Gewalt, die die anderen Fahrzeuge dazu zwingt, durch plötzliches Bremsen außerhalb der Verkehrsanforderungen anzuhalten. In dieser

36 BGHSt 4, 19, 263.

37 türkischer Kassationshof, 12. Strafsenat, v. 25.10.2011-5602/3661.

38 BGHSt 2, 23, (NJW 1969, s. 1770 ff.).

39 Diskussionen über den Inhalt des Gewaltbegriffs haben ihren Höhepunkt mit der Laepple Entscheidung erreicht (Thomas Dingeldey, "Störung von Vorlesungen", *NSZ* 1982, s. 161).

40 BVerfG 92/1, v. 10.01.1995 (*NJW* 1995, s. 1811).

Entscheidung stellte das BGH fest, dass sich die Entscheidung des BVerfG ausschließlich auf eine weite Auslegung des Gewaltbegriffs im Rahmen von Straßensperrungen bezieht. Die Anwesenheit von Demonstranten bei der Veranstaltung, die der Entscheidung der BVerfG unterliegt - die Anwesenheit von Demonstranten – hat einen seelischen Einfluss auf die Fahrer. Dass ein Fahrer jedoch absichtlich andere Fahrer durch Bremsen anhält, bedeutet eine direkte körperliche Wirkung. Diese Handlung kann als Gewalt akzeptiert werden⁴¹.

Die bislang weiteste Fassung des Gewaltbegriffs geht auf die Arbeit des Knodels zurück. Knodel verzichtet auf das Kriterium der Körperlichkeit der Zwangswirkung und gelangt zu folgender Definition der nötigen Gewalt⁴²:

“...jedes Vorgehen, das bestimmt und geeignet ist, einen tatsächlich geleisteten oder als bevorstehend erwarteten Widerstand des zu Nötigenden dadurch zu überwinden, dass ihm ohne sein Einverständnis die Willensbildung oder die Willensbetätigung unmöglich gemacht oder durch gegenwärtige Zufügung empfindlicher Übel die Freiheit der Willensentscheidung genommen wird.”

Diese Definition bestimmt den Inhalt der Gewalt auf der Grundlage von zwei Faktoren:

i) Ob der Täter direkte körperliche Gewalt gegen das Opfer einsetzt, spielt bei der Strafbarkeit des Angriffs keine Rolle. Was hier strafbar ist, ist die Anwendung von Druck in einer Weise, die den Widerstand bricht⁴³.

ii) Nach der herrschenden Meinung können die Handlungen, die gerade durchgeführt werden, aber keine Auswirkungen auf den Körper des Opfers haben, nicht als Gewalt angesehen werden. Sie fallen aber auch nicht unter den Begriff der Drohung, da sie das Opfer nicht in seiner zukünftigen, sondern nur in seinen momentanen Handlungsweisen beeinflussen. In Bezug auf die Bestrafung kann dies deshalb als eine Lücke angenommen werden⁴⁴.

C. Kritik

Würde die Gewalt als die Anwendung eines zu diesem Zeitpunkt bewirkenden Übels definiert werden, so wäre es sehr schwierig, die Gewalt von der Bedrohung zu trennen. Der Hauptgrund für die weite Definition des Gewaltbegriffs ist die physische Kraft und die Ausschließung ihrer Auswirkungen auf das Opfer. Die Erweiterung der Bestrafung sollte als unvermeidliche Folge dieser Definition betrachtet werden.

41 BGHSt 4, 725, 94, v. 30.03.1995 (NJW 1995, s. 3131 ff.).

42 Knodel, s. 59.

43 Knodel, s. 63.

44 Knodel, s. 54.

Die weite Auslegung wird einerseits dem Analogieverbot widerstehen, andererseits wird sie dem Gesetzgeber die Aufgabe auferlegen, jede Verletzung des Rechtswerts zu bestrafen⁴⁵.

Die weite Auslegung des Gewaltbegriffs sollte deshalb kritisiert werden, weil sonst dies heißen würde, als ob es eine Bestimmung im Strafgesetzbuch gibt, die besagt, dass „jeder, der die irgendwelche Freiheit von jemandem verletzt, wird bestraft „.

Es ist schwierig zu erklären, wie die in dieser Definition verwendete Anforderung, „*erwarteter Widerstand des Opfers*“, in Bezug auf folgende Fälle⁴⁶ verwirklicht:

i) Um den lahmen A am Weggehen zu hindern, nimmt B ihm seine Krücken weg;

ii) B zerschneidet dem Kraftfahrer A die Reifen oder lässt das Benzin ab, damit A nicht wegfahren kann;

iii) B, der verhindern will, dass A nach Australien auswandert, entwendet die Fahrkarte;

iv) B nimmt dem sterbenden A die Brille weg, damit dieser in der letzten Nacht seines Lebens kein neues Testament abfassen kann, oder er entfernt zum selben Zweck die elektrischen Sicherungen oder schafft sämtliches Schreibgerät weg;

v) Nachdem B den A verschiedentlich vergeblich ersucht hat, das Tennisspielen zu unterlassen, gräbt er dessen Platz um.“

Nach meiner Meinung können einige der solchen Verhaltensweisen im Zusammenhang mit den verschiedenen Delikten, [z.B. Freiheitsberaubung durch Betrug oder mit anderen Mitteln (i), Sachbeschädigung (ii)] bewertet werden.

Ansonsten führt die Auslegung der Gewalt, die auf unter Berücksichtigung eines noch nicht bestimmten Verhaltens des Opfers beruht, zur Erweiterung der Bestrafung. z.B. im Fall “Wegnehmen die Brille, um das Schreiben des Willens zu verhindern” ist es möglich, dass das Opfer darauf verzichtet, das Testament zu schreiben. Die Bestrafung dieses Verhaltens birgt die Gefahr, vorbeireitende Handlungen zu bestrafen. In dieser Hinsicht ist es notwendig, dieses Verhalten nur im Zusammenhang mit Diebstahl zu bewerten.

Ähnlich kritisiert *Haffke* zu Recht die weite Auslegung des Gewalt-

45 Geschütztes Rechtsgut kann nur ein Auslegungsmittel zur Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens sein. (Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul, 1985, kn.471).

46 Knodel, s. 48.

begriffs⁴⁷: “Zwei Jurastudenten zur Anfertigung einer Hausarbeit aus der Universitätsbibliothek eine bestimmte Abhandlung. Der eine kommt dem anderen zuvor und leiht sich das Buch als erster aus. Hier ist dem zweiten die entsprechende Willensbetätigung unmöglich gemacht worden. Sofern der zweite nur absichtlich gehandelt hat, läge nach Knodel (nach weiter Auslegung) Gewalt aus.”

Also sollte Gewaltbegriff nicht in einer Weise angesprochen werden, die die Grenzen dieses Begriffs erweitert.

D. Eigene Begriffsbestimmung

Nach meiner Meinung soll die Gewalt nach einem engen Verständnis dargestellt werden. Daraus sowie den oben genannten Diskussionen über den Begriff der Gewalt ergibt sich die folgende Definition, die sowohl “vis absoluta” als auch “vis compulsiva” umfasst:

“Gewalt ist die vollständige rechtswidrige Beseitigung der Willensbildung oder Willensbetätigung des Opfers, indem eine körperliche Kraft des Täters direkt auf das Opfer verwendet (vis absoluta) oder mit der rechtswidrigen körperlichen Kraft des Täters das Opfer zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt wird (vis compulsiva)”

Fazit

Es gibt keinen Unterschied zwischen Körperverletzung und Nötigung außer dem „Zweck der Tat“⁴⁸. In der Begründung zu §108 trStGB (Nötigung) wird dies wie folgt hervorgehoben:

„Nötigung stellt auch das Verbrechen der vorsätzlichen Körperverletzung dar. Im Gegensatz zur Körperverletzung wird die Nötigung jedoch auf die Person angewendet, um ein Tun, Unterlassen oder eine Duldung zu erreichen“.

Es ist etwas Positives, den Inhalt der Gewalt dadurch zu bestimmen, indem sie in der Verbindung mit Körperverletzung geregelt wird. Im deutschen Recht gibt es sowohl in der Lehre als auch in der Praxis ernsthafte Debatte, vor allem deswegen, weil es im deutschen Recht keine solche Entschlossenheit gibt und dies führte zu Ungewissheit und einer sehr breiten Diskussion über dem Begriff der Gewalt⁴⁹.

47 Bernhard Haffke, “Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel”, *ZStW* 84 (1972), s. 37.

48 Koca, s. 142.

49 Ähnlich siehe Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 590.

LITERATUR

- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2014.
- Bergmann, Alfred, *Das Unrecht der Nötigung (§240 StGB)*, 1983.
- Boeckmann, Otto, “Was ist Gewalt?”, *JZ* 1986.
- Callies, Peter, *Der Begriff der Gewalt im Systemzusammenhang der Straftatbestände*, 1974.
- Dingledey, Thomas, “Störung von Vorlesungen”, *NStZ* 1982.
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, İstanbul, 1985.
- Erem, Faruk, “Ceza Hukukunda Cebir Kavramı”, *Yargıtay Dergisi*, C.16, Ocak-Nisan 1990, Sayı 1-2.
- Ernst Träger, Gerhard Altwater, §240, in: *Leipziger Kommentar*, Sechster Band, 11. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2005.
- Haffke, Bernhard, “Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel”, *ZStW* 84 (1972).
- Helmke, Ludwig F., *Der Begriff der Gewalt im Reichsstrafrecht*, Berslau, 1895.
- Huhn, Andreas, *Nötigende Gewalt mit und gegen Sachen*, Nomos, Baden und Baden, 2007.
- Joecks, Wolfgang, *Strafgesetzbuch -Studienkommentar-*, §240, 10. Aufl., C.H. Beck, München, 2012.
- Keller, Rainer, *Strafrechtlicher Gewaltbegriff und Staatsgewalt, Strafrechtliche Abhandlungen*, Neue Folge-Band 45, Duncker Humblot, Berlin, 1982.
- Knodel, Klaus Dietel, *Der Begriff der Gewalt im Strafrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München-Berlin, 1962.
- Koca, Mahmut, *Yağma Cürümleri*, Ankara, 2003.
- Koca, Mahmut; Üzülmmez, İlhan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2016.
- Krey, Volker, “Zum Gewaltbegriff im Strafrecht”, in: *Was ist Gewalt? Band I* (Volker Krey-Friedhelm Neidhart), 1986.
- Krey, Volker; Hellmann, Uwe; Heinrich, Manfred, *Strafrecht Besonderer Teil Band I*, 15., völlig neubearbeitete Aufl., Kohlhammer, 2012.
- Küper, Wilfried, *Strafrecht Besonderer Teil*, 8., neu bearbeitete Aufl., C.F. Müller, 2012.
- Küpper, Georg, *Strafrecht Besonderer Teil I*, zweite, neu bearbeitete Aufl., Springer, 2001.
- Matt, Hogler; Renzikowski, Joachim, *StGB Kommentar, §240*, Franz Vahlen, München, 2013.
- Maurach, Reinhart; Schroeder, Friedrich Christian; Maiwald, Manfred, *Strafrecht*

Besonderer Teil, Teil Band I, 10., neue bearbeitete Aufl., C.F Müller, 2009.

- Müller, Kurt, *Gewalt und verwandte Begriffe im Reichsstrafgesetzbuche*, Juristische Verlagsbuchhandlung Dr. jur. Frensdorf, Berlin, 1913.
- Neubecker, F. K., *Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung*, Band I, Grundlagen, Der Zwang im öffentlichen Recht, Leipzig, 1910.
- Önder, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, İstanbul, 1987.
- Rehberg, Jörg; Schmid, Niklaus; Donatsch, Andreas, *Strafrecht III (Delikte gegen den Einzelnen)*, Achte, teilweise neu bearbeitete Auflage, Schulthess, Zurich, 2003.
- Rehberg, Jörg; Schmid, Niklaus; Donatsch, Andreas, *Strafrecht III (Delikte gegen den Einzelnen)*, Achte, teilweise neu bearbeitete Aufl., Schulthess, Zurich, 2003.
- Rengier, Rudolf, *Strafrecht Besonderer Teil II (Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit)*, C.H Beck, München, 2014.
- Röthlein, Cornelia, *Der Gewaltbegriff im Strafrecht -unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte-*, München 1986.
- Sautner, Lyane, *Die Gewalt bei der Nötigung, neuer wissenschaftlicher Verlag*, Wien, 2002.
- Schürmann, Frank, *Der Begriff der Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1986.
- Schuster, Eva Maria; Schäfer Hohmann, Maria; Müller Geib, Werner, *Gewalt Eine interdisziplinäre Betrachtung*, EOS Verlag, St. Ottilien, 2009.
- Seiler, Robert, “Die Gewalt als Mittel zur Nötigung”, in: *Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1989.
- Sinn, Arndt, “Die Nötigung”, *JuS* 2009.
- Sinn, Arndt, *Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts*, Nomos, Baden-Baden, 2000.
- *Türk Hukuk Lügatı*, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.
- v. Heintschel Heinegg, Bernd, *Die Gewalt als Nötigungsmittel im Strafrecht*, 1975.
- Winkler, Ernst, *Der Begriff der Gewalt im Strafrecht*, Breslau, 1908.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Belirtilen Temel İlkelerden Gizlilik İlkesi*

Confidentiality Principle from Among the Fundamental Principles in the Public Procurement Law Numbered 4734

Asuman ÇAPAR**

ÖZ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen kamu kurum ve kuruluşları yapım işleri, hizmet veya mal alımları ihaleleri konusunda bu Kanun'da belirtilen kamu ihale usulünü kullanmaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda kamu ihale sürecinin hukuka uygun bir şekilde yürütülebilmesi için çeşitli ilkeler öngörülmüştür. Bu ilkeler temel olarak kamu hizmetinin verimli ve etkin olarak yürütülmesi amacıyla benimsenmiştir. Bu ilkelerden birisini *gizlilik ilkesi* oluşturmaktadır. Bu çalışmanın amacı Kamu İhale Kanunu'nda belirtilmiş olan ihale aşamasında uygulanması gereken temel ilkelerden *gizlilik ilkesinin* ne olduğunu ortaya koymaktır. Gizlilik ilkesi Kamu İhale Kanunu'nda belirtilmiş olan sınırlı bazı alanlarda uygulanmaktadır. Temel olarak ihale sürecinde yaklaşık maliyetin, tekliflerin, buna ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliği ilkesi; bunların açıklanması yasağı hakimdir. Bununla birlikte yaklaşık maliyetin gizliliğinin gerekliliği konusu tartışılmaktadır. Gizlilik ilkesinin ihlal edilmesi halinde, ihlal edenler bakımından çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Kamu İhale Kanunu, kamu ihalesi, Kamu İhale Kanunundaki temel ilkeler, gizlilik ilkesi, yaklaşık maliyet.

ABSTRACT

The public institution and establishments specified in the Public Procurement Law numbered 4734 use the public procurement procedure indicated in this Law for construction works, service and product procurements. Various principles have been set forth in the Public Procurement Law numbered 4734 in order to ensure that the public procurement process can be conducted in accordance with the law. These principles have been adopted to ensure that the public service can be carried out in an efficient and effective manner. *Confidentiality principle* is one of these principles. The aim of the present study was to put forth what the *confidentiality principle* is from among the fundamental principles set forth in the Public Procure-

* Makale gönderim tarihi: 09.11.2020. Makale kabul tarihi: 11.12.2020. Asuman Çapar, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Belirtilen Temel İlkelerden Gizlilik İlkesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s. 87-117; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.2.08>.

** Öğr. Gör. Dr., Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İletişim: acapar@cumhuriyet.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7870-0811>.

ment Law which should be implemented during the procurement stage. The confidentiality principle is implemented in certain limited areas indicated in the Public Procurement Law. In principle, confidentiality and the prohibition to disclose the approximate cost, quotations, related information and documentation prevail during the procurement process. The necessity for the confidentiality of approximate cost is also under discussion. Various enforcements have been envisaged for those who breach the confidentiality principle.

Keywords: Public Procurement Law, public tender, fundamental principles in the Public Procurement Law, confidentiality principle, approximate cost.

Giriş

İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetleri günümüzde oldukça artmıştır. Kamu hizmetlerinin çeşitlenmesi, ihtiyaçların çoğalması ve nüfusun artması gibi nedenlerle bütün kamu hizmetlerinin kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülmesi güçleşmiştir. Bu nedenle kamu kurum ve kuruluşları, yürütülmesi gereken bazı işleri ve hizmetleri özel hukuk kişileri vasıtasıyla yerine getirmektedir.

Özel hukuk kişilerine kamusal ihtiyaçların karşılanmasında başvurulması giderek artmaktadır. Çeşitlenen kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla kamu sektörü, özel sektörden büyük oranda mal ve hizmet almaktadır. Bu amaçla idare ile özel hukuk kişisi arasında sözleşme yapılmaktadır. İdare, akdedeceği sözleşmelerde karşı tarafı belirleme konusunda tam bir serbestiye sahip olmayıp ilgili kanunlar uyarınca öngörülen usullere uymak zorundadır. İdarenin, yapım işini ve mal ya da hizmet alımını gerçekleştirmek üzere istekliler arasından birisini seçme konusunda, faaliyete geçme aşamasından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan aşamalar ihale sürecini oluşturur.

Kamu ihaleleri yolsuzluklardan uzak bir yönetimin ve kamu kaynaklarının etkili bir şekilde kullanılmasının araçlarından birisi olarak görülmektedir.¹ Bu nedenle idare tarafından sıklıkla kullanılan bir usuldür. Kamu ihalelerinde hedeflenen temel amaç kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Kamu ihale işlemlerinde hukuka uygunluğun sağlanarak en yüksek verimin elde edilmesi ile kamu yararı gerçekleşir.

1 Arif Köktaş, Fatih Karaosmanoğlu, Veysel K. Bilgiç, *Yolsuzluğun Önlenmesi İçin Etik Projesi Kamu İhaleleri ve Etik*, T.C. Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Ankara, Ekim 2009, sayfa (s.) 1.

İhale konusunda idarenin tabi olduğu temel kanunlardan birisi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunudur² (Kamu İhale Kanunu).³ İhalelerin hukuka ve amacına uygun yapılması için Kamu İhale Kanunu'nda pek çok ilke benimsenmiştir. İhaleleri yaparken idarenin bu temel ilkelere uyması zorunludur.⁴ Böylelikle Kamu İhale Kanunu kapsamına giren kurum ve kuruluşların ihtiyaçlarının en uygun şekilde karşılanması amaçlanmaktadır.

Bu çalışma Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilmiş olan temel ilkelere gizlilik ilkesinin neyi ifade ettiğini ve kapsamını ortaya koymayı hedeflemiştir. Çalışmada öncelikle kamu ihalesi kavramı, devamında gizlilik ilkesinin ne anlama geldiği ve kapsamı açıklanmıştır. Gizlilik ilkesinin ihlali durumunda karşılaşılan yaptırımlara değinilmiştir. Çalışma yapılırken konu ile ilgili mevzuattan, literatürden, Kamu İhale Kurulu ve yargı kararlarından yararlanılmıştır.

I. Genel Olarak İhale Kavramı

İhale kavramı Arapça “*havale*” kavramından türetilmiş bir kavramdır ve “*bir işi birinin üzerinde bırakma*” anlamına gelmektedir.⁵ Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe Sözlüğünde ihale kavramı bir işi, malı veya benzerini birden fazla istekli içerisinden en uygun şartlarla almayı ya da yapmayı kabul eden kimseye verme, artırma ya da eksiltme olarak tanımlanmıştır.⁶ Danıştay ise ihale kavramının “*imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecindeki idarenin yaptığı bir dizi işlemleri*” ifade ettiğini belirtmiştir.⁷ İhale usulü özel hukuk alanında da kullanılabilir bir usul olduğu için kamu kurumları ve idareleri tarafından kullanılan ihale usulü *kamu ihalesi* olarak adlandırılmaktadır.

2 Resmi Gazete, Tarih: 22.01.2002, Sayı (S): 24648, Kabul Tarihi: 04.01.2002; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4734.pdf>, (28.02.2020).

3 Bu konuda idarenin tabi olduğu temel kanunlardan bir diğeri 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'dur. İhale usulünü düzenleyen bu temel kanunlar haricinde 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun gibi bazı kanunlarda da ihale usulüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan sözleşmelerin düzenlenmesiyle ve uygulanmasıyla ilgili esaslar ve usuller hakkında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uygulanmaktadır.

4 Cevdet Uysal, “İhale Kanununda Yer Alan Temel İlkelerin İhaleye Fesat Karıştırma Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı 147, 2018, s. 116; Sadettin Doğanıyığıt, *Açıklama-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 163; Murat Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 28.

5 İl Han Özyay, *Günüşünde Yönetim*, (İçinde: Oder), 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 549.

6 <https://sozluk.gov.tr/?kelime=>, (26.03.2019).

7 Danıştay 13. Dairesi, 2007/1724 Esas (E.), 2010/1168 Karar (K.), Karar Tarihi (KT): 10.02.2010; www.kazanci.com.tr, (25.08.2019).

Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde ihale kavramı bu Kanun kapsamına giren kamu alımları ve yapım işleri bakımından tanımlanmıştır. Burada ihale kavramı bu Kanun'da belirtilmiş olan usuller ve şartlar uyarınca yapım işlerinin, mal ya da hizmet alımlarının istekliler içerisinde seçilecek birisine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayı sonrasında sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanan işlemler olarak belirtilmiştir.

Genel olarak ihale kavramı kamu alımları ve yapım işleri haricinde daha geniş bir alanı kapsamakta olup, kamu mallarının kiralanması ve satımı konusunda⁸ da kullanılmaktadır. Bu durumda kamu ihaleleri, kamu hizmetlerini yürütmek için idarenin ihtiyaç duyduğu hizmetleri ve malları almak, yapım işlerini gerçekleştirmek, bununla birlikte idarenin mülkiyetinde bulunan malları kiralamak ya da satmak amacıyla imzalayacağı sözleşmelerin sürecini ve karşı tarafını belirlemesi konusunda uygulanan idari usul kurallarının tümünü ifade eder.⁹

İhale süreci ihaleye hazırlık aşaması ve ihale aşamasından oluşur. İhale süreci öncelikle ihaleye idare tarafından hazırlık yapılmasını gerektirir. Bu hazırlık ihale konusu işin tespiti ve buna uygun olarak ihale dokümanının hazırlanmasıdır. Kamu İhale Kanunu'na göre idare ihale konusu işi belirler, işin ayrıntılı tanımını ve teknik özelliklerini teknik şartnameyle düzenler, işin yaklaşık maliyetini hesaplar ve ödeneği teyit eder. Sonrasında uygun ihale usulünü belirleyip bu usule göre ihale dokümanını hazırlar. İhale onayının alınmasıyla birlikte ihale komisyonu kurulur ve ihale ilan edilir. Böylelikle hazırlık aşaması tamamlanmış olur.¹⁰ Bu hazırlıkların yapılmasından sonra ihale aşaması başlar. İhale aşamasında teklifler sunulur, sunulan teklifler değerlendirilir, sözleşme yapılacak istekli belirlenip sözleşmeye davet edilir ve sözleşmenin imzalanmasıyla ihale süreci sonuçlandırılır.¹¹

Aşağıda ifade edileceği üzere ihaleye hazırlık aşamasında hesaplanan yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesi söz konusudur. İhale aşamasında ise isteklilerin teklifleri ile buna ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliği söz konusudur. Bu bilgi ve belgelerin gizliliği, tekliflerin açılma zamanına kadar olan süreç için geçerli olup, bu aşamadan sonra bunların gizliliği söz konusu değildir.

8 Örneğin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu...

9 Serkan Seyhan, *4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 8

10 Sezginer, s. 81-82.

11 A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku-Genel Esaslar*, Cilt 1, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 524.

II. Kamu İhale Kanunu'na Göre Gizlilik İlkesinin Anlamı ve Kapsamı

Kamu İhale Kanunu'nda ihale aşamasında bu süreçte yapılacak işlemlerde uyulması gereken birtakım ilkeler belirtilmiştir. Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan ihalelerin bu ilkelere uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu ilkeler Kamu İhale Kanunu'nun “*Temel ilkeler*” başlıklı 5. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre;

“İdareler, bu kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.

Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.

Bu kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılmaz.

İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur. Ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporu aranmaz.”

Kamu İhale Kanunu bu ilkeler üzerine inşa edilmiştir ve ihalelerin bu ilkelere uygun olarak yapılması amaçlanmıştır.¹² İhale aşamasında bu ilkelere uyulmaması durumunda ihale sakatlanacaktır. Fakat eşitlik ilkesi, gizlilik ilkesi gibi bazı ilkelere uyulmaması 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda¹³ (Türk Ceza Kanunu) düzenlenmiş olan ihaleye fesat karıştırma suçu gibi suçlar bakımından ayrıca önem arz eder.¹⁴ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki bu ilkelere getirilmiş bazı istisnalar vardır. Örneğin “İdarelerin Yabancı Ülkelerdeki Kuruluşlarının Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerine İlişkin Esaslar” başlıklı 2004/8030 sayılı Bakanlar Kurulu kararının 5. maddesi ile güvenliği gerektiren ya da gizliliği olan durumlarda ilgili bakanın onayıyla bu ilkelere uyulmayabileceği şeklinde bir istisna getirilmiştir.¹⁵

12 H. Eyüp Özdemir, “Kamu İhale Kanunu'nda ‘Rekabet’ İlkesi”, *Sağlık Hukuku İlaç Sektöründe Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Sempozyumu*, 02.05.2008, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2008, s. 25.

13 Resmi Gazete, Tarih: 12/10/2004, S:25611; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, (15.09.2020).

14 Uysal, s. 116.

15 Resmi Gazete, Tarih: 04.11.2004, S: 25633; <https://teftis.ktb.gov.tr/TR-14305/idarelerin-yabanci-ulkelerdeki-kuruluslarinin-mal-ve-hi-.html>, (17.02.2020).

İhaleye hakim olan birtakım ilkelerin gerçekleşmesi için ihale sürecinde bazı konularda gizliliğin sağlanması gerekmektedir.¹⁶ Bu ilkeler eşit muamele ilkesi, rekabet ilkesi ve güvenilirlik ilkesi gibi ilkelerdir. Bu kapsamda aşağıda ifade edildiği üzere ihale sürecinde uyulması şart koşulmuş olan ilkelerin birbirini destekler nitelikte olduğu, birbirinden tamamen ayrı ilkeler olmadığı görülmektedir.

A. Gizlilik İlkesinin Anlamı

Gizlilik ilkesi ihale sürecinin objektif bir şekilde işlemesi için sınırlı ve belirli konularda getirilmiştir.¹⁷ Gizlilikten kastedilen ihalenin gizli bir şekilde yapılıp, tekliflerin gizli bir şekilde açılması değildir.¹⁸ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre gizlilik ilkesi ihale sürecinde tespit edilen yaklaşık maliyetin ve isteklilerin teklifleri ile buna ilişkin bilgi ve belgelerin açıklanması gereken zamana kadar gizliliğini ifade eder. Bunların ifşası yasaklanmıştır ve bu yasağa aykırı davranışlar yaptırma bağlanmıştır.

Gizlilik ilkesi, ihale işlemlerini gerçekleştiren görevlilerin ve danışmanlık hizmeti sunanların gizlilik ilkesi kapsamında kalan hususlarda vakıf olduğu, ihale sürecine ve isteklilere ait açıklanması sakıncalı olan bilgilere ilişkin olarak uygulanır. Tekliflerin açıklanması aşamasına kadar gizli kalması gereken yaklaşık maliyetin, isteklilerin tekliflerinin ve buna ilişkin bilgi-belgelerin gizliliğini ifade eder.¹⁹ Bu ilke ihale sürecine hukuka aykırı müdahaleler yapılmasını engelleyerek isteklilere ve üçüncü kişilere ihale süreci sonuna kadar açıklanması gereken bilgi ve belgelerin muhafaza edilmesini sağlar.²⁰

Gizlilik ilkesi, aynı zamanda güvenilir bir ihale sistemini de gerçekleştirmeye hizmet eder. Fakat gizlilik ilkesinin Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen çerçevede kalması gerekir.²¹ Çünkü ihale sürecinde geçerli olan temel ilkelerden biri-

16 Ümit Süleyman Üstün, Hande Sena Çalış, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2018, s. 126; Sezginer, s. 809; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 526.

17 Zülfü Kılıç, *Kamu İhale Kılavuzu*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2018, s. 804-806; Ayşe Esin Sancar, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi”, *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2014, s. 165; Yaşar Gök, “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, *Dış Denetim Dergisi*, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s. 17.

18 Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 120.

19 H. Hüseyin Gürhan, Namık Dağalp, Vural Şahbenderoğlu, Atilla İnan, *Son Değişikliklerle Soru ve Cevaplı Kamu İhale Hukuku*, Merkez Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 24.

20 Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Halit Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Hüseyin Melih Çakır, Özge Okay-Tekinsoy, *İdare Hukuku*, (İçinde: Özdemir), Editör: Turan Yıldırım, 8. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 721-722.

21 Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2005, s. 71, (İhale İşlemleri).

si ihalenin saydam olmasıdır.²² Gizlilik ilkesi saydamlık ilkesiyle çelişiyor gibi görünse de bu ilkeyle korunan gizlilik, ihale sürecinin objektif ve hukuka uygun bir biçimde yürütülmesiyle sınırlı bir çerçevededir. Bu sınırlar Kamu İhale Kanunu'nda belirlenmiş olup bunların haricinde saydamlık ilkesinin ihlali anlamına gelecek bir gizlilik uygulaması söz konusu değildir.²³

Kamu ihalelerinde saydamlık ilkesi, aksi kanunda düzenlenmediği sürece ihale sürecindeki bütün işlemlerin ilgililerin bilgisine, gözetimine ve denetimine açık olarak yapılmasını, ihaleye katılan tüm isteklilere eşit muamele edildiğinin, ihale işlemlerinin kamu ihale mevzuatına uygun olarak yapıldığının açıkça anlaşılabilmesini ifade eder.²⁴ Saydamlığın sağlanması için ihalenin ilan edilmesi ve tekliflerin aleni bir şekilde açılması gerekir.²⁵ Saydamlık ilkesi ihalelerin isteklilerin yanı sıra yapılan ihalede hazır olan kişiler önünde açık olarak yapılmasını ve ihale dışında kalan ya da teklifi uygun bulunmayan isteklilerin istemesi halinde yazılı şekilde gerekçelerin bildirilmesini gerektirir.²⁶ Gizlilik ilkesi kapsamına girenler haricinde kalan diğer işlemler ve işler isteklilere açık bir biçimde gerçekleştirilmez. Ayrıca ihalenin neticesiyle ilgili gerekçeli bilgi verilmeli ve ihalenin sonucu ilan edilmelidir.²⁷

B. Gizlilik İlkesinin Kapsamı

Kamu İhale Kanunu'nun 9., 60. ve 62. maddesi uyarınca gizlilik ilkesinin kapsamına yaklaşık maliyetin gizliliği, teklif ve teklife ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliği; 53. ve 61. maddesi uyarınca gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin ifşası yasağı girmektedir. Bunlar aşağıda incelenecektir.

22 Ömer Gedik, "Kamu İhalelerine Hakim Olan İlkeler", Yücel Oğurlu, Ömer Gedik, Eren Kalanyuva, Esra Doğan, Zeynep Çelik, M. Serdar Saltabaş, İdris Kaydul, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Kamu İhale Uygulamaları*, Editör: Yücel Oğurlu, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2011, s. 166.

23 Gök, s. 17.

24 Kamu İhale Kurulu, 2010/UM.I-3864, KT: 21.12.2010, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.10.2020; Bu çalışmada kullanılan erişim adresi belirtilmeyen Kamu İhale Kurulu kararlarının tümü "https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx" adresinden, belirtilen tarihte alınmıştır.

25 Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 444.

26 Sezginer, s. 807.

27 Gök, s. 13-14; Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.II-2428, KT: 05.10.2016; "...saydamlık ilkesi, ihale ilanının herkes tarafından görülebilmesini, ihale dokümanının ihaleye katılmak isteyen herkes tarafından görülüp satın alınabilmesini, gizlilik şartı bulunan işlemler dışındaki işlemlerin istekliler tarafından bilinmesini teminat altına alan bir ilkedir...".

1. Yaklaşık Maliyetin Gizliliği İlkesi

Yaklaşık maliyet yapılacak işin idare tarafından öngörülen bedelini ifade etmektedir.²⁸ Kamu kurumları ve idareleri mal ya da hizmet alımı ile yapım işleri konusunda ihalenin hazırlık aşamasında, söz konusu yapım işine, malın ya da hizmetin alınmasına ilişkin olarak yaklaşık maliyet araştırması yapmaktadır.

Kamu İhale Kanunu'nun "Yaklaşık maliyet" başlıklı 9. maddesinde "Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz." şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin (d) bendinde de "İdarelerce bütçesinin programlanmasında, ihalede ise isteklilerce verilen tekliflerin karşılaştırılmasında kullanılmak üzere tespit edilen yaklaşık maliyet isteklilere duyurulmaz." şeklinde ifade edilerek yaklaşık maliyetin gizliliği vurgulanmıştır.

Yaklaşık maliyetin açıklanma zamanı "Tekliflerin alınması ve açılması" başlığı altında Kamu İhale Kanunu'nun 36. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre;

"İsteklilerin belgelerinin eksik olup olmadığı ve teklif mektubu ile geçici teminatlarının usulüne uygun olup olmadığı kontrol edilir. Belgeleri eksik veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmayan istekliler tutanakla tespit edilir. İstekliler ile teklif fiyatları ve yaklaşık maliyet tutarı açıklanır. Bu işlemlere ilişkin hazırlanan tutanak ihale komisyonunca imzalanır."

Kamu İhale Kanunu'nun 36/2. maddesi ve İhale Uygulama Yönetmelikleri²⁹ uyarınca yaklaşık maliyet teklif fiyatlarıyla birlikte, pazarlık usulüyle yapılan ihalelerdeyse son yazılı fiyat teklifiyle birlikte açıklanır. Bu çerçevede

28 Özdemir, İhale İşlemleri, s. 71; İhale sürecinde yaklaşık maliyetin hesaplanmasının iki temel fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki "ödenegi bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz" kuralı gereği, ödeneğin belirlenmesi bakımından yaklaşık maliyet önem taşımaktadır. İdare ödeneğin bulunup bulunmadığını, yaklaşık maliyet hesabına göre yapacaktır. İkinci olarak ise yaklaşık maliyet aşırı düşük tekliflerin belirlenmesini sağlamaktadır. Tekliflerin aşırı düşük olup olmadığının tespitinde yaklaşık maliyet hesabı da dikkate alınır ve Kamu İhale Kanunu uyarınca aşırı düşük teklif sahiplerinden açıklama istenir. Bunların haricinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin tespiti, ihale ilan süresinin tespiti, ihale usulünün tespiti, sadece yerli isteklilerin katılabileceği ihalelerin tespiti gibi hususlar bakımından da yaklaşık maliyet hesabı kullanılmaktadır; Sezginer, s. 1332-1333.

29 Bunlar; Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği'dir; <https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx>, (24.11.2020).

teklif zarflarının ihale komisyonu tarafından incelenmesinin ardından, teklif zarfları açılmadan önce yaklaşık maliyet açıklanır. İsteklilerin sunmuş olduğu teklif zarflarının hiçbirisinin Kamu İhale Kanunu'nun 30/1. fıkrasına³⁰ uygun olmadığı anlaşılırsa yaklaşık maliyet açıklanmayacaktır. Kısmi teklif verilmesi mümkün olan ihalelerde ise yaklaşık maliyetin açıklanacağı aşamada ihale komisyonu, toplam yaklaşık maliyet tutarı ile her bir kısım bakımından belirlenmiş olan yaklaşık maliyet tutarını ayrı ayrı açıklayacaktır.³¹ Yaklaşık maliyetin bu aşamadan sonra açıklanması gizlilik ilkesinin ihlali anlamına gelmez.³²

Yaklaşık maliyet konusu Kamu İhale Kanunu'na göre ihale sürecinin temel noktalarından birisini oluşturmaktadır. Yaklaşık maliyetin gizliliği Kamu İhale Kanunu'nda ve ilgili mevzuatta açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, yaklaşık maliyetin gizliliğinin gerekliliği konusunda doktrinde tartışma vardır. Bir görüş yaklaşık maliyetin gizliliğinin gerekli ve faydalı olduğunu savunmaktadır. Bu görüş taraftarlarınca, yaklaşık maliyetin isteklilerin tekliflerinin açılması safhasından önce açıklanmasının bazı sorunlara neden olacağı ileri sürülmektedir. Buna göre yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesinin ihlali durumunda ihaleye katılan bazı istekliler bakımından avantajlı durumların doğması söz konusu olabilir.³³ Yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesine uyulmamasının kamu ihalelerinin eşit koşullarda, rekabetçi bir ortamda yapılmasını engelleyerek,³⁴ ihalelerde yolsuzlukları ve usulsüzlükleri artırarak kamu düzeninin bozulmasına sebep olacağı, ayrıca bu durumun kamu üzerinde mali yük bırakarak, telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkmasına neden olabileceği ileri sürülmüştür.³⁵

Yaklaşık maliyetin ihale ilanında ya da ihale dokümanında açıklanması halinde birtakım sakıncaların ortaya çıkması muhtemeldir. Bu durumda yaklaşık maliyet hesabına ilişkin itirazlar artacaktır. Bu ise ihale sürecinin uzamasına neden olacaktır.³⁶ Yaklaşık maliyetin ihale dokümanı ile açıklanmasının bir di-

30 Tekliflerin hazırlanması ve sunulması- Madde 30- *"Teklif mektubu ve geçici teminat da dahil olmak üzere ihaleye katılabilme şartı olarak istenilen bütün belgeler bir zarfa konulur. Zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı veya ticaret unvanı, tebligata esas açık adresi, teklifin hangi işe ait olduğu ve ihaleyi yapan idarenin açık adresi yazılır. Zarfın yapıştırılan yeri istekli tarafından imzalanır ve mühürlenir."*

31 Kamu İhale Genel Tebliği, 16.2.4-16.2.6. madde, <http://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx>, (24.11.2020).

32 Bakınız (Bkz.) Kamu İhale Kurulu, 2019/UY.1-51, KT: 09.01.2019.

33 Üstün, Çalış, s. 128.

34 Özdemir, İhale İşlemleri, s. 71.

35 Nurdoğan Ünal, *İhale Suçları- İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 42.

36 Hacı Mehmet Kuloğlu, "Yaklaşık Maliyetin Gizliliği", *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, s. 15.

ğer dezavantajı ise sınır değeri³⁷ konusunda ortaya çıkabilir.³⁸ Kamu ihale sürecinde aşırı düşük tekliflerin ve ekonomik bakımdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde kullanılan sınır değeri hesabında, isteklilerin teklifleri ve sınır değeri katsayısıyla birlikte yaklaşık maliyet de kullanılmaktadır.³⁹ Böylelikle ihalenin gerçekleşmesi güç nitelikte olan teklifin üzerinde kalmasının önüne geçilmesi ve en avantajlı teklifin belirlenmesi hedeflenir. Yaklaşık maliyetin bilinmesi durumunda istekliler tekliflerini buna göre ayarlayacak ve sınır değerin altında kalmamaya çalışacaktır. Bu durumda istekliler kimi zaman kendi ekonomik koşullarına uymayan teklifler verebilirler. İhalenin yeterli ekonomik gücü olmayan bir istekli üzerinde kalması durumunda, işin tamamlanması açısından risk ortaya çıkabilir.

Yaklaşık maliyetin gizliliği konusunda ikinci görüş ise bunun gizliliğini eleştirmektedir. Bu görüş taraftarlarınca yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesine çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Yaklaşık maliyetin gizliliğini eleştirenler, tekliflerin açıklanmasına kadar yaklaşık maliyetin gizli tutulmasının bir faydasının olmadığını, fiiliyatta bunu sağlamanın güç olduğunu, yaklaşık maliyetin istekliler tarafından bilinmesinin ihale sürecine bir zararının olmadığını ileri sürmektedir.⁴⁰ Yaklaşık maliyetin hesaplanabilir bir husus olduğu ifade edilmiştir. Kamu kurumlarının ve idarelerinin özellikle yapım işlerinde resmi birimler ve fiyatlar kullanarak yaklaşık maliyeti hazırlaması, cari birim fiyat listelerinin düzenli olarak yayınlanması, personel istihdamına ilişkin hizmet alım ihalelerinde yüklenici karının sabit olarak alınması ve asgari ücret üzerinden yaklaşık maliyet hesabının zorunlu olması gibi faktörler yaklaşık maliyetin hesap edilmesini mümkün kılmaktadır.⁴¹

Bir diğer görüş olarak yaklaşık maliyetin açıklanmasının veya gizliliğinin sağlanmasının her ikisinin de avantajlarının ve dezavantajlarının bulunduğu belirtilmiştir. Yaklaşık maliyetin açıklanması durumunda çok fazla teklifin geldiği ihalelerde istekliler birbiriyle anlaşarak yaklaşık maliyete göre çok düşük

37 Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesi uyarınca "Kurum, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirlemeye...yetkilidir."

38 İlhan Aytekin, "Yaklaşık Maliyetin Gizliliği", *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, s. 14.

39 Detaylı açıklama için Bkz. Kamu İhale Genel Tebliği 45. ve 79. madde.

40 Merdan Hüremeydan, "Yaklaşık Maliyetin Gizliliği", *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, s. 17.

41 Aytekin, s. 14.

teklif sunabilirler. Az teklifin geldiği ihalelerde ise isteklilerce çok yüksek fiyat teklifinin verilmesine neden olabilir.⁴²

İhale sürecinin işletilmesindeki amaç söz konusu mal ve hizmet alımını ya da yapım işini en uygun bedelle, en etkin şekilde yerine getirecek özel hukuk kişinin seçimidir. Yaklaşık maliyetin hesaplanması, idarenin bu amacı gerçekleştirmek için kullandığı kriterlerden birisidir. Burada önemli olan husus ihale sürecinin amacına uygun bir şekilde gerçekleştirilip sonuçlanabilmesi için öngörülen rekabet ortamının eşitlik ilkesi çerçevesinde sağlanmasıdır. Bu sağlandıktan sonra yaklaşık maliyetin bilinmesi bu noktada pek fazla değişiklik yaratmaz. Söz konusu işe ilişkin yaklaşık maliyet hesabının teklif verenler tarafından yukarıda belirtilen sebeplerden ötürü aşağı yukarı tahmini mümkündür. Bu nedenle yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesinin pratikte pek fazla fayda sağlamadığı yönündeki görüşlere katılıyoruz.

Yaklaşık maliyetin gizli tutulduğu ihale sürecinde kimi zaman, ilk etapta iş uygun istekliye verilmiş gibi görünse de ilerleyen süreçte yaklaşık maliyetin istekli tarafından doğru hesap edilememesinden dolayı işin tamamlanamaması, yarım kalması gibi durumlarla karşılaşmaktadır. Bu durumda hizmetler aksamakta, idare zaman kaybına uğramakta, yatırımlar gecikmekte, böylelikle kamu zararı ortaya çıkmaktadır.⁴³ Bu nedenle yaklaşık maliyetin gizliliğinden ziyade bilinmesi ve doğru hesaplanması daha önemlidir.

Yaklaşık maliyet teklif zarflarının açılmasından önce açıklandığı için teklif zarflarının açılmasından sonra herhangi bir nedenle tekliflerin geçersiz olması ya da ihalenin sonuçlandırılmaması durumunda yaklaşık maliyet istekliler tarafından öğrenilmiş olur. İlerleyen süreçte ihalenin tekrarlanması durumunda yaklaşık maliyet daha önce öğrenildiği için yaklaşık maliyetin gizliliğinin fiiliyatta bir anlamı kalmaz. Yukarıda ifade edilen durumlarda da yaklaşık maliyetin tahmini mümkündür. Bu durumda yaklaşık maliyetin gizliliğinin fiiliyatta pek fazla uygulanamadığı söylenebilir.

Yaklaşık maliyetin gizliliğinin kaldırılması durumunda, yaklaşık maliyet hesabı konusunda yapılan itirazların artması ihtimaline karşı, ihale dokümanı ile ilan edilen yaklaşık maliyete itirazın şikayet başvurusunun yapılması ve başvurunun ihale tarihinden önce sonuçlandırılması şeklinde çözüm getirilebilir.⁴⁴ Sınır değer konusunda yaklaşık maliyet sınır değerinin hesaplanmasında önemli

42 Köksal Sarınca, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu-Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, s. 13.

43 Kuloğlu, s. 15.

44 Hürmeydan, s. 17.

bir faktör olmakla birlikte yaklaşık maliyetten bağımsız ya da yaklaşık maliyetin etkisinin asgari düzeyde olduğu bir yöntemin geliştirilmesi mümkündür.⁴⁵ Yaklaşık maliyetin ihale ilanında ya da ihale dokümanında açıklanması ile ortaya çıkabilecek bir dezavantaj olan rekabetin olumsuz etkilenmesi durumu ise rekabetin engellenmesini önlemeye yönelik tedbirlerin alınması ile bertaraf edilebilir. Çok fazla teklifin yapıldığı ihaleler bakımından, fiyatların aşırı düşmesini engellemek amacıyla birtakım sınır değerler mevzuatta yapılacak düzenlemeler ile belirlenebilir. Az teklifin verildiği ihaleler bakımından ise teklif fiyatlarının aşırı yükselmesinin önüne geçmek için isteklilerin aralarında gizli anlaşma yapması gibi rekabeti engelleyici davranışların cezalandırılması, gerek olması durumunda Kamu İhale Kanunu'ndaki ve Türk Ceza Kanunu'ndaki bunlara ilişkin yaptırımların ağırlaştırılması ve rekabeti teşvik edici düzenlemelerin yapılması ile bu tür sorunların önüne geçilmiş olur.

Bu konuda Kamu İhale Kurulu kararlarına bakıldığında Kamu İhale Kurulu'nun yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlali konusunda yapılmış olan itiraz başvurularında yürürlükteki mevzuat çerçevesinde değerlendirme yaptığı görülmektedir. Kamu İhale Kurulunun incelemiş olduğu bir dosyada başvuran, yaklaşık maliyetin gizliliği ihlal edildiği için ihalenin iptal edilmesi gerektiği iddiasıyla itirazın şikayet başvurusunda bulunmuştur. Söz konusu ihalede idare, ihale kapsamında kalan bir kısım iş kalemlerine ilişkin birim fiyat ve tutarlarını istekli olabileceklere ihale dokümanı içerisinde vermiştir. İdarenin başvuruyu reddetmesi üzerine, itirazın şikayet incelemesinde Kamu İhale Kurulu, istekli olabileceklere açıklanmış olan birim fiyat ve tutarlarının yaklaşık maliyetin bir kısmını içerdiğini, bu nedenle ihalenin iptalini gerektiren bir durumun olmadığını belirtmiştir. Karardaki karşı oy görüşünde ise sehven yapılmış olsa da ihale konusuna ait iş kalemlerinin bir kısmına ilişkin birim fiyat ve tutarlarının, ihale dokümanı ile birlikte istekli olabileceklere verilmesinin yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesini ihlal edeceği belirtilmiştir.⁴⁶ Kanaatimizce yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesini katı bir şekilde yorumlayıp, sehven yaklaşık maliyetin kısmen açıklanması halinde ihalenin iptaline karar vermek ihale sürecini gereksiz bir şekilde aksatacaktır.

Kamu İhlale Kurulu vermiş olduğu bir kararda, personel çalıştırılmasına yönelik ihalelerde yaklaşık maliyetin tahmini mümkün olsa da söz konusu ihale buna ilişkin olmadığı için verilen teklifin sınır değere çok yakın olmasının (sınır değerinin 1,05 TL üzerinde olmasının) ancak yaklaşık maliyetin bilinmesi ile mümkün olabileceğini belirtmiştir. Kamu İhale Kurulu bu ihalede gizlilik ilke-

45 Aytakin, s. 14.

46 Kamu İhale Kurulu, 2018/UY.II-897, KT:02.05.2018.

sinin korunamadığına, teklif edilen bedelin sınır değere çok yakın olması nedeniyle akla yatkın olmadığı gerekçesiyle ihale yetkilisinin vermiş olduğu ihalenin iptali kararının yerinde olduğuna karar vermiştir.⁴⁷

Kamu İhale Kurulunun incelemiş olduğu başka bir itirazın şikâyet başvurusunda idare, *“ihalede teklif veren bir firmanın yaklaşık maliyete çok yakın bir teklif vermesinden hareketle yaklaşık maliyetin muhafaza edilemediği”* gerekçesi ile ihalenin iptaline karar vermiştir. Kamu İhale Kurulu yapmış olduğu incelemede, bu konuda her ne kadar soruşturma başlatılmış olsa da bu fiilin kim tarafından nasıl işlendiğine ilişkin bir bilgi ya da bulgunun ortaya konulmadığını, bunun varlığı kabul edilse bile isteklilerin tekliflerini belirleme ve tekliflerin sıralanışı konusunda etkisinin olduğunu söylemenin somut olay bakımından pek mümkün görünmediğini belirtmiştir. Kamu İhale Kurulu ihaleye katılan isteklilerin de haklarının korunması gerektiğini, yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlal edildiğine yönelik somut bir bilginin ortaya konulmadığını, bir isteklinin diğeri aleyhine menfaat sağladığı yönünde bir sonucun ortaya çıktığının söylenemeyeceğini, bu nedenlerle ihalenin iptali işleminin yerinde olmadığını belirtmiştir.⁴⁸

İncelenen Kamu İhale Kurulu kararlarında görüldüğü üzere Kamu İhale Kurulunun yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlali konusunda tek bir kıstasa göre hareket etmediği görülmektedir. Kamu İhale Kurulu bazı durumlarda yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlali konusunda somut delilin varlığını mutlak bir şekilde aramamış, bu konuda akla yatkınlık, hayatın olağan akışına aykırılık gibi kriterleri kullanarak gizlilik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bazı durumlarda ise yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlal edildiğini kabul edip ihaleyi iptal etmek için somut verinin varlığını aramış, ihaleye katılan isteklilerin de haklarının gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kamu İhale Kurulu somut olayın özelliğine göre yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirmektedir.

2. Tekliflerin ve Başvuru Belgelerinin Gizliliği

Kamu İhale Kanunu'nun 65/1(d) maddesi uyarınca *“Her türlü bilgi alışverişi ile bilginin muhafazasında; verilerin bütünlüğü ile tekliflerin ve başvuru belgelerinin gizliliğinin sağlanması esastır.”* İhale sürecinde ileri sürülen teklifler ile isteklinin idareye sunmuş olduğu değerlendirmeye esas alınan bilgi ve belgeler gizlilik ilkesi kapsamındadır. Bu düzenlemeye göre gizlilik ilkesi gereğince ihale sürecinde isteklilerin, diğer isteklilerin yapmış olduğu teklifler,

47 Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.II-2860, KT: 23.11.2016; Benzer nitelikte başka bir karar için Bkz. Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.I-2150, KT: 24.08.2016.

48 Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.I-2402, KT: 28.09.2016.

ihale dosyasına sunulmuş olan belge ve bilgiler hakkında ayrıntılı bilgiye sahip olmaları mümkün değildir.⁴⁹

Kamu İhale Kanunu'nun "*Tanımlar*" başlıklı 4. maddesine göre "*Teklif*" kavramı "*Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde isteklinin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirmeye esas belge ve/veya bilgiler*" olarak tanımlanmıştır. "*İstekli*" kavramı ise "*Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini*" ifade etmektedir.

Kamu İhale Kurulunun incelemiş olduğu bir dosyada, başvuranın ihaleye teklif veren iki istekliye ait teklif cetvellerine ve birim fiyat teklif mektuplarına ulaştığı tespit edilmiştir. Oysa ihaleye teklif sunan isteklilerce kapalı teklif dosyasında idareye sunulmuş olan belgelerin Kamu İhale Kanunu'nun 61. maddesi uyarınca gizliliğinin sağlanması gerekir. Kamu İhale Kurulu, şikayet başvurusunda bulunanın bu belgeleri şikayet dilekçesi ekinde sunmuş olması hususunun idare tarafından incelenmesi ve gerekiyorsa ilgililer hakkında soruşturma açılması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁰

Danıştay incelemiş olduğu bir dosyada, ihalenin kimde kalacağını bildiren bir telgrafın gönderilmiş olmasını ihaleyi iptal kararı vermek için tek başına yeterli görmemiştir. Danıştay söz konusu olayda, birkaç teklif mektubunun bir elden çıktığını gösteren bir şüphe olup olmadığının ve ihaleye katılanların aralarında anlaşma sağlanıp sağlanmadığının yeterli bilgi ve belge ile araştırılması gerektiğini ifade etmiştir.⁵¹ Danıştayın incelemiş olduğu başka bir dosyada Emniyet Genel Müdürlüğüne düzenlenen ekspertiz raporunda, "*sekiz ayrı şirket tarafından verilen teklif mektuplarının dört grup halinde her grup için aynı kişi tarafından yazıldığı belirlendiği, farklı iki şirkete ait teklif mektubundaki yazıların ise aynı kalemle yazıldığı belirlendiği*" saptanmıştır. Dosyada yapılan incelemede Sayıştay 6. Dairesi tarafından da tekliflerin verilmesinde gizlilik esası zedelendiği gerekçesiyle tescilinin uygun görülmediği tespit edilmiştir. Danıştay, Emniyet Genel Müdürlüğüne düzenlemiş olduğu ekspertiz raporu uyarınca ihalede gizlilik ilkesinin zedelendiğini ve hazine aleyhine düşük indirim belirlenmesine neden olduğunu belirtip, ihalenin onaylanmaması işleminin hukuka uygun olduğuna, aksi yöndeki idare mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.⁵²

49 Kamu İhale Kurulu, 2020/UY.II-52, KT: 08.01.2020.

50 Kamu İhale Kurulu, 2010/UH.III-2944, KT: 04.10.2010.

51 Danıştay 6. Dairesi, 1996 / 4457 E., 1997 / 3069 K., KT: 18.06.1997, www.hukukturk.com, (24.09.2020).

52 Danıştay 10. Dairesi, 2002 / 4939 E., 2004 / 6709 K., KT: 18.10.2004, www.hukukturk.com, (24.09.2020).

İhale sürecinde tekliflerin ve başvuru belgelerinin gizliliğinin sağlanması gerek kamu ihale kurulu kararlarında gerekse Danıştay kararlarında temel bir şart olarak aranmaktadır. İsteklilerin tekliflerinin ve bunlara ilişkin belge ve bilgilerin gizliliğinin sağlanması ihale sürecinin amacına uygun bir şekilde sonuçlandırılması açısından önem taşımaktadır. Aksi bir durum yani isteklinin başvuru bilgi ve belgeleri ile teklifinin diğer isteklilerce öğrenilmesi, ihalenin öngörülen rekabet ilkesine uygun yapılmasına ve eşit koşullarda güvenilir bir şekilde yürütülmesine engel olur. Bu ise idareye olan güvenin sarsılmasına yol açar. Kimi zaman da kamu zararı ortaya çıkabilir.

3- Bilgi ve Belgelerin İfşası Yasağı

Kamu İhale Kanunu'nun 61. maddesinde “*Bilgi ve belgeleri açıklama yasağı*” başlığı altında gizli kalması gereken yaklaşık maliyetin, belge ve bilgilerin ifşası yasaklanmıştır. Buna göre;

“Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle ilişkin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60 uncu maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır.”

İfşa etmek “*Gizli bir şeyi açığa çıkarma, yayma*” anlamına gelmektedir.⁵³ Bu madde uyarınca Kamu İhale Kanunu'nun uygulamasında görevli ve yetkili olan kamu görevlileri ile danışmanlık hizmeti sunan kişiler, ihale işlemleriyle ilgili olarak, isteklilerin işlemleri ve işleriyle yapılan tekliflerin mali ve teknik yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken belge ve bilgileri açıklayamazlar. Bunlardan kendileri ya da üçüncü kişiler lehine yarar sağlayamazlar. Buna aykırı davranışlar hakkında ilgili yaptırımlar uygulanır.⁵⁴

Kamu ihale Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen gizlilik ilkesi 61. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, ihaleye teklif veren isteklilerin iş ve işlemleriyle, tekliflerin mali ve teknik yönlerine ilişkin bilgilerin gizli kalmasını zorunlu tutmakta, aksi yönde hareket edenler hakkında müeyyide uygulanmasını öngörmektedir.⁵⁵

Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin (e) fıkrasına göre “*Kurul üyeleri ile Kurum personeli görevlerini yerine getirmeleri sırasında ilgililere ve üçün-*

53 Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (28.09.2020).

54 Muhittin Abacıoğlu, Ali Abacıoğlu, *Açıklamalı İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması*, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 866.

55 Kamu İhale Kurulu, 2012/UH.II-2241, KT: 28.05.2012.

cü kişilere ait edindikleri gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri, bu konuda kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder.”. Bu kapsamda idarenin personeli ile Kamu İhale Kurulu üyeleri görevlerini yaptıkları sırada ilgili kişilere ve üçüncü kişilere ait öğrenmiş oldukları gizli kalması gereken belge ve bilgileri kanunen yetkili kılınan kimselerden başkasına açıklayamazlar.

İfşa edilmesi yasaklanmış olan bilgi ve belgelerin 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu⁵⁶ kapsamında da talep edilebilmesi mümkün değildir. 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun “*Ticari Sır*” başlıklı 23. maddesinde “*Kanunlarda ticarî sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile, kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticarî ve malî bilgiler, bu Kanun kapsamı dışındadır*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu kapsamda kamu ihalesinde teklif veren isteklilerin teklifleri ve buna ilişkin belgeler açıklanacağı aşamaya kadar ticari sır kapsamında kalan bilgilerdir.⁵⁷ Yaklaşık maliyetin, tekliflerin ve buna ilişkin bilgi- belgelerin açıklanmasından sonra, ihale sürecine ilişkin bilgi- belge talepleri konusunda, ilgili kurumun bu talepleri 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında karşılaması gerekir. Bu konudaki taleplerin idare tarafından reddedilmesi durumunda, 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kuruluna müracaat edilmelidir.⁵⁸ Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu pek çok kararında başvuranın ihale sürecindeki bilgi ve belgelerin kendisine verilmesi hakkında yaptığı talepler konusunda, talep edilen bilgi ve belgelerin başvuru sahibine verilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁵⁹

III. Gizlilik İlkesinin İhlali Halinde Uygulanan Yaptırımlar

Gizlilik ilkesine uyulmaması halinde bu ilkeyi ihlal eden kamu görevlisi ve ihale isteklileri bakımından birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Buna ilişkin yaptırımlar Kamu İhale Kanunu'nun 58., 60. ve 61. maddesinde düzenlenmiştir.

56 Resmi Gazete, Tarih: 24/10/2003, S: 25269, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4982.pdf>, (20.09.2020).

57 Kamu İhale Kurulu, 2012/UH.II-2241, KT: 28.05.2012.

58 Kamu İhale Kurulu, 2017/UH.I-1096, (19.04.2017).

59 Örnek kararlar için Bkz. Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu Kararı, 2005/260, KT: 15.04.2005; 2005/318, KT: 06.05.2005; 2005/459, KT: 22.06.2005; 2005/634, KT: 07.09.2005; 2005/671, KT: 21.09.2005; https://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf, (24.11.2020).

A. Gizlilik İlkesini İhlal Eden Kamu Görevlisi Açısından Öngörülen Yaptırımlar

Kamu İhale Kanunu'nda gizlilik ilkesinin ihlal edilmesi durumunda kamu ihalesi sürecinde görevli bulunan görevliler bakımından birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Kamu İhale Kanunu'nun 60. maddesinde “Görevlilerin ceza sorumluluğu” başlığı ile bu hususa ilişkin düzenleme yapılmıştır. 60. maddenin 1. fıkrasına göre yaptırım uygulanacak kişiler, “İhale yetkilisi ile ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililer”dir. Bu kişilerin Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde⁶⁰ belirtilen davranışlarda ya da fiillerde bulduklarının, görevlerini tarafsızlıkla ya da kanuni gereklerine uygun olarak yapmadıklarının, taraflardan birisinin zararına neden olacak şekilde kusurlu harekette ya da ihmalde bulduklarının saptanması durumunda, bu görevliler hakkında ilgili mevzuata göre disiplin cezası uygulanır. Ayrıca bu davranışların özelliğine göre bu görevliler hakkında ceza kovuşturması yapılır. Tarafların uğramış oldukları zararlar genel hükümler uyarınca tazmin ettirilir. Bu Kanun'a aykırı davranışlardan ve fiillerden dolayı hüküm giyen idare görevlileri, Kamu İhale Kanunu kapsamına giren işlerde görevlendirilemezler.

Kamu İhale Kanunu'nun 60. maddesindeki bu düzenleme ile ihale sürecinde görev alan personelin görevini tüm etkenlerden sıyrılarak gereği gibi yapması hedeflenmiştir. Aksi hareket durumunda kamu görevlileri hakkında disiplin sorumluluğu doğabileceği gibi hukuki ve cezai sorumluluk da doğabilir. Üstelik bu sorumlulukların doğması için kasti hareketin varlığı şart koşulmamış, taksirle yapılması halinde de bunların ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. İlgili kamu görevlisini cezalandırmak için kastın şart koşulmayıp ihmalin ya da kusurun varlığının yeterli olması, ihale sürecinde görevli olan kamu görevlilerini oldukça ağır bir sorumluluk altına sokmaktadır. Kamu görevlilerinin bu

60 Yasak fiil veya davranışlar

Madde 17- “İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

- Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
- İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.
- Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.
- Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.
- 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır.”.

konudaki sorumlulukları bakımından davranışlarının ve fiillerinin kasti ya da ihmali olmasına göre bir ayırım yapılması daha hakkaniyetli olabilir.

Diğer yandan Kamu İhale Kanunu'nun 60. maddesinin 2. ve 3. fıkrası uyarınca Kamu İhale Kanunu kapsamına giren işlerden ötürü herhangi bir ceza almış olanlar, Kamu İhale Kanunu kapsamındaki bütün kamu kuruluşları ve kurumlarınca, Kamu İhale Kanunu'nun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanmasıyla yetkili ve görevli kadrolara atanamazlar, buralarda görev alamazlar. Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen ilkeler ile 62. maddesinde belirtilen kurallara aykırı bir şekilde ihaleye çıkılmasına izin verenler ve ihale yapanlar hakkında da burada belirtilen müeyyideler uygulanır.

Kamu İhale Kanunu'nun 60. maddesinin 2. ve 3. fıkrasındaki bu düzenlemenin kamu ihale sürecinin hukuka uygun bir şekilde tamamlanması için tedbir niteliğinde makul bir düzenleme olduğu görülmektedir. Kamu İhale Kanunu kapsamına giren işlerden dolayı ceza almış olmak, temel ilkelere ve bu Kanun'un 62. maddesindeki kurallara aykırı olarak ihaleye çıkılmasına izin vermek, ihale yapmak, bu Kanun'un uygulanması konusunda görev almaya, yetkili ve görevli kadroya atanmaya engel bir durum olarak düzenlenmiştir.

Kamu ihale sürecinde gizliliğin ihlal edilmesi aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde "*İhaleye fesat karıştırma*" suçu kapsamında düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 235/2(b) maddesine göre "*Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak*" fiili suç olarak tanımlanmıştır.

İhaleye fesat karıştırma suçunun faili, doktrinde bir görüşe göre kural olarak herkes olabilir.⁶¹ İhaleye fesat karıştırma suçu kapsamında sadece ihale sürecinde görevli olan kamu görevlileri değil aynı zamanda ihalede istekli olan ya da istekli aday olan kişiler de sorumlu tutulabilir.⁶² Yargıtay ise vermiş olduğu kararlarda Türk Ceza Kanunu'nun 235/2(b) maddesi kapsamında gizli kalması gereken yaklaşık maliyet bedelinin ve sair bilgilerin sadece ihale sürecinde görevli kamu görevlilerince ifşa edilmesinin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluş-

61 İsmail Ercan, *Themis Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 294; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 926; Salim Demirel, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Maddi Unsurunun 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014, s. 575.

62 Ünal, s. 109; Demirel, s. 575.

turacağını,⁶³ ihaleye fesat karıştırma suçunun kamu görevlisi tarafından işlenebileceğini, iştirak eden kişilerin azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olabileceklerini belirtmiştir.⁶⁴

Türk Ceza Kanunu'ndaki bu düzenlemede gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin neler olduğundan açıkça bahsedilmemiş olması doktrinde eleştirilmiştir. Ceza hukukunda suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin hâkim olduğu, bu ilke uyarınca gizlilikten neyin kastedildiğinin kanunda açıkça belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁵ Türk Ceza Kanunu'nun bu konudaki düzenlemesi eleştirilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 235/2 (b) maddesindeki düzenlemede ihale mevzuatına ya da şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının erişimini sağlamak suç olarak düzenlenmiştir. Bu maddedeki -özellikle şartnamelele ilişkin- düzenleme dolaylı da olsa kanunda düzenlenmeyen bir fiilin ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamına girmesine neden olabilir. Bu nedenle gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin kanunda açık bir şekilde düzenlenmesinde yarar vardır. Türk Ceza Kanunu'nda gizlilik ilkesinin ihlaline yönelik fiillerin neler olduğunun açık bir şekilde tanımlanması *suçların ve cezaların kanuniliği* ilkesinin gereği olduğu gibi aynı zamanda kişilerin idareye olan güvenini artıracak bir düzenlemedir.

Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere ihale sürecindeki kamu görevlilerine ilişkin mevzuattaki bu düzenlemelerin birçoğunun yaklaşık maliyetin gizliliğini sağlamanın fiiliyattaki güçlüğü karşısında ağır olduğu, hakkaniyetle bağdaşmadığı söylenebilir.⁶⁶ İhale sürecinde pek çok görevlinin bulunması, yaklaşık maliyet hesabının danışmanlık hizmeti sunanlarca da yapılabildiği, yaklaşık maliyetin tahmininin mümkün olduğu düşünüldüğünde hakkaniyete aykırılık daha açık görülmektedir. İlgili kamu görevlisinin Türk Ceza Kanunu'ndaki ihaleye fesat karıştırma suçu ile cezalandırılması ve Kamu İhale Kanunu'ndaki bazı yaptırımlara maruz kalması, kamu görevlisi bakımından ağır

63 Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2016/1210 E., 2016/3912 K., KT: 14.04.2016; "...yaklaşık maliyete ve sair gizli tutulması gereken bilgilerin "ihale sürecinde görevli olan kamu görevlileri" tarafından yetkisiz kişilere verilmesiyle veya bu bilgilerin ifşa edilmesiyle ihaleye fesat karıştırma suçunun tamamlanmış olacağı...", www.kazanci.com, (18.09.2020); Benzer nitelikte başka kararlar için Bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2012/3588 E., 2013/1487 K., KT: 28/02/2013; 2014/2920 E., 2014/3290 K., KT: 24/03/2014; 2012/14882 E., 2014/2295 K., KT: 04/03/2014; UYAP Mevzuat-İçtihat Programı, (30.10.2020).

64 Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2016/6738 E., 2020/10055 K., KT: 11.03.2020; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2015/6048 E., 2020/10073 K., KT: 12.03.2020; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2012/3588 E., 2013/1487 K., KT: 28/02/2013; www.kazanci.com, (29.09.2020).

65 Bkz. Abacıoğlu, Abacıoğlu, s. 419.

66 Aytekin, s. 14.

sonuçlar doğurabilir. Yaklaşık maliyetin gizliliğinin kaldırılması, kamu görevlilerinin bu yükünü hafifletecektir.

Gizlilik ilkesinin ihlali, ihlal eden kamu görevlisi açısından aynı zamanda disiplin sorumluluğuna da neden olur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun⁶⁷ 125. maddesi uyarınca kamu görevlilerinin görevle ilgili resmi belgelerin, araç-gereçlerin korunması konusunda gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekir. Bu yükümlülüğe uymamak kamu görevlisinin uyarma veya knama cezası almasına neden olabilir. "Açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak" bu maddede kademe ilerlemesi cezası verilecek davranışlar arasında düzenlenmiştir. Ayrıca özel kanunlarda disiplin suç ve cezaları konusunda yapılan düzenlemelerin saklı olduğu belirtilmiştir.

B. Gizlilik İlkesinin İstekliler Tarafından İhlal Edilmesi Halinde Öngörülen Yaptırımlar

İhale sürecinde isteklilerin de gizlilik ilkesine riayet etmesi gerekir. Bu kapsamda yaklaşık maliyetin öğrenilmesi, diğer isteklilerin tekliflerine ilişkin bilgi ve belgelerin ele geçirilmesi ihale isteklileri bakımından da yasaktır. Buna aykırı fiiller ve davranışlar ihale isteklileri bakımından birtakım yaptırımların uygulanmasına sebep olabilir. Gizlilik ilkesinin istekli tarafından ihlal edilmesi durumunda isteklinin ihale dışı bırakılması, ihaleye katılmaktan yasaklanması gibi yaptırımların uygulanması söz konusudur. Diğer yandan bu durum isteklinin ceza ve hukuki sorumluluğunun doğmasına neden olabilir.

İstekliler bakımından gizlilik ilkesi Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen yasaklı fiil ve davranışlar konusunda önem taşır. Gizlilik ilkesinin ihlal edilmesi Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen yasaklı fiil kapsamına girer. Yukarıda ifade edildiği üzere Türk Ceza Kanunu'nun 235/2 (b) maddesinde gizli kalması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak ihaleye fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketlerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde ihaleye fesat karıştırmak yasaklı fiiller ve davranışlar arasında düzenlenmiştir. (b) bendinde ise ihale kararını ve rekabeti etkileyebilecek davranışlarda bulunmak yasaklanmıştır. (c) bendinde alternatif teklif verebilme durumları hariç başkaları ya da kendisi adına birden çok teklif verme durumu yasaklanmıştır. (d) bendinde ise bu Kanun'un 11. maddesine göre ihalelere katılmayacağı bildirildiği halde ihaleye katılmak yasaklanmıştır.

67 Resmi Gazete, Tarih: 23/7/1965, S: 12056; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>, (11.12.2020).

Bu bentlerde sayılan durumlar somut olayda kimi zaman gizlilik ilkesinin ihlali şeklinde gerçekleşebilen davranışlar ve fiiller olarak ortaya çıkabilmektedir. İsteklilerin tekliflerinin gizliliğinin ihlali çoğu durumda netice olarak rekabet ilkesi, güvenilirlik ilkesi gibi ilkelerin de ihlaline neden olmaktadır. Gizlilik ilkesi kapsamında isteklilerin tekliflerinin ve bunlara ilişkin bilgi-belgelerin gizliliğinin sağlanmasındaki amaç, ihale sürecinde rekabet ortamının etkin bir şekilde gerçekleşmesini sağlamaktır.

Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen alternatif teklif verilebilen durumlar haricinde kendisi ya da başkaları adına birden çok teklif verme durumu gizlilik ilkesinin ihlali anlamına gelebilir. Alternatif teklif verme haricinde kendisi adına ya da başkaları adına birden çok teklif verme durumunda, doğal olarak verilen diğer tekliften teklif veren istekli haberdar olacaktır. Oysa gizlilik ilkesi kapsamında bir isteklinin teklifinin diğer istekli tarafından bilinmemesi gerekir. Aksi durumda özellikle ihaleye sınırlı sayıda katılımın olduğu ihalelerde istenen rekabet ortamı gerçekçi bir şekilde oluşmayıp, rekabet ilkesi ve güvenilirlik ilkesi zedelenir. Birden çok teklif veren kişi ihalenin kendisinde kalması durumunda, diğer istekliler aleyhine haksız menfaat elde etmiş olabilir. Bu durum kamu zararının gerçekleşmesine neden olabileceği gibi kamu düzeninin de bozulmasına neden olabilir.

Kamu İhale Kanunu'nun "İhalelere katılmaktan yasaklama" başlıklı 58. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu Kanun'un 17. maddesinde belirtilen davranışlarda ve fiillerde bulunanlar hakkında, bu davranışın ve fiilin özelliğine göre bir yıldan iki yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. 58. maddenin 3. fıkrası uyarınca ihale sırasında ya da sonrasında bu fiillerde ya da davranışlarda buldukları tespit edilenler, idareler tarafından o ihaleye iştirak ettirilmezler. Ayrıca aynı idare tarafından yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.⁶⁸

68 Danıştay 13. Dairesi, 2009/3127 E., 2014/2311 K., KT: 04.06.2014; "...anılan Kanun maddelerine göre, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların hiçbir şekilde ihalelere katılmaması, bu yasağa rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi; bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa teminatın gelir kaydedilerek ihalenin iptal edilmesi şeklinde ağır yaptırımlar uygulanması karşısında, idarelerin ihale süreci içerisinde, ihale kararlarının onaylanmasından sonra yayımlanmış olsa dahi, ihalelere katılmaktan yasaklanma kararlarına karşı kayıtsız kalmalarının, başta sayılan kamu ihalelerinin temel ilkelerine de aykırılık teşkil edeceği açıktır. Kaldı ki, bu durumdaki isteklilerin, geçici teminatları gelir kaydedilmeyip, kastın bulunmadığı kanaatinden hareketle, iade edilmektedir. Bu durumda, ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi durumunda yasaklama kararının Resmî Gazete'de yayım tarihinden önce teklif vermiş olan aday veya isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatlarının iade edilmesi yönündeki dava konusu düzenlemede hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmamaktadır..."; UYAP Mevzuat- İċtihat Programı, (30.10.2020).

İhalelere katılma yasağının amacı ihalenin serbest rekabet ortamında yapılmasını sağlamak ve kişilerin birbirlerinin tekliflerinden haberdar olarak muvazaalı hareket etmelerini engellemektir.⁶⁹ İhalelere katılma yasağına ilişkin düzenlemede yasaklama süresinin belirlenmesi konusunda idareye takdir alanının bırakıldığı görülmektedir. Yasaklama kararı vermeye yetkili olan merci yasaklama kararına temel olacak ihlalin gerçekleşmesiyle olayı kendi şartlarına göre değerlendirip, orantılılık ilkesini göz önünde bulundurarak yasaklılık süresini belirleyecektir.⁷⁰ İdare, ihalelerden yasaklılık süresini belirlerken yasaklılığa neden olan fiilin ağırlığı, kötü niyetli olarak idarenin yanıltılması, idareyi zarara uğratan bir davranışın olması,⁷¹ basiretli bir tacirden beklenen davranışın gösterilip gösterilmediği, söz konusu fiilin aynı zamanda suç teşkil eden bir fiil olup olmadığı gibi hususları değerlendirerek yasaklılık süresini belirleyebilir.⁷²

Gizlilik ilkesinin istekli tarafından ihlal edilmesi aynı zamanda isteklinin ihale dışı bırakılma nedenlerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Kamu İhale Kanunu'nun "*İhaleye katılmada yeterlik kuralları*"nı düzenleyen 10. maddesinde bu Kanun'un 17. maddesinde belirtilen yasaklı fiillerde ve davranışlarda bulunmak ihale dışında bırakılma sebeplerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Danıştayın vermiş olduğu bir kararda, ihalede istekli olan şirketlerden birisinde baba, istekli olan başka bir şirkette ise oğlu ortak durumundadır. Yapılan incelemede farklı şirketlere ortak olan baba-oğul isteklilerin aynı tarihte, aynı banka şubesinde, arka arkaya düzenlenmiş yevmiye numarası ile işlem yaptıkları, birbirlerinin geçici teminat mektuplarını alma hususunda birbirlerini yetkilendirdikleri, şirket adreslerinin aynı apartman olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda Danıştay isteklilerin birbirlerinin teklifleri hakkında bilgi sahibi olduğuna, aralarında organik bir bağ olduğuna ilişkin kuvvetli karine bulunduğuna değinerek, ihalelerin temel ilkelerinden olan güvenilirlik ve gizlilik ilkelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Danıştay isteklilerin fiilinin Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde belirtilen yasaklı

69 Kamu İhale Kurulu, 2020/UY.I-941, (22.05.2020).

70 Ömer Tuğrul Zor, "Ceza Hukuku Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararları", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 90, Şubat 2014, s. 85.

71 Bkz. Danıştay 13. Dairesi, 2008/324 E., 2009/4491 K., KT: 22.04.2009; <https://legalbank.net/>, (25.09.2020).

72 Danıştay 13. Dairesi, 2015/3961 E., 2015/3264 K., KT: 30.09.2015; "...davacının bu tahrifatlardan basiretli bir tacir olarak haberdar olması gerektiği, buna karşın tahrif edilmiş raporları kullandığı, bu hususun ise 4735 sayılı Kanun'un 25/1-b maddesinde ifadesini bulan sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek eylemine vücut verdiği ve ihalelerden yasaklanmayı gerektirdiği hususları göz önüne alındığında, davacı şirketin iki yıl süreyle ihalelerden yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş... Mahkeme kararının ONANMASINA..."; <https://legalbank.net/>, (25.09.2020).

davranışlar ve fiiller kapsamında olduğu dikkate alındığında, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına yönelik Kurul kararında hukuka aykırılık olmadığına, aksi yöndeki idare mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.⁷³

Danıştayın bakmış olduğu başka bir dosyada isteklilerden birisi, geçici teminat mektubunu idarenin ihaleyi erteleme kararı almasından ve ihaleye davet edildiği tarihten önce düzenlemiştir. Bunun üzerine idare, isteklinin ihalenin ertelenmesi kararını nasıl öğrendiğine ilişkin bir açıklama getiremediğini, normal koşullarda isteklinin ihaleye davet edildikten sonra geçici teminat yatırması gerektiğini belirterek, isteklinin “4734 sayılı *İhale Kanunu ve İdarelerin Yabancı Ülkelerdeki Kuruluşlarının Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerine İlişkin Esaslar*’ın 5. maddesinde belirtilen saydamlık, eşit muamele, güvenilirlik ve gizlilik ilkelerine aykırı davrandığı” gerekçesiyle ihale dışı bırakılmasına karar vermiştir. Bu kararın ihale dışı bırakılan istekli tarafından dava edilmesi üzerine idare mahkemesi, mevzuatta geçici teminat mektubunu yatırma zamanına ilişkin bir bilginin bulunmadığını, idarenin Kamu İhale Kanunu’nda belirtilen ilkelere uygun davranmaması sonucu isteklinin bu bilgilere ulaştığını, bu nedenle ihale dışı bırakılmasının hukuka aykırı olacağını belirtmiştir. Danıştay ise vermiş olduğu kararda, ihaleye davet edildikten sonra düzenlenmesi gereken geçici teminat mektubunun ihaleye davet edilmeden ve ihale ertelenmeden, süreç henüz devam ederken düzenlenmiş olmasının makul bir nedeni olamayacağını belirterek idarenin işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.⁷⁴

Kamu İhale Kanunu’nun 59. maddesinde isteklilerin cezai sorumluluğu düzenlenmiştir. 59. maddenin 1. fıkrasında, 17. maddede belirtilen davranışlardan ve fiillerden Türk Ceza Kanunu’na göre suç kapsamına girenlerin bulunması durumunda ilgililer hakkında ceza kovuşturması yapılmak üzere Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunun yapılacağı belirtilmiştir. “*Hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.*” 59. maddenin 2. fıkrasına göre ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58. maddenin 2. fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kamu İhale

73 Danıştay 13. Dairesi, 2018/1465 E., 2018/2345 K., KT: 10.07.2018; www.kazanci.com, (25.09.2020).

74 Danıştay 13. Dairesi, 2007 / 1505 E., 2009 / 1319 K., KT: 04.02.2009, www.hukukturk.com, (24.09.2020).

Kanunu kapsamındaki ihalelere katılamazlar. Bu kişiler Cumhuriyet savcılıkları tarafından sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir. 59. maddenin 4. fıkrasında mahkeme kararıyla yasaklananların ve ceza alanların sicillerine işlenmesi için Cumhuriyet Savcılığı tarafından Kamu İhale Kurumuna ve ilgili meslek odalarına bildirileceği belirtilmiştir. Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinde de yasaklama kararı alanlar “İhaleye katılamayacak olanlar” arasında belirtilmiştir.

Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesinin 4. fıkrası uyarınca kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlar hakkında Kamu İhale Kurumu tarafından sicil tutulmaktadır. İhalelere katılmaktan yasaklanan istekli bu sicile kaydolunur. Diğer yandan gizlilik ilkesini ihlal eden istekli, bu fiilden dolayı vermiş olduğu zararı tazminle yükümlüdür.

Gizlilik ilkesinin istekliler tarafından ihlali halinde öngörülen hukuki, idari ve cezai yaptırımlar yerindedir. Kamu ihale sürecinin sağlıklı bir şekilde ve amacına uygun olarak yürütülebilmesi için isteklilerin bu hususlara riayet etmesi gerekir. Yaklaşık maliyetin gizliliğinin kaldırılması durumunda, amaçlanan rekabet ortamının sağlanarak en ekonomik-avantajlı teklifin elde edilebilmesi için lüzum olması durumunda isteklileri ihale mevzuatına ve hukuka uygun davranmaya iten bu yaptırımlar ağırlaştırılabilir.

C. Gizlilik İlkesinin İhlalinin İhale Sürecine Etkisi

Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen ilkeler uyulması zorunlu ilkeler olduğu için bunlardan birinin ya da birkaçının ihlal edilmiş olması hukuka aykırılık teşkil edeceği gibi idarenin ve ilgililerin zarara uğramasına da neden olabilir. Gizlilik ilkesinin ihlali ihale sürecini sakatlayan hukuka aykırılıklardan birisidir. İhale sürecindeki hukuka aykırılık iddiaları konusunda “İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik”⁷⁵ yürürlüktedir. Burada başvuru süreçlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Bu konuda ayrıca Kamu İhale Kurumunun yayımlamış olduğu “İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ”⁷⁶ uygulanmaktadır.

İdare hukukunda kamu hizmetlerinin aksamaması ve kamusal yararın korunması amacıyla birtakım idari eylem ve işlemler bakımından idari yollar tüketilmeden yargı yoluna başvuru engellenmiştir.⁷⁷ Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesine göre ihale aşamalarındaki istekliler, adaylar ya da aday olabile-

75 Resmi Gazete, Tarih: 03.01.2009, S: 27099; <https://www.mevzuat.gov.tr/>, (28.02.2020).

76 Resmi Gazete, Tarih: 28.01.2009, S: 27124.

77 Mehmet Alpertunga Avcı, Ahmet Taşır, “Hukuk Devleti İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Kamu İhale İşlemlerinde İdari Başvuru Yolları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2015, s. 112.

cek kimseler, ihale aşamalarındaki hukuka aykırı eylem ya da işlemler sebebiyle hak kaybına ya da zarara uğradığını ya da zarara uğrama ihtimalinin olduğunu iddia ediyorsa, şikayet ve itirazın şikayet başvurusu yapabilirler. Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen şikayet ve itirazın şikayet yolları 54. maddenin 2. fıkrası uyarınca tüketilmesi zorunlu olan idari başvuru yollarıdır. İlgililer ancak bu yolları tükettikten sonra yargıya başvurabilirler.

Kamu ihale ilkelerine aykırılık olması durumunda bu durum şikayet ve itirazın şikayet başvurusuna konu edilebilir. Bu başvurularda idare ya da Kamu İhale Kurulu, Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca ihale sürecinin devamına engel olacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek bir hukuka aykırılık tespit ederse ihalenin iptaline karar verebilir.⁷⁸ İhale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek olmayan ve düzeltme yoluyla giderilebilecek durumlarda ise düzeltici işlem belirlenmesine karar verilir.

Kamu İhale Kanunu'nun 39. maddesinde ihale komisyonu kararı ile idarenin, verilen bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda iptal bütün isteklilere derhal bildirilmelidir. İdare, bütün tekliflerin reddedilmesinden dolayı herhangi bir yükümlülük altına girmez. Fakat idare, isteklilerin istemde bulunması durumunda ihalenin iptal edilme gerekçelerini, talep eden istekliye bildirmelidir.

Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesi ve 39. maddesi göz önüne alındığında, ihale sürecinde uyulması gereken ilkelerden olan gizlilik ilkesinin ihlal edilmesi durumunda, idareye ihaleyi iptal etme konusunda takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Kamu İhale Kurulu vermiş olduğu bazı kararlarında, yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda ihalenin iptal edilmesi hususunda idarenin takdir yetkisinin olduğunu belirtmektedir.⁷⁹ Kamu İhale Kurulu vermiş olduğu kararlarda idarenin ihaleyi iptal yetkisi konusunda bu iptal yetkisini kamu yararı, hizmetin gerekleri⁸⁰ ve Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen

78 Örneğin, Kamu İhale Kurulu, 2016/UY.I-594, KT:24.02.2016; "...4734 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde belirtilen saydamlık, eşit muamele ve güvenilirlik ilkeleri ile anılan Kanun'un 61'inci maddesinde hükme bağlanan gizlilik şartının ihlâl edildiği yönünde makul şüphe olduğu, ihale sürecinin hukuka aykırılığına dair tespit (makul şüphenin) bulunulan aşamada düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte görüldüğü ve bu nedenle bütün teklifler reddedilmek suretiyle ihale yetkilisince ihalenin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır..."

79 Örneğin; Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.II-2860, KT: 23.11.2016; 2016/UY.II-2361, KT: 21.09.2016; "...Sonuç olarak idarenin, yaklaşık maliyet ve ihale dokümanının ihale tarihinden önce sızdırıldığı tespitinden hareketle ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun temel ilkelerinden güvenilirlik ve gizlilik ilkelerinin zedelendiği düşüncesiyle söz konusu ihaleyi Kanun'un 39'uncu maddesi uyarınca iptal etmesinin mevzuat hükümlerinin idareye tanıdığı olduğu takdir yetkisi kapsamında olduğu değerlendirildiğinden, idare tarafından alınan ihalenin iptali kararında mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır..."

80 Bkz. Kamu İhale Kurulu, 2015/UH.III-2789.

temel ilkelere uygunluk bakımından değerlendirmektedir.⁸¹

Kamu İhale Kurulunun incelemiş olduğu bir dosyada idare, ihale sürecinde bir firmanın göndermiş olduğu mektubu sehven açmıştır. İdarenin gönderilen mektubu açması, ihale komisyonunca güvenilirlik, gizlilik, saydamlık ilkelerinin ihlali olarak değerlendirilmiş ve ihalenin iptaline karar verilmiştir. Kamu İhale Kurulu yapmış olduğu değerlendirmede, her ne kadar istekli tarafından gönderilen mektubun sehven açılması bu ilkeleri zedeler nitelikte olsa da zarfın içerisinde teklif niteliğinde bir belge olmadığı, teşekkür mektubu olduğu ve bu husus idare tarafından aynı gün içerisinde tutanak altına alındığı için ihalenin iptaline karar verecek bir durumun olmadığını belirtmiştir. İdarenin ihaleyi iptal etme konusunda takdir yetkisi bulunmakla birlikte bu yetkinin idare tarafından hizmetin gereklerine ve kamu yararına uygun bir şekilde kullanılması gerektiğine, bu nedenle “*ihalenin iptali*” kararının iptaline karar vermiştir.⁸²

İdarenin ihaleyi iptal etme konusunda takdir yetkisi olmakla birlikte idarenin takdir yetkisini sınırsız bir şekilde kullanamayacağı idare hukukunun genel bir ilkesi olarak kabul edilir. İdarenin takdir yetkisini mevzuata, kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygun bir biçimde kullanması gerekmektedir.⁸³ Bu aynı zamanda kişilerin hukuk güvenliği bakımından önem taşır.⁸⁴ İhale yetkilisi ve ihale komisyonu ihaleyi iptal konusundaki takdir yetkisini Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesindeki ilkeleri de gözeterek⁸⁵ kamu yararını ve hizmetin gereklerini dikkate alarak usule ve amaca uygun olarak kullanılmalıdır. Diğer yandan idare ihaleyi iptal gerekçesini somut bilgi ve belgelere dayandırarak ortaya koymalıdır. Netice olarak, idarenin ihalenin iptaline karar verirken bir

81 Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.II-704; “...Dolayısıyla incelenen ihalede, kamu yararı ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesinde yer alan temel ilkeler çerçevesinde ihalede yeterli rekabet koşullarının sağlanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin gözetilerek idarece tesis edilen iptal işleminin anılan Kanun'un 39'uncu maddesi uyarınca idarenin takdir yetkisi kapsamında olduğu anlaşılmış ve idarenin iptal gerekçesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır...”.

82 Kamu İhale Kurulu, 2019/UH.II-664, KT: 30.05.2019.

83 Deniz Arslan, “İdarece Verilen İhale İptal Kararlarına Kamu İhale Kurulunun Yaklaşımı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 10, Sayı 103, Mart 2015, s. 36; Bkz. Kamu İhale Kurulu, 2020/UM.II-1734, KT: 21.10.2020; 2020/UH.I-1714, KT: 21.10.2020; 2020/UH.I-1690, KT: 21.10.2020; 2020/UY.I-1625, KT: 07.10.2020; 2016/UY.I-594, KT: 24.02.2016; İdarenin takdir yetkisinin sınırına ilişkin çeşitli yargı kararları için Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2020/3 E., 2020/37 K., KT: 24.02.202; Danıştay 2. Dairesi, 2019/2336 E., 2019/6426 K., KT: 20.11.2019; Danıştay 5. Dairesi, 1987/1336 E., 1988/2086 K., KT: 20.09.1988; Danıştay 9. Dairesi, 1987/79 E., 1987/3195 K., KT: 11.11.1987; <https://legalbank.net/>, (25.09.2020).

84 Sinan Seçkin, Gül Üstün, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Mehmet Akif Aydın'a Armağan*, Cilt 21, Sayı 2, 2015, s. 510.

85 Kamu İhale Kurulu, 2020/UM.II-1752, (28.10.2020); Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.II-704.

gerekçeye dayanması, bu gerekçenin ise somut ve hukuka uygun olması gerekmektedir.⁸⁶

Gizlilik ilkesinin ihlali durumunda da idarenin ihaleyi iptal yetkisini kullanırken bu sınırlar içerisinde kullanması gerekir. İdarenin ihalenin iptali yönünde karar verirken, Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen temel ilkeleri, yapılan ihlalin telafi edilebilir bir hususa ilişkin olup olmadığını, diğer isteklilerin durumunu, kamu hizmetinin yürütülmesindeki ivediliği, kamu hizmetinin gereklerini, kamu düzenini ve kamu yararını göz önünde tutması gerekir.

Gizlilik ilkesinin ihlali ihale sürecini sekteye uğratabilir. Burada idarenin tutumu ihlalin ağırlığına göre değişebilmektedir. Kamu İhale Kanunu uyarınca ortada düzeltici işlemle giderilebilecek bir ihlalin olması durumunda idare düzeltici işlem yapılmasına karar verebilir. Örneğin yukarıda ifade edildiği üzere, ihlal eden isteklinin ihale dışı bırakılmasına karar verilebilir. Yaklaşık maliyetin ifşası gibi bir durumda ise artık düzeltici işlem tesis ederek ihale sürecinin devamı mümkün değildir. Bu gibi durumlarda ise idare ihaleyi iptal etmek zorunda kalabilir. İlerleyen süreçte idarenin söz konusu işin yapılması için tekrar ihaleye çıkması halinde, artık işin yaklaşık maliyeti biliniyor olacaktır. Bu durumda yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesinin bir işlevi kalmaz.

Sonuç

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında gizlilik ilkesi yaklaşık maliyetin gizliliğini, tekliflerin ve tekliflere ilişkin bilgi- belgelerin gizliliğini içermektedir. Bu bilgi ve belgelerin gizliliğinin sağlanması ile ihalenin teklif verenler içerisinde en uygun istekli üzerinde kalması amaçlanır. Kamu ihalelerinde gizliliğin sağlanması ile aynı zamanda rekabet ilkesi, güvenilirlik ilkesi ve eşitlik ilkesi gibi ilkelerin gerçekleşmesi hedeflenir. Bu ise ihalelerin yapılmasındaki nihai amaç olan kamu yararı amacının gerçekleşmesine hizmet eder.

İsteklilerin tekliflerinin ve buna ilişkin bilgi- belgelerin gizliliği konusunda tereddüt olmamakla birlikte, yaklaşık maliyetin gizliliğinin gerekliliği konusunda tartışma vardır. Yaklaşık maliyetin gizliliğinin fiiliyattaki zorluğu karşısında, getiriliş amacını tamamiyle yerine getiremediği söylenebilir. Gerek ihale mevzuatındaki bazı düzenlemeler nedeniyle, gerekse yapılacak işin özelliğinden dolayı yaklaşık maliyetin hesaplanması mümkün olabilir. Bu nedenle yaklaşık maliyetin gizliliğinin uygulamaya getirdiği fayda ile açıklanması halinde ortaya çıkacak sakıncaların yeniden değerlendirilmesi gerekir.

Yaklaşık maliyetin ihale sürecinde açıklanması sonucunda isteklilerin gizlice anlaşması, ihale sürecinin amacına uygun yapılmasının engellenmesi gibi

86 Kamu İhale Kurulu, 2020/UH.I-1854, (11.11.2020).

durumlar ortaya çıkabilir. Bu dezavantajların Kamu İhale Kanunu'nda ve ilgili diğer mevzuatta açıklanmış olan yasaklı fiiller konusunda ve Türk Ceza Kanunu'nun ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında getirilen yaptırımlar gibi düzenlemeler ile bertaraf edileceğini düşünmekteyiz. Yaklaşık maliyetin ihale sürecinde açıklanması sonucunda uygulamada rekabetin engellenmesi ve ihale sürecinin olması gerektiği şekilde yürütülmesine engel olunması gibi davranışlarda artış olması halinde, çözüm olarak kamu ihale sürecini korumak ve desteklemek amacıyla getirilmiş olan, isteklilere yönelik yaptırımlar ağırlaştırılabilir.

Kamu İhale Kanunu'nun çeşitli maddelerinde gizlilik ilkesini teminat altına almak amacıyla ilgili kamu görevlileri ve istekliler bakımından çeşitli yaptırımlar düzenlenmiştir. Gizlilik ilkesinin ihlali halinde ilgililerin disiplin, hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme gelebilir. Yaklaşık maliyetin gizliliğini sağlamanın güçlüğü karşısında ihale sürecinde görevli olan kamu görevlileri bakımından ağır yaptırımların getirilmiş olması onlar açısından riskli bir durum olup, onların görevlerini gereği gibi yapmalarına engel olabilir. Bu nedenle bu konularda daha hakkaniyetli düzenlemelerin yapılması gerekir.

İhale sürecinin, gizlilik ilkesi kapsamına giren durumlar haricinde saydam bir şekilde yürütülmesi, kamuoyu denetimine açık olması gerekir. İhale sürecinin olması gerektiği gibi yürütülmesi vatandaşların idareye olan güvenini pekiştirecektir.

KAYNAKLAR

- Abacıoğlu, Muhittin; Abacıoğlu, Ali, *Açıklamalı İctihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması*, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Arslan, Deniz, “İdarece Verilen İhale İptal Kararlarına Kamu İhale Kurulunun Yaklaşımı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 10, Sayı 103, Mart 2015, s. 34-40.
- Avcı, Mehmet Alpertunga; Taşır, Ahmet, “Hukuk Devleti İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Kamu İhale İşlemlerinde İdari Başvuru Yolları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2015, s. 95-115.
- AYTEKİN, İlhan, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017.
- Demirel, Salim, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Maddi Unsurunun 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014, s. 571-577.
- Doğanıyğit, Sadettin, *Açıklamalı- İctihatlı- Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Ercan, İsmail; *Themis Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Gedik, Ömer, “Kamu İhalelerine Hakim Olan İlkeler”, Oğurlu Yücel; Gedik, Ömer; Kalanyuva, Eren; Doğan, Esra; Çelik, Zeynep; Saltabaş, M. Serdar; Kaydul İdris, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Kamu İhale Uygulamaları*, Editör: Oğurlu, Yücel, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2011.
- Gök, Yaşar, *Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler*, Dış Denetim Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- Gözler, Kemal; Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Gözübüyük, A. Şeref; Tan, Turgut, *İdare Hukuku-Genel Esaslar*, Cilt 1, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Gürhan, H. Hüseyin; Dağalp, Namık; Şahbenderoğlu, Vural; İnan, Atilla, *Son Değişikliklerle Soru ve Cevaplı Kamu İhale Hukuku*, Merkez Matbaacılık, Ankara, 2009.
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime>, (23.04.2019).
- Hürmeydan, Merdan, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017.
- <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/>, (30.10.2020).
- <https://www.hukukturk.com>, (24.09.2020).

- <https://www.kazanci.com>, (20.09.2020).
- <https://legalbank.net/>, (25.09.2020).
- <https://teftis.ktb.gov.tr/TR-14305/idarelerin-yabanci-ulkelerdeki-kuruluslarinin-mal-ve-hi-.html>, (03.03.2020).
- <https://www.mevzuat.gov.tr/>, (25.02.2020).
- <https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx>, (24.11.2020).
- https://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf, (24.11.2020).
- Kamu İhale Genel Tebliği, <http://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx>, (24.11.2020).
- Kılıç, Zülfi, *Kamu İhale Kılavuzu*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2018.
- Kuloğlu, Hacı Mehmet, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017.
- Köktaş, Arif, Karaosmanoğlu, Fatih; Bilgiç, Veysel K., *Yolsuzluğun Önlenmesi İçin Etik Projesi Kamu İhaleleri ve Etik*, T.C. Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Ankara, 2009.
- Özey, İl Han, *Gümüşünde Yönetim*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Özdemir, Halit Eyüp, *Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2005.
- Özdemir, H. Eyüp; “Kamu İhale Kanunu'nda ‘Rekabet’ İlkesi”, *Sağlık Hukuku İlaç Sektöründe Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Sempozyumu*, 02.05.2008, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2008.
- Sancar, Ayşe Esin, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi”, *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, s. 151-177.
- Sarınca, Köksal, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu-Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017.
- Seçkin, Sinan; Üstün, Gül, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekeç İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Mehmet Akif Aydın'a Armağan*, Cilt 21, Sayı 2, 2015.
- Seyhan, Serkan, *4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.
- Sezginer, Murat, *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Uysal, Cevdet, “İhale Kanununda Yer Alan Temel İlkelerin İhaleye Fesat Karıştırma

Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C 13, S 147, 2018, s. 115-125.

- UYAP Mevzuat- İçtihat Programı.
- Ünal, Nurdoğan, *İhale Suçları- İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Üstün, Ümit Süleyman; Çalış, Hande Sena, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2018, s. 111-147.
- Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah; Kaman, Nur; Özdemir, H. Eyüp; Üstün, Gül; Çakır, Hüseyin Melih, Okay- Tekinsoy, Özge, *İdare Hukuku*, Editör: Yıldırım, Turan, 8. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- Zor, Ömer Tuğrul, “Ceza Hukuku Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 90, Şubat 2014, s. 77-85.
- 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Resmi Gazete, Tarih: 23/7/1965, S: 12056; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>, (11.12.2020).
- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, Resmi Gazete, Tarih: 22.01.2002, S: 24648, Kabul Tarihi: 04.01.2002; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4734.pdf>, (28.02.2020).
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Resmi Gazete, Tarih: 12/10/2004 S:25611; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, (15.09.2020).
- 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Resmi Gazete, Tarih: 24/10/2003, S: 25269, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4982.pdf>, (20.09.2020)

H.L.A. Hart's "Minimum Content of Natural Law"

H.L.A. Hart'ın "Doğal Hukukun Minimum İçeriği" Konsepti

Özde DEREBOYLULAR**

ABSTRACT

The classic work of "The Concept of Law" written by H.L.A Hart is widely recognized as providing the zenith of legal positivism. Hart's proposition is that the basic failure of the Austinian model is its neglect of the concept of a rule. Hart claims that for understanding the foundations of a legal system, rather than an account based on habitual obedience to the commands of an unlimited sovereign, a necessary insight will be that laws are a species of rules and ultimately the foundations of a legal system will be based on the acceptance of a fundamental rule. According to Hart, without the idea of a rule it is not possible to elucidate even the most elementary forms of law and he goes on to identify that the key to the science of jurisprudence lies in the union of what he terms "primary" and "secondary" rules. He therefore definitely disagrees with the proposition that a legal system is just a reflection of political power. This article is about H.L.A. Hart's study "minimum content of natural law". The article firstly explains briefly Hart's theory. His five truisms which is necessary to qualify as law is explained by making reference to examples from black letter law and a critique including the text's strengths and weaknesses is being provided.

Keywords: H.L.A. Hart, Law, Natural Law, Justice, Positivism.

Öz

H.L.A Hart tarafından yazılan "The Concept of Law", yaygın olarak pozitivistizmin zirvesini sağlamasıyla kabul edilmektedir. Hart'a göre Austin'in modelinin başarısızlığının temel nedeni, kural kavramını görmezden gelmesidir. Hart, bir hukuk sisteminin temellerini anlamak için iktidarın sınırsız gücünün emirlerine alışılmış itaatine kurulu bir düzenden ziyade, yasaların bir kural türü olduğu ve nihayetinde bir hukuk sisteminin temellerinin olacağına dair gerekli bir kavrayış olacağına inanmaktadır. Çalışma, H.L.A. Hart'ın "doğal hukukun minimum içeriği" isimli çalışmasını konu almakta olup öncelikle teorisinin kapsamı açıklanmaktadır. Hart'a

* Makale gönderim tarihi: 11.09.2020. Makale kabul tarihi: 27.12.2020. Özde Dereboylular, "H.L.A. Hart's 'Minimum Content of Natural Law", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s. 119-130; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.2.10>.

** Ar. Gör., Near East University, Criminal and Criminal Procedure Law, İletişim: ozde.dereboylular@neu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8729-3613>.

göre bir normun kabul görmesi için sahip olması gereken beş özelliği, pozitif huktan örnek vererek açıklanmakta ve çalışmanın güçlü ve zayıf yönlerinin eleştirisi sunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: H.L.A Hart, Hukuk, Doğal Hukuk, Adalet, Pozitivizm.

Introduction

H.L.A. Hart was a British philosopher and a professor of Jurisprudence at the University of Oxford. He is one of the most influential legal theorists and a major proponent of legal positivism. One of his most significant pieces of works is "*The Concept of Law*"¹. He is concerned with the concept of law, asserting that there is no necessary correlation between law and morality. Hart claims that it is possible to identify a core set of rules which constitute his "*minimum content of natural law*" theory, he uses this phrase to demonstrate the "*must haves*" based on human weaknesses, that any legal system must have in order to survive.

In this study, Hart's treatment of "*the minimum content of natural law*" will be examined. In the first part of the essay, Hart's text will be explained by making reference to examples from black letter law. The second part of the study, will aim to provide a critique, including the text's strengths and weaknesses, in the light of John Rawls' account of the "*original agreement*" for the principles of justice for the basic structure of society found in his book "*A Theory of Justice*"². The final section will conclude the essay.

I. The Minimum Content of Natural Law

For legal positivists, law does not have to have a moral content to be valid, the mere fact that a legal rule is unjust or morally iniquitous does not make the law invalid. As John Austin once wrote: "*the existence of law is one thing, its merit and demerit is another*"³. In contrast to legal positivists, defenders of natural law insist that morally iniquitous law cannot be valid. H.L.A. Hart as a one of the most influential advocates of legal positivism, has recognised in law a "*core of good sense*"⁴, he had proposed a minimum content theory of natural law which can be regarded as bridging the gulf between legal positivism and natural law. Hart acknowledged that there is a high degree of convergence in the rules legal systems contain, such as prohibiting acts of violence, theft and deception and this is not a coincidence. He assumed survival as an aim of human activity and noted: "*reflection on some very obvious generalizations indeed*

1 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd Edition, Oxford University Press, London, 2012.

2 John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 11-17.

3 John Austin, *The Province of Jurisprudence Defined*, Lecture 5, London, 1832, p. 184-185.

4 Hart, p. 186.

*truisms concerning human nature and the world in which men live, show that as long as these hold good, there are certain rules of conduct which any social organization must contain if it is to be viable*⁵.

Hart notes that: “*the general form of the argument is that without such content laws and morals could not forward the minimum purpose of which man having associating with each other*”⁶. In the absence of this content man, as they are, would have no reason for obeying voluntarily any rules⁷.

Hart considers that there are five truisms about man, which is necessary if it is to qualify as law properly speaking. These are; (1) Human vulnerability, (2) approximate equality, (3) limited altruism, (4) limited resources and finally (5) limited understanding and strength of will.⁸ So these are certain rules of conduct indeed truisms which any society’s legal system must contain if it is to be viable, these rules do constitute a common element in the law, these are also reasons why the rules are necessary. Hart concludes from these five truisms that minimum content of law is necessary, he notes: “*the rules must contain some form of restrictions on the free use of violence, theft and deception to which human beings are tempted but which they must, in general repress if they are to co-exist in close proximity to each other*”⁹.

A. Human Vulnerability

To start with “*human vulnerability*”, the essence of this truism is that if law is to promote human survival, it must offer certain prohibitions for restricting the use of violence in killing or inflicting bodily harm. As Hart notes “*the common requirements of law and morality consist for the most part not of active services to be rendered but of forbearances, which are usually formulated in negative form as prohibitions*”¹⁰. So as human beings can be harmed, it is the legal systems’ duty to develop appropriate laws prohibiting one from another.

The clear examples of this can be given from black letter law in both domestic and international law context. Assaulting a person, known as common assault is prohibited in English law and is a summary offence punishable up to six months of imprisonment¹¹. The House of Lords defined assault as: “*committed where the defendant intentionally or recklessly causes the victim to apprehend im-*

5 Hart, p. 192-93.

6 Hart, p. 193.

7 Hart, p. 193.

8 Hart, p. 194-197.

9 Hart, p. 89.

10 Hart, p. 194.

11 Criminal Justice Act 1988, section 39.

mediate unlawful personal violence". In *R v Ireland* case, the defendant had made a series of silent phone calls to three different women and was convicted under section 47 of the Offences Against the Person Act 1861, he appealed contending that silence cannot amount to an assault and merely psychiatric injury is not bodily harm, his conviction was up-held, it was held that spoken words can amount to an assault as silent words can¹². Showing a gun¹³, accidentally driving on the foot of somebody and remaining there¹⁴ and stalking the victim over a prolonged period, which does not produce a fear of immediate danger but cause the victim to fear at some time¹⁵ was held to be enough for assault. Section 20 of the Offences Against Person Act also prohibits inflicting "wounds" and "grievous bodily harm". GBH also includes psychiatric injury¹⁶.

Protection of life of the people is one of the most fundamental human rights across the world, which almost all legal systems tries to prohibit killing, and protecting human life. The European Convention of Human Rights, which is incorporated into UK domestic law by the Human Rights Act 1998 guarantees right to life in its second article, the article read as: "*Everyone's right to life shall be protected by law*". Although the article is not absolute and allows lawful executions in certain circumstances, it is of great importance and imposes positive as well as negative obligations on member states to protect life of its citizens¹⁷. When the potentially lethal force had not been "*absolutely necessary*" and had not been justified by any of the exceptions permitted under Article 2, the Court is ready to find violation of Article 2¹⁸.

B. Approximate Equality

Hart expressed his second truism, the notion of "*approximate equality*" as: "*even the strongest must sleep at times and, when asleep, loss temporarily his superiority. This fact of approximate equality more than any other, makes obvious the necessity for a system of mutual forbearance and compromise which is the base of both legal moral obligation*"¹⁹.

12 [1997] 3 WLR 534.

13 Logdon v DPP [1976] Crim LR 121.

14 Fagan v MPC [1969] 1 QB 439.

15 R v Constanza [1997] 2 Cr. App. R. 492.

16 R v Ireland [1997] 3 WLR 534.

17 Dink v Turkey App No 2668/07 (ECtHR, 14 September 2010); also see Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 6th Edition, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 94-116.

18 Andreou v Turkey App No 456553/99 (ECtHR, 27 October 2009); also see Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11th Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, p. 167-213.

19 Hart, p. 195.

Any legal system should ensure mutual abstinence from inflicting harm. A system based on mutual forbearance is mutually beneficial in prompting the survival of all. He notes that: “*This fact of approximate equality makes obvious the necessity for a system of mutual forbearance and compromise which is the base of both legal and moral obligation*”²⁰. An example can be given in the context of power imbalance between the police and citizens, although a state has more power, the legal system grants certain rights to individuals to balance the inequality.

The Police and Criminal Evidence Act 1984 is the legislative framework for police powers in England and Wales, it gives the police power to stop and search any person or vehicle for stolen or prohibited articles²¹, power to arrest²² but balances this power with some precaution that a person must not be detained for more than 24 hours without being charged²³. It guarantees a right to access a solicitor at any time during the detention²⁴. The right to legal assistance before police interrogation was not available to detainees in Scotland until the UK Supreme Court held in *Cadder v HM Advocate* that the practice violates Article 6(1) of the ECHR²⁵. In the wake of this judgment, the Scottish legislature passed emergency legislation and cured the deficiency of the law²⁶.

There are also issues about police power in terms of “*entrapment*” that raises the issue of how far a state may go in encouraging crime in order to convict people. It is now ruled that when state agents “*causes*” a person to commit a crime by offering excessive temptations, the court needs to stay proceedings as it would be wrong to charge the defendant at all for a crime caused by the police²⁷. This approach also reflects the decisions of the European Court of Human Rights on this issue²⁸.

C. Limited Altruism

Limited altruism reminds us that men are neither angels nor devils, they are in fact between these two extremes. If men were angels, a system of mutual forbearance would not be necessary. If they were devils bent on mutual destruc-

20 Hart, p. 195.

21 PACE 1984, s 1(2)

22 *ibid.* part 3.

23 *ibid.* s. 40.

24 *Ibid.* s. 58.

25 *Cadder v HM Advocate*[2010] UKSC 43.

26 Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, s 15A (3), as inserted by the Criminal Procedure (Legal Assistance, Detention and Appeals) (Scotland) Act 2010.

27 *R v Loosely; Attorney General’s Reference (No 3 of 2000)* [2001] UKHL 53.

28 *Teixeria de Castro v Portugal* (1998) 28 EHRR 10, *Ramanauskas v Lithuania* (2010) 51 EHRR 11.

tion, regardless of the cost to themselves, it would be impossible, but because they are between these two extremes such a system of mutual forbearance is possible and necessary²⁹.

An example can be given from law of omissions in English criminal law, which is the historical approach that one cannot be punished for failing to take an action, for instance, failing to save someone's life, which means one cannot be punished for being selfish rather than altruistic³⁰. A defendant is only guilty of crime as a result of his/her omission to act when he/she is under a duty to act. Such a duty can be imposed by a statute, for example, the people of the same dwelling is required to safeguard the life of a child or vulnerable adult who lives in them in it³¹. More examples can be given where a motorist refuses to give the breath samples when asked by an authorised person³², or refusing to give information on the noticing a person of some suspicious activities which comes to his attention³³.

D. Limited Resources

Hart's next truism is based on limited resources. There are some basic human needs such as shelter, food and clothing. Unfortunately, they are not found in limitless abundance. This forms "*indispensable some minimal forms of the institution of property (though not necessarily individual property), and the distinctive kind of rules which requires respect for it*"³⁴. For Hart, the simplest forms of property are to be "*seen in rules excluding persons generally other than the 'owner' from entry on, or the use of land or from taking or using material things*"³⁵.

To give an example from civil law, trespass in law is actionable in English courts and it is and unjustifiable intrusion by a person upon the land in the possession of another.³⁶ In *Ellis v Loftus Iron Co* the Court noted that: "*if the defendant place[s] a part of his foot on the claimant's land unlawfully, it is in law as much a trespass as if he had walked half a mile on it*"³⁷. In *Laiqat v Majit* it was noted that: "*... if a defendant interferes with a claimant's airspace, this amounts to trespass except this conduct would not constitute trespass if*

29 Hart, p. 196.

30 For a different approach see *R v Miller* [1983] 2 WLR 539.

31 Domestic Violence Crime and Victims Act 2004, s. 5.

32 Road Traffic Act 1988, s 7(6).

33 Terrorism Act 2000, s. 19.

34 Hart, p. 196.

35 Hart, p. 197.

36 Alastair Mullis, Ken Oliphant, *Torts*, 4th Edition, Palgrave Macmillan, London, 2011, p. 243.

37 [1874] L.R. 10 C.&P. at 12.

*the interference were at such great height – such as by high flying aircraft – that it does not interfere with the claimant’s air space*³⁸. Other examples of trespass to land include removing any part of the land in the possession of another, or any part of a building or other erection attached to the soil.³⁹

The European Convention on Human Rights also creates a right to property⁴⁰, the case *Sporrong v Lonroth* the European Court of Human Rights analysed the Protocol and interpreted “*three distinct rules*”⁴¹, the approach interpreted in this cases also followed in subsequent cases⁴².

E. Limited Understanding and Strength of Will

The last conduct Hart mentions is limited understanding and strength of will. He draws attention to the mutual benefit of confronting rules respecting persons, property and promises and despite the fact that most men are able to accept them as short-term sacrifices some “... *are tempted at times to prefer their own immediate interests, and in the absence of a special organization for their detection and punishment, many would succumb to the temptation*”⁴³. The immediate example is people, who drink and drive, or drive dangerously. This is regulated by law in the UK⁴⁴.

To summarise, Hart believes that the function of law is to allow human beings to survive. For this any society needs some basic rules and he related his primary rules to five human weaknesses⁴⁵. For Hart sanctions are necessary and a “*guarantee*” that “*those who would voluntarily obey shall not be sacrificed that those who would not*”⁴⁶.

II. Critique

This part of the study aims to provide the strengths and weaknesses of Hart’s minimum content of natural law in the light of John Rawls’s account of the “*original agreement*” for the principles of justice for the basic structure of society⁴⁷.

38 [2005] EWHC 1305 at 34.

39 Michael Jones, Anthony Dugdale, Mark Simpson, *Clerk and Lindsell on Torts*, 20th Edition, Sweet and Maxwell, London, 2010, para 19-29.

40 See Protocol 1 Article 1 ECHR.

41 (1982) 5 EHRR 35 para 61.

42 *Lithgow v UK* (1986) 8 EHRR 329 para 106.

43 Hart, p. 197.

44 For example, Road Traffic Act 1988, ss. 1-4.

45 Hart, p. 193.

46 Hart, p. 198.

47 Rawls, p. 11-17.

It would be merciless to undermine Hart's work, which is not only focused on self-preservation but also provides guidance on how private law institutions of society should be organized⁴⁸. Hart prepared his work very well and it is very difficult to identify relevant and fair standards to provide a critique⁴⁹.

D'Entreves comments that Hart's Concept "... represents a remarkable effort on the part of an avowed positivist to recognise the merits of that ancient and venerable notion"⁵⁰. His elegant language is combined with the balanced arguments formed a quality of the scholarship in the area of the basis for law.

Hart's work is a powerful one and in fact; one can question why he considers it as a "*minimal system*" while he includes most of the cornerstones of any legal system⁵¹, especially when we think the theory even includes some form of property rights. It is undeniable that Hart's arguments are important in understanding not only the content of laws but also the human nature. However it is not free from criticisms. Finnis comments, "*Hart's method points out a land which is left to his readers and hearers to hazard to enter*"⁵².

John Rawls generalizes Rousseau's, Locke's and Kant's natural right theories of the social contract⁵³. Rawls' main idea can be explained as the principles of justice are the object of an "*original agreement*". As he wrote: "*Thus we are to imagine that those who engage in social co-operation chose together, in one joint act, the principles which are to assign basic rights and duties and to determine the division of social benefits*"⁵⁴. This original agreement is not an actual contract but a hypothetical one, therefore he does not claim that people actually agree to a particular set of morally defensible principles of justice⁵⁵. That hypothetical agreement would be reached by free and equal persons in an original position, behind a veil of ignorance according to Rawls, and for him; social institutions are just "*if it is such that by this sequence of hypothetical agreements we would have contracted into the general system of rules which*

48 Richard Epstein, "The Not So Minimum Content of Natural Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, 2005, 219, p. 226, <http://ojls.oxfordjournals.org/content/25/2/219.full.pdf+html> (21.7.2020)

49 Robert S. Summers, "Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", *Duke Law Journal*, Volume 1963: 629, p. 638.

50 Alessandro D'Entreves, *Natural Law*, 2nd Edition, Hutchinson University Library, London, 1970, p. 185.

51 Richard, p. 219-231.

52 John Finnis, *Philosophy of Law: Collected Essays: Volume IV*, London, 2011, p. 75.

53 Rawls, p. 11.

54 Rawls, p. 11.

55 Rawls, p. 11.

*defines it*⁵⁶. His starting point of original agreement where the principles of justice is are chosen behind the veil of ignorance in the original position of people which he notes: “*one might say, the appropriate original status quo, and thus the fundamental agreements reached in it are fair*”⁵⁷, is a powerful argument which takes the social contract idea to a higher level of abstraction. He attempted to establish a well-reasoned account of social justice through the social contract approach, holding that a society is in some sense an agreement among all those within that society. On the other hand, Hart views rules as “*natural necessity*” but these rules are subject to mans subjective interpretation of what is “*necessary*” for the regulation of people in society.

Rawls characterizes justice as the “*first virtue*” of social institutions, noting that the concept of justice designates “*a characteristic set of principles for assessing basic rights and duties for determining... the proper distribution of the benefits and burdens of social cooperation*”⁵⁸. Justice for him becomes equivalent to the moral principles that are the basic structure. He provides two different principles of justice that people in the initial situation would choose; the first “*requires equality in the assignment of basic rights and duties*”, the second is the principle that social and economic inequalities are just “*only if they result in compensating benefits for everyone, and in par the least advantaged members of society*”⁵⁹.

On the other hand, Hart’s theory aims to define “*viable*” instead of a “*just*” legal system, he is not concerned with moral goodness. For Hart, justice is “*a distinct segment of morality*”⁶⁰, a moral value which the law may or may not possess, in a way he set to one side the issue of justice. The theory remains largely positivist, the fact that a legal system in the account of Hart need have no necessary moral content to be viable fails to qualify even as a most reduced version of a natural law. Rawls’ theory of the “*original agreement*” embraces morals in society whereas Hart’s theory presents those same morals as enforceable obligations. A viable legal system can still be unjust. Hart’s theory can be criticised as far from guaranteeing a just or a good society. One can argue than even the most-wicked system can comply with Hart’s minimum content of natural law.

56 Rawls, p. 13.

57 Rawls, p. 12.

58 Rawls, p. 5.

59 Rawls, p. 14-15.

60 Hart, p. 157.

Although Hart believes that some rules about property and violence are essential he adds: "... it is plain that neither the law nor the accepted morality of societies needs to extend their minimal protections and benefits to all within their scope and have not done so"⁶¹. In another words, he argues that there is no need for the law to extend its protection to all. Hart's concept does not identify people as individuals with equal opportunities, his concept of approximate equality presents Hart's view of the dissimilarity in the amount of power individuals have thereby almost undermining their importance in society. These features of Hart's theory, are to be contrasted with Rawls' principles of justice and weakens Hart's theory.

Conclusion

This study briefly examined H.L.A. Hart's minimum content of natural law; a set of rules necessary in order for any society continue to survive. Hart's defined truisms contribute to our understanding of human conduct and law but the theory is not free from criticism. Hart seeks to avoid what he perceives as the errors found in the adoption of moral criteria of legal validity, while at the same time acknowledging what he calls a "*minimum content of natural law*", which comprises necessary norms of social interaction which, while reflecting moral or natural law considerations, are necessary for any system of law to be minimally *effective as a legal system*. He states that: "... some very obvious generalizations-indeed truisms-concerning human nature... show that as long as these hold good, there are certain rules of conduct which any social organisation must contain if it is to be viable. Such rules do in fact constitute a common element in the law and convention morality of all societies as different forms of social control"⁶². It would be difficult to dissent very strongly from this proposition. In most, if not all, countries fundamental moral norms are enshrined in law, for example, as basic criminal taboos.

Hart suggests five "*truisms*" which underline the content of any viable set of any legal rules. The significance which Hart attributes to the satisfaction of these basic requirements is considerable. He states that "*If the system is fair and caters genuinely for the vital interests of all those from whom it demands obedience, it may... retain their allegiance... for most of the time, and will accordingly be stable. But... a narrow and exclusive system run in the interests of the dominant group... may be made continually more repressive and unstable with the latent threat of upheaval*"⁶³. This is essentially a practical argument

61 Hart, p. 196.

62 Hart, p. 188.

63 Hart, p. 197.

to the effect that laws which fail to serve their basic social function(s) will ultimately cease to be viable and will, in one way or another, be displaced. In this way Hart's claim that there is a minimal content of natural law to any extent. Rather, it is what might be called an "*error theory*" for the natural law intuition that the law is to some extent essentially morally good because of the way that it contributes to human flourishing. His claim is that for a *viable* order regulating human society, certain sorts of rules are essential; it is a matter of effectiveness or viability, not moral goodness.

BIBLIOGRAPHY

- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Defined*, Lecture 5, London, 1832.
- D'Entrevés, Alessandro Passerin, *Natural Law*, 2nd Edition, Hutchinson University Library, London, 1970.
- Epstein, Richard, "The Not So Minimum Content of Natural Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 25, 2005, 219-255, <https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/25/2/219/1388832?redirectedFrom=PDF>, (27.2.2020).
- Finnis, John, *Philosophy of Law: Collected Essays: Volume IV*, London, 2011.
- Gözübüyük, Şeref; Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11th Edition, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 3rd Edition, Oxford University Press, London, 2012.
- Jones, Michael; Dugdale, Antjony; Simpson, Mark, *Clerk and Lindsell on Torts*, 20th Edition, Sweet and Maxwell, London, 2010.
- Mullis, Alastair; Oliphant, Ken, *Torts*, 4th Edition, Palgrave Macmillan, New York, 2011.
- Penner, James; Melissaris, Emmanuel, *Textbook on Jurisprudence*, 5th Edition, Oxford University Press, London, 2012.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.
- Summers, Robert S., "Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", *Duke Law Journal*, Volume 1963: 629.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sancakdar, Oğuz; Önok, Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, 6th Edition, Seçkin, Ankara, 2016.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Açılan Devletlerarası Davalar*

The Inter-State Cases Submitted under the
European Convention on Human Rights

Selman KARAKUL**

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS veya Sözleşme) ilk metninden itibaren devletlerarası başvuru yolu taraf devletler için zorunlu bir denetim mekanizması olarak öngörülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme) önündeki yaklaşık 62.000 derdest bireysel başvuruya karşılık bugüne kadar toplam 29 devletlerarası dava açılmıştır. Ancak son zamanlarda sayısı artan ve devletlerarası çatışmalardan kaynaklanan devletlerarası başvurular üzerinde önemle durulması gereken bir konu haline gelmiştir. AİHS kapsamında açılan devletlerarası davaları ele alan bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, AİHS kapsamında açılan devletlerarası davaların usulü, kabul edilebilirlik ve esas yönünden incelenmesi üzerinde durulmakta; ikinci bölümde, AİHS kapsamında açılan devletlerarası davalar hakkında bugüne kadar verilen kararlar ve halen derdest olan devletlerarası davalar incelenmekte, üçüncü ve son bölümde ise AİHS kapsamında açılan devletlerarası davaların etki ve sonuçları değerlendirilmektedir.

Anahtar kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerarası davalar, *erga omnes* yükümlülükler, geçici tedbirler

ABSTRACT

Starting from the initial text of the European Convention on Human Rights ("ECHR" or "the Convention"), the inter-state cases are provided as a compulsory monitoring mechanism for High Contracting Parties. Although there are nearly 62.000 individual applications pending before the European Court of Human Rights ("ECtHR" or "the Court"), only 29 inter-state cases were submitted under the Convention so far. Nevertheless the inter-state cases has become an important subject to study since the number of these cases tend to increase and some are originating from

* Makale gönderim tarihi: 03.11.2020. Makale kabul tarihi: 17.11.2020. Selman Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Açılan Devletlerarası Davalar", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s. 131-172; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.2.02>.

** Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul, skarakul@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8947-6886>.

inter-state conflicts. This paper examines various aspects of the inter-state cases submitted under the ECHR and includes three parts. The first part explores the proceedings, examination of admissibility and merits of inter-state applications submitted under the Convention; the second part examines the decisions and judgments rendered by the Convention organs on inter-state cases so far and deals with the pending inter-state applications submitted under the Convention; and the last part analyses the impact and consequences of the inter-state applications brought under the Convention.

Keywords: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, inter-state cases, *erga omnes* obligations, interim measures

Giriş

İnsan hakları sözleşmelerinin temel amacı, diğer uluslararası antlaşmalardan farklı olarak, taraf devletler arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülükleri belirlemekten ibaret değildir. Bir devletin bir başka devletin yargılama yetkisi altında bulunan vatandaşları lehine kullanabileceği diplomatik korumadan farklı olarak, herhangi bir devlette insan haklarına saygı gösterilmesinin bir başka devletin özel çıkarlarıyla doğrudan ilgisi olduğu söylenemez. Buna karşılık insan haklarına saygı gösterilmesinin uluslararası toplumun bütününe çıkarına olduğu, uluslararası teamül hukuku veya hukukun genel ilkeleri kapsamında değerlendirilen insan hakları yükümlülüklerini ihlal eden bir devlete karşı herhangi bir devletin hukuki yollara başvurabileceği kabul edilmektedir.¹ Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan, Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nin 48. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında ihlal edilen yükümlülüğün uluslararası toplumun tamamına yönelik olması halinde, mağdur devlet dışında herhangi bir devletin de ihlalden sorumlu olan devletin sorumluluğunu ileri sürebileceği ifade edilmektedir. Söz konusu düzenlemenin 48. maddesinin 2. fıkrasına göre ihlalden sorumlu devletten uluslararası haksız fiiline son vermesi ve haksız fiilin tekrerrütmesini önleyecek teminat ve garanti vermesi ((a) bendi); ayrıca mağdur devlet veya şahısların ihlalden kaynaklanan zararlarının karşılanması ((b) bendi) herhangi bir devlet tarafından talep edilebilir.² Uluslararası Adalet Divanı, *Barcelona Traction* davası³ ve sonraki içtihadında birtakım yükümlülük-

1 Olivier De Schutter, *International Human Rights Law – Cases, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s. 111.

2 Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan, Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni için bkz. <https://legal.un.org/avl/ha/rsiwa/rsiwa.html> (19 Ekim 2020).

3 Uluslararası Adalet Divanı, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* davası kararı (*Belçika / İspanya*), ikinci aşama, 5 Şubat 1970, par. 33-34; <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments> (19 Ekim 2020).

lerin niteliği gereği devletlerin tamamını ilgilendirdiği, söz konusu hakların önemi göz önüne alındığında, bunların korunmasında devletlerin tamamının hukuki menfaati bulunduğu kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Uluslararası Adalet Divanı tarafından *erga omnes* olarak nitelendirilen yükümlülükler arasında saldırgan eylemler ve soykırımın yasaklanması, kölelik ve ırk ayrımcılığı yasası gibi kişinin temel haklarıyla ilgili ilke ve kurallar sayılabilir.⁴

Uluslararası Adalet Divanı'nın *Barcelona Traction* davası ve sonraki içtihadında *erga omnes* yükümlülüklerin devletlerin tamamını ilgilendirdiği; uluslararası toplumun tamamına yönelik olduğu; korunmasında bütün devletlerin hukuki menfaati bulunduğu ve bu konuda benzer hak ve korumadan yararlanılacağı belirtmekle birlikte, *erga omnes* yükümlülüklerin ihlali halinde hangi hukuki yol ve araçlara başvurulabileceği açıklığa kavuşturulmamıştır. Diğer yandan Mahkeme yeni yükümlülük tiplerinin nasıl ayırt edilebileceğine ilişkin kesin bir ölçüt ortaya koymamıştır. Devletlerin diplomatik korumadan kaynaklanan yükümlülüklerinden⁵ farklı olarak bahse konu hakların önemi gereği korunmasında bütün devletlerin hukuki çıkarı bulunduğu ifade edilse de, bu açıklamanın *erga omnes* yükümlülüklerin ayırt edilmesinde kesin bir ölçüt teşkil ettiği söylenemez. Son olarak Mahkeme'ye göre bazı hakların korunmasının genel uluslararası hukukun kapsamına dâhil olduğu, diğerlerinin ise evrensel veya evrensel benzeri nitelikteki uluslararası belgelerde tanıdığı görüşü, *erga omnes* yükümlülüklerin zorla yerine getirilmesi ile antlaşmaya dayalı infaz hükümleri arasındaki ilişkiye işaret etmektedir. Ancak Mahkeme bu konuya değinirken, hakların farklı korunma yöntemleri arasındaki ilişkiyi yeterince açıklığa kavuşturmamıştır.⁶

Uluslararası teamül hukuku veya hukukun genel ilkeleri kapsamında değerlendirilen *erga omnes* yükümlülüklerin ihlaline karşı devletlerin başvurabileceği ilk hukuki yol -yargılama yetkisine sahip olduğu durumlarda-⁷ Uluslararası Adalet Divanı'na başvuruda bulunmak, ikincisi ise ihlalin ciddi nitelikte olması

4 Bkz. De Schutter, s. 111-114.

5 Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan, Diplomatik Koruma Hakkında Taslak Maddeler Metni için bkz. <https://legal.un.org/avl/ha/adp/adp.html> (19 Ekim 2020).

6 Christian J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 97-98.

7 Uluslararası Adalet Divanı'nın yargılama yetkisinin uluslararası hukukun emredici kuralları söz konusu olduğunda taraf devletlerin rızasına bırakılmaması için -gerçekleşmesi pek muhtemel görünmese de- Mahkeme'nin Statüsünde değişiklik yapılması gerektiği, diğer yandan Mahkeme'den bağlayıcı olmayan istişari görüş (ya da danışma görüşü) alma yoluyla devletlerin rıza engelini aşılabilmesi yönündeki görüşler için bkz. Antoni Pigrau, "Reflections on the effectiveness of peremptory norms and *erga omnes* obligations before international tribunals, regarding the request for an advisory opinion from the International Court of Justice on the Chagos Islands" *Questions of International Law Journal*, Cilt 55, 2018, s. 131-146.

halinde karşı önlemlere⁸ başvuracaktır. Diğer yandan uluslararası antlaşmaların *erga omnes* kavramıyla aynı menfaatleri koruması durumunda taraf devletlerin hukuki sorumluluğu uluslararası teamül hukukuna aykırılığın yanı sıra uluslararası antlaşma hükümlerine de dayandırılabilir. Bu durumda uluslararası antlaşmaya taraf devletler *erga omnes* yükümlülükleri ihlal eden devlete karşı antlaşma hükümlerinde yer alan hukuki yollara başvurabileceği gibi uluslararası toplumun birer üyesi olarak genel hükümler kapsamında öngörülen yollara da müracaat edebilir. Bazı uluslararası antlaşma hükümleri antlaşma dışı başvuru yollarını tamamlayıcı nitelikte, diğerleri ise dışlayıcı nitelikte olabilmektedir.⁹ İnsan hakları sözleşmelerinin büyük kısmı¹⁰ sözleşmede güvenceye alınan hakların *erga omnes* yükümlülükler çerçevesinde korunmasını engelleyici hüküm içermemektedir. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) istisnai bir düzenleme içermektedir. AİHS'nin 55. maddesine göre taraf devletler özel uzlaşma halleri dışında, Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde Sözleşme dışındaki hukuki yollara müracaat etmemeyi taahhüt etmektedir. AİHS'de öngörülen koruma mekanizmasının etkinliği ve genel olarak Sözleşme dışı hukuki yollara başvuru gereksinimi duyulmaması nedeniyle taraf devletler ancak devletlerarası başvurulardan sonuç alamamaları halinde kendi aralarında karşı önlemlere başvurabilecektir.¹¹

Ulusal ve uluslararası düzlemde etkin insan hakları politikaları izlemek isteyen devletler, uygun koşullarda faydalı buldukları hukuki yollara müracaat edebilmektedir. Uluslararası veya bölgesel birçok insan hakları sözleşmesinde yer verilen devletlerarası başvuru (veya şikâyet) seçeneği de sözleşmeye taraf devletlerin başvurabileceği hukuki yollardan biridir.¹² Devletlerarası başvuru

8 Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan, Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metninin 50. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca, alınacak karşı önlemlerin temel insan haklarının korunması yükümlülüklerini olumsuz yönde etkilememesi gerekmektedir. Ancak alınacak karşı önlemlerin doğrudan olmasa da ekonomik ve sosyal sonuçları göz önüne alındığında insan haklarını olumsuz yönde etkilememesi beklenemez. Bu kapsamda alınacak karşı önlemlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle uygun ve orantılı olması önem kazanmaktadır. Bkz. Thomas M. Franck, "On Proportionality of Countermeasures in International Law" *The American Journal of International Law Journal*, Cilt 102, Sayı 4, 2008, s. 715-767.

9 Tams, s. 252.

10 Örneğin; Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları (Banjul) Şartı gibi.

11 Tams, s. 304-305.

12 Birleşmiş Milletler nezdinde kabul edilen İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Ulus-

yöntemi üç farklı bağlamda ele alınabilir: Birincisi, şikâyet amacı kişisel çıkarın ötesine geçen *actio popularis* (halk davası) olarak; ikincisi, bir devletin diğer bir devletin yargılama yetkisi dâhilinde bulunan vatandaşlarının çıkarı için; üçüncüsü ise devletin kendi ekonomik ve siyasi çıkarları için devletlerarası başvuru yolu kullanılabilir. ¹³ Avrupa Konseyi (AK) İnsan Hakları Yönetim Komitesi'nin (CDDH) Devletlerarası Uyuşmazlıklarla İlgili Davaların Etkin Bir Şekilde Yürütülmesi ve Sonuçlandırılması Hakkında Taslak Raporunda da benzer şekilde, AİHS'nin 33. maddesi uyarınca yapılan devletlerarası başvurular üç kategoride ele alınmaktadır. Birincisi, başvuran devletin diğer bir taraf devletteki genel insan hakları meselelerini (sistemik sorunlar ve eksiklikler, idari uygulama gibi) şikâyet etmekte olup, bu tür davalarda başvuran devletin temel amacı kendi vatandaşlarıyla ilgili olmasa bile Sözleşmeden kaynaklanan ortak sorumluluk kapsamında Avrupa kamu düzeninin korunmasıdır. İkinci kategori devletlerarası başvurularda, başvuran devlet diğer bir taraf devlette kendi vatandaşlarının temel insan haklarının sistemik olarak ihlal edildiğinden yakınmaktadır. İkinci tür başvurular esas olarak gerek AİHS'nin 34. maddesinde düzenlenen bireysel başvurularla gerek diplomatik koruma kapsamında başvurulmuş hukusal yollarla benzerlik göstermektedir. İnsan Hakları Yönetim Komitesi'ne göre, son on yılda ortaya çıkan üçüncü kategori başvurular ise devletlerarası çatışmalardan kaynaklanmaktadır. ¹⁴ Sözleşme'ye taraf

lararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye İhtiyari Protokol hükümlerinde ilgili Komite'nin inceleme yetkisini tanıyan devletler bakımından devletlerarası başvuru yolu öngörülmüştür.

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye taraf devletlerin tamamı, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de ise ilgili Komite'nin yetkisini tanıyan devletler yönünden yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle ilgili olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümünü için geçici uzlaşma komisyonu oluşturulması yöntemi benimsenmiştir.

Diğer yandan, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme ve Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'de taraflar arasında sözleşmenin yorumlanması veya uygulanması konusunda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünü için öncelikle müzakere ve başarısız olması halinde tahkim yoluna gidilmesi; tahkim yolundan altı ay içinde sonuç alınmadığı takdirde tarafların uyuşmazlığı Uluslararası Adalet Divanı'na götürebileceği düzenlenmiştir. Ancak taraf devletler söz konusu sözleşmelerin onay ve katılım aşamasında bu yöntemin dışında kalmayı tercih edebilecek ve bu durumda karşılıklılık ilkesi çerçevesinde kendilerinin de diğer devletler hakkında dava açma yetkileri kısıtlanmış olacaktır.

Bkz. <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/tbpetitions/pages/hrtbpetitions.aspx> (19 Ekim 2020).

- 13 Scott Leckie, "The Inter-State Complaint Procedure in International Human Rights Law: Hopeful Prospects or Wishful Thinking", *Human Rights Quarterly*, Cilt 10, Sayı 2, 1988, s. 256.
- 14 Council of Europe Steering Committee for Human Rights, "Draft CDDH report on the effective processing and resolution of cases relating to inter-State disputes", DH-SYSC-IV(2020)04, 8

devletler arasındaki çatışmaların tarihsel geçmişi olduğu, devletlerarası başvuru konusu yapılan şikâyetlerin temelinde başvuran devletlerin ekonomik, siyasi ve savunma çıkarlarının bulunduğu ise izahtan varestedir.

Bölgesel insan haklarını koruma mekanizmaları incelendiğinde, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları (Banjul) Şartı ve AİHS'de, aralarında bir takım farklılıklar bulunmakla birlikte devletlerarası başvuru yoluna yer verildiği görülmektedir. Devletlerarası başvuru yolu Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 45. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre taraf devletler Sözleşme'ye onay veya katılım belgesinin Amerikan Devletleri Örgütü Genel Sekreterliğine teslimi sırasında veya daha sonra devletlerarası başvurular konusunda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun denetim yetkisini tanıdığını beyan edebilir. Usulüne uygun olarak Komisyon'un devletlerarası başvurularda denetim yetkisini tanıyan taraf devletlerin bu konuda aktif ve pasif taraf ehliyetine sahip oldukları kabul edilmektedir. Taraf devletler Komisyon'un devletlerarası başvurularda denetim yetkisini süresiz veya belirli süreli olarak tanıyabileceği gibi yalnızca belli bir davayla sınırlı olarak da tanıyabilir.¹⁵ Afrika İnsan ve Halkların Hakları (Banjul) Şartı'nın 47 vd. maddeleri Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'na yapılacak devletlerarası başvuruları düzenlemektedir. Amerikan sisteminden farklı olarak Afrika sisteminde devletlerarası başvuruda bulunabilmek için Komisyon'un denetim yetkisini tanıma koşulu öngörülmemiştir. Taraf devletler ihlal iddialarını öncelikle muhatap devlete ileterek ikili görüşme ve sulh yoluyla çözüm arayışına girebileceği gibi, doğrudan veya görüşmelerden sonuç alınamaması halinde Komisyon'a devletlerarası başvuruda bulunmayı da tercih edebilir.¹⁶ Bölgesel insan haklarını koruma mekanizmalarının öncüsü niteliğinde olan AİHS sisteminde ise 11 No'lu Protokol yürürlüğe girmeden önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (AİHK veya Komisyon) yapılan devletlerarası başvurularda, bireysel başvurulardan farklı olarak, taraf devletlerin Komisyon'un denetim yet-

Temmuz 2020, s. 12-13, par. 28-33, <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-committee-of-experts-on-the-s/16809fo2d7> (19 Ekim 2020).

15 Bkz. <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm> (19 Ekim 2020).

16 Bkz. <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49> (19 Ekim 2020). Afrika sisteminde devletlerarası başvurularda Komisyon'un zorunlu denetim yetkisi kabul edilmişken, bireysel başvuruların ayrıca düzenlenmemiş olması dikkat çekicidir. Banjul Şartı'nın 55. maddesinde Komisyon Sekreterya'sının her oturumdan önce taraf devletler dışında gelen başvuruların listesini hazırlayacağı ve Komisyon üyelerinin dikkatine sunacağı, ayrıca hangi başvuruların Komisyon tarafından ele alınması gerektiğinin de belirtileceği ifade edilmektedir. Komisyon hangi başvuruların inceleneceği konusunda basit çoğunlukla karar vermektedir. Banjul Şartı'nın 56. maddesinde ise taraf devletler dışında yapılan başvuruların incelemeye alınabilmesi için gerekli olan şartlar düzenlenmektedir.

kisini tanıma koşulu getirilmemiştir. 11 No'lu Protokol 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girdikten sonra denetim sürecinde Komisyon'un görevine son verilerek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM veya Mahkeme) yargılama yetkisi zorunlu hale getirilmiştir. 11 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesiyle birlikte devletlerarası veya bireysel başvurular taraf devletlerin ayrıca tanıma beyanına ihtiyaç olmaksızın doğrudan AİHM Sekreteryasına yapılabilmektedir. Bununla birlikte AİHM'ye yapılan devletlerarası başvurularla bireysel başvurular arasında inceleme usulü, kabul edilebilirlik koşulları ve alınacak kararların olası etki ve sonuçları yönünden birtakım farklılıklar olup çalışmanın ilerleyen kısımlarında belirtilen hususlara açıklık getirilmeye çalışılmaktadır.

AİHS kapsamında açılan devletlerarası davaları ele alan bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır.¹⁷ Birinci bölümde, AİHS kapsamında açılan devletlerarası davaların usulü, kabul edilebilirlik ve esas yönünden incelenmesi üzerinde durulmaktadır. İkinci bölümde, AİHS kapsamında açılan devletlerarası davalar hakkında bugüne kadar verilen kararlar ve halen derdest olan devletlerarası davalar incelenmektedir. Üçüncü ve son bölümde ise AİHS kapsamında açılan devletlerarası davaların etki ve sonuçları değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

I- AİHS Kapsamında Açılan Devletlerarası Davaların Usulü, Kabul Edilebilirlik ve Esas Yönünden İncelenmesi

AİHS'nin ilk metninde devletlerarası davalar 24. maddede düzenlenmişti. AİHK, AİHM ve AK Bakanlar Komitesi'ne denetim sürecinin farklı aşamalarında yetkiler veren AİHS'nin orijinal metninin 24. maddesi uyarınca taraf devletlerden her birinin tek başına veya diğer taraf devletlerle birlikte, diğer bir taraf devletin Sözleşme hükümlerini ihlal ettiği iddiasıyla AİHK'ya müracaat etme yetkisi bulunuyordu. Söz konusu düzenlemeye göre;

17 AK'nin resmi dilleri olan İngilizce ve Fransızca metinlerde AİHS'nin 33. maddesinin başlığı "Devletlerarası davalar" ("*Inter-State cases*" "*Affaires interétatiques*") olarak ifade edilmiştir. AİHS'nin 34. maddesi ise "Bireysel başvurular" ("*Individual applications*" "*Requêtes individuelles*") başlığını taşımaktadır. Buna karşılık AİHS'nin 29. maddesinin 2. fıkrasında, ayrıca AİHM İktüzüğü'nün 46, 48, 50, 51 ve 58. maddelerinde "devletlerarası başvurular" ifadesi kullanılmaktadır. AİHS sisteminde devletlerarası şikâyetler idari yönden reddedilememekte, kabul edilebilirlik ve esas yönünden AİHM'nin yargısal birimi olan Komisyon tarafından incelenmektedir. Buna karşılık bireysel başvuruların önemli bir bölümü henüz Mahkeme'nin yargısal bir birimine havale edilmeden önce temel eksiklikleri nedeniyle idari yönden reddedilmektedir. AİHM'nin güncel istatistiklerine göre 2019 yılında 14.850 bireysel başvuru 2020 yılının Ekim ayına kadar ise 9.940 bireysel başvuru idari yönden reddedilmiştir (Bkz. European Court of Human Rights Statistics: 1/1-30/9/2020 (compared to the same period 2019), https://echr.coe.int/Documents/Stats_month_2020_ENG.PDF (19 Ekim 2020)). Bu nedenle bireysel şikâyetlerin tamamını kapsayacak şekilde kullanılan "bireysel başvurular" ifadesinden farklı olarak devletlerarası şikâyetler için "devletlerarası başvurular"dan ziyade "devletlerarası davalar" ifadesinin tercih edilmesi hukuk tekniği bakımından daha doğrudur. Ancak gerek Avrupa Konseyi'nin resmi belgelerinde gerek doktrinde yoğun olarak "devletlerarası başvurular" ifadesi kullanıldığından, bu çalışmada bölüm başlıkları dışında "devletlerarası başvurular" ifadesine de yer verilmiştir.

“Her Âkid Taraf işbu Sözleşme hükümlerine vâki ve kendisinin diğer bir Âkid Tarafa isnadedebileceğine kanaat getirdiği bilcümle riayetsizlikten dolayı Avrupa Konseyi Genel Sekreteri vasıtasıyla Komisyona müracaat edebilir.”¹⁸

11 No’lu Protokol öncesinde AİHK’nın devletlerarası başvuruları inceleme usulüyle, 11 No’lu Protokol sonrasında AİHM’nin inceleme usulü büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. 11 No’lu Protokolle değiştirilen ve halen yürürlükte olan düzenlemelere aşağıda değinileceğinden, burada yalnızca 11 No’lu Protokol öncesinde yer alan farklılıklara değinmek daha uygun olacaktır.¹⁹ 11 No’lu Protokol öncesinde devletlerarası başvurular öncelikle AİHK tarafından inceleniyor, bireysel başvurular kadar ağır olmayan kabul edilebilirlik koşullarının mevcut başvuruda bulunduğuna karar verildiği takdirde başvuruya taraf devletler dostane çözüme ulaşmaya davet ediliyordu. Taraflar arasında dostane çözüme ulaşılamaması durumunda Komisyon, başvuru konusu olaylara ilişkin bulgularını ve bağlayıcı olmamakla birlikte Sözleşme’nin ihlal edilip edilmediği hakkındaki görüşlerini içeren bir rapor hazırlıyordu. Komisyon raporu AK Bakanlar Komitesi ve ilgili devletlere tebliğ ediliyordu; ancak bu aşamada Komisyon raporunun yayımlanmasına izin verilmiyordu. Taraf devletlerin AİHM’nin zorunlu yargılama yetkisini tanımış olması veya somut başvuru özelinde (*ad hoc*) AİHM’nin yargılama yetkisine onay vermesi halinde Komisyon, başvuruya taraf olan veya vatandaşı ihlalden mağdur olan devletlerden her biri Komisyon raporunun AK Bakanlar Komitesi’ne tebliğinden itibaren üç ay içinde başvuruyu AİHM önüne götürebilirdi.²⁰ AİHM’nin yargılama yetkisi konusunda taraflar arasında ihtilafa düşülmesi halinde bu husus Mahkeme tarafından karara bağlanıyordu. AİHM’nin kararları kesindi ve başvuruya taraf olan devletlerin AİHM kararlarına uyma yükümlülüğü bulunuyordu. Halen yürürlükte bulunan düzenlemeyle benzer biçimde AİHM kararlarının yerine getirilmesini denetleme yetkisi AK Bakanlar Komitesi’ne verilmişti. Belirtilen süre içinde AİHM’ye müracaat edilmemesi durumunda AK Bakanlar Komitesi, Komite toplantılarına katılma hakkına sahip üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla mevcut başvuruda

18 Bkz. R.G. 19.3.1954, S: 8662.

19 AİHS’nin ilk metni, daha sonra protokollerle yapılan değişiklikler, ihtiyari protokol hükümleri ve söz konusu düzenlemelere taraf devletlerin imza ve onay durumları ile varsa çekince ve beyanları hakkında bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject/3> (19 Ekim 2020).

20 11 No’lu Protokol yürürlüğe girmeden önce AİHK’ya yapılan toplam 12 devletlerarası başvuru içinden yalnızca iki tanesi (İrlanda / Birleşik Krallık (I), Başvuru No. 5310/71, 18 Ocak 1978; Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV), Başvuru No. 25781/94, 10 Mayıs 2001) belirtilen usul çerçevesinde AİHM gündemine gelmiştir. Bkz. European Court of Human Rights, “Inter-State applications: By date of introduction of the applications”, Strasbourg, Ekim 2020, https://www.echr.coe.int/Documents/InterState_applications_ENG.pdf (28 Ekim 2020).

Sözleşme'nin ihlal edilip edilmediğine karar veriyordu. Bireysel başvurulardan farklı olarak devletlerarası başvurular hakkındaki AK Bakanlar Komitesi toplantılarında esasen başvurunun tarafları olan devletlerin temsilcileri de hazır bulunuyordu.²¹ Sözleşme ihlaline karar verilen durumlarda, AK Bakanlar Komitesi ilgili devletin karar uyarınca gereken tedbirleri alması için belirli bir süre öngörüyordu. İlgili devletin belirlenen süre içinde tatmin edici tedbirleri alınması halinde AK Bakanlar Komitesi yine yukarıda belirtilen nitelikli çoğunlukla önceki kararının nasıl yerine getirileceğine dair karar vererek, Komisyon raporunu yayınlıyordu. AİHS'nin ilk metninin 32. maddesi uyarınca AK Bakanlar Komitesi'nin alacağı kararlar taraf devletler için bağlayıcı nitelikteydi.

AİHS'nin oluşturduğu denetim mekanizmasının yeniden yapılanmasına ilişkin 11 No'lu Protokolle yapılan değişikliğin ardından devletlerarası başvurular Sözleşme'nin 33. maddesinde aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir:

“Her Yüksek Taraf Devlet işbu Sözleşmeye ve Protokolleri hükümlerine vâki ve kendisinin diğer Yüksek Taraf Devlete isnat edilebileceğine kanaat getirdiği herhangi bir ihlâlden dolayı Mahkemeye başvurabilir.”²²

AİHS'de öngörülen denetim mekanizmasında 11 No'lu Protokolle yapılan en köklü değişiklik AİHK'nin görevine son verilerek,²³ tam zamanlı ve tek bir mahkeme olarak yeniden yapılandırılan AİHM'nin yargılama yetkisinin taraf devletler için zorunlu hale getirilmesidir. 11 No'lu protokol hükümleriyle 3 yargıçtan oluşan Komite, 7 yargıçtan oluşan Daire ve 17 yargıçtan oluşan Büyük Daire

21 Steven Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, s. 24-25.; Søren C. Prebensen, “Inter-State Complaints under Treaty Provisions – The Experience under the European Convention on Human Rights”, Ed: Gudmundur Alfredsson vd., *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, Yenilenmiş İkinci Edisyon, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, s. 445-448.

22 Bkz. R.G. 20.6.1997, S: 23025.

23 11 No'lu Protokolün 5. maddesine göre, Protokolün yürürlüğe girdiği tarihte Komisyon önünde bulunup kabul edilebilirliği yönünden henüz karara bağlanmamış başvurular Mahkeme tarafından incelenecektir (2. fıkra). Protokolün yürürlüğe girdiği tarihte kabul edilebilirlik kararı verilmiş olan başvurular bu tarihten itibaren bir yıl içerisinde Komisyon tarafından incelenmeye devam edilecektir. Bu süre içerisinde karara bağlanmayan başvurular Mahkeme'ye devredilecek ve Mahkeme tarafından kabul edilebilir başvurular olarak incelenecektir (3. fıkra). Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra Komisyon başvurulara ilişkin olarak hazırlanmış olduğu raporu taraflara gönderecektir ancak eski düzenlemeye paralel olarak tarafların raporu açıklama yetkisi bulunmayacaktır. Protokolün yürürlüğe girmesinden önceki hükümlere uygun olarak başvurunun Mahkemeye gönderilmesi mümkündür. Mahkemeye intikal etmeyen başvurular, Sözleşmenin eski 32. maddesi hükümleri uyarınca Bakanlar Komitesi tarafından ele alınacaktır (4. fıkra). Protokol yürürlüğe girdiği tarihte Mahkeme önünde olup henüz karara bağlanmamış başvurular, Mahkeme'nin Büyük Dairesi tarafından incelenerek karara bağlanacaktır (5. fıkra). Son olarak Protokol yürürlüğe girdiği tarihte AK Bakanlar Komitesi önünde olup Sözleşmenin eski 32. maddesi hükümleri uyarınca henüz karara bağlanmamış olan başvurular, Bakanlar Komitesi tarafından eski düzenleme çerçevesinde sonuçlandırılacaktır (6. fıkra).

şeklinde yapılandırılan AİHM’de,²⁴ devletlerarası başvuruların kabul edilebilirlik ve esası hakkındaki kararların Daire tarafından verileceği Sözleşme’nin 29. maddesinin 2. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenleme uyarınca, Mahkeme istisnai durumlarda aksi yönde bir karar almadıkça, devletlerarası başvuruların kabul edilebilirliği hakkındaki karar esasından ayrı olarak alınacaktır. AİHM İçtüzüğü’nün 48. maddesine göre devletlerarası başvuruyu incelemek üzere oluşturulan Daire, taraf devletlerin yazılı görüşlerini aldıktan sonra, kabul edilebilirlik hakkında rapor hazırlamak üzere bir veya birden fazla Daire üyesi yargıcı tayin edecektir.²⁵ Raportör yargıcı(lar) Daire ve Daire Başkanına görevlerinin ifasında yardımcı olabilecek rapor, taslak ve diğer belgeleri sunacaktır. Devletlerarası başvuruyu incelemek üzere kurulan Daire’nin Sözleşme’nin 30. maddesi uyarınca davanın Sözleşme ve protokollerin yorumu konusunda ciddi sorunlar doğurması ya da varılacak çözümün Mahkeme’nin önceki bir kararıyla çelişkili olması halinde, karar vermeden önceki herhangi bir aşamada, taraflardan biri itiraz etmediği müddetçe, yargılama yetkisinden Büyük Daire lehine feragat etmesi mümkündür.²⁶

AİHM İçtüzüğü’nün 51. maddesinde devletlerarası başvuruların havalesi ve sonrasında izlenecek usul düzenlenmiştir. AİHS’nin 33. maddesi çerçevesinde devletlerarası bir başvuru yapıldığında AİHM Başkanı başvuruyu derhal davalı devlete tebliğ edecek ve başvuruyu Bölümlerden birine havale edecektir.²⁷ Başvuran ve davalı taraf devletlerle ilgili olarak seçilen AİHM yargıcıları devletlerarası başvuruyu inceleyecek Dairede re’sen görev alacaktır. Başvurunun birden fazla devlet tarafından yapılması veya aynı konudaki birden fazla başvurunun birlikte incelenmesi durumunda tarafların üzerinde anlaşacağı veya anlaşma olmaması halinde Başkanın kurayla belirleyeceği bir ortak menfaat yargıcı tayin edilecektir. Davanın bir Bölüme havale edilmesi üzerine, Bölüm Başkanı davayı inceleyecek Komisyonu teşkil ederek davalı devleti başvurunun kabul

24 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe giren 14 No’lu Protokol hükümleri uyarınca açıkça dayandıktan yoksun olan başvuruları incelemek üzere AİHM’nin mevcut yapılanmasına tek yargıcı düzeni de eklenmiştir. 14 No’lu Protokol hükümleri için bkz. R.G. 8.8.2006, S: 26253.

25 1 Ocak 2020 tarihinde güncellenen AİHM İçtüzüğü ve uygulama yönergeleri için bkz. <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/rules&c=19> (Ekim 2020). AİHM İçtüzüğü’nün Türkçe çevirisinin en son 1 Haziran 2015 tarihinde güncellendiği belirtilmektedir.

26 Örneğin; bkz. *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)*, Başvuru No. 13255/07, 3 Temmuz 2014, par. 11. AİHM İçtüzüğü’nün 50. maddesi uyarınca gerek Sözleşme’nin 30. maddesine göre Daire’nin yargılama yetkisinden feragat etmesi üzerine, gerek Sözleşme’nin 43. maddesine göre Daire kararının havale edilmesi yoluyla Büyük Daire’de görülecek devletlerarası başvurularda Büyük Daire Başkanı, bir veya birden fazla üyesini raportör yargıcı olarak tayin edecektir.

27 AİHM Bölümü idari bir yapılanmadır. Bölümde yer alan yargıcılar arasından oluşturulan Daire ise Mahkeme’nin yargısal birimidir. Mahkeme teşkilatında hâlihazırda 5 Bölüm mevcut olup her Bölüm içinde bir başkan, başkan yardımcısı ve diğer yargıcılar görev yapmaktadır. Bkz. <https://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=court/judges> (19 Ekim 2020).

edilebilirliği hakkındaki yazılı görüşlerini sunmaya davet eder. Davalı devletin görüşleri Yazı İşleri Müdürlüğü tarafından başvuran devlete tebliğ edilerek varsa cevap niteliğindeki yazılı görüşleri alınır. Başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmeden önce ilgili Daire veya Daire Başkanı tarafları ilave görüşlerini yazılı olarak sunmaya davet edebilir. Devletlerarası başvuruların kabul edilebilirliğiyle ilgili olarak taraflardan birinin talebi veya Dairenin kendiliğinden bu yönde karar alması halinde duruşma yapılır.²⁸ Daire Başkanının yazılı veya gerektiğinde sözlü yargılama usulü uygulamadan önce taraf devletlere danışması öngörülmektedir.

AİHM İçtüzüğü'nün 58. maddesi uyarınca ilgili Dairenin devletlerarası başvurunun kabul edilebilirliğine karar vermesinin ardından Daire Başkanı taraf devletlere danıştıktan sonra başvurunun esası hakkındaki görüşlerin ve ek delillerin sunulması için süreleri tayin eder. Bununla birlikte Başkan tarafların üzerinde ittifak etmesi halinde yazılı usulden vazgeçilmesine karar verebilir. Taraflardan birinin talebi veya Dairenin kendiliğinden bu yönde karar alması halinde devletlerarası başvurunun esası hakkında duruşma yapılır. Bu durumda Daire başkanı sözlü yargılama usulü uygulayacaktır.

Devletlerarası başvuruların incelenmesinde de kabul edilebilirlik aşaması bulunmakla birlikte, bu incelemenin kapsamı bireysel başvurulardan daha sınırlıdır. Kabul edilebilirlik koşulları yönünden öncelikle üzerinde durulması gereken husus AİHS'nin 34. maddesi uyarınca Mahkeme'ye bireysel başvuru yapılabilmesi için başvuran ya da başvuranların Sözleşme ihlalinden mağdur olmaları, diğer bir deyişle Sözleşme ihlalinden doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmeleri gerekirken, AİHS'nin 33. maddesi kapsamında yapılacak devletlerarası başvurularda başvuran devlet ya da devletlerin mağdur olma şartı bulunmamaktadır. AİHS'nin 33. maddesi uyarınca Mahkeme'ye başvuruda bulunacak taraf devlet ya da devletlerin Sözleşme'nin ihlal edildiğini iddia etmeleri yeterlidir.²⁹

28 *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV)*, Başvuru No. 25781/94 başvurusunda AİHM Büyük Dairesi tarafından başvurunun esası hakkında duruşma yapılmıştır. *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)*, Başvuru No. 13255/07 ve *Gürcistan / Rusya Federasyonu (II)*, Başvuru No. 38263/08 başvurularında AİHM'nin ilgili Dairesi tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esası, Büyük Daire tarafından başvurunun esası hakkında duruşma yapılmış, ayrıca tanık ifadesine başvurulmuştur. *Slovenya / Hırvatistan*, Başvuru No. 54155/16 başvurusunda AİHM Büyük Dairesi tarafından başvurunun kabul edilebilirliği hakkında duruşma yapılmıştır. Bkz. European Court of Human Rights Press Unit, *Q & A on Inter-State Cases*, Ekim 2020, https://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Inter-State_cases_ENG.pdf (19 Ekim 2020).

29 Isabella Risini, *The Inter-State Application under the European Convention on Human Rights: Between Collective Enforcement of Human Rights and International Dispute Settlement*, Brill Nijhoff, Leiden, 2018, s. 52.

AİHS'nin kabul edilebilirlik koşullarıyla ilgili 35. maddesinden anlaşıldığı üzere maddenin 1. ve 4. fıkralarının tüm başvurular yönünden, 2. ve 3. fıkralarının ise yalnızca bireysel başvurular yönünden uygulama kabiliyeti bulunmaktadır. Diğer bir deyişle bireysel başvurularla ilgili kabul edilebilirlik ölçütleri devletlerarası şikâyetlerde uygulanmamaktadır. Özellikle Mahkeme'nin devletlerarası başvuruları açıkça dayanaktan yoksun bulma yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte Sözleşme'nin 35. madde metni, uluslararası mahkemelerin yargılama yetkisini kullanmasını düzenleyen genel ilkeler uyarınca, Mahkeme'nin önündeki sorunu inceleme yetkisi olup olmadığını başlangıç aşamasında tespit etmesini engelleyici bir hüküm içermemektedir.³⁰

Devletlerarası başvuruyu desteklemeye elverişli delil başlangıcının (*prima facie* evidence) bulunup bulunmadığını değerlendirme konusundaki yetkinin çok sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme'nin böyle bir yetkisi bulunması halinde başvurudaki iddiaların tamamen mesnetsiz olup olmadığını ya da Sözleşme'nin 33. maddesi anlamında gerçek iddialara dayanma koşulunu taşıyıp taşımadığını araştırması gerekecekti. AİHK aşağıda ayrıca değinilecek olan *Danimarka, Fransa, Norveç, İsveç ve Hollanda / Türkiye* (9940-44/82) başvurusu hakkındaki kabul edilebilirlik kararında, Sözleşme'nin ihlali hakkında bir iddia bulunmasının kabul edilebilirliğe karar verilebilmesi için yeterli olduğunu belirtmiştir.³¹

İç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu ilke olarak bireysel başvurular gibi devletlerarası başvurular yönünden de geçerlidir. Özellikle devletlerarası başvurunun diplomatik korumaya benzer biçimde belli bir bireyle ilgili olduğu durumlarda iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı bireysel başvurulara benzer usulde uygulanmaktadır. Ancak gerek Komisyon gerek Mahkeme kararlarında devletlerarası başvuruya konu olayların özelliği ve şikâyetlerin niteliği belli bir bireyin durumundan ziyade sistematik bir soruna işaret ettiği vakalarda iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının istisnaları bireysel başvurulardan daha geniş yorumlanmaktadır.³² Devletlerarası başvurularda iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun aranmayacağı iki durumdan söz edilebilir. Bunlardan ilki davalı devlette Sözleşme hükümlerine aykırı idari uygulamanın varlığı, ikincisi ise davalı devlette yürürlükte olan bir yasal düzenlemenin Sözleşme hükümleriyle çatışması durumudur. Davalı devlette Sözleşme hükümlerine aykırı idari uygulamadan söz edilebilmesi için de iki koşulun bir arada mevcut olması ge-

30 William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 727.

31 Schabas, s. 727-728.

32 Risini, s. 54.; Schabas, s. 728.

rekmedir. Öncelikle Sözleşme'yi ihlal eden aynı veya benzer eylem ve işlemlerin münferit olarak değil fakat belli bir model veya sistem teşkil eder şekilde yeterli sayıya ulaşmış olması aranmaktadır. İkincisi ise Sözleşme'ye aykırı eylem ve işlemlere karşı resmi hoşgörü gösterilmesidir. Resmi hoşgörü kavramı ile kastedilen hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden sorumlu olanlara karşı üst konumda olanların söz konusu eylem ve işlemlerden bilgi sahibi olduğu halde sorumluları cezalandırmak veya davranışlarının tekrerrütmesini önlemek için herhangi bir işlem yapmaması; üst konumda olanların çok sayıda şikâyete rağmen bunlara kayıtsız kalarak doğruluğunu araştırmak üzere uygun bir soruşturma yapmaması veya yargı sürecinde söz konusu şikâyetlerin adil bir şekilde incelenmemesidir. İç hukuk yollarını tüketmekten muaf sayılabilmek için bireysel başvurularda da davalı devlette idari uygulamanın mevcudiyeti iddia edilebilse de, bireysel başvurularda devletlerarası başvurulardan farklı olarak ulusal hukuk düzenindeki sistematik eksiklik değil, somut başvuru özelinde etkin iç hukuk yolları bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Devletlerarası başvurularda iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun aranmayacağı ikinci durum ise herhangi bir mağdur birey bulunmasa bile davalı devlette yürürlükteki bir yasal düzenlemenin Sözleşme hükümlerine aykırı olmasıdır. Sözleşme'ye aykırı yasal düzenlemelere karşı bireysel başvuru yapılması da mümkündür; ancak bu durumda bireysel başvurularda mağdur olma koşulu aranmaktadır.³³ AİHS'nin 35. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen altı ay kuralı ise bireysel ve devletlerarası başvurular yönünden aynı şekilde uygulanacağından, burada ayrıca ele alınmamaktadır.³⁴

AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesinde öngörülen geçici tedbir kararı devletlerarası başvurular kapsamında da alınabilmektedir. AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesine göre Daire, Bölüm Başkanı veya geçici tedbirler konusunda karar vermek üzere atanan nöbetçi yargıçlar, taraflardan birinin veya ilgili bir başka şahsın talebi üzerine ya da kendiliğinden, tarafların menfaati veya yargılamanın düzgün bir şekilde yürütülebilmesi için alınması gerektiğini düşündükleri herhangi bir geçici tedbiri taraflara bildirebilir. AİHM'ye yapılacak geçici tedbir talepleriyle ilgili uygulama yönergesinde geçici tedbirin ancak istisnai durumlarda uygulandığı; bunun için Mahkeme'nin elindeki bilgi ve belgelerin tamamını inceledikten sonra, tedbir uygulanmadığı takdirde başvuranın ciddi

33 Risini, s. 56-59.; Schabas, s. 728-729; Council of Europe Steering Committee for Human Rights, "Draft CDDH report on the effective processing and resolution of cases relating to inter-State disputes", s. 13-14, par. 34-37.

34 Council of Europe Steering Committee for Human Rights, "Draft CDDH report on the effective processing and resolution of cases relating to inter-State disputes", s. 13, par. 35. AİHS'ye değişiklik getiren 15 No'lu Protokol yürürlüğe girdikten sonra AİHS'nin 35. maddesinde öngörülen altı aylık süre, dört aya indirilecektir. Bkz. R.G. 17.3.2016, S: 29656.

ve geri dönüşü olmayan zarara uğrayacağına dair gerçek bir tehlikenin bulunduğu kanaat getirmesi gerektiği belirtilmektedir.³⁵ Geçici tedbir kararları genelde başvuran tarafından yapılan talep üzerine, başvuru görülmekte iken Sözleşme’de güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesine dair ciddi bir tehlike olması durumunda verilmektedir. Ayrıca geçici tedbirlerin yalnızca telafisi mümkün olmayan yakın zarar tehlikesi bulunduğu anda uygulanması gerekmekte ve geçici tedbir kararı başvurunun esası hakkındaki karardan bağımsız olarak alınmaktadır.³⁶ Kişilerin hayatı ve güvenliğiyle ilgili yakın zarar tehlikesi söz konusu olduğu durumlarda, geçici tedbir talepleri özellikle başvuranın AİHS’nin 2. ve 3. maddelerinde öngörülen haklarını korumak amacıyla kabul edilmektedir.³⁷ Geçici tedbir kararlarının büyük çoğunluğunun konusu AİHM önündeki bireysel başvurusu görülmekte iken başvuranın sınır dışı veya iade edilme işlemlerinin askıya alınmasıdır. Başvuranın sınır dışı veya iade edilmesi halinde gönderileceği ülkede hayatından endişe etmesi (AİHS m. 2) veya işkenceye, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele veya cezaya tabi tutulma tehlikesi (AİHS m. 3) bulunması durumlarında geçici tedbir kararı verilebilmektedir. AİHM daha istisnai hallerde adil yargılanma hakkı (AİHS m. 6) ile özel ve aile hayatına saygı hakkıyla (AİHS m. 8) ilgili başvurularda da geçici tedbir taleplerini kabul edebilmektedir.

Geçici tedbir kararları genelde yargılama sürerken geçerli olmak üzere verilmekle birlikte, belirli süreli olarak da verilebilmektedir. Mahkeme koşulların sona erdiği kanaatine vardığı takdirde geçici tedbir kararını her zaman kaldırabilir.³⁸ Sözleşme organlarının devletlerarası başvurular kapsamında verdiği geçici tedbir kararları bireylere özgü, genel nitelikli (beyan edici) veya bilgi talebi şeklinde olabilmektedir.³⁹ 11 No’lu Protokol yürürlüğe girmeden önce Komis-

35 European Court of Human Rights, Practice Directions, Requests for interim measures (Rule 39 of the Rules of Court), https://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_ENG.pdf (19 Ekim 2020).

36 Geçici tedbirler yalnızca AİHM İçtüzüğü’nde yer alıp AİHS’de düzenlenmemiş olsa da, taraf devletlerin geçici tedbir kararlarına uymaları gerekmektedir. Taraf devletlerin AİHM’nin geçici tedbir kararlarına uymamaları halinde Mahkeme bireysel başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasının engellediği gerekçesiyle AİHS’nin 34. maddesinin ihlal edildiğine karar vermektedir. Bkz. *Mamatkulov ve Askarov / Türkiye* Başvuru No. 46827/99 ve 46951/99, 4 Şubat 2005; *Palavi / Moldova Cumhuriyeti*, Başvuru No. 39806/05, 10 Mart 2009 ve *Kondrulin / Rusya Federasyonu*, Başvuru No. 12987/15, 20 Eylül 2016.

37 Julia Koch, “The Efficacy and Impact of Interim Measures: Ukraine’s Inter-State Application against Russia”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Cilt 39, Sayı 1, 2016, s. 176-177.

38 Bkz. European Court of Human Rights, “Factsheet – Interim measures”, https://www.echr.coe.int/documents/fs_interim_measures_eng.pdf (19 Ekim 2020).

39 Bkz. Risini, s. 202-205.

yon tarafından bireylere özgü geçici tedbir talepleri değerlendirilmekte iken,⁴⁰ 11 No'lu Protokol yürürlüğe girdikten sonra Mahkeme'nin özellikle taraflar arasındaki silahlı çatışmalarla ilgili devletlerarası başvurularda genel nitelikli ihtiyati tedbir kararları vermeye başladığı dikkat çekmektedir.⁴¹

AİHM bireysel başvurularda olduğu gibi devletlerarası başvurular yönünden de kabul edilebilir bulduğu Sözleşme'ye aykırılık iddialarını esas yönünden incelemekte ve Sözleşme'nin ihlal edilip edilmediği hakkında gerekçeli bir karar vermektedir. Bireysel başvurularda Mahkeme'nin Sözleşme ihlaline karar vermesi durumunda iç hukukta başvuranın zararının tam olarak giderilmesinin mümkün olmaması ve gerekli olması halinde başvuran lehine AİHS'nin 41. maddesi uyarınca adil tatmine karar verilebilmektedir. Diğer bir deyişle Mahkeme'nin maddi ve manevi tazminat ile yargılama giderlerine hükmetmesi, Sözleşme ihlali tespit edilmesinin otomatik bir sonucu değildir. Mahkeme her başvurunun kendine özgü koşullarını göz önüne alarak adil olduğunu düşündüğü bir tatmine karar verecektir. Nitekim bazı durumlarda Sözleşme ihlalinin tespit edilmesi adil tatmin için yeterli olup ayrıca parasal bir tazminata hükmedilmesine gerek yoktur. Mahkeme adil tatmin konusundaki kararını verirken başvuranın maruz kaldığı zarar ve yargılama giderlerinin oluşmasında kendi kusuru bulunup bulunmadığını, tarafların konumunu ve yerel ekonomik koşulları da dikkate almaktadır.⁴² AİHM'nin 12 Mayıs 2014 tarihinde *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV)* (25781/94) başvurusunda adil tatmin talepleri hakkındaki kararı, devletlerarası başvurularla ilgili olarak verilen ilk tazminat kararıdır. Aşağıda değinileceği üzere Mahkeme'nin *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV)* başvurusunun esası hakkındaki kararı 10 Mayıs 2001 tarihinde, ancak adil tatmin kararı bu tarihten 13 yıl sonra verilmiştir. AİHM'nin *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV)* başvurusu hakkındaki adil tatmin kararı gerek devletlerarası bir başvuru kapsamında verilmiş olması, gerek başvurunun esası ve adil tatmin talepleri hakkındaki kararlar arasında geçen uzun süre, gerekse hükmedilen tazminat miktarının büyüklüğü bakımından bir ilk niteliğindedir.⁴³ AİHM *Kıb-*

40 Örneğin; *Yunanistan / Birleşik Krallık (I)*, Başvuru No. 176/56; *Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda / Yunanistan (I)*, Başvuru No. 3321-23/67 ve 3344/67; *Danimarka, Norveç ve İsveç / Yunanistan (II)*, Başvuru No. 4448/70.

41 Örneğin; *Gürcistan / Rusya Federasyonu (II)*, Başvuru No. 38263/08; *Ukrayna / Rusya Federasyonu (I)*, Başvuru No. 20958/14; *Ermenistan / Azerbaycan*, Başvuru No. 42521/20; *Ermenistan / Türkiye*, Başvuru No. 43517/20.

42 European Court of Human Rights, Practice Directions, Just satisfaction claims, https://www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_ENG.pdf (19 Ekim 2020).

43 *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV)*, Başvuru No. 25781/94, 12 Mayıs 2014 (adil tatmin kararı). AİHM *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV)* başvurusu hakkındaki adil tatmin kararında kayıp şahısların yakınlarının uğradığı manevi zarar için 30 milyon Euro, Karpaz yarımadasında ikamet eden Rumların uğradığı manevi zarar için ise 60 milyon Euro olmak üzere toplam 90 mil-

rıs (GKRY) /Türkiye (IV) başvurusu hakkındaki adil tatmin kararında taraf devletlerin Sözleşme kapsamındaki kolektif sorumlulukları çerçevesinde Avrupa kamu düzenini korumak amacıyla yaptıkları genel nitelikli devletlerarası başvurularla, taraf devletlerin kendi vatandaşları veya diğer mağdurların hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla yaptıkları devletlerarası başvuruların birbirinden farklı olduğunu belirtmiştir. AİHM'ye göre adil tatmin talebi ikinci tür devletlerarası başvurular yönünden geçerli olup devletlerarası başvurular da adil tatmine hükmedilmesi davalı devlet lehine değil, Sözleşme ihlalinin doğrudan veya dolaylı olarak zarar gören şahıslar lehine gündeme gelebilecektir. AİHM Kıbrıs (GKRY) /Türkiye (IV) başvurusundan sonra Gürcistan / Rusya Federasyonu (I) (13255/07) başvurusu hakkında da adil tatmin kararı vermiştir.⁴⁴

II. AİHS Kapsamında Açılan Devletlerarası Davalar Hakkında Bugüne Kadar Verilen Kararlar ve Halen Derdest Olan Devletlerarası Davalar

AİHS'nin yürürlüğe girdiği 1953 yılından bugüne kadar toplam 29 adet devletlerarası başvuru yapılmıştır. Bu başvurulardan 12 tanesi 11 No'lu Protokol yürürlüğe girmeden önce AİHK döneminde yapılmıştır. 11 No'lu Protokolden önce yapılan başvurular arasında başvuran devletin başvurusunu geri çekmesi sonucunda kayıttan düşürülen İrlanda / Birleşik Krallık (II) (5451/72) davası, taraf devletlerin ortak talebiyle sonlandırılan Yunanistan / Birleşik Krallık (II) (299/57) davası ile dostane çözümle sonuçlanan Danimarka / Türkiye (34382/97) davası haricindeki 9 başvurunun esas hakkında AİHK raporu hazırlanmıştır. AİHM'nin yargılama yetkisinin zorunlu olmadığı 11 No'lu Protokol öncesinde yapılan devletlerarası başvurular arasında yalnızca İrlanda / Birleşik Krallık (I) (5310/71) ve Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV) (25781/94) başvuruları AİHM gündemine gelmiştir. 11 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesi-

yon Euro tazminata hükmetmiştir. AİHM daha sonra 31 Temmuz 2014 tarihinde AİHS'nin 34. maddesi uyarınca yapılan bir bireysel başvuru olan *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos / Rusya Federasyonu* (14902/04) başvurusu hakkındaki adil tatmin kararında başvuran şirkete yaklaşık iki milyar Euro maddi tazminat ve 300 bin Euro yargılama gideri ödenmesine karar vermiştir. Bkz. *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos / Rusya Federasyonu*, Başvuru No. 14902/04, 31 Temmuz 2014. AİHM kararının ardından Rusya Federasyonu Adalet Bakanlığı'nın talebi üzerine, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin *Yukos* başvurusu hakkındaki adil tatmin kararını Rusya Federasyonu Anayasası'na aykırı bularak, kararın uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin 19 Ocak 2017 tarihli ve 1-II/2017 sayılı kararının İngilizce tercümesi için bkz. http://www.ksrf.ru/en/Decision/Judgments/Documents/2017_January_19_1-P.pdf (19 Ekim 2020).

44 *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)*, Başvuru No. 13255/07, 31 Ocak 2019 (adil tatmin kararı). AİHM *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)* başvurusu hakkındaki adil tatmin kararında 1.500 Gürcistan vatandaşı lehine toplam 10 milyon Euro manevi tazminata hükmetmiştir. AİHM'nin *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)* kararında hükmedilen manevi tazminat miktarının davacı devlet tarafından mağdurlara ne şekilde dağıtılacağı da belirtilmemiştir.

nin ardından bireysel başvurularda önemli bir artış görülmekle birlikte, 2007 yılında yapılan *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)* (13255/07) başvurusuna kadar yaklaşık 10 yıl boyunca herhangi bir devletlerarası başvuru yapılmaması dikkat çekicidir. 11 No'lu Protokolden sonra AİHM'ye yapılan 17 devletlerarası başvuru arasında *Slovenya / Hırvatistan* (54155/16), *Letonya / Danimarka* (9717/20), *Hollanda / Rusya Federasyonu* (28525/20) ve *Lihtenştayn / Çek Cumhuriyeti* (35738/20) başvuruları hariç 13 başvurunun taraf devletler arasındaki çatışmalarla bağlantılı olduğu görülmektedir. Devletlerarası başvurulardan 11 tanesi Rusya, 6 tanesi Türkiye, 4 tanesi Birleşik Krallık, 2 tanesi Yunanistan, 1'er başvuru ise İtalya, Hırvatistan, Danimarka, Çek Cumhuriyeti, Azerbaycan ve Ermenistan aleyhine yapılmıştır.⁴⁵

AİHS kapsamında gündeme gelen devletlerarası başvurulardan ilk iki tanesi Yunanistan tarafından Birleşik Krallık aleyhine yapılmıştır.⁴⁶ Yunanistan'ın devlet başvuruları 1959 yılında kabul edilen Zürih ve Londra Antlaşmalarına kadar Kıbrıs'ta yönetimi elinde bulunduran Birleşik Krallık İdaresinin AİHS hükümlerine aykırı düzenleme ve uygulamalarıyla ilgilidir. *Yunanistan / Birleşik Krallık (I)* (176/56) başvurusunda, başvuran devlet İngiliz İdaresinin adada aldığı olağanüstü önlemlerin neredeyse insan hakları ve temel özgürlüklerin tamamını inkâr eder nitelikte olduğunu iddia etmiştir. Belirli yasal ve idari düzenlemelerin yanı sıra idarenin eylem ve işlemlerinin AİHS'nin birçok hükmünü ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Başvuran devlete göre çeşitli işkence vakaları, kırbaç cezası ve kolektif ceza çeşitlerinin varlığı AİHS'nin 3. maddesini; keyfi gözaltı, tutukluluk ve sınır dışı işlemleri AİHS'nin 5. ve 6. maddelerini; zorla konutlara girilmesi, iletişimin sansürlenmesi, serbestçe görüşleri açıklama hakkının engellenmesi gibi uygulamalar ise AİHS'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerini ihlal etmektedir. Başvuran devlet ayrıca Birleşik Krallık İdaresinin olağanüstü hallerde Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerin askıya alınmasına imkân tanıyan AİHS'nin 15. maddesine dayanarak Sözleşme'ye aykırılıkları örtbas etmeye çalıştığını ancak davalı devletin gerek şekil gerek esas bakımından AİHS'nin 15. maddesinde belirtilen koşullara riayet etmediğini belirtmiştir. AİHK *Yunanistan / Birleşik Krallık (I)* başvurusunu kabul edilebilir bulduktan sonra başvurunun esası hakkında hazırladığı raporunda başvuran devletin iddialarını tek tek inceleyerek, adada bazı sorunlu düzenleme ve uygulamalar bulunmakla birlikte, sonradan yapılan değişikliklerle bu sorunların giderildiğine dikkat çekerek, şikâyete konu düzenleme ve uygulamaların AİHS hükümlerini

45 Bkz. European Court of Human Rights, "Inter-State applications: By date of introduction of the applications", Strasbourg, Ekim 2020.

46 *Yunanistan / Birleşik Krallık (I)*, Başvuru No. 176/56 ve *Yunanistan / Birleşik Krallık (II)*, Başvuru No. 299/57.

ihlal ettiği sonucuna varılamayacağına karar vermiştir.⁴⁷ *Yunanistan / Birleşik Krallık (I)* davasında İngiliz idaresinin adadaki düzenleme ve uygulamalarının *in abstracto* olarak Sözleşme'ye aykırılık iddiaları mevcut iken *Yunanistan / Birleşik Krallık (II)* (299/57) davası 49 ayrı vakada İngiliz Hükümetinin Kıbrıs'taki polis, güvenlik ve askeri güçlerinin bireylere kötü muamele uyguladığı iddialarını içermektedir. AİHK 49 vakadan 29'ü hakkında kabul edilebilirlik kararı vermiş, ancak esas hakkındaki incelemeye geçmeden önce 1959 yılında kabul edilen Zürih ve Londra Antlaşmaları ile o dönemde Kıbrıs sorununda çözüme ulaşıldığı gerekçesiyle, tarafların ortak talebi doğrultusunda başvurunun incelenmesini sonlandırmıştır.⁴⁸ Kıbrıs'ta varılan çözüm üzerine AK Bakanlar Komitesi, Yunanistan'ın her iki devletlerarası başvurusunda da ayrıca bir işlem yapılmasına gerek olmadığını belirterek, denetim sürecini sonlandırmıştır.⁴⁹

1960 yılında Avusturya tarafından İtalya aleyhine yapılan ve *Pfunders* davası olarak da bilinen devletlerarası başvuru, İtalya'da Almanca konuşan azınlığa dâhil olan altı kişinin bir İtalyan gümrük memurunu öldürdükleri suçlamasıyla yapılan ceza yargılamasında adil yargılanma hakkının ve ayrıca ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddialarını içermektedir.⁵⁰ AİHK başvuran devletin masumiyet karanesi, tanıkların dinlenmesinde eşitsizlik ve ayrımcılık yasağıyla ilgili şikâyetlerini kabul edilebilir bularak, davalı devletin olayın vuku bulunduğu tarihte Avusturya'nın Sözleşme'ye taraf olmadığı gerekçesiyle başvurunun zaman yönünden reddedilmesi talebini reddetmiştir. Bununla birlikte AİHM başvurunun esası hakkındaki incelemesi sonucunda, tanıkların dinlenmesinde eşitsizlik ve hukuka aykırılık bulunmadığını, duruşma ve yargı kararlarında masumiyet karanesinin ihlal edildiğini gösterecek bir ifade yer olmadığını, ayrıca dava dosyasında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ortaya koyacak bir unsura rastlanmadığını belirterek, AİHS'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.⁵¹ AK Bakanlar Komitesi de başvuru hakkındaki nihai değerlendirmesinde, AİHK raporunda yer alan değerlendirmelere katılarak, *Avusturya / İtalya* (788/60) başvurusunda AİHS'nin ihlal edilmediğine nihai olarak karar vermiştir.⁵²

47 Bkz. *Yunanistan / Birleşik Krallık (I)*, Başvuru No. 176/56, AİHK'nın 26 Eylül 1958 tarihli raporu.

48 Bkz. *Yunanistan / Birleşik Krallık (II)*, Başvuru No. 299/57, AİHK'nın 8 Temmuz 1959 tarihli raporu.

49 Bkz. AK Bakanlar Komitesi'nin 20 Nisan 1959 ve 14 Aralık 1959 tarihli kararları.

50 *Avusturya / İtalya*, Başvuru No. 788/60; bkz. John T. White, "The European Commission of Human Rights: An Analysis and Appraisal", *Brooklyn Journal of International Law*, Cilt 3, Sayı 2, 1977, s. 155-156.

51 *Avusturya / İtalya*, Başvuru No. 788/60, AİHK'nın 30 Mart 1963 tarihli raporu.

52 Bkz. AK Bakanlar Komitesi'nin 23 Ekim 1963 tarihli kararı.

21 Nisan 1967 tarihinde Yunanistan'da gerçekleşen askeri darbe ile Anayasa hükümleri kısmen askıya alınarak, sözde komünist tehlikenin engellenmesine yönelik yasal düzenlemeler yapılması ve bu süreçte AİHS'de güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin yoğun olarak ihlal edildiğinin AK organları tarafından da tespit edilmesi üzerine Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda ayrı ayrı Yunanistan aleyhine AİHK'ya bireysel başvuruda bulunmuştur. AİHK benzer iddialar içeren dört devletlerarası başvuruyu birleştirerek inceleme kararı almıştır.⁵³ Başvuran devletler Yunanistan'da darbe yönetiminin yaptığı yasal düzenlemeler ve idari uygulamaların yaşam hakkı dışında AİHS'de güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin büyük bir bölümünü ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvuran devletler ayrıca davalı devletin AİHS'nin 15. maddesi kapsamında yaptığı bildirimle rağmen, bu maddede öngörülen koşullara uymadığını belirtmiştir. Başvuruyu öncelikle kabul edilebilir bulan AİHK, başvurunun esası hakkında hazırladığı kapsamlı raporda birçok Sözleşme ihlali bulduğu gibi ilk kez taraf bir devlette Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında "işkence" uygulandığını tespit etmiştir. AİHK ayrıca başvuru hakkındaki incelemesi sürerken bir hükümlünün infazının durdurulması yönünde tedbir kararı almıştır. AİHK raporunun yayımlanmasına karar verilmeden önce basına sızmasının ardından toplanan AK Delegeler Komitesi Yunanistan'ın AK üyeliğinin askıya alınması ihtimalini tartışacakken, Yunanistan AK üyeliğinden kendi isteğiyle çekileceğini beyan etmiştir; ancak çekilme işlemi resmi olarak 1970 yılının sonunda yürürlüğe girmiştir.⁵⁴

Yunanistan aleyhine açılan ikinci devletlerarası başvuru ise Yunanistan'ın AK üyeliğinden çekilme beyanından sonra 1970 yılında Danimarka, Norveç ve İsveç tarafından yapılmıştır. Yunanistan'a karşı yapılan ikinci devletlerarası başvuruda Hollanda, davalı devletler arasında yer almamıştır.⁵⁵ İkinci başvurunun konusu yıkıcı faaliyetlerde bulunmakla suçlanan 34 Yunan vatandaşının kurulan olağanüstü askeri mahkemedeki yargılanma sürecinde Sözleşme'nin 3. ve 6. maddelerinin ihlal edildiği iddialarıdır. Yunanistan'da cunta rejiminin AİHK önündeki yargılama sürecine katılmaması nedeniyle Komisyon başvuru hakkındaki incelemesini sürdürememiştir. 1974 yılında Yunanistan'da demokratik yönetime dönülmesiyle birlikte cunta rejimi ve uygulamaları tasfiye edilmiş ve bu süreçte Yunanistan yeniden AK'ye üye olmuştur. Başvuru konusu olaylarla ilgili AİHK'ya bilgi veren Yunanistan, siyasi mahkûmların tamamının salıverildiğini, işkence şüphelilerine karşı mağdurlara şahsi dava

53 *Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda / Yunanistan (I)*, Başvuru No. 3321-23/67 ve 3344/67.

54 Risini, s. 84-85.

55 *Danimarka, Norveç ve İsveç / Yunanistan (II)*, Başvuru No. 4448/70.

açma hakkı tanıdığını, diktatörlük yönetimine karşı işlenen suçlardan alınan mahkûmiyetlerin adli sicile işlenmeyeceğini ve mağdur şahıslara tazminat talep etme hakkı verildiğini beyan etmiştir. Bu gelişmeler üzerine taraf devletlerin yargılamanın sonlandırılmasına yönelik ortak talepleri doğrultusunda AİHK, yargılama sürecine son verilmesi yönünde rapor hazırlamıştır.⁵⁶

İrlanda'nın Birleşik Krallığa karşı 1970'li yılların başında AİHK'ya yaptığı iki devletlerarası başvurunun⁵⁷ kökeninde Kuzey İrlanda'daki trajik ve uzun süreli siyasi kriz yatmaktadır. Birleşik Krallık tarafından İrlanda adasının her iki tarafında şahit olunan en uzun ve şiddetli terör kampanyası olarak nitelendirilen olaylarla mücadele edebilmek için Kuzey İrlanda makamları 1971 ila 1975 yılları arasında hukuka aykırı gözaltı, tutuklama ve hürriyetinden alkoyma uygulamaları gerçekleştirmiştir. İrlanda'nın Birleşik Krallığa karşı yaptığı devletlerarası davaların konusu Kuzey İrlanda'da uygulanan tedbirlerin kapsamı ve tatbik yöntemi ile hürriyetinden yoksun bırakılan şahısların kötü muameleye maruz kaldığı iddialarıdır.⁵⁸ İrlanda / Birleşik Krallık (I) (5310/71) başvurusunda başvuran devlet, Kuzey İrlanda'da belirli şahısların öldürülmesiyle ilgili olarak AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiğini; gözaltındaki şahıslara kötü muamele ve özellikle uygulanan sorgu yöntemleriyle ilgili geliştirilen idari uygulama nedeniyle AİHS'nin 3., 1922 tarihli Özel Yetki Yasası ve buna dayalı olarak çıkarılan düzenlemeler uyarınca Kuzey İrlanda makamlarınca yargı kararı olmaksızın gerçekleştirilen hürriyetinden alkoymaların AİHS'nin 5. ve 6. maddelerine aykırı olarak idari uygulama teşkil ettiğini; hukuka aykırı gözaltı ve hürriyetinden alkoyma uygulamalarının siyasi görüş temelinde ayrımcılık teşkil ettiği için AİHS'nin 5. ve 6. maddeleriyle bağlantılı olarak AİHS'nin 14. maddesinin ihlal edildiğini; ayrıca şikayete konu idari uygulamaların AİHS'nin 1. maddesine aykırılık teşkil ettiği iddia etmiştir.

AİHK İrlanda / Birleşik Krallık (I) başvurusunda başvuran devletin AİHS'nin 2. maddesiyle ilgili şikâyetleri dışındaki iddialarını kabul edilebilir bulmuştur. Diğer yandan AİHK, başvuran devletin yargılama sürecinde ortaya çıkabilecek telafisi imkânsız zararları önlemek amacıyla davalı devletin kötü muamele uygulamalarına son vermesi yönündeki geçici tedbir talebini, AİHS kapsamında Komisyon'un bu yönde bir karar alma yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle red-

⁵⁶ *Danimarka, Norveç ve İsveç/ Yunanistan (II)*, Başvuru No. 4448/70, AİHK'nın 4 Ekim 1976 tarihli raporu.

⁵⁷ *İrlanda / Birleşik Krallık (I)*, Başvuru No. 5310/71 ve *İrlanda / Birleşik Krallık (II)*, Başvuru No. 5451/72.

⁵⁸ *İrlanda / Birleşik Krallık (I)*, Başvuru No. 5310/71, AİHM'nin 18 Ocak 1978 tarihli kararı, Mahkeme'nin devletlerarası başvurular kapsamında verdiği ilk karardır.

detmiştir.⁵⁹ AİHK başvurusunun esas hakkında hazırladığı kapsamlı raporunda AİHS'nin 5. maddesine aykırı uygulamaların Birleşik Krallık'ın AİHS'nin 15. maddesi uyarınca yaptığı beyan kapsamında kesinlikle durumun gerektirdiği ölçüde olma koşulunu aşmadığına; dava konusu şikâyetlerle ilgili olarak kullanılan yetkilerin AİHS'nin 6. maddesi kapsamına girmediğine; başvuru kapsamında incelenen vakalarda birlikte uygulanan beş tekniğin AİHS'nin 3. maddesi anlamında insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele teşkil ettiğine; AİHS'nin 14. maddesine aykırı ayrımcı bir uygulamadan söz edilemeyeceğine; ayrıca AİHS'nin 1. maddesi müstakil bir hak ihdas etmediğinden, ayrıca bir ihlale konu olamayacağına karar vermiştir.⁶⁰ Davalı devletin başvuruyu AİHM'ye götürmesi üzerine, Mahkeme başvuruyu esas yönünden inceleyerek 18 Ocak 1978 tarihinde kararını açıklamıştır. AİHM kararında Komisyon raporundaki bulgular büyük ölçüde yinelenerek, Komisyon raporunda tespit edildiği gibi AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiği, diğer maddelerinin ise ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Ancak AİHM kararında Kuzey İrlanda'da davalı devlet yetkilileri tarafından uygulanan 5 tekniğin insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele kapsamında olduğu, işkence boyutunda değerlendirilemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

İrlanda / Birleşik Krallık (I) başvurusunda ilginç bir gelişme yaşanarak, kararın üzerinden 36 yıl geçtikten sonra, davacı devlet tarafından 2014 yılında AİHM İçtüzüğü'nün 80. maddesi uyarınca kararın düzeltilmesi talep edilmiştir. İrlanda'nın dayandığı husus, 2014 yılında yayımlanan bir televizyon programında davaya konu olayların gerçekleştiği dönemde Kuzey İrlanda'da şüpheli ve sanıklara uygulanan beş tekniğin etkilerinin kalıcı olabileceğinin ve bu konuda İngiliz Hükümeti'nin bazı bilgi ve belgeleri Komisyon'dan gizlediğinin iddia edilmesidir. İrlanda'ya göre yeni ortaya çıkan söz konusu bilgi ve belgeler, AİHM'nin Kuzey İrlanda'da uygulanan beş tekniğin işkence teşkil etmediğine yönelik tespitlerini değiştirecek niteliktedir. Davalı devletin iddialarını inceleyen AİHM, karar düzeltme talebiyle ilgili olarak 20 Mart 2018 tarihinde açıkladığı kararında davalı devletin sunduğu bilgi ve belgelerin ilk kararın verildiği dönemde Mahkeme tarafından bilinmediğinin şüpheli olduğunu, söz konusu bilgi ve belgelerin o dönemde bilinmediği varsayılrsa bile Mahkeme kararında kesin etkiye sahip olacağına söylenemeyeceğini belirterek, davalı devletin karar düzeltme talebini reddetmiştir.⁶¹

59 İrlanda / Birleşik Krallık (I), Başvuru No. 5310/71, AİHK'nın kabul edilebilirliğe ilişkin 1 Ekim 1972 tarihli kararı.

60 İrlanda / Birleşik Krallık (I), Başvuru No. 5310/71, AİHK'nın 25 Ocak 1976 tarihli raporu.

61 İrlanda / Birleşik Krallık (I), Başvuru No. 5310/71, AİHM'nin 20 Mart 2018 tarihli kararı.

İrlanda / Birleşik Krallık (II) (5451/72) başvurusu ise 1972 yılında kabul edilen Kuzey İrlanda Yasasıyla, işlendiği dönemde suç teşkil etmeyen eylem veya ihmalleri nedeniyle kişilerin sorumlu tutulacağı iddiasıyla yapılmıştır. Davacı devlete göre söz konusu yasal düzenleme AİHS'nin 7. maddesini ihlal etmektedir. Davalı devletin 1972 İrlanda Yasasının geçmişe uygulanmayacağı, yani işlendiği dönemde suç teşkil etmeyen eylem veya ihmalleri nedeniyle hiç kimse- nin sorumlu tutulmayacağını taahhüt etmesi üzerine davalı devlet şikâyetinden vazgeçmiştir. Bu gelişmenin ardından AİHK İrlanda / Birleşik Krallık (I) başvurusunun kabul edilebilirlik kararıyla birlikte İrlanda / Birleşik Krallık (II) başvurusunun kayıttan düşürülmesine karar vermiştir.⁶²

AİHS organlarının gündemine en fazla ve sık gelen konuların başında hiç kuşkusuz Kıbrıs sorunu yer almaktadır. Gerek bugüne kadar AİHS'nin farklı maddelerine dayanılarak yapılan bireysel başvuruların sayısı ve kapsamı, gerek Kıbrıs (GKRY) Hükümeti tarafından Kıbrıs Barış Harekâtı'nın düzenlendiği 1974 yılından bu yana Türkiye'ye karşı yapılan 4 ayrı devlet başvurusu göz önüne alındığında, Kıbrıs sorununun en çok tartışıldığı uluslararası platformun Birleşmiş Milletler'den ziyade AK organları olduğunu iddia etmek, abartılı bir tespit olmasa gerektir. Kıbrıs (GKRY) Hükümeti tarafından AİHS kapsamında yapılan ve temelde benzer şikâyetler içeren 4 adet devlet başvurusuna kısaca değinilecek ve söz konusu başvurularda AİHS kapsamında ne tür sorunlar ortaya çıktığı üzerinde durulacaktır.

Birinci Kıbrıs (GKRY) başvurusu, Kıbrıs Barış Harekâtı'nın hemen ardından 10 Ağustos 1974 tarihinde, ikinci başvuru ise 21 Mart 1975 tarihinde yapılmıştır.⁶³ GKRY Hükümetinin ikinci başvurusu ilk başvurudan sonra meydana geldiği iddia edilen Sözleşme ihlalleriyle ilgilidir. İki devletlerarası başvuru benzer ve birbirini tamamlayıcı şikâyetler içerdiği için AİHK başvuruların birleştirilmesine karar vermiştir. GKRY Hükümeti birinci devletlerarası başvurusunda Türkiye'nin 20 Temmuz 1974 tarihinde ve sonrasında gerçekleştirdiği askeri operasyonlar sırasında ve sonrasında adada kontrolü elinde bulundurduğu bölgelerde sivillerin ölümüne yol açtığını; bireylere işkence, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele uyguladığını; bireyleri keyfi olarak hürriyetlerinden mahrum bırakarak, zorla ve kölelik koşullarında çalıştırdığını; binlerce kişiyi evlerini terk ederek yer değiştirmeye zorladığını, geri dönmelerine izin vermediğini; ailelerin parçalanmasına yol açarak özel hayata müdahale ettiğini; kişilerin mülklerine zarar vererek mülklerinden istifade etmelerini önlediğini

62 İrlanda / Birleşik Krallık (II), Başvuru No. 5451/72, AİHK'nın 1 Ekim 1972 tarihli kararı.

63 *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (I)*, Başvuru No. 6780/74; *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (II)*, Başvuru No. 6950/75.

ve söz konusu muamelenin yalnızca Kıbrıslı Rumlara karşı yapıldığını iddia etmiştir. GKRY Hükümeti ikinci devletlerarası başvurusunda ilk başvuruda dile getirdiği şikâyetlerin devam ettiğini; ayrıca Kıbrıslı Rumlara ait mülklerin, Rum Ortodoks Kiliselerinde bulunan dini eşyalar dâhil olmak üzere keyfi olarak tahrip edildiğini; bazı Rumların zorla tabiiyetinin değiştirildiğini, söz konusu ihlallerin askeri operasyonlardan bağımsız olarak Türklerin kontrolündeki bölgelerde Rumları ortadan kaldırmak amacıyla gerçekleştirildiğini öne sürmüştür. AİHK, GKRY Hükümetinin birinci ve ikinci başvuruları hakkında verdiği kabul edilebilirlik kararında, Türkiye'nin dile getirdiği, davacı devletin Kıbrıs Hükümetini temsilen başvuru ehliyeti bulunmadığı; Türkiye'nin yer yönünden Kıbrıs'ta yargılama yetkisinin bulunmadığı; davalı devletin iç hukuk yollarını tüketmediği ve başvuru hakkını kötüye kullandığı yönündeki itirazlarını reddederek, başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.⁶⁴

AİHK GKRY'nin birinci ve ikinci devletlerarası başvurusunun esası hakkındaki kararında, yerleri değiştirilen ve adanın kuzeyindeki evlerine dönmeleine izin verilmeyen 170.000'in üzerindeki Kıbrıslı Rum yönünden AİHS'nin 8. maddesinin; okul ve kiliselerde oluşturulan gözaltı merkezlerinde tutulan 2.000'in üzerindeki Kıbrıslı Rum ve Türkiye'de tutulan Kıbrıslı Rum askeri personel ve siviller yönünden AİHS'nin 5. maddesinin; Elia yakınlarında öldürülen 12 sivil ve Elia'dan daha geniş ölçekte olduğuna dair delil bulunduğu belirtilen ölüm vakaları yönünden AİHS'nin 2. maddesinin; kötü muamele iddialarıyla ilgili olarak AİHS'nin 3. maddesinin; mülklerinden mahrum bırakılan Kıbrıslı Rumlar yönünden de 1 No'lu Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine; ayrıca söz konusu ihlallere karşı AİHS'nin 13. maddesi anlamında başvurulabilecek etkin bir iç hukuk yolu bulunmadığına; Sözleşme ihlallerinin AİHS'nin 14. maddesinde öngörülen ayrımcılık yasağına aykırı olarak yalnızca Kıbrıslı Rumlara yönelik olarak gerçekleştirildiğine karar vermiştir.⁶⁵ AK Bakanlar Komitesi, 20 Ocak 1979 tarihli kararıyla Kıbrıs'ta insan haklarının kalıcı olarak korunmasının iki toplum arasında barışın ve güvenin yeniden tesis edilmesiy-le mümkün olabileceğini, toplumlararası müzakerelerin uyuşmazlığın çözüme ulaşması için uygun bir çerçeve oluşturduğunu belirterek, uyuşmazlığın tüm veçheleriyle çözüme kavuşması için tarafları Birleşmiş Milletler gözetiminde yürütülen toplumlararası müzakereleri yeniden başlatmaya davet etmiş ve söz konusu dava kapsamındaki denetimini sonlandırmıştır.⁶⁶

64 *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (I)*, Başvuru No. 6780/74; *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (II)*, Başvuru No. 6950/75, AİHK'nın kabul edilebilirliğe ilişkin 26 Mayıs 1975 tarihli kararı.

65 *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (I)*, Başvuru No. 6780/74; *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (II)*, Başvuru No. 6950/75, AİHK'nın 10 Temmuz 1976 tarihli raporu.

66 Bkz. AK Bakanlar Komitesi'nin 20 Ocak 1979 tarihli kararı.

Üçüncü Kıbrıs (GKRY) başvurusu 6 Eylül 1977 tarihinde yapılmıştır.⁶⁷ Üçüncü Kıbrıs (GKRY) başvurusu esas olarak GKRY Hükümetinin ilk iki başvurusuyla benzer iddialar içermekte ve Sözleşme ihlallerinin halen devam ettiği ileri sürülmektedir. AİHK söz konusu başvuruyu da kabul edilebilir bulmuş⁶⁸ ve başvurunun esası hakkındaki raporunda önceki başvurularla benzer Sözleşme ihlallerini teyit etmiştir.⁶⁹ Dördüncü Kıbrıs (GKRY) başvurusu 22 Kasım 1994 tarihinde yapılmıştır.⁷⁰ GKRY Hükümeti ilk üç devletlerarası başvuruda dile getirdiği Sözleşme ihlallerinin halen devam ettiğini iddia etmiştir. AİHK GKRY Hükümetinin başvurusunu bir kez daha kabul edilebilir bularak,⁷¹ esas hakkındaki raporunda Sözleşme ihlallerini teyit etmiştir.⁷² AİHS'nin 11 No'lu Protokolden önceki hükümleri uyarınca Türkiye'nin 27 Eylül 1989 tarihinde AİHM'nin zorunlu yargılama yetkisini tanımış olması nedeniyle, GKRY Hükümeti dördüncü Kıbrıs başvurusunu bu kez AİHM gündemine getirmiştir.⁷³

AİHM *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV)* başvurusu hakkındaki kararını 10 Mayıs 2001 tarihinde açıklamıştır. AİHM'nin devletlerarası başvurular hakkında verdiği ikinci karar olma özelliğini taşıyan dördüncü Kıbrıs (GKRY) başvurusu kararında Mahkeme başvurunun esası hakkındaki tespitlerini Kıbrıslı Rum kayıp şahısların ve akrabalarının hakları; yerinden edilen şahısların konut ve malvarlığı hakları; Kuzey Kıbrıs'ta yaşayan Kıbrıslı Rumların yaşama koşulları; yerinden edilen Kıbrıslı Rumların seçim hakkı; Kuzey Kıbrıs'ta yaşayan Roman toplumu üyeleri dâhil olmak üzere Kıbrıslı Türklerin hakları başlıkları altında ortaya koymuştur. Kıbrıslı Rum kayıp şahısların ve akrabalarının hakları kapsamında, hayatı tehdit eden koşullarda kaybolan Kıbrıslı Rum şahısların akibeti hakkında etkin bir soruşturma yürütülmemesi nedeniyle AİHS'nin 2. maddesi bakımından devam eden ihlal halinin mevcut olduğuna; kaybolduklarında Türkiye'nin gözetimi altında oldukları yönünde tartışmalı iddia bulunan Kıbrıslı Rumların akibeti hakkında etkin bir soruşturma yürütülmemesi nedeniyle AİHS'nin 5. maddesinin ihlal edildiğine; ayrıca Kıbrıslı Rum kayıp şahısların yakınlarının maruz kaldığı üzüntü nedeniyle AİHS'nin 3. maddesi bakımından devam eden ihlal halinin mevcut olduğuna karar verilmiştir. Yerinden edilen Kıbrıslı Rum şahısların konut ve malvarlığı haklarıyla ilgili olarak

67 *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (III)*, Başvuru No. 8007/77.

68 *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (III)*, Başvuru No. 8007/77, AİHK'nın kabul edilebilirliğe ilişkin 10 Temmuz 1978 tarihli kararı.

69 *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (III)*, Başvuru No. 8007/77, AİHK'nın 4 Ekim 1983 tarihli raporu.

70 *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV)*, Başvuru No. 25781/94.

71 *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV)*, Başvuru No. 25781/94 AİHK'nın kabul edilebilirliğe ilişkin 28 Haziran 1996 tarihli kararı.

72 *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV)*, Başvuru No. 25781/94, AİHK'nın 4 Haziran 1999 tarihli raporu.

73 Bkz. *supra* dipnot 23.

AIHS'nin 8. ve 1 No'lu Protokolün 1. maddelerinin devam eden ihlali ile bu hükümlerle bağlantılı olarak AIHS'nin 13. maddesinin ihlaline karar verilmiştir. Kuzey Kıbrıs'ta yaşayan Kıbrıslı Rumların yaşama koşullarıyla ilgili olarak AIHS'nin 9. maddesinin; ilkokulda okutulan kitaplarda ağır sansür uygulanması nedeniyle AIHS'nin 10. maddesinin; bölgeden ayrılmaları durumunda malvarlığı haklarının güvencede olmaması ve adanın güneyindeki akrabalarının miras haklarının tanınmaması nedeniyle 1 No'lu Protokolün 1. maddesinin devam eden şekilde; uygun orta dereceli okul imkânı bulunmaması nedeniyle 1 No'lu Protokolün 2. maddesinin; genel bakış açısıyla AIHS'nin 8. maddesinin; Karpaz bölgesinde yaşayan Kıbrıslı Rumların maruz kaldığı ayrımcılık nedeniyle AIHS'nin 3. maddesinin; ayrıca söz konusu müdahaleler karşısında Kuzey Kıbrıs'ta yaşayan Rumların pratikte başvurabilecekleri etkin başvuru yolları bulunmaması nedeniyle AIHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Yerinden edilen Kıbrıslı Rumların seçim hakkıyla ilgili olarak ayrıca inceleme yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Kuzey Kıbrıs'ta yaşayan Kıbrıslı Türklerin haklarıyla ilgili olarak ise yalnızca sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmalarına imkân veren düzenleme nedeniyle AIHS'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi AIHM, GKRY Hükümetinin dördüncü devlet başvurusuyla ilgili adil tatmin kararını başvurunun esası hakkındaki kararından 13 yıl sonra 2014 yılında vermiştir. AIHM'nin *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV)* kararının AK Bakanlar Komitesi önündeki denetim aşamasında önemli gelişmeler kaydedilmiş olup, Kıbrıslı Rum kayıp şahısların ve akrabalarının hakları ile adil tatmin kararının yerine getirilmesi dışındaki tüm başlıklarda Türkiye'nin karardan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirdiği tespit edilerek, denetim süreci sonlandırılmıştır.⁷⁴

Türkiye'de 12 Eylül 1980 tarihinde gerçekleştirilen askeri darbenin ardından yaşanan yoğun insan hakları ihlalleri nedeniyle 1 Temmuz 1982 tarihinde Danimarka, Fransa, Norveç, İsveç ve Hollanda tarafından Türkiye aleyhine AIHK'ya devletlerarası başvuru yapılmıştır.⁷⁵ Başvuran devletler askeri darbeye Parlamento'nun dağıtılarak görev ve yetkilerinin Milli Güvenlik Konseyi'ne aktarıldığını, tam yürütme gücünün de Konsey Başkanına devredildiğini, Konsey kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğunu, 1981 yılında bir Danışma Meclisi kurulsa da, aldığı kararları kabul etme yetkisinin Konsey'de olduğunu ifade etmiştir. Başvuran devletler Milli Güvenlik Konseyi tarafından kabul

74 Bkz. AK Bakanlar Komitesi'nin 7 Haziran 2005 tarihli ve ResDH(2005)44 sayılı ara kararı; 4 Nisan 2007 tarihli ve CM/ResDH(2007)25 sayılı ara kararı; 5 Aralık 2019 tarihli ve CM/Del/Dec(2019)1362/H46-30 sayılı kararı.; 3 Eylül 2020 tarihli ve CM/ResDH(2020)185 sayılı ara kararı.

75 *Danimarka, Fransa, Norveç, İsveç ve Hollanda / Türkiye*, Başvuru No. 9940-44/82.

edilen Anayasa Düzeni Hakkında Kanun ve söz konusu kanun uyarınca çıkarılan yasal düzenleme ve kararnamelerle temel hakların anayasal korumasının ortadan kaldırıldığını iddia etmiştir. Davalı devletlere göre siyasal partilere, sendikalara ve basına uygulanan yasak ve sınırlamalar nedeniyle AİHS'nin 9, 10 ve 11. maddeleri; sıkıyönetim idaresi altında gözaltı sürelerinin 45 güne kadar uzatılabilmesi ve buna karşı başvurulabilecek hukuk yolu bulunmaması nedeniyle AİHS'nin 5. maddesi; Sıkıyönetim Mahkemelerinde yapılan yargılamalarda adil yargılanma hakkının temel güvencelerine uyulmadığı gerekçesiyle AİHS'nin 6. maddesi; gözaltında yaygın ve sistematik bir uygulama olarak işkence, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele yöntemlerine başvurulması nedeniyle AİHS'nin 3. maddesi ihlal edilmekte; ayrıca darbe yönetimi tarafından AİHS'nin 15. maddesi uyarınca yapılan beyana rağmen, temel hakların sınırlandırılmasında söz konusu maddede öngörülen koşullara riayet edilmemektedir. Komisyon davalı devletin başvurunun kabul edilebilirliği hakkında öne sürdüğü itirazları reddederek, söz konusu başvuruyu 6 Aralık 1983 tarihinde kabul edilebilir bulmuştur.⁷⁶ Türkiye'de 1983 yılında yapılan genel seçimlerle demokrasiye dönülmesi ve darbe yönetimi döneminde yapılan birçok yasal düzenlemenin kaldırılması ya da değiştirilmesi, Hükümetin AİHS'de güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin korunması konusundaki kararlılığını ortaya koyması üzerine, taraf devletler arasındaki görüşmelerde dostane çözüme ulaşılmıştır. *Danimarka, Fransa, Norveç, İsveç ve Hollanda / Türkiye* başvurusunda taraf devletler arasında dostane çözüme varıldığını tespit eden AİHK, hazırladığı nihai raporla denetim sürecine son vermiştir.⁷⁷

Türk kökenli Danimarka vatandaşı olan Kemal Koç'un 8 ve 9 Temmuz 1996 tarihlerinde Ankara'da gözaltında bulunduğu sırada AİHS'nin 3. maddesi kapsamında kötü muamele yasağına aykırı olarak maruz kaldığı iddia edilen sorgulama tekniklerinin ve Kemal Koç'a uygulandığı iddia edilen söz konusu sorgulama tekniklerinin Türkiye'de yaygın olarak tatbik edilip edilmediğinin incelenmesi talebiyle Danimarka tarafından 7 Ocak 1997 tarihinde Türkiye hakkında AİHK'ya devletlerarası başvuru yapılmıştır.⁷⁸ 11 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesinin ardından, söz konusu başvuru 8 Haziran 1999 tarihinde AİHM tarafından kabul edilebilir bulunmuştur. Daha sonra taraflar arasında yürütülen dostane çözüm görüşmeleri olumlu sonuçlanmış ve Türkiye'nin başvuran devlete 450.000 Danimarka Kronu (yaklaşık 60.000 Euro) ödeme-

76 *Danimarka, Fransa, Norveç, İsveç ve Hollanda / Türkiye*, Başvuru No. 9940-44/82, AİHK'nın kabul edilebilirliğe ilişkin 6 Aralık 1983 tarihli kararı.

77 *Danimarka, Fransa, Norveç, İsveç ve Hollanda / Türkiye*, Başvuru No. 9940-44/82, AİHK'nın 7 Aralık 1985 tarihli raporu.

78 *Danimarka / Türkiye*, Başvuru No. 34382/97.

yi kabul etmesi, ayrıca başvuru konusu olaylar nedeniyle üzüntüsünü beyan edip, benzer olayların gelecekte tekerrür etmesinin önlenmesi için gerekli eğitim projelerini davacı devletle ortaklaşa gerçekleştirmeyi kabul etmesi üzerine AİHM, 5 Eylül 2000 tarihli kararıyla taraflar arasında dostane çözüme varılan başvurunun kayıttan düşürülmesine karar vermiştir.

11 No'lu Protokol yürürlüğe girdikten sonra doğrudan AİHM'ye yapılan ilk devletlerarası başvuru 26 Mart 2007 tarihli *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)* (13255/07) başvurusudur.⁷⁹ Söz konusu başvuru 27 Eylül 2006 tarihinde dört Rus subayının casusluk şüphesiyle Tiflis'te yakalanmalarının ardından gelişen olaylarla ilgilidir. Gözaltına alınan Rus subayları 4 Ekim 2006 tarihinde başvuran devletin affetmesi sonucu serbest bırakılmıştır. Daha sonra 11 Gürcistan vatandaşı aynı suçlamalarla gözaltına alınmıştır. 3 Ekim 2006 tarihinde Rusya Federasyonu Gürcistan'la havayolu, karayolu, denizyolu, demiryolu, posta ve finansal bağlantılarını askya almıştır. Bu bağlantılar ancak 21 Nisan 2008 tarihinde yeniden tesis edilmiştir. Başvuran devlet, Rus subayların Gürcistan'da gözaltına alınmalarından sonra davalı devletin gösterdiği tepkinin resmi makamlar nezdinde idari uygulamaya dönüştüğünü; 27 Eylül 2006 tarihinden itibaren AİHM'nin 3., 5., 8., 13., 14., 18., 1 No'lu Protokolün 1. ve 2. maddeleri, 4 No'lu Protokolün 4. ve 7 No'lu Protokol'ün 1. maddelerinin özellikle ve sürekli olarak ihlal edildiğini; söz konusu ihlallerin Rusya Federasyonu'ndaki Gürcü halkın tedirgin edilmesinden kaynaklandığını; yaygın gözaltı ve tutuklamaların genel güvenlik tehdidine dönüştüğünü; keyfi nedenlerle kişi özgürlüğüne müdahale edildiğini; gözaltı koşullarının kötü olduğunu; birçok kişinin keyfi olarak topluca Rusya'dan sınır dışı edildiğini ve bu işlemlere karşı başvurulabilecek etkin hukuk yolları bulunmadığını iddia etmiştir. AİHM 30 Haziran 2009 tarihli kararıyla, davalı devletin bireysel ihlal iddialarıyla ilgili olarak iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazını başvurunun esasıyla birlikte incelenmek üzere birleştirerek, *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)* başvurusunu kabul edilebilir bulmuştur.⁸⁰ AİHM Büyük Dairesi başvurunun esası hakkında 3 Temmuz 2014 tarihinde açıkladığı kararda, 2006 yılının Ekim ayından itibaren Gürcistan vatandaşlarının Rusya'da maruz kaldıkları yakalama, gözaltı ve sınır dışı işlemleri idari uygulama boyutuna geldiği için, Mahkemenin içtihadı uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının somut başvuruda uygulanmayacağına karar vermiştir. AİHM davacı devletin Sözleşme ihlali iddialarıyla ilgili olarak, Gürcistan vatandaşlarının sınır dışı edilmelerinin idari uygulamaya dönüşerek 4 No'lu Protokolün 4. maddesini ihlal ettiğine; Gür-

79 *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)*, Başvuru No. 13255/07.

80 *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)*, Başvuru No. 13255/07, AİHM'nin kabul edilebilirliğe ilişkin 30 Haziran 2009 tarihli kararı.

cistan vatandaşlarına yönelik yakalama ve gözaltı işlemlerinin de idari uygulamaya dönüşerek AİHS'ni 5/1. maddesini ihlal ettiğine; yakalama, gözaltı ve sınır dışı işlemlerine karşı başvurulacak hukuk yolu bulunmamasının AİHS'nin 5/4. maddesini ihlal ettiğine; Gürcistan vatandaşlarının gözaltında tutulma şartlarının yine idari uygulama boyutuna dönüşerek AİHS'nin 3. maddesini ihlal ettiğine; ayrıca AİHS'nin 5/1 ve 3. maddeleriyle bağlantılı olarak AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Diğer yandan davalı devletin Mahkeme'nin talep ettiği iki genelgeyi açıklanmasının Rus Hukukuna göre yasak belgeler arasında olduğu gerekçesiyle Mahkeme'ye sunmaması nedeniyle, davalı devletin AİHS'nin 38. maddesinde öngörülen Mahkeme'ye dava konusu olayların tespitinde yardımcı olmak için gerekli kolaylıkları sağlama yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.⁸¹ AİHM *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)* başvurusunda 31 Ocak 2019 tarihinde, GKRY Hükümetinin dördüncü Kıbrıs başvurusundan sonra devletlerarası başvurular yönünden ikinci kez adil tatmin kararı vermiştir.⁸²

Gürcistan 12 Ağustos 2008 tarihinde Rusya Federasyonu'na karşı AİHM'ye ikinci devletlerarası başvurusunu yapmıştır.⁸³ Gürcistan'ın ikinci başvurusu 2008 yılının Ağustos ayında iki ülke arasında başlayan silahlı çatışmalarla ilgilidir. Gürcistan'ın iddialarına göre, Rusya güçlerinin veya Rusya kontrolündeki ayrılıkçı güçlerin hedef gözetmeden yaptıkları orantısız saldırılar sırasında yüzlerce sivil yaralanmış, öldürülmüş ya da özgürlüğünden mahrum bırakılmış, binlerce sivilin malvarlığı ve konutları tahrip edilmiş, 300.000'in üzerinde insan Abhazya ve Güney Osetya'yı terk etmeye zorlanmıştır. Gürcistan, söz konusu olayların sebep olduğu olumsuz sonuçlar ve bunların soruşturulmaması nedeniyle Rusya Federasyonu'nun AİHS'nin 2, 3, 5, 8 ve 13. maddeleri ile 1 No'lu Protokolün 1. ve 2. maddeleri ile 4 No'lu Protokolün 2. Maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. AİHM *Gürcistan / Rusya Federasyonu (II)* başvurusunun kabul edilebilirliği hakkındaki kararında, davalı devletin ileri sürdüğü altı ay kuralına uyulmadığı ve başvurunun Uluslararası Adalet Divanı önündeki davayla benzerlik gösterdiği yönündeki itirazları reddetmiş; iç hukuk yollarının tüketilmediği, başvurunun yer ve konu yönünden yetkisizlik nedeniyle reddedilmesi gerektiği yönündeki itirazları ise başvurunun esasıyla birleştirilerek başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.⁸⁴ AİHM henüz başvurunun esası hakkındaki kararını açıklamamıştır.

81 *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)*, Başvuru No. 13255/07, AİHM'nin 3 Temmuz 2014 tarihli kararı

82 Bkz. *supra* dipnot 44.

83 *Gürcistan / Rusya Federasyonu (II)*, Başvuru No. 38263/08.

84 *Gürcistan / Rusya Federasyonu (II)*, Başvuru No. 38263/08, AİHM'nin kabul edilebilirliğe ilişkin 13 Aralık 2011 tarihli kararı.

Gürcistan 16 Kasım 2009 tarihinde Rusya Federasyonu'na karşı üçüncü devlet başvurusunu yapmıştır.⁸⁵ Gürcistan üçüncü devletlerarası başvurusunda AİHM'nin, Rusya Federasyonu'ndan 12 Ağustos 2008 tarihinde AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca verilen geçici tedbir kararına uymasını, ayrıca Güney Osetya'nın Tskhinvali Bölgesinde vekâlet rejimi tarafından gözetim altında tutulan 4 Gürcü çocuğun derhal ve koşulsuz olarak serbest bırakmasını istemesini talep etmiştir. AİHM Daire Başkanı 24 Kasım ve 8 Aralık 2009 tarihlerinde taraflardan çocukların gözetim koşulları hakkında bilgi talep ederek, AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca verilecek geçici tedbir kararının ertelenmesine karar vermiştir. AK İnsan Hakları Komiseri'nin Güney Osetya'ya yaptığı iki ziyaretin ardından gözetim altında tutulan küçükler ve diğer bir şahıs serbest bırakılmıştır. Bu gelişmeler üzerine Mahkeme, tarafları Gürcistan Hükümetinin geçici tedbir talebi konusunda karar verilmesine gerek olmadığını konusunda bilgilendirerek, davalı devletten başvurusunu devam ettirmek isteyip istemediği sorulmuştur. Davalı devletin başvurusunu sürdürmek istemediğini bildirmesi üzerine AİHM 16 Mart 2010 tarihinde *Gürcistan / Rusya Federasyonu (III)* başvurusunu kayıttan düşürmüştür.⁸⁶ Diğer yandan Gürcistan 22 Ağustos 2018 tarihinde Rusya Federasyonu aleyhine dördüncü kez devletlerarası başvuruda bulunmuştur.⁸⁷ Gürcistan'ın dördüncü devletlerarası başvurusunun gerekçesini de Gürcistan kontrolündeki bölge ile Abhazya ve Güney Osetya arasındaki idari sınır çizgisi boyunca insan hakları durumunun kötüleştiği iddiaları oluşturmaktadır. Gürcistan ile Rusya arasındaki husumetten kaynaklanan devletlerarası başvuruların yanı sıra Gürcistan, Rusya veya her iki ülke aleyhine yapılan yaklaşık 600 kadar bireysel başvuru bulunmaktadır.⁸⁸

Rusya Federasyonu aleyhine yapılan diğer başvuru grubunu, Ukrayna tarafından AİHM gündemine getirilen 8 adet devletlerarası başvuru oluşturmaktadır. Söz konusu başvurular AİHM tarafından 6 grup altında incelenmektedir.⁸⁹ Ukrayna'nın Rusya Federasyonu'na karşı açtığı devletlerarası davalar, 2013 yılı sonunda Ukrayna Hükümetinin Avrupa Birliği ile ortaklık anlaşması imzala-

85 *Gürcistan / Rusya Federasyonu (III)*, Başvuru No. 61186/09.

86 *Gürcistan / Rusya Federasyonu (III)*, Başvuru No. 61186/09, AİHM'nin 16 Mart 2010 tarihli kararı.

87 *Gürcistan / Rusya Federasyonu (IV)*, Başvuru No. 39611/18.

88 European Court of Human Rights Press Unit, Q & A on Inter-State Cases, Ekim 2020.

89 *Ukrayna / Rusya Federasyonu* (Başvuru No. 20958/14); *Ukrayna / Rusya Federasyonu (II)* (Başvuru No. 43800/14); *Ukrayna / Rusya Federasyonu (III)* (Başvuru No. 49537/14); *Ukrayna / Rusya Federasyonu (V)* (Doğu Ukrayna) (Başvuru No. 8019/16) [*Ukrayna / Rusya Federasyonu (IV)*] (Başvuru No. 42410/15), *Ukrayna / Rusya Federasyonu (VI)* (Başvuru No. 70856/16) aynı başvuru altında incelenmektedir; *Ukrayna / Rusya Federasyonu (VII)* (Başvuru No. 38334/18); *Ukrayna / Rusya Federasyonu (VIII)* (Başvuru No. 55855/18).

mayı askıya alması üzerine Kiev’de başlayan ve *Euromaidan* protestoları adı verilen olayların ardından 2014 yılının Şubat ayında dönemin Ukrayna Başkanı Viktor Yanukovych’in görevden alınması üzerine Güney ve Doğu Ukrayna’da ortaya çıkan çatışma ortamında Rusya’nın Kırım’ın kontrolünü ele geçirmesi ve sonrasında yaşanan uyuşmazlıklardan kaynaklanan insan hakları ihlalleriyle ilgilidir. Ukrayna’nın Rusya Federasyonu hakkında yaptığı başvurulardan 5 tanesi halen AİHM önünde derdest olup, *Ukrayna / Rusya Federasyonu (III)* (49537/14) başvurusu aynı konuda AİHM’ye yapılan bir bireysel başvuru olduğu gerekçesiyle başvuran devlet tarafından sürdürülmek istenmemesi nedeniyle Mahkeme tarafından kayıttan düşürülmüştür.⁹⁰ *Ukrayna / Rusya Federasyonu (III)* başvurusunun konusunu, Kırım Tatarı olan Ukrayna vatandaşı H. Dzhemilov’un hukuka aykırı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılarak kötü muameleye maruz kaldığı iddiaları oluşturmaktadır. H. Dzhemilov’un Rusya ve Ukrayna’ya karşı yaptığı bireysel başvuru (49522/14) kapsamında Mahkeme, AİHM İçtüzüğü’nün 39. maddesi uyarınca her iki davalı devlet bakımından başvuranın özellikle kişi güvenliğinin sağlanması ve avukat yardımından istifade etmesi konusunda geçici tedbir kararı aldığından ve bireysel başvuru Mahkeme tarafından ayrıca incelendiğinden, AİHM’ye yapılan *Ukrayna / Rusya Federasyonu (III)* başvurusu konusuz kalmıştır. Ukrayna’nın açtığı devletlerarası başvuruların dışında Kırım’daki olaylar ve Doğu Ukrayna’daki husumetle ilgili olarak AİHM’nin önünde yaklaşık 7.000 bireysel başvuru bulunmaktadır.⁹¹

Letonya 19 Şubat 2020 tarihinde bir vatandaşının bireysel haklarını korumak amacıyla Danimarka’ya karşı AİHM’ye devletlerarası başvuruda bulunmuştur.⁹² Davalı devlet başvurusunda, Danimarka’da gözetim altında olan Letonya vatandaşı olan Bayan Misane’nin Güney Afrika’ya sınır dışı edilmesi halinde AİHS’nin 3., 5. ve 8. maddelerinin ihlal edileceğini öne sürmüştür. Başvuran devlet Bayan Misane’nin 3 Mart 2020 tarihinde Letonya’ya gönderilmesiyle sorunun çözüldüğünü Mahkeme’ye bildirerek, başvurunun kayıttan düşürülmesini talep etmiştir. AİHM 16 Haziran 2020 tarihli kararıyla başvuru konusu uyuşmazlığın çözüme ulaştığını tespit ederek, başvurunun kayıttan düşürülmesine karar vermiştir. *Letonya / Danimarka* başvurusunda dikkat çeken usul meselesi, başvuruyu inceleyen AİHM Bölüm başkanının AİHS’de devletlerarası başvuruların Komisyon’da inceleneceğine dair açık hüküm bulunmasına rağmen, bir devletlerarası başvuruda ilk kez AİHM İçtüzüğü’nün 31. ve 51. maddeleri uyarınca, tarafların herhangi bir itirazı bulunmadığını belirterek, davanın

90 *Ukrayna / Rusya Federasyonu (III)*, Başvuru No. 49537/14, AİHM’nin 1 Eylül 2015 tarihli kararı.

91 European Court of Human Rights Press Unit, Q & A on Inter-State Cases, Ekim 2020.

92 *Letonya / Danimarka*, Başvuru No. 9717/20.

ulusal yargıçların katılmadığı üç yargıçtan oluşan Komite tarafından incelenebileceğine karar vermiş olmasıdır.⁹³

AİHM önünde halen derdest olan diğer devletlerarası başvurular *Slovenya / Hırvatistan* (54155/16), *Hollanda / Rusya Federasyonu* (28525/20) ve *Lih-tenştayn / Çek Cumhuriyeti* (35738/20) *Ermenistan / Azerbaycan* (42521/20), *Ermenistan / Türkiye* (43517/20) ve *Azerbaycan / Ermenistan* (47319/20) başvurularıdır. *Slovenya / Hırvatistan* başvurusu bir Sloven bankası olan Ljubljanska banka d.d.'nin Hırvat şirketlerden alacaklarını tahsil etmek amacıyla Hırvatistan'da açtığı davaların adil yürütülmediği, Mahkemelerin taraf-sızlık ilkesine uymadığı ve ayrımcılık yaptığı iddialarıyla ilgilidir. *Hollanda / Rusya Federasyonu* başvurusu Malezya Havayollarına ait bir uçağın Doğu Ukrayna'da düşürülmesi sonucu aralarında 196 Hollanda vatandaşının da olduğu 298 kişinin yaşamını yitirmesiyle ilgilidir. *Lih-tenştayn / Çek Cumhuriyeti* başvurusu davalı devletin 1945 tarihli Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin (*Beneş* kararnamesi) uygulanması kapsamında *Lih-tenştayn* vatandaşlarını Alman tabiiyetine sahip şahıslar olarak tasnif etmesi ve bu nedenle, diğer hususların yanında, Alman ve Macar etnik kökenine sahip şahısların tamamına ait malvarlığına İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra el konulmasıyla ilgilidir. Son olarak AİHM gündemine gelen ve birbiriyle bağlantılı olan en yeni başvurular, Dağlık Karabağ'da yaşanan silahlı çatışmalarla bağlantılı olarak AİHM'ye yapılan *Ermenistan / Azerbaycan*, *Ermenistan / Türkiye* ve *Azerbaycan / Ermenistan* başvurularıdır.⁹⁴ AİHM *Ermenistan / Azerbaycan* ve *Ermenistan / Türkiye* başvurularında davalı devletin talebi üzerine AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca "Türkiye dâhil" çatışmaya doğrudan veya dolaylı taraf olan devletlerin tamamı için sivil şahısların haklarının ihlal edilmesine yol açacak eylemlerden kaçınmaları ve Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerine saygı göstermeleri yönünde geçici tedbir kararı vermiştir.⁹⁵ AİHM bu çalışma tamamlanmadan önce yapılan ve diğer iki devlet başvurusu gibi AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca geçici tedbir verilmesi talebi içeren *Azerbaycan / Ermenistan* başvurusu kapsamında henüz karar vermemiştir.

93 *Letonya / Danimarka*, Başvuru No. 9717/20, AİHM'nin 16 Haziran 2020 tarihli kararı.

94 European Court of Human Rights Press Unit, Q & A on Inter-State Cases, Ekim 2020; European Court of Human Rights, "Inter-State applications: By date of introduction of the applications".

95 Bkz. European Court of Human Rights, Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 265 (2020), 30 Eylül 2020, ECHR 276 (2020), 6 Ekim 2020.

III- AİHS Kapsamında Açılan Devletlerarası Davaların Etki ve Sonuçlarının Değerlendirilmesi

İnsan haklarının korunması veya uluslararası hukukun farklı bir konusunda, uluslararası veya bölgesel düzeyde taraflar arasındaki uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümü veya uluslararası antlaşmalara uyulmasının temin edilmesi amacıyla geliştirilen devletlerarası davalar, genel olarak veya antlaşmalarda öngörülen hukuki amaca uygun kullanıldıkları müddetçe uluslararası adaletin sağlanması ve uluslararası hukukun gelişmesine olumlu yönde katkıda bulunmaktadır. Ancak yukarıda AİHS sisteminde yapılan devletlerarası başvurular incelendiğinde, bu yolun öngörülen hukuki amaçların dışında siyasi bir manevra aracı olarak veya silahlı çatışmalarda güç kazanma amacıyla kullanılabilirdiği görülmektedir. Buna karşılık başvuruda bulunan devletlerin gerçek amacı her ne olursa olsun, uluslararası hukukta öngörülen dava hakkını kullandığı için herhangi bir devletin suçlanamayacağı da açıktır. Diğer yandan devletlerarası başvuru mekanizmasının öngörülen hukuki amaçlara uygun olarak kullanılmasını sağlamak üzere bir takım usul ve esas düzenlemeleri yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu başlık altında öncelikle genel olarak devletlerarası davaların olumlu ve yapıcı yönleri, ardından da devletlerarası davaların yol açabileceği olumsuz sonuçlar üzerinde durulacak, daha sonra AİHM'ye yapılan devletlerarası başvurular özelinde bir değerlendirme yapılarak, devletlerarası başvurulara özgü olarak ortaya çıkabilecek bazı hukuki sorunlara değinilecektir.

Leckie'ye göre devletlerarası başvuruların sekiz olumlu özelliğinden söz etmek mümkündür. Bunlardan birincisi, devletlerarası şikâyet usulü insan haklarının yalnızca devletlerin iç işleri değil, tüm devletlerin ortak meselesi olduğu fikrini hukuken barındırmaktadır. İkincisi, ortak bir belgeye taraf olan devletlerin diğer devletlerin yargılama alanındaki şahıslara karşı davranışlarında hukuki menfaati bulunmaktadır. Bu yola başvurmak için devletlerin kendi vatandaşlarının mağdur olmasına gerek yoktur. Başvuran devletin ihlalden mağdur olması veya ortak insanlık değerleri dışında ihlalden mağdur olanlarla doğrudan bir bağının bulunması gerekli değildir. Üçüncüsü, bu yöntem büyük ölçekli ihlalleri ortaya koymak bakımından bireysel başvurulardan daha uygun olup bölgesel ve uluslararası örgütlerin siyasi karar organları tarafından kullanılmak üzere veri sağlamaktadır. Hukukun farklı yönlerine odaklanmak için bu yöntemden istifade edilebilir. Dördüncüsü, devletlerarası başvurular daha az kabul edilebilirlik engeliyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu durum özellikle AİHS sistemi için geçerlidir. Beşincisi, bu yönetime müracaat edilmesi delillerin tespiti gibi başvuru yapılana kadar yerine getirilmeyen bazı işlemlerin başlatılmasına vesile olabilir. Ayrıca başvuru yapılması, davalı devletteki daha demokratik ve hoşgörülü unsurlara üstü örtülü bir destek olarak görülebilir. Altıncısı, birçok

vakada devletlerarası başvurunun temeli bireysel başvurudan potansiyel olarak daha geniştir. Yedincisi, bu yöntem belli bir sözleşmenin denetim organlarına bireysel başvuruyu kabul etmeyen devletlerdeki kötü durumu dünyanın gözü önüne sererek söz konusu devletin vatandaşlarına yardım sağlayabilir. Son olarak bu yöntem devletlerde temel hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesine destek olacak şartların oluşturulmasına katkıda bulunabilir. Diğer bir deyişle bu yöntemin potansiyel değerini göz ardı etmemek gerekir.⁹⁶

Risini ise devletlerarası başvuru yolunun AİHS sistemi özelinde kolektif icra ya da toplu olarak yerine getirme işlevi ile uluslararası uyumsuzlukların çözümüne katkısı üzerinde durmaktadır. Risini'ye göre AİHS'nin 34. maddesinde düzenlenen bireysel başvurunun inkâr edilemez başarısı göz önüne alındığında, bireysel adalet AİHS'nin denetim çerçevesinin temel özelliklerinden biri haline gelmiştir. AİHS'nin sistematik yorumu bireysel ve devletlerarası başvuruların birbirini tamamladığını göstermektedir. Bireysel başvuru esasen bireysel adaleti sağlamak üzere tasarlanmışken, devletlerarası başvuru ise tek bireyden fazlasının menfaati için insan haklarının kolektif olarak yerini getirilmesini amaçlamaktadır. Devletlerarası başvuru sistemi AİHS'nin ilk metninde varsayılan icra mekanizması olarak tasarlandığından bireylerin durumuna çözüm getirerek, bireysel adaletin sağlanmasına da katkıda bulunmaktadır. Özellikle bireysel başvuru yolunun ihtiyari olduğu dönemde. Devletler arası başvuru daha da önem kazanmıştır. Devletlerarası başvurular aynı zamanda bireysel mağdurun ötesinde sistematik sorunlara işaret etmek için de kullanılabilir. Kolektif yerine getirme, devletlerarası başvuruları bireysel başvurulardan ayıran yegâne işlevi olmasa da en önemli özelliğidir. Kolektif yerine getirme işlevi başvuru devletlerin “kaybedebilecek şeyleri olduğu halde, kazanacakları bir şeyleri bulunmadığı” durumlarda, insan haklarının yerine getirilmesinde bireysel çıkarın değil, kamusal çıkarın peşinde olduklarında kendisini göstermektedir. Kolektif yerine getirme işlevinin bir özelliği de iki taraflı diplomatik korumanın dar kalıplarının ötesinde devletlerarası başvurunun kolektif boyuta sahip olmasıdır. Risini'ye göre devletlerarası başvuru insan haklarının en fazla tehlikede olduğu kriz dönemlerinde yargısal denetime olanak sağlamaktadır. AİHS kapsamında yapılan ilk devletlerarası başvurularda davalı devletlerin AİHS'nin 15. maddesi kapsamında yapılan bildirimlerle ilgili olarak Komisyon yargısal denetim yetkisini kullanarak, takdir marjı kavramını Sözleşme içtihadına kazandırmıştır. Yargısal denetim aşlında bir orantılılık testidir. 11 No'lu Protokolden sonra güçlenen AİHM'nin elinde geçici tedbir gibi kriz dönemlerinde insan hakları ihlallerine son verilmesi ve barışın sağlanmasına katkıda bulunacak araçlar bulunmaktadır. Kendi vatandaşlarının veya belli bireylerin çıkarı için

96 Leckie, s. 298-299.

açılan devletlerarası davalar ya da özel çıkar davaları da insan haklarının geliştirilmesine hizmet edebilir; ancak devletlerarası başvuru mekanizmasının başarıya ulaşabilmesi için kolektif yerine getirme ve uyumsuzlukların çözümü işlevlerinin birleştirilmesi gerekmektedir. Son olarak Risini'ye göre delil tespiti devletlerarası başvurular yönünden önem kazanmaktadır. Mahkeme'nin otoritesi tarafsızlığına ve siyasi ajandasının bulunmamasına bağlı olduğundan, Mahkeme'nin görevini somut olgusal temellere dayandırması gerekmektedir. Devletlerarası başvurular da genelde davalı devlette iç hukuk yollarının bulunmaması veya etkili olmaması, Mahkeme'nin çoğu kez ilk derece inceleme makamı olarak delil tespitini önemli hale getirmektedir.⁹⁷

Devletlerarası başvuruların olumlu ve yapıcı özelliklerinin yanı sıra olumsuz veya beklendiği sonucu getirmeyen yönlerinden de söz etmek mümkündür. Öncelikle devletlerarası başvuruların büyük bir kısmının Sözleşme'de öngörülen insan haklarının korunması yüksek idealinden ziyade başvuran devletlerin siyasi ya da bireysel çıkarları amacıyla kullanıldığı inkâr edilemez. Mutlak bir ifade kullanmak hatalı olmakla birlikte, AİHS sisteminde yapılan devletlerarası başvurularda dikkati çeken husus birden fazla devlet tarafından yapılan başvurularda kamu yararı ve Sözleşme hükümlerinin herkes için eşit uygulanması idealinin daha fazla ön planı çıkmasıdır. Buna karşılık tek bir davalı devletin bulunduğu devletlerarası başvurularda genelde kendi vatandaşlarının veya bir başka ülkede kendi etnik kökeninden olan azınlıkların haklarının korunmasına yönelik iddia ve taleplere yer verilmektedir. Devletlerarası başvurular evrensel veya bölgesel ölçekte davalı devletteki insan hakları sorunlarını ortaya çıkararak farklı devletlerin veya uluslararası örgütlerin harekete geçmesine yol açabilmekle birlikte, taraf devletler arasındaki husumeti giderdiği veya azalttığı örnekler çok azdır. Özellikle tarihsel geçmişi olan, siyasi, ekonomik veya kültürel uyumsuzluklar barındıran devletlerarası çatışmaların özellikle AİHM'ye yapılacak devletlerarası başvurular yoluyla çözümlenebileceğini ummak fazla iyimser bir yaklaşım olur. Devletlerarası başvuruların kabul edilebilirlik koşulları bireysel başvurulardan daha hafif olduğundan, devletlerarası başvuruların AİHM önünde esas yönünden incelenme ihtimali daha yüksektir. Ancak bu durum özellikle silahlı çatışmalardan kaynaklanan uyumsuzlukların devletlerarası başvuru konusu yapıldığı durumlarda başvuru hakkının kötüye konulması veya mükerrer başvurularla davalı devletin sürekli töhmet altında bırakılması gibi devletlerarası başvurunun adeta psikolojik bir silah olarak kullanılması da Sözleşme'nin ruhuyla bağdaşmamaktadır. Devletlerarası başvuruların önemi özellikle bireysel başvuruların yapılmasının davalı devlet tarafından engellen-

97 Risini, s. 63-66.

diği veya mümkün olmadığı durumlarda artmaktadır. Buna karşılık bireysel başvuruların Mahkeme'ye getirilmesinde herhangi bir engel ve güçlük bulunmayan durumlarda devletlerarası başvurular aynı veya benzer iddiaların hatta aynı şahısların maruz kaldığı ihlal iddialarının birden fazla kez AİHM önüne taşınmasına ve iş yükünün artmasına yol açmaktadır. Bu durumun en güzel örneği yukarıda değinilen *Ukrayna / Rusya Federasyonu (III)* başvurusudur.⁹⁸ Benzer bir durum GKRY Hükümetinin Türkiye'ye karşı açtığı dördüncü devletlerarası başvuruda da görülmektedir. Kıbrıs'tan yapılan diğer bireysel başvurular yanında *Varnava vd. / Türkiye* başvurusu⁹⁹ *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV)* başvurusundaki kayıp şahıslara yönelik iddialarla, buna karşılık *Loizidou / Türkiye*¹⁰⁰ grubu başvurular ise yerinden edilen şahısların konut ve malvarlığı haklarına yönelik iddialarla örtüşmektedir.¹⁰¹ Söz konusu başvuruların AK Bakanlar Komitesi önündeki denetim süreçleri de benzerlik göstermektedir. AK Bakanlar Komitesi'nin bireysel başvurulardaki denetim süreci yalnızca kararın yerine getirilmesi için alınacak özel tedbirlerden ibaret olmayıp, aynı zamanda benzer ihlalleri önlemek üzere genel tedbirlerin de alınması gerekmektedir. Diğer yandan AİHM'nin Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamında kendi kararlarının yerine getirilmesi sürecinde üstlendiği rol, pilot ve yarı-pilot tabir edilen kararları ile iç hukukta etkin başvuru yolu oluşturulmasına katkısı, kolektif icra işlevinin yalnızca devletlerarası başvurulara özgü olmadığını, yinelenen (*repetitive*) bireysel başvurularda da aynı sonuca ulaşılabileceğini göstermektedir. Bireysel başvuruların etkin olarak kullanılabildiği durumlarda ayrıca devletlerarası başvurularla sonuç almaya çalışılması AİHS organlarının iş yükünü artırdığı gibi bazı haksız kazanımlara da yol açabilecek niteliktedir.

AİHS kapsamında bugüne kadar yapılan devletlerarası başvurular incelendiğinde esas olarak üç grup başvuruyu birbirinden ayırmak mümkündür. Ancak bazı devletlerarası başvurular birden fazla gruba dâhil edilebilecek nitelikte olduğundan başvurunun öne çıkan özelliğini ortaya koymak görece bir yaklaşımdır. Avrupa Konseyi (AK) İnsan Hakları Yönetim Komitesi'nin (CDDH) Devletlerarası Uyuşmazlıklarla İlgili Davaların Etkin Bir Şekilde Yürütülmesi ve Sonuçlandırılması Hakkında Taslak Raporunda¹⁰² yer verilen sınıflandırma-

98 *Ukrayna / Rusya Federasyonu (III)*, Başvuru No. 49537/14, AİHM'nin 1 Eylül 2015 tarihli kararı.

99 *Varnava vd. / Türkiye*, Başvuru No. 16064/90 vd., AİHM'nin 18 Eylül 2009 tarihli kararı.

100 *Loizidou / Türkiye*, Başvuru No. 15318/89, AİHM'nin 23 Mart 1995 tarihli kararı. Ayrıca bkz. *Nenides-Arestis / Türkiye*, Başvuru No. 46347/99, AİHM'nin 22 Aralık 2005 tarihli kararı; *Demopoulos vd. / Türkiye*, Başvuru No. 46113/99 vd., AİHM'nin 1 Mart 2010 tarihli kararı.

101 *Kıbrıs (GKRY) / Türkiye (IV)*, Başvuru No. 25781/94, AİHM'nin 10 Mayıs 2001 tarihli kararı.

102 Council of Europe Steering Committee for Human Rights, "Draft CDDH report on the effective processing and resolution of cases relating to inter-State disputes".

ya benzer bir ayırımla devletlerarası başvuruları genel menfaate dayalı (ya da ortak sorumluluk), özel menfaate dayalı ve devletlerarası çatışmalardan kaynaklanan başvurular olarak üç farklı gruba ayırarak, AİHS kapsamında bugüne kadar yapılan başvuruların hangi grup kapsamında ele alınabileceğini değerlendirmek mümkündür.

11 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesinden önce yapılan devletlerarası başvurular yönünden, *Yunanistan / Birleşik Krallık (I)* (176/56) ve *Yunanistan / Birleşik Krallık (II)* (299/57) davaları Yunanistan Hükümetinin kendisiyle aynı etnik kökene sahip Kıbrıslı Rumların haklarını korumayı amaçladığından özel menfaate dayalı devletlerarası başvurular kapsamında değerlendirilebilir. *Avusturya / İtalya* (788/60) başvurusu da benzer şekilde İtalya'da Almanca konuşan azınlığa dâhil olan altı kişinin hakları söz konusu olduğundan ikinci grupta ifade edilen özel menfaate dayalı devletlerarası başvurular arasındadır. *Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda / Yunanistan (I)*, (3321-23/67 ve 3344/67) ve *Danimarka, Norveç ve İsveç / Yunanistan (II)*, (4448/70) başvuruları önceki davalardan farklı olarak davacı devletlerin özel menfaatlerine yönelik değil, Yunanistan'daki askeri cuntanın yol açtığı insan hakları ihlallerinin sona erdirilmesi amacını taşıdığından, birinci grupta yer alan yani genel menfaate dayalı (ya da ortak sorumluluk) başvurular arasında olup devletlerarası başvuruların amacını en iyi karşılayan davalara örnek gösterilebilir. *İrlanda / Birleşik Krallık (I)* (5310/71) ve *İrlanda / Birleşik Krallık (II)* (5451/72) başvuruları İrlanda Hükümetinin Kuzey İrlanda'da kendisiyle aynı etnik kökene ve benzer siyasi görüşe sahip azınlığın haklarını korumayı amaçladığı için ikinci grupta yer alan özel menfaate dayalı devletlerarası başvurular arasında yer almaktadır. GKRY Hükümetinin Türkiye'ye karşı yaptığı dört adet devletlerarası başvuru bir yönüyle devletlerarası çatışmadan kaynaklanan başvuru grubuna, diğer yönüyle de kendi vatandaşlarının veya aynı etnik kökene ve dini inanca sahip azınlığın haklarının korunmasına yönelik olduğundan, ikinci grupta yer alan özel menfaate dayalı devletlerarası başvurular arasında ele alınabilir. *Danimarka, Fransa, Norveç, İsveç ve Hollanda / Türkiye* (9940-44/82) başvurusu davacı devletlerin kendi vatandaşları veya özel bir grup insanın değil Türkiye'de askeri darbe yönetiminde insan hakları ihlal edilen bireylerin tamamının Sözleşme'yle korunan haklarının korunmasına yönelik olduğundan, birinci grupta yer alan yani genel menfaate dayalı (ya da ortak sorumluluk) başvuruları arasında yer almaktadır. *Danimarka / Türkiye* (34382/97) başvurusu, Türk kökenli bir Danimarka vatandaşı olan Kemal Koç'un maruz kaldığı iddia edilen kötü muamele nedeniyle yapıldığından özel menfaate dayalı devletlerarası başvuru özelliği ön plana çıkmaktadır. Ancak söz konusu başvurunun dostane çözümlerle sonuçlandırılması ve kötü muamele uygulamalarının en-

gellenmesi için ortak eğitim projeleri geliştirilmesi nedeniyle, genel menfaate dayalı (ya da ortak sorumluluk) boyutu da bulunmaktadır.

11 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra yapılan devletlerarası başvurular yönünden, *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)* (13255/07) başvurusunda şikâyete konu olaylar henüz taraflar arasında silahlı çatışma başlamadan önce vuku bulduğu için Gürcistan'ın kendi vatandaşlarını koruma amacıyla yaptığı özel menfaate dayalı devletlerarası başvurular grubuna girmektedir. *Gürcistan / Rusya Federasyonu (II)* (38263/08) başvurusu 2008 yılının Ağustos ayında iki ülke arasında başlayan silahlı çatışmalarla ilgili olduğundan, üçüncü gruptaki devletlerarası çatışmalardan kaynaklanan devletlerarası başvurular arasındadır. *Gürcistan / Rusya Federasyonu (III)* (61186/09) başvurusunun temeli devletlerarası çatışmaya dayanıyor olsa da 4 Gürcü çocuğun gözetim koşullarıyla ilgili olduğundan özel menfaate dayalı devletlerarası başvurular kapsamına girmektedir. *Gürcistan / Rusya Federasyonu (IV)*, (39611/18) başvurusu ise taraflar arasındaki silahlı çatışmanın etkilerinin devamına dayalı insan hakları ihlali iddiaları içerdiğinden üçüncü gruptaki devletlerarası çatışmalardan kaynaklanan devletlerarası başvurular arasında yer almaktadır. *Ukrayna / Rusya Federasyonu (III)* (49537/14) başvurusu dışındaki Ukrayna davaları, taraflar arasındaki silahlı çatışmadan kaynaklandığı için üçüncü grupta ele alınmaları gerekmektedir. *Letonya / Danimarka*, (9717/20) başvurusu Letonya'nın kendi vatandaşını koruma amacıyla yaptığı özel menfaate dayalı bir devletlerarası başvurudur. *Slovenya / Hırvatistan* (54155/16), *Hollanda / Rusya Federasyonu* (28525/20) ve *Lihtenştayn / Çek Cumhuriyeti* (35738/20) başvuruları, başvuran devletlerin kendi vatandaşlarının çıkarlarını korumak amacıyla yaptıkları, ikinci grupta yer alan özel menfaate dayalı devletlerarası başvurular arasında yer almaktadır. Son olarak *Ermenistan / Azerbaycan* (42521/20), *Ermenistan / Türkiye* (43517/20) ve *Azerbaycan / Ermenistan* (47319/20) Dağlık Karabağ'da yaşanan silahlı çatışmalarla ilgili olduğundan üçüncü grupta yer almaktadır.

Devletlerarası başvurular kapsamında özellikle 11 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra yapılan ve silahlı çatışmalardan kaynaklanan devletlerarası başvurularda Mahkeme'nin AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca genel nitelikli geçici tedbir kararları vermesi hukuk tekniği bakımından bir takım sorunlara yol açabilecek niteliktedir. AİHM'nin *Gürcistan / Rusya Federasyonu (II)* (38263/08); *Ukrayna / Rusya Federasyonu (I)* (20958/14); *Ermenistan / Azerbaycan* (42521/20) ve *Ermenistan / Türkiye* (43517/20) başvurularında verdiği genel nitelikli geçici tedbir kararları esas itibarıyla silahlı çatışmanın taraflarına Sözleşme'de güvenceye alınan temel hak ve özgürlüklere saygı göstermeleri çağrısında bulunmaktadır. Silahlı çatışma ortamında insan

hakları ihlallerinin gerçekleşme olasılığı ve sıklığı barış dönemlerinden daha yüksek olsa da, AİHS'ye taraf devletlerin tamamının isteyerek veya istemeyerek potansiyel olarak Sözleşme hükümlerini ihlal etme olasılıkları bulunmaktadır. AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesi ve bu konuda çıkarılan uygulama yönergesi uyarınca geçici tedbir ancak istisnai durumlarda, tedbir uygulanmadığı takdirde başvuranın ciddi ve geri dönüşü olmayan zarara uğrayacağına dair gerçek bir tehlikenin bulunduğu kanaat getirilmesi halinde uygulanabilir. Ancak yukarıda değinilen silahlı çatışmadan kaynaklanan başvurularda verilen genel nitelikli geçici tedbir kararlarında AİHM'nin hangi somut olay kapsamında gerçek bir tehlike gördüğü ve bu durumda davalı devletin ne tür bir önlem alması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. AİHM'nin geçici tedbir kararlarına uyulmaması Mahkeme içtihadına göre bireysel başvuru hakkının ihlali niteliğinde görüldüğüne göre, Mahkeme'nin silahlı çatışmayla bağlantılı herhangi bir insan hakları ihlali tespit etmesi halinde bu durumun aynı zamanda geçici tedbire uyma yükümlülüğünü de ihlal edeceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Geçici tedbirlerle ilgili bir diğer sorun ise AİHM'nin silahlı çatışmanın doğrudan tarafı olmayan Türkiye hakkında da geçici tedbire hükmetmiş olmasıdır. AİHM'nin geçici tedbir kararında, başvurunun esası hakkında herhangi bir tespit bulunmama ile birlikte, taraf devletlerin yer yönünden yargılama yetkisini çok genişlettiği, silahlı çatışmanın doğrudan tarafı olmayan Türkiye'nin geçici tedbir kararında yer alan yükümlülüklerini ne şekilde yerine getireceğinin belirsiz olduğunu vurgulamak gerekir.

AİHM'nin devletlerarası başvurularda AİHS'nin 41. maddesi kapsamında adil tatmin taleplerini inceleyerek yüklü miktarda tazminatlara hükmetmesi de üzerinde durulması gereken bir konudur. AİHM bugüne kadar iki devletlerarası başvuruda, önce 12 Mayıs 2014 tarihinde *Kıbrıs (GKRY) /Türkiye (IV)* (25781/94) başvurusu, ardından da 31 Ocak 2019 tarihinde *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)* (13255/07) başvurusu hakkında adil tatmin kararı vermiştir. Adil tatmin kararında hükmedilen tazminat miktarının davacı devlete ödemesi gerekme ile birlikte, AİHM'nin adil tatmin kararlarında belirttiği üzere, tazminata devletin menfaati için değil ihlalden mağdur olan bireylerin menfaati için hükmedilmektedir. Dolayısıyla davacı devletlerin hükmedilen tazminat miktarını AİHM kararında belirtilen usul doğrultusunda ihlalden mağdur olan şahıslara tevzi etmesi gerekmektedir. AİHM'nin adil tatmin kararı verdiği her iki devletlerarası başvuruda da taraf devletler arasında hâlihazırda sıcak çatışma olmasa da husumetin devam ettiği, hatta Kıbrıs (GKRY) davasında Türkiye'nin GKRY'yi meşru Kıbrıs yönetimi olarak kabul etmediği göz önüne alındığında, adil tatmin kararlarının icrasında önemli sorunlarla karşılaşılacağı anlaşılmaktadır. Diğer yandan AİHM'nin tazminat miktarlarını yüksek tutma-

sı, özel menfaate dayalı devletlerarası başvuruların cazibesini arttıracak gibi davalı devletler yönünden kararın uygulanmasını güçleştirecek niteliktedir. Esas olarak AİHM'ye yapılacak bireysel başvurularla veya iç hukukta oluşturulacak etkin başvuru yollarıyla ulaşılabilecek sonuçlara -bireysel başvuru yapılmasını engelleyen hiçbir koşul bulunmazken- devletlerarası başvurularla ulaşılmaya çalışılması, niteliği gereği siyasi unsurlar da taşıyan devletlerarası başvuruların genel menfaate dayalı (ya da ortak sorumluluk) olma amacıyla bağdaşmamaktadır.

Sonuç

Devletler arası başvuru yolu Birleşmiş Milletler kapsamındaki birçok insan hakları sözleşmesinin yanı sıra bölgesel insan hakları sözleşmelerinde de düzenlenmiş olan bir hukuki yoldur. Devletler arası başvuru usulünü kabul eden sözleşmeler, korunmasında taraf devletlerin ortak çıkarı olduğunu düşündükleri sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesini denetleme yetkisini taraf devletlerin tamamına birden vermektedir. İnsan hakları sözleşmeleri bakımından taraf devletlerin sözleşme hükümlerine uyulması konusunda birbirine karşı yükümlüklerinden ziyade taraf devletlerden herhangi birinin yargılama yetkisi altında bulunan herkese karşı yükümlülükleri bulunduğu söylenebilir.

AİHS kapsamında devletlerarası başvuru yolu, Sözleşme'nin ilk metninden itibaren öngörülmüş olup, bireysel başvurulardan farklı olarak taraf devletlerin kabul beyanına bağlı değildir. 11 No'lu Protokol yürürlüğe girdikten sonra bireysel başvurular gibi devletlerarası başvurular da doğrudan zorunlu yargılama yetkisine sahip olan AİHM'ye yapılmaya başlanmıştır. AİHS çerçevesinde bireysel başvuru usulü ile devletlerarası başvuru usulü arasında önemli benzerlikler olsa da, birtakım farklılıklar da bulunmaktadır. Devletler arası başvurulara kabul edilebilirlik koşullarının hafifletilmiş olması, özellikle başvuran devletin ihlalden mağdur olma şartının bulunmaması, bu başvuruların başarı şansını arttırmaktadır. Devletler arası başvurular konusundaki Sözleşme içtihadının temeli 11 No'lu Protokol yürürlüğe girmeden önce AİHK'nın verdiği kabul edilebilirlik kararları ve başvurunun esası hakkındaki raporlarına dayanmaktadır. 11 No'lu Protokol yürürlüğe girdikten sonra yaklaşık 10 yıl boyunca AİHM gündemine devletlerarası başvuru gelmemiş olsa da *Gürcistan / Rusya Federasyonu (I)* (13255/07) başvurusuyla birlikte kısa sürede çok sayıda devletlerarası başvuru yapılmıştır. Bu çalışma hazırlandığı sırada AİHS kapsamında yapılan toplam devletlerarası başvuru sayısı 29 olup bu başvurulardan 11 tanesi halen AİHM önünde derdesttir. 2020 yılının Ekim ayı itibariyle yaklaşık 62.000 derdest bireysel başvuru yanında devletlerarası başvuru sayısı önemsiz

gibi görünse de,¹⁰³ devletlerarası başvuruların bir takım sistematik sorunlara dikkat çekmesi ve kolektif icra işlevi nedeniyle sonuçları bireysel başvurulardan daha etkili olabilmektedir. Taraflar arasındaki çatışmalardan kaynaklanan ve aynı taraflar arasında birden fazla sayıda yapılabildiği görülen devletlerarası başvurular, AİHM'nin konu bakımından sınırlı olan yetkisine rağmen, bazı taraf devletlerin Mahkeme'den uluslararası uyumsuzlukların çözümüne katkıda bulunmasını beklediği anlaşılmaktadır.

Devletler arası başvuruların olumlu veya yapıcı etkilerinin yanı sıra olumsuz veya beklendiği sonucu getirmeyen yönlerinden de söz edilebilir. Devletlerarası başvuruların yukarıda ayrıntılı olarak incelenen olumlu ve yapıcı etkileri arasında insan haklarının devletlerin iç işi değil, ortak meselesi olduğunu göstermesi; büyük ölçekli ihlalleri ortaya koymaya elverişli olması; daha az kabul edilebilirlik engeliyle karşı karşıya kalması; delillerin tespiti gibi bazı işlemlerin başlatılmasına katkıda bulunması; bireysel başvurulardan daha büyük bir portre sunması; ayrıca kolektif icra ve uluslararası uyumsuzlukların çözümüne katkısı sayılabilir. Devletler arası başvuruların olumsuz yönlerine gelince devletlerin siyasi ya da bireysel çıkarları amacıyla kullanılabilmesi; taraf devletler arasındaki husumeti giderdiği örneklerin az olması; başvuru hakkının kötüye konulması veya mükerrer başvurularla davalı devletin sürekli töhmet altında bırakılması gibi psikolojik bir silaha dönüşebilmesi; bireysel başvuru yolu elverişli iken devletlerarası başvurunun tercih edilmesinin aynı mağduriyetin birden fazla kez denetim organları önüne gelmesine yol açması üzerinde durulabilir.

İnsan hakları sözleşmelerinde güvenceye alınan temel hak ve özgürlüklerin korunmasında genelde uluslararası toplumun özelde ise sözleşmeye taraf devletlerin tamamının menfaati bulunduğu düşüncesiyle öngörülen devletlerarası başvuru yönteminin özel menfaatlerin ötesine geçen *actio popularis* olarak kullanılması kurumun amacına daha uygun görünmekte ve devletlerarası başvuruları geleneksel diplomatik korumadan farklılaştırmaktadır. Ancak insan haklarını koruma mekanizmalarına bugüne kadar yapılan sınırlı sayıdaki devletlerarası başvuruda bu yöntemin insan haklarının korunması idealinin ötesinde devletlerin kendi vatandaşlarının veya bir başka ülkede kendi etnik kökeninden olan azınlıkların haklarını koruma veya kendi ekonomik, siyasi ve güvenlik çıkarlarını gözetme amaçlarıyla kullanıldığı görülmektedir.¹⁰⁴

103 Bkz. European Court of Human Rights Statistics: 1/1-30/9/2020 (compared to the same period 2019).

104 Farklı yöndeki görüşler için bkz. Isabella Risini, "The Inter-State Application Under the European Convention on Human Rights: More Than Diplomatic Protection", Ed. Norman Weiß ve Jean-Marc Thouvenin, *The Influence of Human Rights on International Law*, Springer International Publishing, Cham, 2015, s. 69-76.

KAYNAKLAR

- Council of Europe Steering Committee for Human Rights, “Draft CDDH report on the effective processing and resolution of cases relating to inter-State disputes”, DH-SYSC-IV(2020)04, 8 Temmuz 2020, <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-committee-of-experts-on-the-s/16809fo2d7> (19 Ekim 2020).
- De Schutter, Olivier, *International Human Rights Law – Cases, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- European Court of Human Rights, “Factsheet – Interim measures”, https://www.echr.coe.int/documents/fs_interim_measures_eng.pdf (19 Ekim 2020).
- European Court of Human Rights, “Inter-State applications: By date of introduction of the applications”, Strasbourg, Ekim 2020, https://www.echr.coe.int/Documents/InterState_applications_ENG.pdf (28 Ekim 2020).
- European Court of Human Rights Press Unit, *Q & A on Inter-State Cases*, Ekim 2020, https://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Inter-State_cases_ENG.pdf (19 Ekim 2020).
- European Court of Human Rights, Practice Directions, Just satisfaction claims, https://www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_ENG.pdf (19 Ekim 2020).
- European Court of Human Rights, Practice Directions, Requests for interim measures (Rule 39 of the Rules of Court), https://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_ENG.pdf (19 Ekim 2020).
- Franck, Thomas M., “On Proportionality of Countermeasures in International Law” *The American Journal of International Law Journal*, Cilt 102, Sayı 4, 2008.
- Greer, Steven, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Koch, Julia, “The Efficacy and Impact of Interim Measures: Ukraine’s Inter-State Application against Russia”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Cilt 39, Sayı 1, 2016.
- Leckie, Scott, “The Inter-State Complaint Procedure in International Human Rights Law: Hopeful Prospects or Wishful Thinking”, *Human Rights Quarterly*, Cilt 10, Sayı 2, 1988.
- Pigrau, Antoni, “Reflections on the effectiveness of peremptory norms and *erga omnes* obligations before international tribunals, regarding the request for an advisory opinion from the International Court of Justice on the Chagos Islands” *Questions of International Law Journal*, Cilt 55, 2018.
- Prebensen, Søren C., “Inter-State Complaints under Treaty Provisions – The Experience under the European Convention on Human Rights”, Ed: Gudmundur Alfredsson vd., *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, Yenilenmiş İkinci Edisyon, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- Risini, Isabella, “The Inter-State Application Under the European Convention on Human Rights: More Than Diplomatic Protection”, *The Influence of Human Rights on International Law*, Ed: Norman Weiß ve Jean-Marc Thouvenin, Springer International Publishing, Cham, 2015.

- Risini, Isabella, *The Inter-State Application under the European Convention on Human Rights: Between Collective Enforcement of Human Rights and International Dispute Settlement*, Brill Nijhoff, Leiden, 2018.
- Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Tams, Christian J., *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- White, John T., “The European Commission of Human Rights: An Analysis and Appraisal”, *Brooklyn Journal of International Law*, Cilt 3, Sayı 2, 1977.
- https://echr.coe.int/Documents/Stats_month_2020_ENG.PDF (19 Ekim 2020)
- [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{„documentcollectionid2“:\[„GRANDCHAMBER“,“CHAMBER“\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{„documentcollectionid2“:[„GRANDCHAMBER“,“CHAMBER“]}) (19 Ekim 2020).
- <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49> (19 Ekim 2020).
- <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject/3> (19 Ekim 2020).
- <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm> (19 Ekim 2020).
- https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (19 Ekim 2020).
- https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_TUR.pdf (19 Ekim 2020).
- https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf (19 Ekim 2020).
- https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf (19 Ekim 2020).
- <https://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=court/judges> (19 Ekim 2020).
- <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments> (19 Ekim 2020).
- http://www.ksrf.ru/en/Decision/Judgments/Documents/2017_January_19_1-P.pdf (19 Ekim 2020).
- <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/tbpetitions/pages/hrtbpetitions.aspx> (19 Ekim 2020).
- <https://legal.un.org/avl/ha/adp/adp.html> (19 Ekim 2020).
- <https://legal.un.org/avl/ha/rsiwa/rsiwa.html> (19 Ekim 2020).

Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü*

The Simplified Proceeding in Criminal Procedure Law

Mahmut KOCA**

Öz

Ceza Muhakemesi Kanununa, 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanunla “basit yargılama usulü” adında yeni bir yargılama usulü eklenmiştir. Bu usul, cezası hafif olan suçlarda, delil durumunun açık ve ispatın kolay olduğu hallerde, genel muhakeme usulünden ayrılmayı ve ceza verme işini (kovuşturmayı olması gerekir) basitleştirmeyi gerektirmektedir. Bu usulde soruşturma evresi bakımından genel muhakeme kurallarından bir ayrılma söz konusu değildir. Basit yargılama usulünde, genel usulden farklı olarak, iddianame kabul edildikten sonra duruşma yapılmaksızın karar verilmektedir. Mahkeme karar vermeden önce taraflara iddianameyi tebliğ etmekte ve beyanda bulunmaları için onbeş gün süre vermektedir. Davanın basit usulle görülmesine karar verme yetkisi münhasıran mahkemeye aittir. Ancak mahkeme her zaman basit yargılama usulünden genel yargılama usulüne dönme yetkisine sahiptir. Basit yargılama usulü uygulanarak kurulan hükme taraflar karşı geldiğinde (itiraz) duruşma yapılmak zorundadır.

Anahtar Kelimeler: Basit yargılama, hızlandırma ilkesi, hüküm, kanun yolu, itiraz.

ABSTRACT

A new procedure called “simplified proceeding” has been annexed into the Criminal Procedure Code with the Act no 7188. This proceeding stands for the deviation from the general principle of procedure and simplifying the penalty phase in cases where the evidence is clear and the proof is easy for the offenses with light penalties. By this proceeding, there is no deviation from the general procedure rules as regards to investigation phase. In “simple proceeding”, unlike the general procedure, a judgment is delivered without a hearing after the indictment is accepted. The court notifies the parties about the indictment before delivering a judgment and gives them a duration of fifteen days to make a statement. The authority to decide whether the simple proceeding will be used in trial belongs exclusively to the court.

* Makale gönderim tarihi: 17.11.2020. Makale kabul tarihi: 25.11.2020. Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2020, s. 173-195; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.2.05>.

** Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi, İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul, mahmut.koca@medipol.edu.tr, <https://orcid.org.0000-0002-4804-0656>.

However, the court always has the power to withdraw from the simple proceeding and to return to the general procedure. If the parties object to the verdict given by the application of the simple proceeding, it is obligatory to hold a hearing.

Keywords: Simplified Proceeding, acceleration principle, decision, legal remedy, appealed.

Giriş

Ceza muhakemesine hakim olan ilkelerden birisi de “*hızlandırma ilkesi*”dir (*Beschleunigungsgebot*). Ceza muhakemesinin bu ilkesi, hukuk devleti prensibinin bir sonucudur. Hukuk devleti ilkesi sanık hakkında yapılan suçlamanın makul süre içerisinde açıklığa kavuşturulmasını gerektirir. Adil yargılanma hakkı bağlamında sanık da, mahkeme tarafından olay hakkında “*makul süre içerisinde*” karar verilmesini isteme hakkına sahiptir (AİHS m. 6, f. 1, AY m. 36, f. 1)¹.

Makul süreyi aşan yargılamalara içtihatlar vasıtasıyla çeşiti hukuki sonuçlar bağlanması önemli olmakla birlikte, bir hukuk devletinde yargılamaların uzun sürmesini önceden engelleyecek çeşitli kurumlara yer verilmesi gerekir. Nitekim Anayasa’nın 141. maddesinin son fıkrasında “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*” şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Bu düzenleme gereğince devletin yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin tedbirleri alması gerekmektedir². Muhakemenin hızlandırılmasına, basitleştirilmesine ve bazı ceza hukuku uyumsuzluklarının yargılama makamı önüne gelmeden çözümlenmesine yönelik düzenlemeler, makul sürede yargılanma hakkı ile birlikte ceza hukukunun işlevselliğini sağlamak bakımından da önem taşımaktadır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, ceza muhakemesinin hızlandırılması ilkesini ve dolayısıyla makul sürede yargılanma hakkını uygulamaya taşımak amacıyla öngördüğü en önemli kurum “*iddianamenin iadesi*” olmuştur (CMK m. 174). Bu kurum sayesinde soruşturma evresi oldukça uzun, buna mukabil kovuşturma evresi son derece kısa olacak, tüm ceza davaları hızlı şekilde yani “*tek celsede*” bitirilecekti. Mahkeme, savcı tarafından önüne getirilen iddianamede delillerin toplanmadığını, soruşturma dosyasına baktığında toplanan delillerle tek

1 Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, 9., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2006, s. 26, kn. 26.

2 Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususa işaret etmiştir: “*Bu bağlamda hukuk sisteminin ve özellikle yargılama usulünün yargılamaların makul süre içinde bitirilmesini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesi ve bu düzenlemelerde davaların nedensiz olarak uzamasına yol açacak usul kurallarına yer verilmemesi, makul sürede yargılanma hakkının bir gereğidir. Bu nedenle bazı suçlar için yargılamanın daha kısa sürede sonuçlandırılmasını sağlayacak yargılama usullerinin belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisindedir.*” (Bkz. AYM’nin 25.6.2020 tarihli ve 2020/16 Esas, 2020/33 Karar sayılı kararı (RG: 19.8.2020, sy: 31218).

celsede karar verilmesinin mümkün olmadığını gördüğünde iddianameyi iade edecekti. Böylece mahkeme mümkün olduğunca delil toplamayacak, delilleri toplama ve yargılama makamının önüne getirme görevi için tabiatı gereği iddia makamına ait olacaktı. Mahkeme, tekemmül etmiş soruşturma dosyasını tek celsede yargılayarak kararını verecekti. Kısaca 5271 sayılı CMK'nın sisteminde, hızlandırma ilkesini ve makul sürede yargılanma hakkını uygulamaya taşımak amacıyla, tüm ceza davaları bakımından “tek celse” esas kabul edilmişti.

Bu nedenle olsa gerektir ki, 5271 sayılı CMK'da, 1 Haziran 2005 öncesinde ceza yargılama sistemimizde bulunan ve bazı suçlara ilişkin davaların hızlı şekilde görülmesini sağlamak amacını taşıyan “*meşhud suçların muhakemesi usulü*”, “*sulh hakiminin ceza kararname*”, “*şahsi dava*” gibi özel yargılama kurallarına yer verilmemişti. Keza, başka sebepleri olsa da, önödeme müessesesinin ve ceza yargılaması sistemine yeni giren *uzlaştırma ve kamu davasının açılmasının ertelenmesinin* kapsamı da oldukça sınırlı tutulmuştu. 5271 sayılı CMK'nın öngördüğü tüm ceza davalarının “*tek celsede bitirilmesi*” ilkesinin uygulamaya taşınamayacağı anlaşılınca, ki bunda Yargıtayın içtihatlarının ve Hakimler ve Savcılar Kurulunun denetim görevini yerine getirmemesinin önemli rolü bulunmaktadır, kanunkoyucu, yargı mercilerinin artan iş yükünü azaltmak amacıyla bazı suçların yargı mercileri önüne getirilmesini önleyici müesseseler ve yargı mercileri önüne getirildiğinde de olağan yargılama usulüne alternatif yöntemler getirmek durumunda kaldı. Nitekim 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen çeşitli yasalarla, işlenen suçların yargılama makamının önüne getirilmesini önleyen ve “*alternatif uyuşmazlık çözüm yolları*” şeklinde isimlendirilen önödeme (TCK m. 75), uzlaştırma (CMK m. 253) ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK m. 171) gibi müesseselerinin kapsamı oldukça genişletildi. Bu müesseselerin kapsamını genişleten ve ceza yargılama sistemimize genel yargılama usulünden farklı iki usul getiren son düzenleme, 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (RG: 24.10.2019, sy: 30923) ile yapılmıştır. 7188 sayılı Kanunla, CMK'ya iki yeni özel muhakeme usulü getirilmiştir. Bunlar “*seri muhakeme usulü*” (CMK m. 250) ve “*basit yargılama usulü*”³ (CMK m. 251, 252) şeklinde isimlendirilmiştir.

3 Basit yargılama usulü adıyla CMK'nun 251. ve 252. maddelerinde düzenlenen özel yargılama usulü, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK bakımından yeni bir usul olmakla birlikte, ceza muhakemesi sistemimizin yabancı olmadığı bir kurumdur. Zira buna yakın bir müesseseye, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılan 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun (RG: 20.4.1929, sayı: 1172) “Hususi Muhakeme Usulleri” başlıklı Yedinci Kitabında “Sulh Hakimlerinin Ceza Kararnameleri” başlıklı Birinci Faslında, 386 ila 391. maddeler arasında yer verilmişti. Bu düzenlemede ceza kararnamesiyle karar verilebilecek haller, yalnızca sulh ceza mahkemelerinin görevine giren suçlarda kabul edilmişti. Ancak sulh ceza

Nüfusa, değişen toplumsal ilişkilere ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak işlenen suçların artması nedeniyle mahkemelerin iş yoğunluğu da artmıştır. Bu durum çağdaş devletlerde olduğu gibi ülkemizde de, bir suç politikası olarak, bazı basit suçlarda, cezanın hafif ve ispatın kolay olduğu hallerde olağan muhakeme usulünden ayrılmayı ve ceza verme işini basitleştirmeyi gerektirmiştir. Bu basitleştirme cezanın bazen savcı tarafından doğrudan verilmesini veya belirlenmesini, bazen de bir hakimnin veya mahkemenin duruşma yapmadan ceza vermesi şeklinde kendini göstermiştir. Muhakeme yapmadan, çabuk ve kolayca karar verme gayesiyle kabul edilmiş olan bu usuller, sadeliği, çabukluğu ve ucuzluğu sebebiyle devlet bakımından faydalı olduğu gibi, şüpheli veya sanık bakımından da yararlıdır. Zira sanık da duruşmaya gelip gitmek masraf ve zaman kaybından ve ayrıca lekelenmek gibi açık duruşmanın vereceği sıkıntılardan kurtulmuş olmaktadır^{4 5}.

Bu makalede sözü geçen yeni müesseselerden *basit yargılama usulü* ele alınacaktır.

mahkemesinin görevine giren suçlarda ceza kararnamesiyle ancak hafif veya ağır para cezasına veya üç aya kadar hafif hapis veya bir meslek ve sanatın icrasının tatiline veya müsadereye yahut bunlardan bir kaçına veya hepsine hükmedilebiliyordu. Ceza kararnamesiyle hükmedilecek hafif hapis cezası yerine İnfaz Kanununa göre para cezası da hükmlunabiliyordu (m. 386). Ceza kararnamesine sulh hakimi duruşma yapmaksızın karar veriyordu. Ancak duruşma yapmadan ceza verilmesini mahzurlu görürse duruşma açabiliyordu (m. 387). Ceza kararnamesinin hangi hususları kapsayacağı kanunda düzenlenmişti (m. 388). Ceza kararnamesinde verilen ceza, işlenen suç, uygulanan kanun maddeleri, sübut delilleri ve kararnamenin tebliği tarihinden itibaren sekiz gün içinde sulh mahkemesine bir dilekçe vererek veya bu hususta hakime tasdik ettirilecek bir tutanak yapılmak üzere mahkeme katibine yapılacak bir beyanla itiraz edilebileceği ve aksi halde ceza kararnamesinin icra edileceği bilgileri yer alıyordu. Mahkum itiraz süresi bitmeden evvel itirazından vazgeçebiliyordu (m. 388). Belirtilen süre içinde itiraz edilmeyen ceza kararnameleri kesinleşmekteydi. Süresi içinde itiraz edilmesi halinde ikili bir ayırım yapılmıştı: Şayet ceza kararnamesiyle hafif hapis cezasına hükmedilmişse itiraz üzerine duruşma yapılıyor, hafif hapis dışındaki diğer yaptırımlara hükmedilmişse itiraz üzerine duruşma açılmıyor, olağan kanun yolu olan itiraza göre konu değerlendiriliyordu (m. 390). Ancak bu son cümlede belirtilen hüküm, Anayasa Mahkemesinin 30.6.2004 tarihli ve 2001/481 Esas, 2004/91 Karar sayılı kararı (RG: 22.10.2004, sayı: 25621) ile iptal edilmişti.

- 4 Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bası, İstanbul, 1986, s. 742. Ayrıca bkz. Olgun Değirmenci, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m. 251-252)*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 161, Ocak 2020, s. 40.
- 5 Adalet Bakanlığında elde edilen verilere göre, 1.1.2020 ila 5.11.2020 tarihleri arasında, yılın ilk on ayında basit yargılama usulünün uygulandığı toplam dosya sayısının 120.369, basit yargılama usulünün uygulanması sonucu karar verilen dosya sayısının ise 44.834; keza belirtilen tarihler arasında basit yargılama usulünün uygulandığı suç sayısının 144.394, karar verilen suç sayısının ise 48.764 olduğu belirtilmiştir. Yaklaşık on aylık uygulama verileri, basit yargılama usulünün yargının iş yoğunluğunu azaltmaya önemli katkı vereceğini göstermektedir. Yine 2020 yılının ilk on ayında 174.935 dosyanın uzlaştırma, 25.484 dosyanın önödeme, 82.326 dosyanın kamu davasının açılmasının ertelenmesi, 38.060 dosyanın ise seri muhakeme usulünün uygulanmasıyla karar verildiği ve ceza uyuşmazlıklarının %25,4'ünün belirlenen yöntemlerle sonuçlandırıldığı belirtilmiştir.

I. Genel Açıklamalar

Muhakemeyi basitleştirilen özel yargılama usulleri ile diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin düzenlemeler, kural olarak, önemsiz, hafif olma prensibine (*Bagatellprinzip*) dayanmaktadır. Bundan maksat, daha az ceza öngörülen suçlar ile delil durumu açık ve çözümü kolay hukuki meselelerde genel muhakeme usulünden farklı yöntemlerin kabul edilebileceğidir⁶. Zira işlenen suçun haksızlık içeriği itibariyle hafif olduğu olaylar ile işlenen suçun delillerinin ortada olduğu ve bu nedenle çözümü kolay uyuşmazlıklarda yargılama usulünün hızlandırılması ve basitleştirilmesi gerekir. Olaya dahil olan herkes bakımından gerçeğin ne olduğunun kolayca anlaşılabilir olduğu hallerde, basit bir olayın varlığı söz konusudur⁷. Bu durumlarda, gerektiğinden fazla prosedür içeren normal yargılama usulünün uygulanmasının zahmetli ve gereksiz olduğu kabul edilmektedir.

Türk ceza muhakemesi sistemine 7188 sayılı Kanunla giren seri muhakeme usulü (CMK m. 250) ile basit yargılama usulünün (CMK m. 251, 252) bu düşünce temeline dayandığı kabul edilebilir. Bu itibarla gerek özel yargılama usulleri ve gerekse büyük ölçüde hafif olma prensibine dayanan diğer kurumların (önödeme, uzlaştırma ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi) kapsamı belirlenirken, bu prensibin gerekleri göz önünde bulundurulmalıdır. İnceleme konusu olan basit yargılama usulünün asliye ceza mahkemesinin madde itibariyle yetkisine giren ve adli para cezasını gerektiren suçlar ile üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanabilecek olması, bu usulün cezası az olan suçlarda kabul edildiğini ve hafif olma prensibine uyulduğunu göstermektedir. Ancak bu prensip gereği söz konusu usulün uygulanabilmesi için dosyadaki delil durumuna göre çözümünün kolay olması da gerekir. Asliye ceza mahkemesi iddianameyi kabul ettikten sonra, dosyadaki delil durumunu değerlendirerek çözümünün kolay olup olmadığına göre bu usulün uygulanmasını tercih etmelidir.

Yapılan soruşturma sonunda hazırlanan iddianame ve dava dosyasında gösterilen deliller, dava açmak için yeterli olan şüphenin tamamen doğru olduğunu, yani isnadın çok kuvvetli şekilde yapılabileceğini gösterebilir. Bu takdirde, hüküm verme kolaylığı ve dava sonucunun az önemli oluşu gibi sebeplerle ve sanığın da verilecek cezayı büyük bir ihtimalle kabul edileceği düşünülerek ihtiyaç duyulmayan müteakip bünyelerden uygunluk prensibi gereğince vazgeçilip muhakeme yapılmadan ceza verilmesi istisna olarak kabul edilmiştir⁸.

6 Beulke, s. 26, Rn. 26.

7 Uwe Hellmann, *Strafprozessrecht*, 2. Auflage, Heidelberg, 2006, s. 350, kn. 998.

8 Kunter, s. 739, 740.

Nitekim basit yargılama usulünde de, önemsiz, hafif olma prensibinin diğer bir sonucu olarak, genel muhakeme usulünden bazı farklılıklar söz konusu olmaktadır. Basit yargılama usulünde, genel usulde söz konusu olan duruşma hazırlığı, duruşma ve duruşmadan sonuç çıkarma safhalarından oluşan kovuşturma evresinin duruşma hazırlığı ve duruşma safhaları atlanmaktadır. Her ne kadar mahkemenin karar verme hazırlığı kapsamında iddianameyi taraflara tebliğ ederek görüşlerini bildirmeleri için süre tanınması zorunlu ise de, bu süre içerisinde tarafların cevap verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Belirlenen süre geçmesine rağmen tarafların iddianamenin tebliğine cevap vermemeleri halinde de bu usul uygulanmaya devam edebilecektir. Bu usulde iddianame ile açılan dava üzerine mahkeme kararını dosya üzerinden vermektedir.

CMK'nın sisteminde basit yargılama usulünün uygulanıp uygulanmayacağı münhasıran iddianamenin sunulduğu asliye ceza mahkemesinin takdirine bırakılmıştır. Bu usulün uygulanıp uygulanmaması veya başka bir işlem yapma konusunda iddia makamına herhangi bir yetki verilmemiştir⁹. Bir başka ifadeyle savcının iddianamesini sunduğu asliye ceza mahkemesinden basit yargılama usulünü talep etme yetkisi bulunmamaktadır. Mevcut düzenlemeye göre, bu usul, iddia veya savunma makamında bulunan her hangi bir süjenin talebi olmaksızın münhasıran yargı merciinin kararıyla uygulanan bir usul olarak kabul edilmiştir.

Basit yargılama usulünün kapsamına giren suçlara bakıldığında, bu usulün diğer alternatif çözüm yollarının uygulanamadığı hallerde başvurulabilecek bir yol olduğu görülmektedir. Bir başka deyişle bu usulün kapsamına giren suçların büyük bir kısmı önödeme, uzlaştırma veya kamu davasının açılmasının ertlenmesi müesseselerinin uygulanması suretiyle soruşturma evresinden kovuşturma evresine geçemeyecek olan suçlardır. Bununla birlikte önödeme, uzlaştırma veya kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hatta seri muhakeme usulünün kapsamına giren bir suç hakkında bu müesseselerin uygulanmaması halinde, basit yargılama usulünün uygulanması mümkündür. Örneğin adli para cezasını gerektirdiği için önödeme kapsamına giren bir suçtan dolayı savcı tarafından gönderilen ödeme emrine uyulmaması nedeniyle iddianame düzenlenerek dava açılması veya uzlaştırma kapsamında kalan suçtan dolayı uzlaştırmanın gerçekleşmemesi veya savcının kamu davasının açılmasının ertlenmesine karar vermemesi ya da seri muhakeme usulüne yönelik talebin mahkeme tarafından reddedilmesi halinde de basit yargılama usulünün uygulanması mümkündür. Bu nedenle basit yargılama usulünün sayılan usullere göre tali nitelikte olduğu söylenmelidir.

9 Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, Eylül 2020, s. 850.

II. Basit Yargılama Usulünün Uygulama Alanı

Basit yargılama usulü, hafif suçlarda hızlı ve karmaşık olmayan şekilde hareket edilerek uyuşmazlığın kısa yoldan çözümünü öngören bir yoldur. CMK'ya göre bu usul asliye ceza mahkemesinin madde itibarıyla yetkisine giren suçlar bakımından söz konusudur. Ancak asliye ceza mahkemesinin yetkisine giren her suçtan dolayı basit yargılama usulünün uygulanması kabul edilmemiştir. Asliye ceza mahkemesi adli para cezasını gerektiren suçlar ile üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda bu usulün uygulanmasına karar verebilir. Bu usulün uygulanması bakımından bir suçun karşılığında öngörülen adli para cezasında bir sınır bulunmamaktadır. Bu nedenle bir suçun karşılığında adli para cezası ile hapis cezası birlikte veya seçenek yaptırım olarak öngörülmüşse, hapis cezasının üst sınırına bakmak gerekir (CMK m. 251, f. 1).

Bu usulün kapsamına giren suçların belirlenmesinde, işlenen suçun kanunda öngörülen soyut cezasına bakılır. Kanunda suçun temel şekli dışında başka nitelikli hallerine de yer verilmişse, üst sınırın belirlenmesinde, bu nitelikli haller göz önünde bulundurulmaz. Örneğin suçun temel şeklinin üst sınırı için iki yıldan fazla hapis cezası öngörülmesine rağmen olayda daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerin bulunması ve bunların uygulanması halinde failin üst sınırdan aşağıda bir ceza ile cezalandırılacak olması, bu usulün uygulanmasını gerektirmez. Keza suçun temel şeklinin üst sınırı iki yıldan az olmakla birlikte olayda bulunan nitelikli halin uygulanması durumunda failin üst sınırdan fazla cezalandırılabilir olması da, bu usulün uygulanmasına engel olmaz. Çünkü her iki ihtimalde de üst sınırın aşılması veya aşağısında kalınması yargılama sonunda somut cezanın belirlenmesini gerektirmektedir. Halbuki bu usulün kapsamına giren suçlar belirlenirken, kanunda öngörülen soyut cezaya bakılmak gerekecektir. Buna karşılık suçun daha az ceza gerektiren nitelikli halleri ile daha ağır ceza gerektiren nitelikli halleri için, suçun temel şekline göre belirlenen ceza üzerinden oransal artırım veya indirim değil de, alt ve üst sınırları soyut olarak belirlenmiş ceza miktarı öngörülmüşse, bu usulün kapsamının belirlenmesinde nitelikli haller için öngörülen cezanın üst sınırına bakılmak gerekir. Zira bu durumda da soyut cezaya bakılarak usulün kapsamı belirlenmiş olmaktadır¹⁰. Örneğin kasten yaralama suçunun temel şekli için bir yıldan üç yıla kadar hapis ceza öngörülmüştür (TCK m. 86, f. 1). Bu durumda kasten yaralama suçunun temel şekli nedeniyle basit yargılama usulünün uygulanması mümkün değildir. Ancak kasten yaralama failinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmedilecektir (TCK

10 Aynı yönde Değirmenci, s. 43.

m. 86, f. 2). İşte iddianamede yaralamanın kişi üzerindeki etkisinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek derecede hafif olduğunun bir raporla belirlenmesi halinde, asliye ceza mahkemesi bu suçtan dolayı basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verebilecektir.

Kasten yaralama fiilinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde hafif olmasına rağmen, bu suçun silahla işlenmesi veya üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı işlenmesi gibi TCK m. 86, f. 3'de belirtilen nitelikli hallerin bulunması halinde, yine basit yargılama usulü uygulanabilecektir. Zira bu durumda nitelikli haller nedeniyle yarı oranında artırım, kasten yaralama suçundan dolayı temel cezanın TCK m. 86, f. 2'ye göre belirlenen cezası üzerinden yapılacaktır. Bu artırımın yapılabilmesi için TCK m. 86, f. 2'ye göre somut cezanın belirlenmesi gerekir. Basit yargılama usulüne karar verildiği sırada bu belirlenmenin yapılması mümkün olmadığından, bu usulün uygulanmasında suçun temel cezasının belirlenmesinde esas alınan kanun hükmüne (TCK m. 86, f. 2) bakılacaktır.

Bununla birlikte suçun cezasının yukarıda belirtilen türde ve sınırlar içerisinde kalmış olsa bile bu usulün uygulanmayacağı haller de bulunmaktadır. Buna göre, basit yargılama usulü;

- a) Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve sağır ve dilsizlik hâllerinde,
- b) Soruşturma veya kovuşturma yapılması izne ya da talebe bağlı olan suçlarda,
- c) Bu kapsama giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde, uygulanmaz (CMK m. 251, f. 7, 8).

Bu hallerden birinin bulunması durumunda asliye ceza mahkemesinin basit yargılama usulünü uygulaması hususunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu hallerden birinin bulunması halinde asliye ceza mahkemesi yargılamayı olağan usulle yürütmek zorundadır.

Kanunkoyucu bu hallerde suçun basit yargılama usulünün uygulanması suretiyle çözülebilecek kolaylıkta olmadığını normatif olarak kabul etmiştir. Gerçekten iddianameyi kabul eden mahkemenin duruşma açmadan kusurluluğu etkileyen hallerden yaş küçüklüğüne, akıl hastalığına veya sağır dilsizliğe ilişkin durumları tespit etmesi oldukça zordur. Bu durumlarda kusurun bulunup bulunmadığının tespiti hakimnin duruşmada sanığı bizzat dinlemesini ve lüzumu halinde bilirkişi incelemesi yapılmasını gerektirecektir. Bu durum elde edilen delillerin duruşmada tartışılmasını ve dolayısıyla duruşma açılmasını zorunlu kılacaktır.

Soruşturma veya kovuşturma yapılmasının izne ya da talebe bağlı olduğu suçların cezası yukarıda belirtilen tür ve sınırlar içerisinde kalsa bile, bu suçlardan dolayı da basit yargılama usulü uygulanmayacaktır. Gerçekten bu suçların, büyük ölçüde yurt dışında işlenmiş olması (TCK m. 12, 13) veya yurt içinde işlenmekle birlikte resmi makamların siyasi bir değerlendirme yapmasını gerektirmesi ve kamuoyunun yakın ilgisine mazhar olması (TCK m. 299, 301, 305, 306) gibi nedenlerle, bu suçların basit yargılama usulüyle çözülebilecek kolaylıkta olmadığını kabul etmek gerekir. Soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı olan suçlarda, şikayet şartının gerçekleşmesi halinde bu usulün uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır¹¹.

Basit yargılama usulünün kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmesi halinde de, basit yargılama usulü uygulanmayacaktır. Bu istisna bakımından, birisi basit yargılama usulünün kapsamına giren, diğeri ise bu kapsama girmeyen iki suçun birlikte işlenmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda basit yargılama usulünün kapsamına giren suçun da, genel hükümlere göre yargılanması zorunludur. İki suçun birlikte işlenmesinden maksat, yer ve zaman bakımından sıkı bağlantı içerisinde ve aynı olay çerçevesinde bu suçların işlenmesidir. Suçların birlikte işlenmesi daha çok amaç suç-araç suç veya fikri içtima ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkabilir. Örneğin konuta girilerek hırsızlık suçunun işlenmesi gibi... Burada konut dokunulmazlığını ihlal suçu (TCK m. 116, f. 1) basit yargılama kapsamında kalırken, hırsızlık suçu (TCK m. 141, 142) bu usulün kapsamı dışındadır. Yine trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçunun (TCK m. 179, f. 2, 3) işlenmesi suretiyle başkasının kasten veya taksirle ölümüne neden olunması (TCK m. 81, m. 85) halinde de, bu suçların birlikte işlendiği kabul edilebilecektir. Zira her iki suç da tek fiille işlenmiştir (faklı neviden fikri içtima). İşte bu gibi hallerde suçların manevi unsurunun belirlenmesi ve özellikle bu suçlar arasında içtima ilişkisinin ortaya çıkarılabileceği sorunlar nedeniyle, suçlara ilişkin davaların daha teminatlı olan olağan yargılama usulüne göre birlikte yargılanması ve değerlendirilmesi öngörülmüştür. Bu düzenlemenin de isabetli olduğunu kabul etmek gerekir.

III. Basit Yargılama Usulünün Uygulanmasına Karar Verilmesi ve Yapılacak İşlemler

Asliye ceza mahkemesi iddianamenin kabulünden sonra, basit yargılama usulünün uygulanıp uygulanmayacağına resen karar verecektir (CMK m. 251, f. 1). Her ne kadar maddede “*iddianamenin kabulünden sonra*” ifadesi geçmekte ise de, iddianame düzenlenmeden doğrudan davanın açıldığı istisnai hallerde

11 Yenisey, Nuhoğlu, s. 860.

de, mahkemenin bu usulün uygulanmasına karar verme yetkisinin olduğu kabul edilmelidir¹². Keza iddianamenin kabulü kararının ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi ve madde itibariyle yetkisizlik kararıyla dosyanın asliye ceza mahkemesine gelmesi halinde de, bu usule karar verilebilecektir.

Mahkemenin bu usulün uygulanmasına karar verebilmesi için öncelikle iddianamede gösterilen suçun bu usulün uygulanmasını gerektirecek suçlardan biri olup olmadığını belirlemesi gerekir. Mahkemenin iddianamede gösterilen olaya ilişkin olarak savcının hukuki nitelendirmesiyle bağlı olmadığı kabul edilmelidir. Savcı iddianamede olayı kapsam dışında kalan bir suç olarak tavsif etmiş olmasına rağmen, asliye ceza mahkemesi bu nitelendirmenin hatalı olduğunu, fiilin bu usulün kapsamına girdiğini belirleyerek, davanın bu yolla görülmesine karar verebilir.

Mahkemenin fiilin basit yargılama usulünün kapsamına giren bir suç olduğunu belirlemesi, bu usulle davayı görmesi bakımından gerekli fakat yeterli değildir. Mahkemenin ayrıca iddianamede ve soruşturma dosyasında ortaya konulan delillerin, suçun işlendiğinin herkes tarafından kabul edilebilir şekilde ortaya koyduğu kanaatine de varması gerekir. Bir başka ifadeyle dosyaya sunulan deliller olayı açıkça aydınlatmış olmalı, mahkeme vicdani kanaatinin oluşması için ayrıca delil sunulmasına ihtiyaç duymamalıdır¹³. Özellikle suçun manevi unsuru bakımından suçun işlendiğine yönelik şüphelerin ancak sanığın, mağdurun ve tanıkların mahkemede dinlenmesi suretiyle aydınlatılabileceği görülüyorsa, mahkeme daha baştan bu usule başvurmamalıdır.

Buna karşılık mahkemenin delil durumunu açık görmesi nedeniyle bu usule başvurmuş olmasına rağmen, daha sonra bu usulden vazgeçerek olağan usule dönme imkanı her zaman vardır. Mahkemece gerekli görülmesi hâlinde, hüküm verilinceye kadar her aşamada duruşma açmak suretiyle genel hükümler uyarınca yargılamaya devam edilebilir (CMK m. 251, f. 6). Mahkemece gerekli görülme, özellikle olayın basit yargılama usulüyle ispatına kanaat getirilememesi halinde söz konusu olacaktır. Kanaatimce bu hüküm, basit yargılama usulüne başvurulabilmesi için iddianame ve soruşturma dosyasındaki delil durumunun olayın ne şekilde gerçekleştiğini açık şekilde göstermesi gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır.

12 İddianame düzenlenmeden, iddianame yerine geçen belgeyle mahkemeye davanın açıldığı hallerde, mahkeme davanın basit yargılama usulüyle görülüp görülmeyeceğine karar vermeden önce, önüne gelen suçun önödeme veya uzlaştırma kapsamında olup olmadığına bakmalıdır. Şayet önödeme veya uzlaştırma kapsamında kalıyorsa önce bu yollara başvurmalı, sonuç alamadığı takdirde basit yargılama usulüne karar verebilmelidir.

13 Değirmenci, s. 45.

Mahkeme suçun basit yargılama usulünün kapsamında kaldığını ve iddianame ve dava dosyasındaki delil durumunun suçun işlendiğini veya işlenmediğini açık şekilde ortaya koyduğunu görürse, davanın basit yargılama usulüne göre görülmesine karar verebilir. Ancak bu koşullar gerçekleşmesine rağmen mahkemenin bu usulle davayı görmek mecburiyeti yoktur. Zira olağan usul daha teminatlı olduğu için mahkeme tüm koşulları gerçekleşmiş olmasına rağmen basit yargılama usulünü tercih etmeyebilir.

Mahkeme basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verdiği takdirde, iddianameyi; sanık, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ ederek, beyan ve savunmalarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmelerini ister. Tebligatta duruşma yapılmaksızın hüküm verilebileceği hususu da belirtilir. Ayrıca, toplanması gereken belgeler, ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edilir (CMK m. 251, f. 2).

Görüldüğü üzere basit yargılama usulüne mahkeme resen karar vermekte ve davanın taraflarına iddianameyi tebliğ ederek on beş gün içinde beyan ve savunmalarını yazılı olarak mahkemeye bildirmeleri istenmektedir. Keza yapılan tebligatta duruşma yapılmaksızın hüküm verilebileceği de taraflara bildirilecektir. Bu bildirim üzerine taraflar mahkemenin basit yargılama usulüne göre davanın görülmesine karar verdiğini öğrenmiş olmaktadır. Ancak mahkeme taraflara bunu bildirmiş olmasına rağmen, her zaman duruşma yapmak yetkisine sahiptir.

Taraflar beyan ve savunmalarını onbeş gün içinde bildirdikleri takdirde, bunlar karar verilmeden önce mahkemece incelenecektir. Ancak basit yargılama usulüne göre davanın görülebilmesi için tarafların onbeş gün içinde mahkemenin bildirimine cevap vermek zorunluluğu yoktur. Mahkeme onbeş gün içinde cevap gelmese de iddianame ve eklerinde olay açıklığa kavuşmuşsa yine de basit usule göre yargılama yapmaya karar verebilir. Buna mukabil tarafların beyan ve savunmalarından veya kurum ve kuruluşlardan gelen belgelerden olayın aydınlatılabilmesi için duruşmanın yapılmasına gerek görürse, genel hükümlere göre yargılamaya devam edilmelidir¹⁴.

Basit yargılama usulüne karar verildiği takdirde özellikle iddianame gönderilerek ve on beş gün süre verilerek sanıktan yazılı savunmasının istenmesi, savunma hakkının korunması bakımından son derece yerinde olmuştur. Sanığa verilen bu sürenin savunmasını hazırlamak ve gerektiğinde bir müdafinin yardımından yararlanmak bakımından yeterli olduğu söylenebilir. Basit yargılama usulünün uygulanmasında sanığın duruşmalı yargılanma ve savunma hakkına gereken önemin verildiği görülmektedir.

14 Cumhur Şahin, Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku –II–*, 10. Bası, Ankara, 2020, s. 210.

Ancak iddianame sanığa gönderildikten sonra, mahkemenin toplanması gereken belgeleri, ilgili kurum veya kuruluşlardan talep edebileceğinin kabul edilmesi, savunma hakkı bakımından problem oluşturabilecek niteliktedir. Zira sanık on beş gün içinde savunmasını sadece kendisine gönderilen iddianameye göre yapmış; kurum ve kuruluşlardan toplanan belgelerden ise haberi olmamıştır. Bir başka ifadeyle sanığın bu belgelere karşı savunması alınmadan, mahkemece karar verilebilecektir. Kanaatimizce bu belgelerin iddianamede gösterilmeyen bir belge olmaması gerekir. İddianamede gösterilmeyen belgelerin toplanması ancak sanığın suçsuzluğunu ortaya koyması halinde kabul edilebilir. Aksi takdirde bu belgelerin sübut bakımından gerekli bilgileri içermesi ve buna dayanılarak sanığın mahkumiyetine karar verilmesi halinde, savunma hakkı ihlal edilmiş olur¹⁵.

Basit yargılama usulünde mahkemeye bu tür belgeleri toplama yetkisi verilmemeldir. Zira mahkemenin kurum ve kuruluşlardan belge toplama ihtiyacının olması, olayın aydınlatılmasına yönelik açık delil durumunun bulunmadığını gösterir ve yargılamanın genel hükümlere göre yapılmasını gerektirir. Diğer taraftan bu yetki, iddia makamının görevi olan delil toplama faaliyetinin yargılama makamı tarafından yerine getirildiği izlenimini de doğurmaktadır. Bu nedenle, kanaatimizce, mahkemenin bu tür belgeleri kurum ve kuruluşlardan toplamasının savunma hakkını ihlal etmemesi için, bu belgelerin içeriği itibarıyla sanığa isnat edilen suçun ispatına hizmet eder nitelikte olmaması gerekir.

IV. Mahkemenin Karar Vermesi

Davanın taraflarına beyanda bulunmaları ve savunma yapmaları için verilen süre dolduktan sonra mahkemece *duruşma yapılmaksızın* ve Cumhuriyet savcısının *görüşü alınmaksızın*, Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesi dikkate alınmak suretiyle, 223 üncü maddede belirtilen kararlardan birine (beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi, davanın reddi, davanın düşmesi) hükmedilebilir. *Mahkûmiyet kararı verildiği takdirde sonuç ceza dörtte bir oranında indirilir* (CMK m. 251, f. 3). Yine mahkemece, koşulları bulunması hâlinde; kısa süreli hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilebilir veya hapis cezası ertelenebilir ya da uygulanmasına sanık tarafından yazılı olarak karşı çıkılmaması kaydıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir (CMK m. 251, f. 4). Mahkemenin kararında son olarak karara yönelik itiraz usulü ve sonuçları da belirtilir (CMK m. 251, f. 5).

Görüldüğü üzere basit yargılama usulünde genel usule ilişkin duruşma hazırlığı ve duruşma safhaları tamamen atlanmasına ve dosya üzerinden karar verilmesine rağmen, verilen bu kararın niteliği itibarıyla *hüküm* olduğu (CMK

15 Krş. Değirmenci, s. 45, 46.

m. 251, f. 5; 252, f. 1, 2) ve genel yargılama usulünde verilebilecek tüm kararların bu usulle yapılan yargılama sonunda da verilebileceği kabul edilmiştir. Ancak mahkemenin bu kararının bağlayıcılığının süreli (*geçici*) olduğunu kabul etmek gerekir. Zira bu kararın hukuki etkisi sanık veya diğer ilgililerin bu karara karşı gelmemelerine, bu kararı kabul etmelerine bağlı olmaktadır. Şayet ilgililer karara *itiraz* eder iseler, bu karar ortadan kalkmakta, hukuki güçten yoksun hale gelmektedir¹⁶.

Mahkemenin basit yargılama usulüne göre vereceği son kararlardan biri de mahkumiyettir. Mahkûmiyet kararı verildiği takdirde sonuç ceza dörtte bir oranında indirilecektir (CMK m. 251, f. 3). Mahkumiyet kararı verildiğinde sanığın cezasında böyle bir indirim yapılmasının gerekçesi bulunmamaktadır. Yani hakim bu indirimi niçin yapacağına yönelik kanunda bir dayanak gösterilmiştir. Ancak bu indirimin de geçici olduğu kabul edilmiştir. Şayet sanık, basit usulle hakkında kurulan hükme itirazda bulunmaz ise bu imkandan her zaman yararlanabilecektir. Böyle bir durumda diğer kişilerin itiraz etmesi üzerine yargılamanın olağan usulle devam etmesi ve neticelenmesi halinde de bu indirim sanık hakkında uygulanmaya devam edecektir. Buna karşılık basit usulle yapılan yargılama sonunda verilen mahkumiyet hükmüne sanık itiraz etmişse, genel usule göre yapılan yargılama sonunda mahkumiyet hükmü verildiğinde sanık artık bu indirimden yararlanmayacaktır. Bu yönü itibariyle düzenlemenin sanığın gerçekten suçlu olması halinde basit usulle yapılan yargılama sonunda kurulan mahkumiyet hükmüne itiraz etmesini engelleyici bir rolünün olabileceği söylenebilir. Ancak bu indirime böyle bir anlam yüklenmesinin de son derece sakıncalı olduğu belirtilmelidir. Zira bu imkan sanık üzerinde hatalı da görse mahkumiyet hükmüne itiraz etmeme baskısı oluşturacaktır. Bu durum sanığın başta savunma hakkı olmak üzere, adil yargılanma hakkının tüm gereklerine göre yürütüldüğü genel hükümlere göre yargılanma hakkından vazgeçmesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle söz konusu indirim hükmünün adil yargılanma hakkını ihlal edebileceği söylenmelidir¹⁷.

Diğer taraftan bu indirimin fiili olarak da çok etkisi bulunmamaktadır. Zira basit usulle kanunda üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçların yargılanması mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla dörtte birlik indirim yalnızca kasten işlenen suçlarda uzun süreli hapis cezasını kısa süreli hapis cezası haline getirerek seçenek yaptırımlara çevirme ve kısa süreli hapis cezasının ertelenmesi halinde hak yoksunluğunun uygulanmaması sonucunu

16 Lutz Meyer, Gossner, *Starfprozessordnung, mit GVG und Nebengesetzen*, 48. Auflage, par. 407, Vorbemerkungen, Rn. 2.

17 Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Bası, İstanbul, Şubat 2020, s. 1010.

doğuracaktır. Bunlar dışında sanık lehine olan diğer müesseselerin uygulanabilirliği üzerinde bunun fiili bir etkisi olmayacaktır. Keza bu indirimin mahkumiyet hükmüne bağlanan hukuki sonuçlar üzerinde de bir rolü yoktur. Kasten işlenen suçlardan dolayı hükmedilen hapis cezası ertelenmediği takdirde bir gün de olsa hak yoksunluğunu doğuracaktır.

Keza bu indirimin cezanın infazı üzerinde de fiili bir etkisi oldukça sınırlıdır. Zira mevcut infaz sistemimize göre iki yıl hapis cezasına mahkum olan kişilerin, bu cezalarını infaz kurumunda çekmeleri mümkün gözükmemektedir. Çünkü iki yıla kadar mahkumiyeti bulunan hükümlü, cezasının yarısını infaz kurumunda çektiğinde koşullu salıvermeden (İnfaz Kanunu m. 107, f. 1), koşullu salıverilmesine bir yıl kaldığında da denetimli serbestlik tedbir uygulanarak cezanın kurum dışında infazından (İnfaz Kanununun 105/A, f. 1) yararlanacaktır. Bu durumda iki yıl hapis cezası bulunan hükümlünün koşullu salıverilmesine bir yıl kaldığı için, bu bir yıllık süre denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infaz kurumu dışında çektirilecektir. Dolayısıyla dörtte birlik indirimin infaz bakımından da fazla bir etkisi bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle makul bir gerekçesi bulunmayan, adil yargılanma hakkının ihlaline yol açan ve fiili sonuçları itibariyle de sanığın hukuki durumuna pek az etkisi bulunan bu indirimin kanundan çıkartılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

V. Basit Yargılama Usulü Uygulanmak Suretiyle Verilen Karara İtiraz Edilmesi ve Sonuçları

CMK'nın 252. maddesinde basit usulle görülen davanın sonucunda verilen hükümlere karşı *itiraz* edilebileceği, süresi içinde itiraz edilmeyen hükümlerin kesinleşeceği belirtilmiştir (f. 1).

Ancak buradaki itirazın muhtevası itibariyle kanun yolu olan itiraz ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Burada, mahkeme tarafından bu usulle verilen hükme karşı gelinmekte, bu hüküm kabul edilmemekte ve böylece duruşmalı muhakeme istenmektedir. Esasında hükme itiraz edilmekle, "*duruşma isteği*" dile getirilmiş olmaktadır. Nitekim hükme karşı gelinmesi (itiraz) halinde, verilen hüküm otomatik olarak ortadan kalkmakta ve genel hükümlere göre duruşma açılıp, duruşmalı yargılama sonunda son kararın verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle basit yargılama usulü uygulanmak suretiyle verilen hükmün geçerliliği şarta bağlıdır. Bu şart, kabul edilmeyince hükmün ortadan kalkması ve duruşma yapılması şartıdır. Duruşmadan vazgeçmek *muhakemesiz ceza olmaz* esasına aykırıdır¹⁸.

18 Kunter, s. 748.

Nitekim Kanunda basit usulle yapılan yargılama sonunda kurulan hükme *itiraz* edildiğinde, kararı veren mahkemenin veya başka bir merciin kararına gerek kalmaksızın, bu usulle verilen hükmün ortadan kalkacağı ve itiraz üzerine hüküm veren mahkemenin duruşma açarak genel hükümlere göre yargılamaya devam edeceği kabul edilmiştir (CMK m. 252, f. 2). Bu nedenle basit yargılama usulüne göre asliye ceza mahkemesi tarafından verilen hüküm, itiraz üzerine, itiraz merci tarafından kaldırılmamaktadır. Basit usulle yapılan yargılama sonunda verilen hükme itiraz edildiğinde hüküm kendiliğinden ortadan kalkmakta ve mahkemenin resen duruşma açarak genel hükümlere göre yargılama yapması gerekmektedir. Bu itibarla buna *itiraz* denilmesi isabetli olmamıştır. Nitekim mülga 1412 sayılı CMUK'nun düzenlediği (m. 386-391) ve çoğu yönleri itibariyle basit yargılama usulüne benzeyen sulh hakiminin kararnamesine de itiraz edileceğinin kanunda belirtilmesi doktrinde eleştirilmiş ve buna "*karşı gelme*" denilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁹. Bu eleştirilerin göz önünde bulundurulması, CMK m. 252'de itiraz yerine "*karşı gelme*" veya "*karşı koyma*" teriminin kullanılması daha yerinde olurdu.

Diğer taraftan asliye ceza mahkemesinin basit usulle yaptığı yargılama sonunda verdiği karar, hüküm niteliğinde bir mahkeme kararıdır. Dolayısıyla mahkemenin hüküm niteliğindeki son kararlarına karşı kural olarak itiraz kanun yoluna başvurulamayacağı kabul edilmektedir. Nitekim burada da CMK m. 267 vd. anlamında bir itiraz kanun yolu kabul edilmemiştir²⁰.

Basit yargılama usulünde, muhakeme yapılmadan ceza verilmesi söz konusu olduğu için, bu usulün "*muhakemesiz ceza olmaz*" prensibine aykırı gözüktüğü söylenebilir. Ancak sanığa bu usulle kurulan hüküm kabul etmeme hakkının verilmesi ve keza savunma hakkı tanınmadan sanığın cezalandırılmasının önlenmiş olması nedeniyle bu mahzur ortadan kalkmaktadır. Basit yargılama usulüyle verilen kararı kabul etmeyen sanığın davayı çekişmeli bir muhakeme yoluyla görülmesini sağlama imkanı bulunmaktadır. Dolayısıyla basit yargılama usulünün kabulünü mümkün kılan en önemli koşul, bu yolla kurulan hükmün onu kabul etmeyenler bakımından hiçbir hüküm ifade etmeyecek olmasıdır. Bu takdirde hükmün yargılama makamı tarafından muhakeme yapılarak, yani duruşma sonunda belirlenmesi gerekmektedir²¹.

19 Kunter, s. 748. Doktrinde ceza kararnamesine yönelik itirazın teknik anlamda itiraz olmadığı, zira burada bir son kararın söz konusu olduğu, halbuki kural olarak son kararlara itiraz edilemediği belirtilmiş ver buradaki itiraza "*karşı koyma*" denilmesi gerektiği söylenmiştir. Bkz. Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Veli Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Ankara, 1999, s. 1012, 1013.

20 Krş. Değirmenci, s. 47.

21 Kunter, s. 743.

Basit yargılama usulü uygulanarak verilen hükme karşı gelindiğinde, hüküm veren mahkemece duruşma açılır ve genel hükümlere göre yargılamaya devam olunur. Bu duruşmaya taraflar gelmese de yapılacağı ve yokluklarında 223 üncü madde uyarınca hüküm verilebileceği kabul edilmiştir. Ancak taraflara gönderilecek davetiyede bu hususun yazılması gerekir. Buna karşılık duruşmadan önce itirazdan vazgeçilirse duruşma yapılmaz ve itiraz edilmemiş sayılır (CMK m. 252, f. 2). Duruşma açılarak genel hükümlere göre yapılan yargılama sonunda verilen hükümlere karşı yine genel hükümlere göre kanun yoluna başvurulabilecektir (CMK m. 252, f. 5).

Buna göre duruşma açıldıktan ve fakat duruşma yapılmadan önce itirazdan vazgeçilmesi, daha doğru bir ifadeyle yapılan itirazın *geri alınması* mümkün olmaktadır. İtirazın geri alınmasına iki sonuç bağlanmıştır. Bunlar, duruşmanın yapılmayacak olması ve itirazın edilmemiş sayılmasıdır. İtiraz edilmemiş sayıldığı için, şayet hükme yönelik başka itiraz edilmemiş ve itiraz süresi de geçmiş ise basit usulle verilen hüküm kesinleşmiş olacaktır²². İtirazın geri alınmaması halinde duruşma taraflar gelmese de yapılacak ve hatta yokluklarında hüküm dahi verilebilecektir. Ancak mahkeme tarafların duruşmaya gelmesini bekleyebilir ve yokluklarında hüküm vermekten kaçınabilir. Kanun bu konuda mahkemeye takdir yetkisi vermektedir.

Mahkeme, itiraz üzerine duruşma açıp genel hükümlere göre yargılama yaptıktan sonra hüküm kurarken, basit yargılama usulüne göre verdiği hükümle bağlı değildir. Bu itibarla basit yargılama usulüne göre verdiği karar beraat kararı olduğu halde, duruşma açarak verdiği karar mahkumiyet kararı ya da tam tersi bir uygulama söz konusu olabilir. Esasen burada bir kanun yolu yargılaması söz konusu olmadığı için, aleyhe değiştirme yasağının veya cezayı ağırlaştırılmama yasağının varlığından söz edilemez. Burada sadece basit usulle verilen hükme sanık dışındaki kişiler tarafından itiraz edilmesi halinde, duruşma açılması suretiyle genel hükümlere göre yapılan yargılama sonunda kurulacak olan yeni hükümde dörtte birlik indirimin sanık hakkında uygulanmaya devam edileceği kabul edilmiştir (CMK m. 252, f. 3). Bu indirimin basit usulle verilen hükme karşı gelmeyen sanık hakkında duruşmalı yargılama sonunda verilen mahkumiyet kararında göz önünde bulundurulacak olması, itiraz üzerine ortadan kalkan basit usulle verilen hükmün bu yönüyle bağlayıcı olduğu şeklinde

22 Doktrinde mahkeme tarafından basit yargılama usulü uygulanmak suretiyle verilen hükmün, duruşma yapıp yeni bir hüküm kurulana kadar geçerli bir hüküm olarak kalacağı savunulmaktadır (bkz. Değirmenci, s. 47). Kanunun düzenlemesinden (m. 252) hareketle, basit usulle verilen hükmün, bu hükme itiraz edilmesi halinde, itirazın geri alınabileceği zaman olan duruşma başlanyncaya kadar ortadan kalkmayacağını savunmak mümkün görülebilir de, duruşmalı yargılama sonunda yeni bir hüküm kuruluncaya geçerli olduğunu savunmak imkanı bulunmamaktadır.

anlaşılmalıdır. Burada CMK'nın 252. maddesindeki bu indirimi, TCK'nın 61. maddesi bakımından özel bir kanuni indirim nedeni olarak kabul etmek gerekir. Bu indirimin TCK'nın 61. maddesinin 5. fıkrasında zikredilen “*cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep*” olarak kabul edilip, takdiri indirim nedenlerinden önce yapılması uygun olacaktır.

Kanunda itiraz üzerine duruşma açılarak verilen kararın sanık lehine olması halinde, bu hükmün itiraz etmemiş olan diğer sanıklara uygulama olanağının bulunması halinde, bu sanıkların da karara itiraz etmiş gibi verilen karardan yararlanacakları kabul edilmiştir. Böylece temyizde bozmanın sirayeti gibi, burada da lehe kararların diğer sanıklara etkisi kabul edilmiş olmaktadır (CMK m. 252, f. 4). Kanaatimizce kanuna böyle bir hükmün konulması gereksiz ve hatta yanlış olmuştur. Çünkü basit yargılama usulü uygulanarak verilen karara taraflardan herhangi birisi veya savcı itiraz ettiğinde, artık bu karar herhangi bir hüküm ifade etmeyeceğinden, bunun bazı sanıklar bakımından kesinleşmesinden söz edilemez. Dolayısıyla itiraz üzerine verilen yeni hüküm tüm taraflar bakımından lehe veya aleyhlerine olup olmadığına bakılmaksızın sonuç doğurur.

Basit yargılama usulü uygulanmak suretiyle verilen hükme itiraz edildiğinde, bu hükmün çeşidi (beraat, mahkumiyet, düşme) ne olursa olsun, duruşma açılması ve genel hükümlere göre davanın görülmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bir başka deyişle verilen hüküm ya da yaptırım türüne göre ayırım yapılarak itiraz üzerine farklı işlemlerde bulunulması kabul edilmemiştir. Kanunun bu tercihinin *muhakemesiz ceza olmaz* ilkesine daha uygun olduğu açıktır. Nitekim mülga 1412 sayılı CMUK'da (m. 390) sulh hakiminin ceza kararnamesine itiraz konusunda ikili bir ayırma yer verilmişti. Şayet ceza kararnamesiyle (hafif) hapis cezasına hükmedilmişse itiraz üzerine duruşma yapıyordu. Buna karşılık ceza kararnamesiyle (ağır veya hafif) para cezasına, belirli bir meslek veya sanatın tatiline veya müsadereye ya da bunlardan bir kaçına yahut hepsine hükmedilmişse itiraz üzerine asliye mahkemesi başkan veya hakimi sanki gerçek itiraz kanun yolu söz konusu imiş gibi (m. 301, 302, 303) itirazı inceliyordu. Bu halde itiraz dilekçesinin verilmesi, aleyhine itiraz olunan ceza kararnamesinin icrasını durduruyordu. 1973 yılında yapılan bu değişikliğin sistemi alt üst ettiği, zira duruşmadan vazgeçmenin muhakemesiz ceza olmaz esasına aykırı olduğu, işin itiraz mercine gitmesinin meseleyi çözmeyeceği, çünkü itiraz yargılamasının duruşmasız olduğu, sanığın arzusuna rağmen duruşmasız yargılama sonucunu doğurduğu için de bu değişikliğin muhakeme hukukunun esaslarına hatta duruşmanın gizli yapılmasını dahi sınırlayan anayasanın ruhuna ve İHAS m. 6 ya ters düştüğü belirtilerek eleştirilmiş ve derhal değiştirilmesi istenmiştir²³. Ni-

23 Kunter, s. 747, 748.

tekim mülga 1412 sayılı CMUK'nun bu hükmü (m.390, f. 3), itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, doktrinde ileri sürülen bu görüşler doğrultusunda, maddenin üçüncü fıkrasında hapis cezası dışındaki diğer ceza ve yaptırımlar yönünden itirazın duruşma yapılmaksızın evrak üzerinden karara bağlanmasının kabul edildiğini, “*bu düzenlemeden, ceza kararnamesiyle hükmedilebilecek hafif hapis dışındaki ceza ve yaptırımların, özgürlüğü bağlayıcı ceza kadar önemli görülmediği anlaşılmakta ise de, para cezalarının ödenmemesi halinde hapis cezasına çevrilmesi, ayrıca, bunlara cezalandırma amacıyla hükmedilmesi, bu ceza ve yaptırımlara muhatap olan ve bunu kabul etmeyerek itiraz hakkını kullanan sanıklara hafif hapis cezasını içeren ceza kararnamelerinde olduğu gibi duruşma açılarak adil yargılanma ve savunma hakkının tanınmasını zorunlu kıldığını*” belirterek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir²⁴. Anayasa Mahkemesi iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmesini kararlaştırmış ancak bir yıl dolmadan sulh ceza hakiminin kararnamesine yer vermeyen 5271 sayılı CMK yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla sulh ceza hakiminin ceza kararnamesine oldukça benzer yönleri bulunan basit yargılama usulüyle verilen kararlara itiraz konusunda hapis ve diğer cezalar arasında ayırım yapılmaksızın duruşmanın açılmasının kabul edilmesi, Anayasa Mahkemesinin bu kararına da uygun düşmektedir²⁵.

Basit yargılama usulü uygulanmak suretiyle verilen kararlara *karşı gelme* konusunda, bunun süresi ve yetkili kişiler bakımından, kanun yolu olan itiraza atıf yapılmıştır (CMK m. 252, f. 6). Buna göre asliye ceza mahkemesinin basit yargılama usulüne göre verdiği hükme karşı C. savcısı, sanık, katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar, sanık veya mağdurun avukatı, sanığın yasal temsilcisi ve eşi (CMK m. 260 vd.), kararı öğrendikleri günden itibaren *yedi gün* içerisinde *itiraz* edebilirler. Kararına itiraz edilen asliye ceza mahkemesi, itirazın süresinde yapılmadığını veya itiraz edenlerin buna hakkı bulunmadığını belirlediğinde dosyayı doğrudan 268. maddeye göre itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderecektir. Mercii de bu sebeplerle (süre ve başvuru hakkı) sınırlı olarak incelemesini yapıp karar vermesi gerekmektedir (CMK m. 252, f. 6).

Bu durumlar asliye ceza mahkemesinin verdiği hükmün esasına ilişkin konular olmadığı için, kanun yolu olarak itiraz usulü sadece itiraz süresi, itiraz

24 Bkz. Anayasa Mahkemesinin 30.6.2004 tarihli ve 2001/481 Esas, 2004/91 Karar sayılı karar (RG: 22.10.2004, sayı: 25621) (karar metni için ayrıca bkz. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2004/91?BasvuranGeneller_id=8&BasvuruTurler_id=2&Donemler_id=2&KararTarihilk=01%2F01%2F2004&KararTuruDosyaSonuclar_id=2&page=2 (11.11.2020).

25 Bkz. Değirmenci, s. 40.

etmeye hakkı olanların incelenmesi konularıyla sınırlı tutulmuştur. Kanaatimce bu konuların da kanun yolu olan itiraz usulüne atıfla belirlenmesi doğru olmamıştır. Bu hususlarda itiraz süresi ve itiraz etmeye hakkı olanlar maddede ayrıca belirtilerek, bu konularla ilgili olarak kararına itiraz edilen asliye ceza mahkemesinin karar vermesi kabul edilebilirdi.

Değerlendirme ve Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarında, *„inandırıcılık sorunu bulunmayan, karmaşık olmayan veya olaylarla ilgili hiçbir tartışmanın bulunmadığı teknik konularda mahkemelerin tarafların sunduğu görüşlere ve diğer belgelere dayanarak adil ve makul bir biçimde karar verebilecekleri davalar için duruşma yapılmasının gerekli olmadığı“* belirtilmektedir²⁶. Keza Anayasa Mahkemesinin de, yukarıda zikredilen 30.6.2004 tarihli kararında *„Değişen ve gelişen toplum koşulları nedeniyle çağdaş devletlerde, basit suçlarda, cezanın hafif ve ispatın kolay olduğu bazı hallerde ceza kararnamesi veya benzeri adlarla hakimlerin ve hatta idarenin ceza vermesinin ve bunu kabul etmeyen kişinin de yargıya başvurmasına olanak sağlanmasının git-tikçe yaygınlaşan bir suç ve ceza politikası haline geldiği görülmektedir. Ceza kararnamesine itiraz edilmesi halinde ise, duruşma yapılması ve o duruşma-da sanığın da hazır bulunabilmesi veya bir müdafî gönderebilmesi, adil yargılanma ve savunma hakkının doğal sonucu(dur).“* olduğu ifade edilmiştir. Bu içtihatlar karşısında, kanunlarda belli koşullar altında basit yargılama usulüne yer verilmesinin adil yargılanma ve savunma hakkını ihlal etmediği kabul edilmiş olmaktadır.

5271 sayılı CMK'da (m. 251, 252) 7188 sayılı Kanunla düzenlenen basit yargılama usulünde soruşturma evresi bakımından genel usulden bir farklılık bulunmamaktadır. Değişiklik iddianamenin kabulünden sonra, yani kovuşturma evresinde söz konusudur. Bu usulde kovuşturma evresinin duruşma hazırlığı ve duruşma safhası atlanmakta ve doğrudan hüküm verilmektedir.

Ancak bu hükmün geçerliliği tarafların kabulüne bağlıdır. Basit yargılama usulünü adil yargılanma hakkı bakımından mahzurlu olmaktan çıkartan en önemli özelliği, gerek mahkemenin gerekse tarafların genel hükümlere uygun bir yargılama imkanını ellerinde tutuyor olmalarıdır. Yine mahkemenin savcının iddianamesini sanığa tebliğ ederek onbeş gün içerisinde kendisini savunma imkanı verilmesi de savunma hakkının sağlanması bakımından önemlidir.

26 Jussila v. Finland, B. No: 73053/01, 23.11.2006, par. 41; Döry v. Swiss, B. No: 28394/95, 12.11.2002, par. 37 (zikreden Değirmenci, s. 39).

Bu usulde savcı ile sanık eşit konumdadır. Savcı iddianamesini vermekte, sanık da savunmasını sunmaktadır. Savcının bu usulün uygulanmasını talep etme yetkisi bulunmadığı gibi, hüküm verilirken görüş verme (mütalaa) yetkisi de yoktur.

Bu usulün düzenlenmesindeki göze çarpan hatalı yönlerinden birisi, mahkemenin kurum ve kuruluşlardan delil niteliği olabilecek belgeleri toplamasıdır. Bunu daha da mahzurlu kılan ise bu delilleri sanığın görme ve kendini savunma imkanının olmamasıdır.

İkinci mahzurlu yönü sanığın bu usulün kabulünde ve işleminde herhangi bir katkısı olamamasına rağmen mahkumiyet halinde cezasında 1/4 oranında indirim yapılmasıdır. Bu indirim hükümleri birlikte sanığın karşısına çıkmaktadır. Bu indirimin sanığa kurulan mahkumiyet hükmüne itiraz etmemesi karşılığında verildiği izlenimi doğmaktadır. Bu durumun sanığın savunma hakkını etkin şekilde kullanmasında bir baskı oluşturabileceği açıktır.

Ayrıca bu indirim nedeniyle Anayasa Mahkemesi bu usulle ilgili maddi ceza hukukuna ilişkin zaman bakımından uygulanma kurallarını işletmiş ve kovuşturma evresine geçilmiş olan davalarda bu usule göre yargılama yapılamayacağına ilişkin düzenlemeyi iptal etmiştir. Zira kanunkoyucu 7188 sayılı Kanunun 31. maddesiyle 5271 sayılı Kanuna Geçici Madde 5 hükmünü ilave etmiş ve bu maddenin birinci fıkrasında CMK'nın 251 ve 252. maddelerinde düzenlenen basit yargılama usulüne ilişkin hükümlerin 1.1.2020 tarihinden itibaren uygulanacağını (c bendi) ve 1.1.2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, *hükme bağlanmış* veya *kesinleşmiş* dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanmayacağını (d bendi) öngörmüştür. Anayasa Mahkemesi basit yargılama usulünün bir muhakeme kurumu olmakla birlikte ceza miktarını etkileyen yargılama kurallarında failin lehine olan düzenlemelerin geçmişe uygulanmamasının, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmayacağına karar vermiş ve d) bendindeki "*kovuşturma evresine geçilmiş*" ibaresini iptal etmiştir²⁷.

Bu iptal kararı gereğince, 1.1.2020 tarihinde yürürlüğe giren basit yargılama usulü, bu tarih itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş ancak henüz hükme bağlanmamış dosyalarda da uygulanacaktır. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, maddedeki "*hükme bağlanmış*" ve "*kesinleşmiş*" ibarelerini iptal etmediği için, istinaf veya temyiz incelemesinde bulunan dosyalar hakkında basit yargılama usulünün uygulanması mümkün değildir. Zira kanunkoyucu kovuşturma evresinde bulunan dosyaları, kovuşturma evresine geçilmiş ve hükme bağlanmış olanlar şeklinde ikiye ayırmıştır. Anayasa Mahkemesinin iptal kararını

27 Bkz. AYM'nin 25.6.2020 tarihli ve 2020/16 Esas, 2020/33 Karar sayılı kararı (RG: 19.8.2020, sy: 31218).

“hükme bağlanmış” dosyaları da kapsar şekilde genişleterek uygulamak, hem kanunkoyucunun açık iradesine aykırılık, hem de Anayasa Mahkemesinin yerine geçerek iptal kararı vermek anlamını taşır.

Ancak Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesine katılmak mümkün değildir. Mahkeme ceza miktarını etkileyen yargılama kurallarında failin lehine olan düzenlemelerin suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle ilgili olduğunu ve geçmişe uygulanması gerektiğine dayanarak, basit yargılama usulüne ilişkin düzenlemenin 1.1.2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş dosyalar da da uygulanması gerektiğini belirtmiştir. İfade etmek gerekir ki, basit yargılama usulü, sanığın daha lehine olan genel usul hükümlerine istisna getirmektedir. Basit yargılama usulü sanığın duruşmada hazır bulunma, delil ikame etme ve delillerin duruşmada tartışılması haklarını elinden almaktadır. Bu yönüyle sanığın lehine bir usul olduğunu söylemek mümkün değildir. Yine basit yargılama usulüne göre davaya bakıp bakmamak münhasıran mahkemenin takdirindedir ve mahkeme karar verinceye kadar genel usule dönme yetkisine her zaman sahiptir. Keza taraflar bu usule göre verilen karara itiraz ettiklerinde de, dava genel usule göre görülecektir. Sanık bu usule göre verilen karara karşı geldiğinde, dörtte birlik indirimden yararlanmayacaktır. Dolayısıyla bu indirimin sanki suç düzenlemesine ilişkin sabit bir hüküm gibi değerlendirilerek lehe olduğundan bahisle geçmişe yürüyeceğine karar vermek doğru olmamıştır.

Anayasa Mahkemesi, bu hükmün bir usul hükmü olduğunu tespit ettikten sonra, zaman bakımından uygulamaya ilişkin düzenlemeyi usul kurallarının derhal uygulanması prensibiyle bağlantılı olarak bir değerlendirmeye tabi tutması gerekirdi. Bu çerçevede “kovuşturma evresine geçilmiş” ibaresi bazı durumlarda derhal uygulama prensibine aykırılık taşıyacağı için iptal edilmeliydi. Zira bu ibareye göre 1.1.2020 tarihi itibarıyla iddianamesi kabul edilmiş ancak henüz duruşması yapılmamış olan dosyalar bakımından da basit yargılama usulü uygulanamayacaktır. Halbuki derhal uygulanma prensibi gereğince, basit yargılama usulü 1.1.2020 tarihinde yürürlüğe girdiğinde, iddianamesi kabul edilmiş ve fakat henüz ilk duruşması yapılmamış olan ve bu usulün kapsamında kalan suçlara ilişkin tüm dava dosyaları bakımından değerlendirilmeliydi. Buna karşılık 1.1.2020 tarihi itibarıyla genel usule göre duruşmasına başlanmış olan dosyaların, basit yargılama usulüne göre değerlendirilmesi artık mümkün değildir. Zira yürürlükte olduğu usul kurallarına göre yapılan işlem daha sonra yürürlüğe giren usul kuralına göre tekrarlanamaz. Bu davalar yürürlükteki usule göre görülmeye başlanmış veya bitmiştir. Yeni Kanunun artık ölmüş bir işlemi diriltmesi kabul edilemez.

Bu usulle ilgili diğerk hatalı bir taraf da hükme karşı gelmenin itiraz olarak isimlendirilmesi ve bazı yönleri itibariyle kanun yolu olan itiraza başvurulmasıdır. Burada teknik anlamda bir itiraz kanun yolu yoktur.

Sonuç olarak;

1. Savcının iddianamesinde bu usulün uygulanmasını talep etmesine imkan verilmelidir.

2. Mahkemenin iddianameyi sanığa gönderdikten sonra kurum ve kuruluşlardan belge toplama yetkisi kaldırılmalıdır.

3. Mahkumiyet kararı verilmesi halinde sanığın cezasında dörtte bir indirim öngören düzenleme metinden çıkartılmalıdır.

4. Bu usulün uygulanması sonucu verilen hükme karşı gelme, ismi dahil itiraz olarak nitelendirilmemeli ve kanun yolu olan itiraza atıf yapmadan düzenlenmelidir.

KAYNAKLAR

- Beulke, Werner, *Strafprozessrecht*, 9., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2006.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Bası, İstanbul, Şubat 2020.
- Değirmenci, Olgun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m. 251-252)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 161, Ocak 2020.
- Hellmann, Uwe, *Strafprozessrecht*, 2. Auflage, Heidelberg, 2006.
- Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bası, İstanbul, 1986.
- Meyer-Gossner, Lutz, *Starfprozessordnung, Mit GVG und Nebengesetzen*, 48. Auflage, 2006.
- Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan; Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Ankara, 1999.
- Şahin, Cumhur; Göktürk, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku –II-*, 10. Bası, Ankara, 2020.
- Yenisey, Feridun; Nuhuğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, Eylül 2020

Kara Avrupası Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi Uygulanabilir mi?*

Is It Possible to Imply The Equality of Arms Principle in Continental European Criminal Procedure?

Doç. Dr. Mehmet Emin Alşahin**

Ertuğrul Ünal***

ÖZ

Adil yargılanma hakkının doğal bir unsuru olarak kabul edilen silahların eşitliği ilkesi, taraf muhakemesinin egemen olduğu İngiliz ceza muhakemesinden türemiştir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan her devletten, ceza muhakemesi sistemlerinden bağımsız olarak silahların eşitliği ilkesini güvence altına almaları beklenmektedir. Çalışmamızda, tahkik sisteminden gelen Kara Avrupası ceza muhakemesi hukukunda, silahların eşitliği ilkesinin uygulanabilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Adil Yargılanma Hakkı, Silahların Eşitliği İlkesi, İtham Sistemi, Tahkik Sistemi, Ara Muhakeme Evresi

ABSTRACT

The equality of arms principle, which is a natural element of right to have a fair trial, is derived from adversary English Criminal Procedure. Nonetheless all signatory states of the European Contract of Human Rights, independently of their criminal procedure systems, are expected to secure the equality of arms principle. In our study, it is examined whether it is possible to imply equality of arms principle at the criminal procedure systems from inquisitorial tradition.

Keywords: Right to Have a Fair Trial, Principle of Equality of Arms, Adversarial Procedure, Inquisitorial Procedure, Intermediate Phase

* Makale gönderim tarihi: 27.11.2020. Makale kabul tarihi: 07.12.2020. Mehmet Emin Alşahin, Ertuğrul Ünal, "Kara Avrupası Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi Uygulanabilir mi?", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s.197-212; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.2.07>.

** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi. İletişim: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mehmetalsahin@marmara.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-0440-5673>.

*** Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, avertugrulunal@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-0025-9317>.

I. Genel Açıklamalar, Ceza Muhakemesi Sistemleri

Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan silahların eşitliği ilkesi, şüpheli/sanığın süje olarak kabul edildiği bir ceza muhakemesi sistemi gerektirmektedir. Buna göre suç isnadıyla ceza muhakemesine dahil olan şüpheli/sanık, bu isnada karşı koyabilecek enstürümanlara sahip olmalı, bunu yaparken müddeiye karşı dezavantajlı bir şekilde konumlandırılmamalıdır. Bu konunun iyi ve derinlemesine anlaşılabilmesi için ceza muhakemesi sistemleri arasındaki farklar irdelenmeli, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin; şüpheli/sanığın muhakeme süjesi olarak hükme iddia makamıyla eşit şekilde tesir etme imkanının belirli bir muhakeme sistemine özgülenmediği ön kabulü karşısında, muhakeme sistemleri ve günümüzde uygulanan işbirliği modeli ortaya konulmalıdır¹.

Batıda tarihi açıdan ceza muhakemesi alanındaki gelişmelere bakılarak yapılan sınıflandırmada, iki sistemin bulunduğu görülmektedir. Bunlar itham ve tahkik sistemleridir².

İngiliz hukukunun tarihi perspektifinde, hükümetin elinde savcılık gibi güçlü bir kurumun bulunması halinde, özgürlüklerin geri dönülemez şekilde sınırlandırılacağı endişesi mevcuttu. Bu nedenle soruşturmanın, bu evrenin patronu niteliğindeki adli-idari bir kurum tarafından yürütülmesi fikri kabul edilmemiştir³. Böylece Kara Avrupası hukukundaki savcılık makamı ile İngiliz hukukundaki savcılık makamı arasındaki önemli farklılıklar ortaya çıkmıştır⁴.

Bir ispat faaliyetini en iyi, ancak o uyuşmazlığın çözümünde menfaati bulunan tarafların neticeye erdirebileceği düşüncesi, itham sisteminin en belirgin özelliğidir. Buna karşılık, olayı en iyi bilen mağdur veya sanık, vakianın bütününe veya bir parçasının gizli kalmasını ya da tamamen açığa çıkarılmama-

1 Sarah J. Summers, *Fair Trials*, Hart Publishing, Londra (İngiltere), 2007, s. 104; Faruk Erem, "Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1, 1988, s. 91; Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 48.

2 Tarihsel açıdan itham sistemi, tahkik sistemine göre daha eskidir. Gbi: Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 30; John D. Jackson, "The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Process: Towards Convergence, Divergence or Realignment?", *The Modern Law Review*, C. 68, S. 5, 2005, s. 737; Maria Igorevna Fedorova, *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings, Intersentia*, Antwerp (Hollanda), 2012, s. 92; Ed Johnston, Tom Smith, *Criminal Procedure and Punishment*, Holl and Stott Publishing, Bristol (İngiltere), 2018, s. 2.

3 Roger E. Salhany, *British and Canadian Criminal Procedure a Short History*, Austin Macauley Publishers, Londra (İngiltere), 2018, s. 163 vd.

4 Salhany, s. 163 vd; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma-Gezer, Yasemin F. Saygılar-Kırt, Esra Alan-Akcan, Özdem Özeydin, Efser Erden-Tütüncü, Derya Altınok-Villemin, Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 133.

sını arzulanabilir. Zira hükme varılmasına kadar işleyen ceza muhakemesinde çatışan menfaatler söz konusudur. Bu nedenle uyumsuzluktan ziyade maddi gerçeğe ulaşılmasında tarafsız bir profesyonelin, diğer bir anlatımla hukuk eğitimi almış kamu görevlisinin araştırma yaparak bir neticeye varması tahkik sisteminin önceliğidir⁵.

Ceza muhakemesi sistemlerinin, birinin diğerine nazaran maddi gerçeğe ulaşılmasına büyük önem atfettiği şeklindeki bir ön kabul, her zaman doğru sonuç vermeyebilir. Bu nedenle tarihi temellerinden kaynaklı olarak tahkik sistemini “gerçek bazlı⁶ ceza muhakemesi” şeklinde nitelendirmek günümüz ceza muhakemesinin geldiği nokta itibarıyla mümkün değildir. Bu tezin doğru kabul edilmesi halinde, maddi gerçeğe ulaşılması noktasında sınırsız bir çabaya icazet verilmesi gerekir. Diğer bir anlatımla maddi gerçeğin peşindeki bu sistemin, hiç bir delil yasağını bünyesinde barındırmaması beklenir. Zira delil yasakları, maddi gerçeğe ulaşılmasından ziyade, maddi gerçeğin araştırılmasıyla ilgili olmayan insan hak ve hürriyetlerini, özellikle de insan onurunu korumayı amaçlar. Bilindiği gibi günümüzde, Kara Avrupası hukukunda çok sayıda delil yasağı mevcuttur⁷.

İtham sisteminin en bilinen örneklerinden İngiliz hukukunda, savcının, soruşturmanın patronu şeklinde bir sıfatı bulunmamaktadır. Hukuken ve fiilen savcı, soruşturma aşamasında kolluğun amiri konumunda değildir. Bu nedenle savcının, kolluğun işlemlerinin hukuka uyarlılığını denetlemek gibi bir işlevi bulunmamaktadır. Soruşturmanın kolluk tarafından tamamlanmasından sonra savcılık⁸, suçlamada bulunup bulunmama kararını vermekle tam bir müddei konumundadır. Bu sistemde kolluk, soruşturmayı sonlandırma yetkisine sahiptir. Savcının, kolluk üzerinde bir denetim veya emir verme yetkisi mevcut değildir⁹.

5 Thomas Weigend, (Terc. Ali Emrah Bozbayındır), “Ceza Muhakemesi Gerçeği mi Arıyor?”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 2, 2006, s. 331; Eliabetta Grande, “Comparative Approaches to Criminal Procedure: Transplants, Translations, and Adversarial-Model Reforms in European Criminal Process”, Ed. Darryl K. Brown, Jenia Iontcheva Tuner, Bettina Weisser, *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, Oxford (İngiltere), 2018, s. 69; Johnston, Smith, s. 3.

6 “truth oriented” Gbi: Fedorova, s. 71; Robert S. Summers “Evaluating and Improving Legal Processes A Plea for Process Values”, *Cornell Law Review*, S. 60, C. 1, 1974, s. 3.

7 Delil yasakları; delil elde etme ve delil değerlendirme şeklinde iki ayrı kategoriye tabi tutulmaktadır. Delilin elde edilmesinde kullanılmayacak yöntemler birincisini, delilin hükme esas alınmamasını öngören hükümler ise ikincisini teşkil etmektedir. Gbi: Bahri Öztürk, “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, 1994, s. 39; Ahmet Gökçen, Kerim Çakır “Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, Özel Sayı, C. 3, 2019, s. 2935.

8 “Crown Prosecution”.

9 Volker Krey, *The Public Prosecution's Role in Criminal Procedure under the Rule of Law Legal*

Bu temel ayırım, iki ceza muhakemesi sistemindeki en belirgin karakteri ortaya koymaktadır. Ancak tercih edilen sistemin uygulanmasında, itham sistemi açısından hakim ne ölçüde pasif kaldığı, diğer bir anlatımla tarafların taleplerinin ne ölçüde kabul gördüğü ve itham sisteminde hakim aktif katılımının derecesi, ulusal hukuk tarafından belirlenir¹⁰. Bu nedenle itham sistemi veya tahkik sisteminin tercih edilmiş olması başlı başına bir ceza muhakemesi sisteminin bütün özelliklerini ortaya koymaktan uzaktır¹¹.

Bu konu açısından en güzel örneklerden biri İtalya'dır. Kara Avrupası hukuk sisteminin eski mirasçılarından olan İtalya, 1988 yılında yaptığı yeni ceza muhakemesi kanunuyla, itham sisteminin bir çok özelliğini iktibas etmiştir. Buna karşılık uygulamada, bu geçiş kolayca benimsenememiştir. Kanunun 507 nci maddesinde, mahkemenin kendiliğinden delil toplaması, tahkik sisteminin bir özelliği olarak muhafaza edilmiş ancak düzenlemede, bütün delillerin toplanmasından sonra eğer zorunluluk varsa hakim resen delil toplayabileceği belirtilmiştir. Buna rağmen uygulamada, hakimlerin, eski usulde olduğu gibi sıkça bu yola başvurdukları ve özellikle spontane bir şekilde tanık sorguladıkları ifade edilmiştir¹².

İtham sisteminde, ceza muhakemesinin temelini ve dosyanın içeriğini tarafların belirlediği ileri sürülmektedir. Buna rağmen soruşturma aşamasını kolluğun yürütmesi ve yalnızca itham görevini savcının yerine getirmesi esas itibarıyla burada da tahkik sisteminin uygulama alanı bulduğu şeklinde yorumlanabilir. Kara Avrupasında benimsenen tahkik sisteminde ise, suçun aydınlatılmasındaki kamu yararı da dikkate alınarak, "tarafsız" bir kamu görevlisi nezdinde ifade, sorgu ve delil toplama işlemlerinin yapılması görüşü baskındır¹³. Özellikle bir hukukçu olan savcının ve soruşturma aşamasında

Situation in Germany with Comparative Law Remarks on UK and USA, Rechtspolitisches Forum Legal Policy Forum, S. 46, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2009, s. 7; Katalin Ligeti, "The Place of the Prosecutor in Common Law and Civil Law Jurisdictions", Ed. Darryl K. Brown, Jenia Iontcheva Tuner, Bettina Weisser, *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, Oxford (İngiltere), 2018, s. 146.

10 Mirjan Damaska, "Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure", *Yale Law Journal*, S. 84, 1975, s. 524.

11 Damaska, "Criminal Procedure", s. 524.

12 William T. Pizzi, Mariangela Montagna, "The Battle to Establish an Adversarial Trial System in Italy", *Michigan Journal of International Law*, C. 25, S. 2, 2004, s. 447; James Thomas Ogg, "Adversary and Adversity: Converging adversarial and Inquisitorial Systems of Justice – a Case Study of the Italian Criminal Trial Reforms", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, C. 37, S. 1, 2013, s. 37.

13 Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, Londra (İngiltere), 1986, s. 5; Tom Decaigny, "Inquisitorial and Adversarial Expert Examinations in the Case Law of the European Court of Human Rights", *New Journal of European Criminal Law*, C. 5, S. 2, 2014, s. 152.

bu işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleyen sulh ceza hakiminin, şüphelinin haklarını da koruyacağı ve bu suretle hem maddi gerçeğe ulaşılacağı, hem de şüphelinin haklarının korunması bakımından denge kurulacağı düşünülmektedir. Bu nedenle soruşturma, basit şüphe üzerine tarafsız kamu görevlisi tarafından başlatılarak yeterli suç şüphesine ulaşılmasıyla yargılamaya taşınmaktadır. Özellikle soruşturma aşamasında tarafların (şüpheli ve suçtan zarar gören), etkin bir rolü yoktur¹⁴.

Kara Avrupası hukuk sisteminde, maddi gerçeğe ulaşma amacını ön planda tutan ceza muhakemesinin karakteristik özellikleri; “Hakimin soruşturma ve kovuşturma aşamasına aktif katılımı, maddi gerçeğin araştırılması, savcının tarafsızlığı, müdafinin katılımının görece sınırlılığı, delillerin listelenmesi, soruşturmanın gizliliği, kovuşturmanın mecburiliği, meslekten hakimlerin görev alması, mağdurun katılan sıfatıyla muhakemeyi takip etmesi” şeklinde sayılabilir¹⁵.

Kara Avrupasında, Türkiye'nin de dahil olduğu azımsanamayacak sayıda ülke, sorgu hakimliğini kaldırmış veya sınırlandırmıştır. Almanya, Portekiz ve İtalya, bu ülkeler arasındadır. Sorgu hakimliğinin kaldırılmasıyla adli ve idari bir kurum olarak işlev gören savcılık, soruşturma aşamasının tek patronu konumuna getirilmiştir¹⁶.

Sorgu hakimliğinin kaldırılması sonrasında, Anglo-Amerikan hukukuna kayıldığı yönünde eleştiriler yapılmıştır. Bu eleştirisine karşı, savcının taraf sıfatının kuvvetlendirilmesinden ziyade savcının tarafsızlığının sağlanması suretiyle şüphelinin lehine ve aleyhine tüm delilleri araştıran, tarafsız kamu görevlisi fonksiyonunu icra etmesinin amaçlandığı belirtilmiştir¹⁷.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminin karakteristik özellikleri; yargılamanın halktan seçilmiş jüri tarafından gerçekleştirilmesi, hakimnin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, maslahata uygunluk ilkesi, sözlülük ilkesi, delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin detaylı kurallar, mağdurun katılımının sınırlandırılması şeklindedir¹⁸.

14 Damaska, *The Faces of Justice*, s. 5; Decaigny, s. 152.

15 Raneta Lawson Mack, *Comparative Criminal Procedure History, Process and Case Studies*, 2. Baskı, William S. Hein & Co., New York (Amerika Birleşik Devletleri), 2017, s. 17; Zeki Hafızoğulları, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 1994, s. 28.

16 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma-Gezer, Saygılar-Kırıt, Alan-Akcan, Özaydın, Erden-Tütüncü, Altınok-Villemin, Tok, s. 597; Grande, s. 71; Hafızoğulları, s. 28.

17 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma-Gezer, Saygılar-Kırıt, Alan-Akcan, Özaydın, Erden-Tütüncü, Altınok-Villemin, Tok, s. 597; Grande, s. 71; Hafızoğulları, s. 28.

18 Bahri Öztürk, “Bir Adli Organ Olarak Savcılık”, *7-9 Temmuz 2006 Sempozyumu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, s. 156; Mack, s. 8; Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s. 33.

Tahkik sisteminin tercih edildiği ceza muhakemesinde teorik olarak; güçlü bir yapıya sahip olan devletin iş ve işlemlerinde hukuka uygun davranacağı ve maddi gerçeğe ulaşılmasında, kamu gücünü kullanan devlet kurumlarının en iyi şekilde çalışacağı varsayılır¹⁹. İtham sisteminde ise bunun tersine bir anlayış mevcuttur. Liberal düşüncenin ön plana çıktığı itham sisteminde kamu otoritelerinin ceza muhakemesindeki rolü, olabilecek en asgari düzeye indirilmek istenir²⁰.

Her iki sistem de, belirli karakteristik özellikler taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası mahkemelerin yetkilerinin kabul edilmesiyle daha da somutlaşan ceza muhakemesi sistemlerinin mukayesesi, tarihi süreç içerisinde büyük etkileşimlerin oluşmasını sağlamıştır. *Vargha*, adil dinlenilmeden bahsedilebilmesi için, savunmanın konumlandırılmasında itham sisteminin getirdiği taraf kavramına müracaat edilerek, sanığın müdafii ile birlikte bir takım şeklinde iddia makamının karşısında yer alması gerektiğini belirtmiştir²¹.

Bu tanımdan anlaşılacağı üzere ceza muhakemesinde işbirliği modeli, adil yargılanma hakkının gereklerinin sağlanabilmesi için büyük önem arz eder.

1980 ve 1990 yılları arasında, Strazburg organları tarafından İngiltere'ye karşı yapılan bireysel başvurularda, çok sayıda ihlal kararı verilmiştir. Bu ihlal kararlarının gerekçesi olarak, ulusal yargı mercilerinin Sözleşme hükümlerini somut olaylara uygulamadaki başarısızlıkları gösterilmiştir. 1997 yılında seçimleri kazanan İşçi Partisi Hükümeti, vatandaşların İngiltere'de uzunca bir zamandan itibaren özümsemiş olan temel hak ve özgürlüklerini ülke dışındaki bir mercii önünde aramasını utanç verici addederek, bir çalışma başlatmıştır. Bunun sonucunda "The Human Rights Act 1998" isimli Kanun kabul edilmiş ve 2000 yılında yürürlüğe girmiştir²².

"The Human Rights Act 1998" in 6 ncı maddesi oldukça dikkat çekicidir. Buna göre, bütün mahkemeler ve kamu kurumları, kararlarında ve işlemlerinde Sözleşme hükümlerine göre hareket edecektir. 3 üncü maddede ise, bütün yargı organlarının, hukuku yorumlarken, Sözleşmede vücut bulan hakların etkin bir şekilde kullanılması amacına yönelik hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir. Belirtelim ki Anayasamızın 90 ncı maddesinin aksine, İngiltere'de,

19 Decaigny, s. 152; Toroslu, Feyzioğlu, s. 49.

20 Decaigny, s. 152; Toroslu, Feyzioğlu, s. 49.

21 Julius Vargha, *Die Verteidigung in Strafsachen Historsich und Dogmatisch dargestellt*, Keip Verlag, Wien (Avusturya), 2002, s. 286.

22 Liz Campbell, Andrew Ashworth, Mike Redmayne, *The Criminal Process*, 5. Baskı, Oxford University Press, Oxford (İngiltere), 2019, s. 30.

söz konusu Kanununun 2 nci maddesi uyarınca, Sözleşme hükümlerinin ulusal kanunlara üstünlüğü kabul edilmemiştir. Buna göre ulusal yargı organlarının kararları ile AİHM içtihatlarının çelişmesi halinde, gerekçesini belirtmek suretiyle İngiliz mahkemeleri ulusal kanunlara göre karar verebilecektir²³.

Hem itham hem de tahkik sisteminin kendi içerisinde bir takım çelişkileri mevcuttur. Bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre, itham sistemi, gerçeğin, zıt kutupların gerilimi neticesinde ortaya çıkan aydınlıkta yattığını ileri sürmektedir. Tarafların, kendi getirdikleri tanıkları, kendi argümanlarını destekler şekilde test etmesi ve lehlerine olan delilleri ileri sürmeleri suretiyle gerçeğe ulaşılacaktır. Hakim ise, yalnızca gerçeğin iki farklı versiyonunu ortaya koyarak karşı argümanları çürütmeye çalışan tarafları izlemekle yetinecektir. Burada karşılaşılan ilk sorun, her iki tarafın da gerçeğin bir kısmına sahip olduğu varsayımdır. Bu şekilde parçaların birleşeceği iddiası, maddi gerçeğe ulaşmada bir yol olarak kabul edilmektedir. Ancak makam itibarıyla taraf olan iddia makamının aksine özgürlüğü tehlikede olan savunmanın, gerçeğin bir kısmını getirerek mozaikçi tamamlamaktansa adeta sis bombaları atarak gerçeği perdeleme arzusu, tabii olarak baskın bir hareket tarzı olarak ortaya çıkmaktadır²⁴.

Buna ek olarak itham sisteminde, dava dosyası kavramı yerine, ön duruşma esnasında duruşmada ortaya konulmasına karar verilmiş delillerle sınırlı bir yargılama söz konusudur. Tarafın aciziyeti sebebiyle duruşmaya taşınamamış delil, yargılama dışında kalacaktır. Bu şekilde getirilmiş kısıtlamalar neticesinde, meydana gelen eksiklik, re'sen giderilemeyecek ve buna rağmen hükme varılacaktır. Diğer bir anlatımla, sistemin en övgüye mazhar alanı olan diyalektik, yalnızca duruşmaya indirgenecektir. Kara Avrupası hukukunda ise, delillerin hukuka aykırılığı, hükümle birlikte ex post bir şekilde değerlendirilmekte ve denetime elverişli biçimde hakim in aydınlatma yükümlülüğü kapsamında gerekçelendirilmesi beklenmektedir²⁵.

Günümüz ceza muhakemesinde ne Kara Avrupası hukuk sisteminde yer alan ülkeleri ne de Anglo-Amerikan hukukunu, tam bir itham veya tahkik sistemi şeklinde nitelendirmek mümkündür. Örneğin ferdin veya mirasçılarının ceza muhakemesi işlemlerini başlatmak için tahrik etmesine ihtiyaç duyan it-

23 Campbell, Ashworth, Redmayne, s. 30.

24 Weigend, s. 333.

25 Weigend, s. 334; Faruk Erem, "Diyalektik Açından Ceza Yargılaması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 34, S. 1, 1977, s. 7; Elbette bu ihtimalde de, hakim in hukuka aykırı delilden etkilenmesine rağmen, gerekçeli kararda bu etkiyi gizlemesi veya göz ardı etmesi söz konusu olabilmektedir. Bkz: Lorena Bachmaier, "Rights and Methods to Challenge Evidence and Witnesses in Civil Law Jurisdictions", Ed. Darryl K. Brown, Jenia Iontcheva Tuner, Bettina Weisser, *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, Oxford (İngiltere), 2018, s. 851.

ham sisteminde, itham eden ferdin gayri muayyen olduğu hallere ilişkin olarak getirilen kurumsal bir iddia makamı, bugün bütün hukuk sistemlerinde mevcuttur. Buna paralel olarak soruşturma aşamasının ve bazı ceza muhakemesi işlemlerinin gizliliği -ki İngiltere’de dahi cinsel suç mağdurlarının cinsel geçmişine yönelik soru yöneltemeyeceği ve bu mağdurların sanıkla yüzleştirilmesine getirilen kısıtlamalar mevcuttur-, her iki hukuk sisteminin belirli ölçüde diğerinden etkilendiğini göstermektedir. Bu da karşımıza işbirliği modelini çıkarmıştır²⁶.

Erem’e göre, karma hukuk sisteminin ortaya çıkışı, bir başarıdan ziyade, Kilisenin Rönesansa direnmesi sebebiyle tahkik sisteminin etkilerinin tamamen kırılmamasından kaynaklanmaktadır²⁷. İngilizlerin, Kilise etkisine tam olarak direnmeleri sayesinde diyalektik çerçevesinde ceza muhakemesi sistemini geliştirmelerine rağmen, Türk ceza muhakemesinin de mehzasını teşkil eden Almanya’da bu direnç gösterilememiş ve engizisyon (tahkik) sistemine en yakın ceza muhakemesi sistemi benimsenmiştir. Soruşturmanın gizliliği, müdafî-şüpheli/sanık denetlenmesi gibi unsurların Türkiye’de de benimsenmesi, bu gerçeği ortaya koymaktadır²⁸.

Kara Avrupasında diyalektiğin mümkün olmadığını savunan görüşe göre, itham sistemi ile tahkik sistemi, tamamen birbirine zıttır. Bu sebeple her iki sistemin sakıncalarının ayıklanması suretiyle bağdaştırılmaları mümkün değildir. Bu kertede iki sistemin iyi yanlarını alma şansıyla birlikte sadece kötü yanlarının buluşturulması riski de mevcuttur²⁹.

Ceza muhakemesinin tarihi sürecinde işbirliği modelinin başlangıcı, 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanununda, iddia faaliyeti ile yargılama faaliyetinin ayrılmasına dayanmaktadır. Bu şekilde gizli olarak yürütülen ve baskın şeklinde ortaya çıkan tahkik sistemi ceza muhakemesinin savunmayı obje konumuna düşüren özelliklerinin bertaraf edilme sürecine girilmiştir³⁰.

26 Ayhan Köksal, “Anglo-Sakson Hukuku Ceza Muhakemesinde İtham Fonksiyonu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXIX, Sayı: 1-2, 1963, s. 186.

27 Erem, “Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları”, s. 93.

28 Erem, “Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları”, s. 93.

29 *Erem*, bazı kuralların ilga edilmesi veya değiştirilmesiyle sorunların giderilemeyeceğini, ceza muhakemesinde İngiliz hukukunun esas alınması gerektiğini savunmaktadır. Gbi bkz: Erem, “Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları”, s. 93.; Elif Gül Yılmazlar, “Cumhuriyet Savcısının Konumlanışının Silahların Eşitliği Prensibine Aykırılığı”, *Hukukçular Arası Makale Yarışması*, TBB Yayınları, Ankara, 2014, s. 42.

30 Weigend, s. 335. Bilindiği gibi bu yasa, 1879 yılında Usul-i Muhakematı Cezaiye Kanunu Muvakkatı ismiyle Osmanlı Devletinde de uygulanmış ve 1929 yılında 1412 sayılı CMUK kabul edilinceye kadar ülkemizde yürürlükte kalmıştır. 1878 tarihli Usul-i Muhakematı Cezaiye Kanunu Muvakkatının eski yazıdan yeni yazıya aktarılmış metni için bkz: Ahmet Gökçen, “1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, 1994, s. 203.

Günümüzde işbirliği ceza muhakemesi sisteminin tipik unsurları; soruşturmayı başlatacak, yargılama makamından ayrı bir iddia makamının mevcudiyeti, hakimin kendiliğinden işe el koyamaması, soruşturma aşamasının kural olarak gizli ve yazılı olmasıdır. Kovuşturma aşamasında ise sözlülük, vasitasızlık ve yargılamanın çelişmeli bir usulde yapılması söz konusudur. Burada karma sistemin hangi ceza muhakemesi modelini daha baskın şekilde tercih ettiği konusunu, hakimin ve sanığın hak ve yükümlülüklerine bakarak belirlemek gerekir. Örneğin ülkemizde, mahkemenin re'sen delil araştırma ve ikame etme yetkisini sınırsız bir şekilde kabul eden 1412 sayılı CMUK'ta, tahkik sisteminin özellikleri daha ağır basmaktaydı. Buna karşılık mahkemenin re'sen delil araştırmasına dair daha sınırlı hüküm ihtiva eden, soruşturma ve duruşma hazırlığı aşamasında eksiksiz şekilde tekemmül etmiş dosyaya dayalı olarak tek celse esasını benimseyen 5271 sayılı Kanundaki hükümler ise itham sistemden özellikler barındırmaktadır³¹.

II. Tahkik Sisteminden Gelen Kara Avrupası Hukukunda Diyalektik ve Silahların Eşitliği İlkesi

Tahkik sistemi, soruşturma aşaması için ideal olarak nitelendirilmektedir. Çünkü soruşturmanın amacına ulaşabilmesi ve etkin bir şekilde yürütülebilmesi için kabul edilen soruşturmanın gizliliği, dağınıklığı ve yazılılığı ilkeleri, tahkik sisteminin temel özelliklerindedir. Tarafsız bir kamu görevlisi gözetiminde -ki bundan maksat soruşturma aşamasında görevli hakimdir- kişilerin şahsi çıkarlarından ve şüphelinin müdahalesinden uzak, objektif bir bakış açısıyla deliller toplanmaktadır. Buna karşılık hükmün oluşturulması safhasında bu sistem yetersiz kalmaktadır. İtham sisteminin güçlü yanı olan çelişme ve silahların eşitliği ilkesi, kovuşturma aşamasının en temel işlevidir³².

Damaska'ya göre, taraf muhakemesiyle Kara Avrupası hukuku arasındaki fark, maddi gerçeğe ulaşılmasında tarafların oynadığı rolde yatmaktadır. İngiliz hukukunda, birbiriyle yarışan iki taraf, kendi argümanlarının haklılığını ortaya koymaya çalışırken, Kara Avrupası hukukunda, kamu görevlisi olan hakim ve savcı, şahıs itibarıyla tarafın uyuşmazlıkta aktüel menfaatinden bağımsız olarak maddi gerçeğe ulaşmakla yükümlüdür³³.

31 Doğrudan soru sorma hakkı da bu noktada CMK'nın yeniliklerinden biridir. Gbi: Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s. 576; Burcu Dönmez, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 92; Serhat Sinan Kocaoğlu, "Tarihsel Perspektif ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafisi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 68, S. 3, 2010, s. 132.

32 S. Summers, s. 24; Jackson, s. 740; Toroslu, Feyzioğlu, s. 51; Vargha, s. 288; Bahri Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması)*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991, s. 80.

33 Damaska, *The Faces of Justice*, s. 3; Grande, s. 69.

Erem, diyalektiği karşıtlıkların tam manasıyla tezahüründe aramaktadır. Bir bütün olan muhakemede, yapay da olsa bir karşıtlık ortaya çıkarılmalı ve iki farklı gerçek, iddia makamının suçlaması ile sanığın suçsuzluk iddiası, arasında çelişme vücut bulmalıdır. Bu ise, yalnızca itham sistemiyle mümkündür. Diyalektik, içten gelir. Bu diyalektiğe yapılacak dış müdahale, diyalektiğin insicamını bozarak onu anlamsız kılar³⁴.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, itham sisteminde tek bir olgunun farklı gerçeklik mülahazalarıyla ele alındığı varsayımdan ibarettir. Jürilerin, destekten yoksun şekilde, karşılarında gerçekleşen çelişmeden, makul şüphe standardı çerçevesinde devletin iddiayı ispatının muvaffakiyeti noktasında objektif bir sonuç çıkaracakları düşünülmektedir. Ancak taraflardan birinin iddiasını destekleyen bir delilin veya emarenin süslenmesiyle veya tersi şeklinde cerayan eden çelişmenin, bazen bilinçli ve kötü niyetli olarak, olaya ilişkin hiç bir tecrübesi bulunmayan ve maddi hukuka ilişkin kararı verecek jüriyi doğru sonuca götüreceği umudu, fazla iyimserdir³⁵. Nitekim Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, tanığın bildiklerini dosdoğru anlatabilme şansı da, taraf müdahalesinin yoğunluğu sebebiyle kısıtlanabilmektedir. Zira burada taraflar, kendi tanıklarının anlatımlarını belirleme şansına sahipken, karşı tarafın hazır ettiği tanıkların beyanlarını, dikkat dağıtma ve meramından saptırma suretiyle çürütmeye veya hiç değilse değerini düşürmeye çalışmaktadır. Buna ek olarak özellikle Amerikan hukukunda, hakim tarafından duruşma düzenine müdahale hususundaki tereddütler, tanıkların insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleye tabi tutulması nedeniyle beyanların doğruluğunu ve mağdur ile birlikte kamunun adalet duygusunu sarstığı yönünde tenkit edilmektedir³⁶.

Biz de, diyalektik teorilere getirilen muhakemenin psikolojik faktörlerinin göz ardı edildiği şeklindeki eleştirilere iştirak ediyoruz. Maddi gerçeğin bulunmasında alternatif olarak öne sürülen diyalektik teori, muhakemenin, tamamen çevresel psikolojik etmenlerden arındırılmış bir ortamda gerçekleştiği varsayımına dayanmaktadır. Buna göre muhakemeye katılan süjelerin tamamı, maddi gerçeği araştırır. Bu amaca matuf eylem, muhakeme süjelerinin istişare suretiyle uzlaşmaya varmasıdır. Ancak sanığı, yapılan tanım içinde

34 Erem, "Diyalektik", s. 6; Yılmazlar, s. 43.

35 William T. Pizzi, *Trials Without Truth*, New York University Press, New York (A.B.D.), 1999, s. 85; Richard Lippke, "Fundamental Values of Criminal Procedure", Ed. Darryl K. Brown, Jenia Iontcheva Tuner, Bettina Weisser, *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, Oxford (İngiltere), 2018, s. 33; Jenny McEwan, "Ritual, Fairness and Truth: The Adversarial and Inquisitorial Models of Criminal Trial" Ed. Antony Duff, Lindsay Farmer, Sandra Marshall, Victor Tadros, *The Trial on Trial: Volume 1: Truth and Due Process*, Hart Publishing, Londra (İngiltere), 2004, s. 60

36 Pizzi, s. 85; Lippke, s. 33; McEwan, s. 60.

düşünmek her zaman mümkün değildir. Zira sanık, tabii olarak suçlamadan kurtulma dürtüsüyle hareket eder³⁷.

Tarafsız ve hukukçu olan hakimin kendiliğinden delil toplayabilmesi ve maddi hukuka taalluk eden noktalarda hüküm verebilmesi, başı başına silahların eşitliği ve çelişmeli yargılamayı kısıtlayan tahkik kalıntısı unsurlar şeklinde nitelendirilemez. Asıl sorun, savcılarının, hakimlerle aynı kurul tarafından; tayin edilmesi, özlük haklarının belirlenmesi, aynı sınava tabii kılınmaları, aynı şekilde atanmaları, yan yana oturmaları, aynı bina içerisinde görev yapmaları ve adeta bir arada görevlerini yerine getirmelerinden kaynaklanmaktadır. Bunun sonucunda, savunmanın delil araştırılması, delil toplanması, delil ikame ve delilleri inceleme talepleri orantısız şekilde kısıtlanabilmekte, savcının görüşleri doğrultusunda yargılama ilerlemektedir³⁸.

Günümüzde mutlak bir taraf muhakemesi mevcut değildir. Zira davanın sunumunu tarafın tekeline bırakması anlamına gelen taraf muhakemesinin tam manasıyla uygulandığı bir ceza muhakemesi sistemi mevcut değildir. Etik yükümlülükler ve mahkemelerin hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkartılması veya hükme esas alınmaması yönünde re'sen harekete geçebilmesi, tam taraf kontrolünü engelleyen kurallardandır. Görüldüğü üzere itham sisteminde dahi, kollektif yargılamayı benimseyen tahkik sisteminden gelen özellikler bulunduğu gibi, kollektif yargılamada da taraf kavramı git gide güçlenmektedir³⁹.

İtham sisteminin, silahların eşitliği ilkesini güvence altına alan en belirleyici özelliği, ön dinlemedir. Hukukumuzda ara muhakeme olarak adlandırılan bu aşamada hakim, her iki tarafı da dinleyerek duruşmadan önce hangi delillerin ikame edileceğini belirlemektedir. Bu şekilde jüri karşısına çıkmadan önce iddia ve savunmanın eşit şekilde hangi argümanların ortaya konulacağını belirleme şansı olmaktadır.

Kara Avrupası hukukunda kural olarak, delillerin toplanması, ikamesi ve bu delilleri serbestçe değerlendirerek karar verme yetkisi hakimdedir. Soruşturmanın patronu olan savcının düzenlediği iddianame üzerine bina edilen yargılamadan önce savunmanın argümanlarını ortaya koyma fırsatı oldukça sınırlıdır. Savcının, şüphelinin lehine ve aleyhine bütün delilleri toplaması gerekmekte, hukuka aykırı delillerin de ayrıca iddianamede gösterilmesi aranmaktadır. Ancak iddia makamını teşkil eden savcının, hem iddia hem de sa-

37 Mirjan Damaska, "Truth in Adjudication", *Hastings Law Journal*, C. 49, S. 2, 1998, s. 296.

38 Yılmazlar, s. 43.

39 Örneğin sulh ceza hakimliklerinin yetkisinin azalması da Kara Avrupası hukukundaki örneklerdendir (Campbell, Ashworth, Redmayne, *The Criminal Process*, 5. Baskı, Oxford (İngiltere), Oxford University Press, 2019, s. 439; Jill E. B. Coster van Voorhout, *Ineffective Legal Assistance*, Utrecht Üniversitesi Yayınlanmış Doktora Tezi, Utrecht (Hollanda), 2016, s. 46).

vunma görevini eşit şekilde ifa edeceği bir temenniden ibarettir.

Bu eleştirileri karşılayan hükümler Alman Ceza Muhakemesi Kanununda dikkate alınarak, ara muhakeme safhasında iddianamenin şüpheliye tebliğ edilerek yeterli suç şüphesine karşı beyanlarının alınması öngörülmüştür. Bu aşamada hakim, iddianamenin kabulü kararından önce şüphelinin talepleriyle ilgili delil toplayabilmektedir. Bu şekilde, silahların eşitliği ilkesi, Kara Avrupası hukukunda da tatbik edilebilir hale gelmektedir⁴⁰.

Sonuç

Günümüzde itham sisteminden türeyerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine giren adil yargılanma hakkının gelişimine paralel olarak işbirliği ceza muhakemesi sistemi de taraf muhakemesiyle Kara Avrupası hukuk sistemini birbirine yakınlaştırmaktadır.

Silahların eşitliği ilkesi, taraf muhakemesinin en karakteristik özelliklerindedir. Tarafların argümanlarını sunabilmesi için, hükmü verecek mahkeme önünde birbirlerine karşı özlü bir dezavantaja maruz kalmadan argümanlarını sunabilecek imkanlara sahip kılınmalıdır. Bu nedenle kovuşturma, silahların eşitliği ilkesine riayet edilerek ve çelişmeli bir usulde gerçekleştirilmelidir⁴¹.

Soruşturma aşamasında tahkik sisteminin özelliklerinin tatbiki, kural olarak silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil etmez. Zira ilke, savunmanın, hükmü verecek mahkemenin kararına, iddia makamı karşısında özlü bir dezavantaja maruz bırakılmadan etki edebilme şansını güvence altına alır⁴².

Buna karşılık soruşturma üzerine bina edilen kovuşturma aşamasında, soruşturmadaki eksikliklerin giderilmesi güçlük arz edebilir. Zira, kamu görevlisi sıfatını haiz bir hukukçu olan savcının, kovuşturma aşamasında da “soruşturmanın patronu” sıfatına benzer nitelikte görev üstlenmek istemesi buna en büyük engeldir. Kovuşturma aşamasına geçilmesiyle artık savcı, savunma ile eşit koşullarda argümanlarını ortaya koyabilmelidir. Bu meyanda artık savcının re’sen delil toplama ve ikame etme imkanı bulunmamaktadır.

Soruşturma aşamasının tahkik yapısından kaynaklanan çekinceleri ortadan kaldırmak için en etkili güvence, ara muhakeme safhasıdır. Burada, soruştur-

40 Karolina Kierzkowski, *Die Unparteilichkeit des Richters im Strafverfahren unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK*, Duncker & Humblot, Berlin (Almanya), 2016, s. 223; Udo Lundberg, *Beweiserhebung im Zwischenverfahren zur Entscheidung über den hinreichenden Tatverdacht*, Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, Göttingen (Almanya), 1993, s. 85.

41 Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, Intersentia, Antwerp (Hollanda), 2006, s. 292.

42 Pischalnikov/Rusya, 24.09.2009 t., 7025/04 Başvuru No, &68.

ma aşamasının gizliliği, dağımlığı ve yazılılığı sebebiyle silahların eşitliği ilkesinden mahrum kalan savunmanın argümanlarını, kovuşturma aşamasına geçmeden önce ortaya koyabilmesine imkan sağlanmalıdır. Nitekim Alman CMK'nın kovuşturmanın açılmasına ilişkin hükümleri de bu yöndedir. Bu sayede kovuşturma aşamasına mümkün olduğunca az eksikle geçilebilmekte ve sadece silahların eşitliği ilkesine riayet edilerek taraflar arasında çelişme sağlanmaya çalışılmaktadır.

Ezcümle, savunmanın argümanlarına, delil araştırılması, toplanması ve ikamesi taleplerine ara muhakeme ve duruşma hazırlığı aşamasında yer verilmesi ile kovuşturmada iddia ile savunmanın eşit şartlar altında çelişmesi sağlanabilir. Bu şekilde teorik olarak Kara Avrupası hukukunda da silahların eşitliği ilkesinin tam manasıyla tatbiki mümkün olabilir. Kovuşturma aşamasında ise zaten iddia ile savunma arasında tam bir eşitlik söz konusu olmalıdır.

KAYNAKLAR

- Bachmaier, Lorena, *Rights and Methods to Challenge Evidence and Witnesses in Civil Law Jurisdictions*, Ed. Brown, Darryl K. – Tuner, Jenia Iontcheva – Weisser, Bettina, *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford (İngiltere), Oxford University Press, 2018.
- Campbell, Liz; Ashworth, Andrew; Redmayne, Mike, *The Criminal Process*, 5. Baskı, Oxford (İngiltere), Oxford University Press, 2019.
- Coster van Voorhout, Jill Elizabeth Barbara, *Ineffective Legal Assistance*, Utrecht (Hollanda), Utrecht Üniversitesi Yayınlanmış Doktora Tezi, 2016.
- Damaska, Mirjan R., *The Faces of Justice and State Authority*, Londra (İngiltere), Yale University Press, 1986.
- Damaska, Mirjan, “Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure”, *Yale Law Journal*, S. 84, 1975.
- Damaska, Mirjan, “Truth in Adjudication”, *Hastings Law Journal*, C. 49, S. 2, 1998.
- Decaigny, Tom, “Inquisitorial and Adversarial Expert Examinations in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *New Journal of European Criminal Law*, C. 5, S. 2, 2014.
- Dönmez, Burcu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Erem, Faruk, “Diyalektik Açından Ceza Yargılaması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 34, S. 1, 1977
- Erem, Faruk, “Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 1988, S. 1.
- Fedorova, Maria Igorevna, *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*, Antwerp (Hollanda), Intersentia, 2012.
- Grande, Eliabetta, “Comparative Approaches to Criminal Procedure: Transplants, Translations, and Adversarial-Model Reforms in European Criminal Process”, Ed. Brown, Darryl K.; Tuner, Jenia Iontcheva; Weisser, Bettina, *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford (İngiltere), Oxford University Press, 2018.
- Gökçen, Ahmet, “1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, 1994.
- Gökçen, Ahmet; Çakır, Kerim, “Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, Özel Sayı, C. 3, 2019.
- Gökçen, Ahmet; Balcı, Murat; Alşahin, Mehmet Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.
- Hafizoğulları, Zeki, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 1994.
- Jackson, John D., “The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Process: Towards Convergence, Divergence or Realignment?”, *The Modern Law Review*, C. 68, S. 5, 2005.

- Johnston, Ed; Smith, Tom, *Criminal Procedure and Punishment, Bristol (İngiltere)*, Holl and Stott Publishing, 2018.
- Kierzkowski, Karolina, *Die Unparteilichkeit des Richters im Strafverfahren unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK*, Berlin (Almanya), Duncker & Humblot, 2016.
- Kocaoğlu, Serhat Sinan, “Tarihsel Perspektif ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 68, S. 3, 2010.
- Köksal, Ayhan, “Anglo-Sakson Hukuku Ceza Muhakemesinde İtham Fonksiyonu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXIX, Sayı: 1-2, 1963.
- Krey, Volker, *The Public Prosecution’s Role in Criminal Procedure under the Rule of Law Legal Situation in Germany with Comparative Law Remarks on UK and USA*, Rechtspolitisches Forum Legal Policy Forum, S. 46, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2009.
- Ligeti, Katalin, “The Place of the Prosecutor in Common Law and Civil Law Jurisdictions”, Ed. Brown, Darryl K.; Tuner, Jenia Iontcheva; Weisser, Bettina, *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford (İngiltere), Oxford University Press, 2018.
- Lippke, Richard, “Fundamental Values of Criminal Procedure”, Ed. Darryl K. Brown, Jenia Iontcheva Tuner, Bettina Weisser, *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, Oxford (İngiltere), 2018.
- Lundberg, Udo, *Beweiserhebung im Zwischenverfahren zur Entscheidung über den hinreichenden Tatverdacht*, Göttingen (Almanya), Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, 1993.
- Mack, Raneta Lawson, *Comparative Criminal Procedure History, Process and Case Studies*, 2. Baskı, New York (Amerika Birleşik Devletleri), William S. Hein & Co., 2017.
- McEwan, Jenny, “Ritual, Fairness and Truth: The Adversarial and Inquisitorial Models of Criminal Trial”, Ed. Duff, Antony; Farmer, Lindsay; Marshall, Sandra; Tadros, Victor, *The Trial on Trial: Volume 1: Truth and Due Process*, Londra (İngiltere), Hart Publishing, 2004.
- Ogg, James Thomas, “Adversary and Adversity: Converging adversarial and Inquisitorial Systems of Justice – a Case Study of the Italian Criminal Trial Reforms”, *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, C. 37, S. 1, 2013.
- Öztürk, Bahri, “Bir Adli Organ Olarak Savcılık”, *7-9 Temmuz 2006 Sempozyumu*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006.
- Öztürk, Bahri, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1991.
- Öztürk, Bahri, “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, 1994.
- Öztürk, Bahri; Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sırma-Gezer, Özge; Saygılar-Kırıt, Yasemin F.; Alan-Akcan, Esra; Özaydın, Özdem; Erden-Tütüncü, Efser; Altınok-Villemin, Derya; Tok, Mehmet Can, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi*

Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

- Pizzi, William T.; Montagna Mariangela, “The Battle to Establish an Adversarial Trial System in Italy”, *Michigan Journal of International Law*, C. 25, S. 2, 2004.
- Pizzi, William T., *Trials Without Truth*, New York (A.B.D.), New York University Press, 1999.
- Salhany, Roger E., *British and Canadian Criminal Procedure a Short History*, Londra (İngiltere), Austin Macauley Publishers, 2018.
- Summers, Robert S., “Evaluating and Improving Legal Processes A Plea for Process Values”, *Cornell Law Review*, S. 60, C. 1, 1974.
- Summers, Sarah J., *Fair Trials*, Hart Publishing, Londra (İngiltere), 2007.
- Toroslu, Nevzat; Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019.
- van Dijk, Pieter; van Hoof, Fried; van Rijn, Arjen; Zwaak, Leo, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, Antwerp (Hollanda), Intersentia, 2006.
- Vargha, Julius, *Die Verteidigung in Strafsachen Historsich und Dogmatisch dargestellt*, Wien (Avusturya), Keip Verlag, 2002.
- Yılmazlar, Elif Gül, “Cumhuriyet Savcısının Konuulanışının Silahların Eşitliği Prensibine Aykırılığı”, *Hukukçular Arası Makale Yarışması*, Ankara, TBB, 2014.
- Weigend, Thomas (Terc. Bozbayındır, Ali Emrah), “Ceza Muhakemesi Gerçeği mi Arıyor?”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 2, 2006.

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Milletlerarası Usul Hukukunda Bekletici Sorun*

Suspension by Reason of Prejudicial Question in International Procedural Law

İŞİ EGEMEN DEMİR**

ÖZ

Devlet mahkemeleri nezdinde devam eden bir yargılamada, başka bir mahkeme nezdinde devam eden bir davanın sonucunun belirleyici olması durumunda, mahkeme söz konusu davanın beklenmesine karar verebilir. Hâkimin bekletici sorun yapma kararı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiş olmakla birlikte, bu konuda bir düzenlemenin yer olmadığı mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde de hâkimin bekletici sorun kararı verebilmesi hem yargı içtihatlarında hem de öğretide kabul edilmekteydi. Bir Türk mahkemesinin başka bir Türk mahkemesi nezdindeki yargılamayı bekletici sorun yapabilmesi tartışmalı değildir. Ancak Türkiye'deki bir mahkemenin, sonucu kararını etkileyecek yabancı devlet nezdinde devam eden bir davayı bekletici sorun yapıp yapamayacağı hususu hakkında, öğretide ve Yargıtay içtihatlarında görüş birliği yoktur. Bu durum 6100 s. HMK döneminde de açıklığa kavuşturulmuştur değildir. Yabancı devlet mahkemelerinde devam eden yargılamaların bekletici sorun yapılması, Türk hukuku açısından yabancılık unsuru içerdiğinden, aynı zamanda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku kapsamında da değerlendirilmesi gerekir. 5718 s. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda da bu konuda açık bir hüküm yoktur. Sonuç olarak, yabancı mahkeme ya da hakem kararlarının bekletici sorun yapılabilmesi ile alakalı mevzuatta açık bir düzenleme yer almamaktadır. Çalışmamızda bekletici sorun kararının hukuki niteliği, şartları incelendikten sonra, Alman ve İsviçre Medeni Usul Kanunlarındaki düzenlemeler ve içtihatlar da dikkate alınarak, Türk hukuku açısından bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bekletici sorun, bekletici mesele, mesele-i müstehire, ön sorun, milletlerarası derdestlik, lis pendens.

ABSTRACT

The court may decide to suspend a pending trial by reason of prejudicial question, if

* Makale gönderim tarihi: 10.11.2020. Makale kabul tarihi: 22.12.2020. Işıl Egemen Demir, "Milletlerarası Usul Hukukunda Bekletici Sorun", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s. 213-257; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.2.09>.

** Dr. Öğretim Üyesi, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, demir@tau.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7007-211X>.

the outcome of an ongoing trial before another state court is decisive in a case. Although the suspension by reason of prejudicial question has been regulated in the Code on Civil Procedure No. 6100, the ability of the judge to decide on suspension was accepted both in the doctrine and case law in the period of the abrogated Code on Civil Procedure No. 1086. where there wasn't a regulation about it. Therefore, it hasn't been a controversial issue that a Turkish court could suspend the pending trial until the decision of another Turkish court. However, there isn't a conciliation about the question whether a Turkish court can suspend the trial until the decision of a foreign court. This controversy has not been brought to light in the Code on Civil Procedure No. 1086. Suspending a pending trial until the decision of a foreign state court should also be evaluated within the scope of International Private Law and Procedural Law, as it contains a foreign element in terms of Turkish law. There is no clear provision in this regard in the Law on Private International Law and Procedural Law No. 5718. Consequently, there is no explicit regulation in the Turkish legislation related to the suspension of the Turkish court's trial until the decision of a foreign court or an arbitral tribunal. In the drafting period of the Code on Civil Procedure No. 6100, German and Swiss Codes on Civil Procedure had been taken into consideration. In our study, it will be tried to reach a conclusion in this matter in terms of Turkish law by taking the regulations and jurisprudence in comparative law into account.

Keywords: Prejudicial question, suspension of trial, pending legal action in international procedural law, *lis pendens*, foreign court decision

Giriş

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)¹ öncesi dönemde mahkemenin diğer bir mahkeme kararını beklemesi, kanuni düzenlemelerde yer almamakla birlikte, içtihatlarda ve öğretide kabul edilen bu olguyu karşılamak üzere, mesele-i müstehire², bekletici mesele³, bekletici sorun⁴ terimleri kullanılmıştır⁵. Bekletici sorun 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda⁶ düzenlenmemiştir. Bekletici soruna ilişkin bir düzenleme yapma ihtiyacı kar-

1 R.G. Tarih: 04.02.2011 Sayı: 27836.

2 Necmeddin M. Berkin, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s. 74; Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi* 4. Bası, Duygu Matbaası, İstanbul, 1956, s. 94; İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Sulh Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s. 144.

3 Necip Bilge, Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 23; H. Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 76.

4 Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 919; Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2014, s. 482; Hakan Pekcanitez, "Bekletici sorun", *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1980, Cilt: 1, Sayı: 1-4, s. 249 vd.; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 302.

5 Bunun yanı sıra geciktirici sorun, bekletici ön mesele, ön mesele terimleri de kullanılmıştır. Bekletici sorun kavramını karşılamak üzere öğretide ve yargı kararlarında kullanılan terimler hakkında daha fazla bilgi için bkz: İbrahim Aşık, *Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 20 vd.

6 R.G. Tarih 02, 03, 04, 07.1927, Sayı 622, 623, 624.

sısında, yeni usul kanunu tasarısı çalışmalarında bu konuya da yer verilmiştir⁷. Tasarıyı hazırlayan komisyon, başta Alman Medeni Usul Kanunu⁸ olmak üzere İsviçre⁹ ve diğer Avrupa Medeni Usul Kanunlarından yararlanmıştır¹⁰. 2008 yılında TBMM'ye sunulan HMK Tasarısı 12.01.2011 tarihinde kabul edilmiş ve yürürlük tarihi 01.10.2011 olarak belirlenmiştir. Bekletici soruna ilişkin olarak HMK maddeleri incelendiğinde, daha ayrıntılı bir düzenleme getirildiği, yakın bir kavram olan hadise kavramından açıkça ayrıldığı ve genel düzenleme yerine ön sorun ve bekletici sorun kavramlarının ayrı maddelerde düzenlendiği, böylelikle her iki kavram arasındaki farkın belirgin hale getirildiği görülmektedir¹¹. 6100 sayılı HMK m. 165'te düzenlenen bekletici sorun başlıklı maddeye göre, “*bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespiti-ne yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir.*” Böylelikle mahkeme, nezdindeki bir davayla ilgili bir sorunun öncelikle çözülmesi gerektiğini tespit ederse ve bu sorunu çözmek kendi yetkisi dahilinde ise HMK m. 163 ve m. 164'e göre bir ön sorundan, sorunun çözümü başka bir mahkeme nezdindeki yargılamaya bağlıysa, HMK m, 165'e göre bekletici sorundan bahsedilir.

Mahkemenin bir karara varabilmesi ve önündeki sorunun çözülmesi için bekletici sorun kararı verme hususunda takdir hakkının olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapmamız gerekmektedir. Hâkime takdir hakkı vermeyen ve kanun hükmü gereğince hâkimin bekletici sorun kararı vermesinin zorunlu olduğu ya da bekletici sorun kararı vermesinin menedildiği haller vardır. Bek-

7 Bilge Umar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 68, 2007, s. 134-135.

8 Zivilprozessordnung (ZPO), 10 October 2013 (Federal Law Gazette I p. 3786), <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/index.html> (08.11.2020).

9 Schweizerische Zivilprozessordnung, (ZPO) vom 19. Dezember 2008 (Stand am 1. Juli 2020), <https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2010/1739.pdf>, (08.11.2020).

10 TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 393, s. 1.

11 HMK öncesi dönemde ise, öğretide tanımlama konusunda bir birlik olmadığını görüyoruz. “*Bir davaya bakmağa salahiyyetli hâkim önünde iddia veya müdafaaya mevzu ve o davanın halli için gerekli olup müstakil bir dava olsaydı salahiyyetli olamayacağı müteferri meseleye meselei müstehire denmektedir.*” Belgesay, s. 94. “*Mahkeme vazifesi dışında kalan bir iddia muhavesesinde olduğuna ve bu iddia halledilmedikçe önünde görülmekte olan davayı bir karara raptedemeyeceğine göre, mevzuubahis iddianın vazifeli merci tarafından hallini beklemelidir. Yani mevzuubahis iddia derdest davaya nazaran bir mes' elei müstehire teşkil eder.*” Postacıoğlu, s. 145. *Bir davada hüküm verilmesi, başka bir davada incelenmekte ve kesin olarak karara bağlanacak olan bir hukuki ilişkinin (münasebetin) mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkeme, o davanın sonuçlanmasını beklemek üzere yargılamayı erteleyebilir (o davanın sonuçlanmasını kendi bakmakta olduğu dava için bekletici sorun yapabilir).* Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 3*, İstanbul, 2001, s. 3214.

letici sorun yapma zorunluluğunun getirildiği hallerde zorunlu bekletici sorundan söz edilir¹². Türk hukukunda hukuk mahkemesinin başka bir mahkemede derdest olan bir ihtilafı bekletici sorun yapması bazı hallerde zorunludur. Dolayısıyla bazı hallerde hâkimin bekletici sorun yapma hususunda takdir yetkisi olduğundan bahsedemeyiz. Anayasa m. 152 gereği mahkemenin nezdindeki davaya uygulaması gereken kanun maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğü ya da taraflardan birinin Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi görüp, Anayasa mahkemesine başvurduğu somut norm denetiminde, mahkeme Anayasa mahkemesinin kararını bekletici sorun yapmak zorundadır. Anayasa mahkemesi kararının beş ay içerisinde verilememesi halinde, hâkim davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararının, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelmesi halinde, mahkeme bu karara uymak zorundadır¹³. 2247 s. Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun¹⁴ m. 18'e göre, Hukuk mahkemesi ile idare

12 Başka mahkeme nezdinde derdest olan bir dava sonucu verilecek kararın beklenilmesinin zorunlu olduğu hallerin başında, Anayasa Mahkemesince somut norm denetimi kapsamında, davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan ve Anayasa mahkemesine başvuran yerel mahkemenin bekletici sorun kararı vermesi gelmektedir. 03.04.2011 t. ve 27894 s. RG'de yayınlanan 6216 s. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 40/5'e göre yerel mahkeme somut norm denetimi hakkında ön görülen beş aylık süre geçtikten sonra Anayasa mahkemesinin karar vermesinden sonra da bu karara uymak zorundadır. Aynı Kanunun 41/2 hükmüne göre, *itiraz yoluna başvuran mahkemede itiraz konusu kuralın uygulanacağı başka dava dosyalarının bulunması hâlinde, yapılmış olan itiraz başvurusu bu dosyalar için de bekletici mesele sayılır*. Diğer yandan, yabancı bir kanunun Anayasa'ya aykırılığının denetlenebilip denetlenemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Anayasa mahkemesinin böyle bir yetkisinin varlığı kabul edilse dahi, bu kararın sadece ilgili uyuşmazlıkla bağlı olarak verileceği doktrinde belirtilmiştir Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 154. Ayrıca bkz. Aysel Çelikel, "Devletler Özel Hukuku'nun Konusuna Giren Uyuşmazlıklarda Anayasal Denetim", *Anayasa Yargısı*, 1991, s. 209-224.

Diğer bir zorunlu bekletici sorun hali 22.06.1979 t. ve 16674 s. RG'de yayınlanan 2247 s. Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun m. 18'de düzenlenmiştir. Buna göre, *Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulduğunu bildiren yazının alındığı günden başlamak üzere altı ay içinde bu Mahkemenin kararı gelmezse yargı mercii davayı görmeye devam eder. Ancak, esas hakkında son kararı vermeden Uyuşmazlık Mahkemesinin kararı gelirse yargı mercii bu karara uymak zorundadır*. Dolayısıyla uyuşmazlık mahkemesine başvurulduğunu bildiren yazının gelmesiyle mahkeme bekletici sorun kararı vermek zorundadır. Aşık, s. 59 vd.; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, *Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 339, dn. 233; Yahya Berkol Gülgeç, *Lex Superior İlkesi : Hukukî Geçerliliği ve Uygulanması*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 79-80. Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku*, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 737-738; Efe Direnisa, "İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK M. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararlarının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Cilt 11 Sayı 25, 2019, s. 154.

13 Ejder Yılmaz, Ramazan Arslan, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 490; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, *Medenî Usul Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 449; Baki Kuru, Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2014, s. 466.

14 R.G. T. 22/6/1979, S. 16674.

mahkemesi arasında çıkan olumlu görev uyuşmazlıklarında, hangi mahkemenin görevli olduğuna dair bir karar verilmeye kadar, hukuk mahkemesi davayı bekletmek zorundadır. Uyuşmazlık mahkemesinin görev uyuşmazlığı hakkındaki kararının, hukuk mahkemesine bildirilmesinden itibaren altı ay içerisinde verilmemesi halinde, hukuk mahkemesi, davayı görmeye devam eder. Ancak, esas hakkında karar verilmeden, Uyuşmazlık Mahkemesinin kararının gelmesi halinde, hukuk mahkemesi bu karara uymak zorundadır¹⁵. Hâkimin bekletici sorun kararı yapmasının zorunlu olduğu bir diğer hal, icra mahkemesinin miras bırakanın ölümü tarihinde ödemedi aczinin tespit edilmesini bekletici sorun yapmasıdır. İcra İflas Kanunu m. 68 uyarınca, icra mahkemesi terekenin borca batık olduğunun tespiti davası açması için borçluya uygun bir süre verir¹⁶. Kanunda böyle bir zorunluluğun ön görülmediği hallerde hâkimin bekletici sorun yapma hususunda bir takdir hakkı vardır, bu durumda ihtiyari bekletici sorundan söz edilir.

I. Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorunun Hukuki Niteliği

A. Bekletici Sorun Kavramı

1. Bekletici Sorun Kararının Hukuki Niteliği

Yargılamanın devamı sırasında bir hüküm verilebilmesi için mahkemece ya da taraflarca yapılan, şartları ve sonuçları medeni usul hukuku tarafından belirlenen işlemlere usul işlemleri¹⁷ denir. Mahkeme tarafından gerçekleştirilen usul işlemleri, hâkim veya mahkeme heyeti tarafından yargılamanın yürütülmesine ilişkin olan ve uyuşmazlığın sonucuna etkili olan işlemlerdir. Davanın sonuçlandırılmasına ilişkin usul işlemleri, ara kararlar ve nihai karar olarak ikiye ayrılır. Ara kararlar, dava esnasında ortaya çıkan sorunların çözümlenmesi amacıyla verilen, davayı sona erdirmeyen usul işlemleridir¹⁸. Bir hususun bekletici sorun yapılmasını taraflar talep edebilirler; ancak mahkeme tarafların talebiyle bağlı olmayıp, bekletici sorun yapma kararı, mahkemenin takdirinde

15 Yılmaz, Arslan, Taşpınar-Ayvaz, Hanağası, s. 490; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 449; L. Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman, Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 467; Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku*, s. 737; Pekcantez, Atalay, Özkes, s. 302.

16 Yılmaz, Arslan, Taşpınar-Ayvaz, Hanağası, s. 490; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 449; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, s. 384; Kuru, Arslan, Yılmaz, s. 467; Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku*, s. 737; Pekcantez, Atalay, Özkes, s. 302.

17 Gerçekleştirilen işlem yargılamanın düzenlenmesini hedef almaktaysa söz konusu işlem usuli işlem olarak nitelendirilmektedir. Bu sebeple uyuşmazlık henüz çıkmadan yapılmış olsa dahi yetki sözleşmesi bir usuli işlem olarak nitelendirilmektedir. Buna karşın dava konusu üzerindeki işlemler maddi hukuk işlemi olarak nitelendirilmektedir. Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 276.

18 Abdurrahim Karşı, *Medeni Usul Hukukunda Usûli İşlemler*, İstanbul, 2001, s. 359 vd.

olan bir husustur. Mahkeme bekletici sorun yapma talebini kabul edebileceği gibi reddedebilir. Mahkeme bekletici sorun yapma kararıyla, yargılamayı başka bir davadaki sorunun çözümüne kadar geçici bir süreyle ertelediği, dolayısıyla davadan el çekmediği için bu karar, bir ara karar niteliğindedir¹⁹. Mahkeme, adli yargı teşkilatı içerisindeki başka bir mahkeme kararını bekletici sorun yapabileceği gibi, diğer yargı kollarındaki bir mahkeme kararını, örneğin bir idare mahkemesi ya da vergi mahkemesi kararını da bekletici sorun yapabilir. Başka yargı kolundaki bir mahkeme kararını bekletici sorun yapma ya da yapmama kararı da hâkimin takdirine bırakılmıştır²⁰.

2. Bekletici Sorunun Amacı

Medeni usul hukuku içerisinde yer alan bir kavram olan bekletici sorunun amacını yine medeni usul hukukunun amaçları çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Medeni usul hukukunun amacı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Yargılamanın amacı ile maddi hukukun amacının bir olduğu ve yargılamanın amacının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması görüşüne²¹ karşı, maddi hukukun amacı ile yargılamanın amacını birbirinden ayıran ve yargılamanın amacının kesin hükme ulaşmak olduğu şeklinde iki temel görüş ortaya atılmıştır²². Yargılamanın amacının kesin hükme ulaşmak olduğunu savunan, saf yargılama hukuku görüşüne göre, usul hukuku, devlet gücü sayesinde her türlü uyumsuzluğun bağlayıcı şekilde çözüme kavuşturulmasının güvencesini oluşturur. Usul hukukunun amacına dair bu iki temel görüş dışında diğer görüşleri ihkak-ı hakkı engellemek, hukuk barışının ve adaletin sağlanması, hukuki düzenin tesis edilmesi, hakların korunmasına hizmet etmesi şeklinde sıralayabiliriz²³.

Kanaatimizce medeni usul hukukunun tek bir amaca hizmet ettiğinden söz edilemez, medeni usul hukuku maddi gerçekliğe ulaşılmasına hizmet ettiği gibi hukuk düzeninin tesis edilmesine, hukuki barışın sağlanmasına, hakların korunmasına ve adaletin sağlanmasına da hizmet eder. Bu amaçlara ulaşabilmek için iyi işleyen, etkili bir adalet mekanizmasına ihtiyaç vardır. Bu da ancak medeni usul

19 Aşık, s. 35; Bayraktaroglu Özçelik, s. 340; Pekcanitez, *Bekletici Sorun*, s. 265.

20 Hukuk mahkemeleri ve idari mahkemeler birbirinden bağımsızdır. Kural olarak medeni yargıdaki ve idari yargıdaki mahkemeler, önlerine gelen, diğer yargı koluna ait bir sorunu ön sorun olarak vasıflandırıp kendileri çözebilirler. Bu nedenle örneğin bir idari işlemin geçerli olup olmadığını, sadece bu hususla sınırlı olarak inceleyip karara bağlayabilirler. Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 29.

21 Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, s. 126-128; Ahmet Cahit İyilikli, "Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:3, Sayı:2, Yıl: 2012, s. 86.

22 Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları*, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 88-92.

23 Sema Taşpınar, "Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu", Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara, 1999, s. 759 vd.

hukuku kurallarıyla sağlanabilir. Bekletici sorunun amacını da medeni usul hukukunun amacı içinde değerlendirmek gerekir. Dolayısıyla medeni usul hukukunun amaçlarına ulaşabilmek için, adalet mekanizmasının en hızlı, etkili ve en az masrafla işlerliğinin sağlanması gerekir²⁴. Bekletici sorunun da belirtilen amaçlara hizmet etmesi gerekir. Her ne kadar bekletici sorun yargılamayı geciktiren bir hal olarak görülse de mahkemenin bekletici sorun kararı vermemesi durumunda, diğer dava sonucu verilecek karar mahkemenin esas hakkındaki hükmünden sonra belki hükmün istinaf ya da temyiz yolunda bozulmasına sebebiyet verecek; bu da hem emek ve zaman hem de masraf kaybına neden olacaktır. Hâkimin takdir yetkisini kullanırken, bekletici sorun kararı vermenin ya da bekletici sorun kararı vermeksizin yargılamaya devam etmenin medeni usul hukukunun ve bekletici sorunun amaçlarıyla bağdaşp bağdaşmayacağı hususunu değerlendirmesi gerekir.

B. Bekletici Sorun ile Benzer Kavramların Karşılaştırılması

1. Bekletici Sorun - Ön sorun Ayrımı

a. Medeni Usul Hukukunda Ön Sorun Kavramı

Bekletici sorun ile en yakın kavram ön sorun kavramıdır. Ön sorun, mantıktan hukuk bilimine geçmiş bir kavram olup, bir davada esasa ilişkin incelemeye başlamadan önce ya da devam edilebilmesi için öncelikle başka bir sorunun çözülmesi gerekliliğini ifade eder. Bekletici sorun da aslında, esas hakkında karar vermesi gereken hâkimin, esasa ilişkin incelemesine başlayabilmesi veya devam edebilmesi için öncelikle çözümlenmesi gereken bir sorundur. Bu nedenle bekletici sorunun geniş anlamda bir ön sorun olduğunu söyleyebiliriz²⁵. Medeni usul hukukunda, dar anlamda ön sorun ile bekletici sorun kavramı birbirinden farklı kavramlardır. Bu fark HMK düzenlemesiyle daha da belirgin hale gelmiştir. HMK m. 163 düzenlemesine göre, hâkim önüne gelen uyuşmazlıktaki bir ön sorun hakkında kendisi karar vermeye yetkiliyse aynı zamanda dar anlamda bir ön sorun söz konusudur²⁶. Ön sorun hakkındaki karar, bekletici sorun kararından farklı olarak, her zaman bir ara karar niteliğinde olmayabilir. Ön sorun hakkındaki karar, hâkimin davadan el çekmesini gerektiriyorsa, bu karar nihai bir karardır; el çekmesini gerektirmiyor, davaya devam ediyorsa, ara karardır²⁷.

24 Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s. 57.

25 Aşık, s. 243; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 300; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 356; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz, Hanağası, s. 488; Buket Sevinç Aydın, *Bekletici Sorun*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 9.

26 Aşık, s. 42 vd.; Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, s. 919; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 302.

27 Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s. 356; Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 302.

b. Kanunlar İhtilafı Hukukunda Ön Sorun Kavramı

Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, hakim uyuşmazlığı *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarının tespit ettiği hukuka göre çözer. Hakimin önüne gelen, uyuşmazlık konusu olayın çözümü, söz konusu olaydan önce gerçekleşmiş bazı sorunların çözüme kavuşturulmasına bağlı olabilir²⁸. Uyuşmazlık konusu esas sorun hakkında karar verilebilmesi için öncelikle çözümlenmesi gereken ve esas sorunu etkileyecek bu soruna ön sorun denir²⁹. Örneğin yabancı unsurlu bir nafaka davasında, mahkeme öncelikle davalı baba ile davacı küçük arasında nesep bağının bulunup bulunmadığı hakkında bir karar vermek zorundadır. Uyuşmazlıktaki esas sorun olan nafakaya ilişkin talebin çözümü, davacı küçük ile davalı baba arasındaki nesep ilişkisinin tespitine bağlıdır. Dolayısıyla burada nesep ilişkisi bir ön sorun niteliğindedir³⁰. Benzer şekilde bir boşanma davasında, hâkimin öncelikle çözmesi gereken ön sorun, evliliğin geçerli bir şekilde kurulup kurulmadığı; evlatlığın mirasçılık sıfatını kazanmasında evlatlık ilişkisinin geçerli bir şekilde kurulup kurulmadığı; kefalet sözleşmesinin geçerli olup olmadığı karz sözleşmesinin geçerli olup olmadığıdır³¹. Bu şekilde bir ön

28 Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 222; Çelikel, Erdem, s. 131; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Bası, İstanbul, 2020, s. 94 vd.; Hacı Can, Ekin Tuna, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, 2020, s. 98 vd.; Doğa Elçin, "Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun", *TAAD*, Yıl:9, Sayı:33, 2018, s. 211 vd.

29 Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 222; Çelikel, Erdem, s. 132; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s. 94 vd.; Can, Tuna, s. 98; Elçin, s. 213.

30 Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s. 94.

31 Çelikel, Erdem, s. 132; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s. 95; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 222 vd.; Can, Tuna, s. 100. Alman Hukukunda da asıl meselenin halli başka bir hukuki ilişki hakkındaki değerlendirme sonucu verilecek karara bağlı olabilir. Bu hukuki ilişki, esas meselenin çözümüne ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının dışında değerlendirmeye tabi tutulur. Alman hukukunda esas meselenin çözümüne ilişkin kanunlar ihtilafı kuralından ayrı olarak değerlendirilmesi gereken ve esas meselenin halli için çözülmesi gereken sorunlar üç başlık altında toplanmıştır. Bunlar *Erstfrage* (İlk sorun), *Vorfrage* (ön sorun) ve *Teilfrage* (kısmi sorun) şeklindedir. Dar anlamda kanunlar ihtilafı ön sorunu olarak da nitelendirilen ilk soruna ilişkin hususlar, mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları tarafından ortaya atılır ve esas meseleye uygulanacak hukukun tespit edilmesinden önce, yani atıftan önce ortaya çıkarlar. Buna ilişkin şu örneği verebiliriz: Yunanistan vatandaşları M ve F, Yunan - Ortodoks töreniyle Almanya'da rahip önünde 1980 yılında evleniyorlar. Fakat rahip, Yunan devleti tarafından Almanya'da nikah kıyma hususunda yetkilendirilmemiştir. 2010 yılında ayrılıyorlar ve taraflardan biri Alman Aile Mahkemesine boşanmak için başvuruyor. Roma III Tüzüğü m. 8/c'ye göre uygulanacak hukuk tespit ediliyor. Roma III Tüzüğündeki bağlama kuralına göre boşanmaya uygulanacak hukuk Yunan hukukudur. Ancak bağlama konusu "boşanma"ya ilişkin olduğundan, boşanmanın mantıksal ön şartı "geçerli" bir evliliğin olmasıdır. Dolayısıyla olayda kanunlar ihtilafı kuralının konusu başka bir hukuki ilişkinin varlığı şartına bağlıdır. Bu "ilk sorun" boşanmaya ilişkin kanunlar ihtilafı hukukundan ayrı olarak başka bir kanunlar ihtilafı kuralının konusunu oluşturur. İlk sorundan farklı olarak ön sorunlar, atıftan sonra ortaya çıkarlar. Örneğin 1980 yılında kilise nikahı yaptırmadan evlendirme dairesinde evlenen İspanya vatandaşları M ve F çiftinden M 2013'te vasiyet bırakmadan Almanya'da ölüyor. M'nin başka akrabası olmaması halinde, 1981 yılından önce İspanya hukukuna göre kilise nikahı olmaksızın, sadece evlendirme dairesinde evlenenlerin evlilik-

sorunun varlığı halinde, hakimin ön sorunu hangi hukuka tabi olarak çözüme kavuşturacağı, ön sorun meselesinin belkemiğini oluşturmaktadır. Burada yabancı unsurlu ön sorunun, asıl sorundan bağımsız ve ayrı olarak *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre mi yoksa esas meselenin bir parçası gibi değerlendirilip, esas meseleye uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı hukukunun yetkili kıldığı hukuka göre mi çözümlenmesi gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır³². Dolayısıyla, medeni usul hukukundaki ön sorun kavramı ile kanunlar ihtilafı hukukundaki ön sorun kavramı birbirine benzemekle birlikte, yabancı unsurlu davalarda ön sorun problemi, ön soruna uygulanacak hukukun belirlenmesi noktasında toplanır. Ön sorunun hakimin kanunlar ihtilafı kurallarına göre; yani *lex fori*'ye göre çözüldüğü birinci yöntemle göre hâkim, ön sorunu esas sorundan bağımsız bir sorun olarak ele alacak ve ön sorunu *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukuka göre çözecektir. Bu yöntemle “*lex fori* bağlama” veya “bağımsız bağlama” denmektedir³³. Ön sorunun esas sorunda yetkili olan hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümünü ifade eden ikinci yöntemle göre ise, ön sorun hakkında yetkili

lerinin geçersiz olduğu dikkate alındığında, sağ kalan eş F, M'nin yasal mirasçısı olur mu? Burada Alman hukukundaki kanunlar ihtilafı kuralı gereğince, miras hukukuna dair meseleler ölenin milli hukukuna tabi kılınmıştır. İspanya hukukuna göre, sağ kalan eş müteveffa eşe mirasçısıdır. Esas meseleye uygulanan hukuk başka bir ön sorunu ortaya atıyor. Geçerli şekilde kurulmuş bir evlilik var mıdır yok mudur? Burada tartışılan husus, ön sorunun *lex fori*'ye göre mi yoksa *lex causae*'ya göre mi çözüleceği noktasındadır; çünkü mirasa uygulanacak hukukun ölenin milli hukuku olduğu tespiti yapılırken; bu atfı bütün İspanya hukukuna ilişkin değildir; sadece İspanya hukukunun mirasa ilişkin hükümlerine ilişkindir. Dolayısıyla mahkeme kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayabileceği gibi *lex causae*'nin da kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayabilir. Alman hukukunda görüldüğü gibi ilk sorun ile ön sorun arasında bir ayırım yapılmıştır. Eğer Alman mahkemesi uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit etmeden evvel öncelikle çözümlenmesi gereken bir sorunun varlığını tespit ediyorsa bu bir “ilk sorundur” ve baskın görüşe göre *lex fori*'ye göre çözülmesi gerekir. Eğer Alman mahkemesi uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit ediyor ve bu hukukun uygulanması sırasında daha önce çözümlenmesi gereken bir sorunla karşılaşılıyorsa buna ön sorun denir ve bu ön soruna hangi hukukun uygulanması gerektiğinin tespitinde, *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarının mı yoksa *lex causae*'nin kanunlar ihtilafı kurallarının mı uygulanması gerektiği hususunda tartışma vardır. Kısmi sorunlar, ilk sorun ve ön sorundan ayrı olarak esas meselenin mantıklı bir ön aşamasına ilişkin değildir ve esas meseleden ayrı değerlendirileceği hususunda bir ihtilaf yoktur. Bunların çözümü esas meselenin halli bakımından önemli olmakla birlikte, esas meselenin geçerliliğinin bir parçasıdır ve fiil ehliyeti, hukuki işlemin şekli, vasiyetnamenin şekli, evlenme ehliyeti gibi uygulamada önem taşıyan ve sıklıkla karşılaşılan kısmi sorunlara ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Alpmann Schmidt, *Internationales Privatrecht*, 5. Auflage, Münster, 2013, s. 44 vd.; Kurt Siehr, *Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 2001, s. 470 vd. Türk hukukunda ilk sorun (Erstfrage) ve ön sorun (Vorfrage) ayırımının yapılmadığını, her ikisinin de ön sorun olarak nitelendirildiğini tespit ediyoruz.

32 Gülören Tekinalp, Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 40; Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, Yenilenmiş 22. Bası, Beta Yayınevi, 2017, s. 140; Çelikel, Erdem, s. 133; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 95; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 223; Can, Tuna, s. 101.

33 Tekinalp, Uyanık, s. 40; Nomer, s. 140; Elçin, s. 222 vd.; Can, Tuna, s. 101; Doğan, s. 225.

hukuk, esas sorunun tabi olduğu hukukun kanunlar ihtilafı hukukuna göre çözümlenecektir. Bu ikinci yönetime öğretilerde *lex causa* bağlama, yabancı bağlama veya bağımlı bağlama da denmektedir³⁴. Ön sorunun çözümü *lex fori* bağlamaya göre çözümlenirse, iç hukuk karar ahengi; *lex causa*'ya göre belirlenmesi ise milletlerarası karar ahengini sağlamaya hizmet edecektir³⁵. Hâkimin hangi yöntemi izlemesi gerektiğine dair MÖHUK'ta herhangi bir hüküm yer almamaktadır³⁶. Kanımızca burada bilinçli bir susma mevcuttur. Kanun koyucunun amacı somut olay adaletine en uygun yöntemin seçilebilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla devletler özel hukuku adaletini ve hakkaniyetini sağlamaya en elverişli yöntem somut olayın şartlarına göre tercih edilmelidir³⁷.

c. Bekletici Sorun ve Ön Sorun Hakkındaki Değerlendirmemiz

Türk Medeni Usul Hukukunda bekletici sorun ile ön sorun arasındaki ayrım 6100 s. HMK döneminde daha belirgin hale gelmiştir. Ön sorunlar, hakimin uyuşmazlık hakkında bir hükme varmadan önce çözmesi gereken sorunlardır. Hâkim, önüne gelen davayla ilgili ön sorunları kural olarak kendisi çözmekle yükümlüdür, bu anlamda bekletici sorunlar da geniş anlamda ön sorunu oluşturur³⁸. Ancak bazı durumlarda ön sorunlar hakkında çeşitli nedenlerle başka bir makamın karar vermesi gerekebilir. Öğretilerde, mahkemenin kendi görev alanına giren hususların dar anlamda ön sorun olduğu; görev alanına girmeyen hususların ise bekletici sorun olduğu ifade edilmekte; bir başka deyişle sorunun mahkemenin görev alanına girip girmemesi kriterine bağlı olarak, ön sorun – bekletici sorun ayrımı yapılmaktadır³⁹. Buna göre HMK m. 165 hükmü dar yorumlanarak, ön sorunun başka bir mahkemenin görevine girmesi halin-

34 Nomer, s. 139-141; Can, Tuna, s. 100-101; Çelikel, Erdem, s. 139; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 11; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 96; Elçin, s. 225; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* s. 225.

35 Elçin, s. 231-232; Çelikel, Erdem, s. 135-136; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 96-97.

36 Diğer yandan çeşitli milletlerarası sözleşmelerde hangi yöntemin izleneceği belirlenmiş olabilir. Örneğin Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme'de ön sorunun çözümü için uygulanacak hukuk *lex causa* olarak belirlenmiştir. RG. T. 06.02.1983 S. 17961.

37 Çelikel, Erdem, s. 139. Ancak yabancı unsurlu bazı ihtilaflarda iki yöntemden sadece bir tanesinin uygulanması somut olayın şartları bakımından mümkün olabilir. Örneğin murisin yabancı devlet vatandaşlığına haiz evlilik dışı çocuğunun mirasçılık talebinin olduğu bir davada, ön sorun muris ile yabancı devlet vatandaşı kişi arasında soy bağı bulunup bulunmadığıdır. Veraset davasının açıldığı Sulh Hukuk Mahkemesi, soy bağına ilişkin ön sorunun çözümünde yetkisiz olduğundan, ön sorunun halli için görevli ve yetkili mahkemede dava açılması için süre verecek ve ön sorun hakkında görülecek davayı bekletici sorun yapacaktır. Bu durumda veraset davasında uygulanacak hukuk henüz tayin edilmeden, ön sorun bekletici sorun yapıldığından, ön sorun hakkında karar verecek olan mahkemenin *lex causae* yöntemini uygulaması mümkün değildir. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 100.

38 Kuru, Arslan, Yılmaz, s. 462.

39 Aşık, s. 80; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 736; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 447; Kuru, Arslan, Yılmaz, s. 464; Pekcanitez, *Bekletici Mesele*, s. 252.

de bekletici sorundan bahsedileceği; aksi takdirde dar anlamda ön sorundan bahsedileceği öne sürülmektedir. Kanaatimizce, bekletici sorun, mahkemenin görevi dışında kalan bir soruna ilişkin olabilmekle birlikte, bu zorunlu bir şart değildir⁴⁰. Bu neden, genellikle rastlanıldığı üzere ön sorunun mahkemenin görev alanına girmemesi olabileceği gibi, ön sorun mahkemenin görev alanına girse bile, özellikle bir hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğu hakkında başka bir davadaki tahkikatın ilerlemiş olması ve davaların birleştirilemiyor olması halleri de olabilir. Nitekim HMK m. 165'in lafzından da, bekletici sorun kararı verebilmek için muhakkak mahkemenin görev alanı dışında olması gibi bir sonuca ulaşamıyoruz. HMK m. 165'ta belirtildiği üzere, bir davanın çözümününün, başka bir mahkemede görülmekte olan davanın çözümüne kısmen veya tamamen bağlı olduğu hallerde de bekletici sorundan bahsedilir. Özellikle görülmekte olan davalardan birisi hakkında karar verilebilmesi, başka bir davanın konusu olan bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlıysa, davalardan birisi diğeri için bekletici sorun teşkil eder. Şüphesiz bir hususun mahkemenin görev alanına girmemesi, bekletici sorun kararı vermesi için geçerli bir sebep olmakla birlikte, kendi görev alanına giren bir hususla ilgili de mahkeme gerekli görürse bekletici sorun kararı verebilir⁴¹. Sonuç olarak, dava hakkında karar verilebilmesi için, çözümlenmesi gereken ön sorunun başka bir mahkeme ya da mercii tarafından karara bağlanması gerekiyorsa, bu ön sorun bekletici sorun olarak nitelendirilir⁴². Ancak bu "gereklilik" mahkemenin görev alanı dışında olmasıyla sınırlandırılmamalıdır.

2. Bekletici Sorun ve Yargılamanın Ertelenmesi Ayırımı

Bekletici sorunda da yargılamanın ertelenmesinde de hâkim yargılamayı belli bir süreliğine durdurmaktadır. Alman ZPO m. 148'de bekletici sorun yapma kararı erteleme, ara verme anlamlarına gelen "Aussetzung des Verfahrens" teri-

40 Aynı yönde bkz: Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 303; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu, s. 383. Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2014, s. 488; Bilge Umar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısına Katkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 67, 2006 s. 135.

41 Umar, Şerh, s. 488 "Bir davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve bu davanın incelenbilmesi veya sonuçlandırılabilmesi için, mahkemenin görevi dışında kalması sebebiyle, görevli yargı makamınca çözümlenmesine kadar beklenilmesi gereken sorunlara, bekletici sorun denir" ifadesi isabetli değildir. Nitekim mahkeme bekletici sorun yapılmasına karar verilen konu hakkında görevli de olabilir. Örneğin, *bağlantılı sorun halen derdest bir davaya konu olmuş idiyse, o sorunu, örneğin mülkiyet kimdedir sorununu, davaya (diyelim, men-i müdahale davasına yahut ecr-i misil davasına) bakan hukuk mahkemesi kendisi çözmekten ise, diğer bir hukuk mahkemesindeki, doğrudan doğruya bu sorunu konu alan davanın, diyelim, maliki yanlış gösteren (araziye müdahalesinin men'i istenen yahut ecri misil ödemesi gereken kişiyi malik diye gösteren ve onun tarafından savunma dayanağı edinilen) tapu kaydının düzeltilmesi davasının, sonucunu bekleyebilir*".

42 Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 300 -301.

miyle; İsviçre ZPO m. 126'da yine erteleme, ara verme anlamlarına gelen “Sistierung des Verfahrens” terimiyle ifade edilmiştir. Türk hukukunda da erteleme ya da ara verme terimleriyle ifade edilmese de bekletici sorun kararıyla da yargılamanın belli bir süreliğine durması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla her iki durumda da yargılama belli bir süreliğine ertelenmektedir. Ancak bekletici sorun kavramı, üst kavram olan yargılamanın ertelenmesinden ayrı düzenlendiği için yargılamanın ertelenmesi kavramından ayrı değerlendirilmesi gerekir⁴³.

Bekletici sorun yapma kararı genellikle hâkimin takdirine bağlıyken, yargılamanın ertelenmesi tarafların anlaşmasına bağlı olabilir. Örneğin 6325 s. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁴⁴ m. 15/5'e göre, *dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri halinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir*. Bekletici sorunla yargılamanın ertelenmesi arasında bir diğer fark, bekletici sorunda mahkeme başka bir mahkemenin ya da idari makamın kararını beklemekteyken; yargılamanın ertelenmesinde herhangi bir makamın kararı beklenmemektedir. Bekletici sorun kararını verebilmenin bir şartı, mahkeme nezdindeki dava ile başka bir dava ya da idari makamın kararı arasında bağlantı olmasıdır. Ancak yargılamanın ertelenmesinde, mahkeme nezdindeki dava ile başka bir dava ya da idari makam arasında bir bağlantının bulunması gerekli değildir⁴⁵.

Yargılamanın ertelenmesi ve bekletici sorun kavramlarını birlikte değerlendirdiğimizde, Alman ve İsviçre hukuklarında bekletici sorun kavramına karşılık gelen “Aussetzung des Verfahrens” ya da “Sistierung des Verfahrens” terimlerinin, Türkçe'deki tam karşılığı yargılamanın ertelenmesi olmakla birlikte, Medeni Usul Hukukumuzdaki tam karşılığı bu değildir. Nitekim Alman ve İsviçre Medeni Usul Kanunlarında bahsedilen kavramlar, Türk Medeni Usul Hukukundaki yargılamanın ertelenmesini değil; bekletici sorunu karşılamaktadır. Her ne kadar bekletici sorun kararıyla, yargılamanın belli bir süre ertelenmesi söz konusu olsaydı da bekletici sorundan farklı olarak, yargılamanın ertelenmesinin tarafların anlaşmasına bağlı olabilmesi, herhangi bir makamın kararının beklenmemesi ya da başka bir merciin kararı ile bağlantının olması şartının aranmaması gibi farkların varlığı her iki kurumu birbirinden farklılaştırmaktadır.

43 Aşık, s. 35.

44 R.G. T. 22/6/2012 S. 28331.

45 Aşık, s. 38.

3. Bekletici Sorun ve Milletlerarası Derdestlik

a. Türk Hukukuna Göre Derdestlik İtirazının Kabul Edilme Şartları

Yabancılık unsuru içermeyen derdestlik itirazının kabul edilebilmesi için üç şart aranmaktadır. İlk şart, uyumsuzluğun görüldüğü mercilerin hukuken yargı makamı niteliğinde olmaları gereğidir⁴⁶. Dolayısıyla icra dairesi ve mahkeme nezdinde devam etmekte olan iki süreç söz konusuysa, derdestlik itirazı yapılamayacaktır.⁴⁷ Yabancı mercii önünde devam eden bir uyumsuzluğun Türk mahkemesi nezdinde milletlerarası derdestlik itirazına konu yapılabilmesi için, söz konusu mercii yargı mercii niteliğinde olması gerekir⁴⁸.

İkinci şart daha önce açılan başka bir davanın hâlen derdest olmasıdır⁴⁹. Derdestlik itirazı daha sonra açılan davanın görüldüğü mahkemeye yapılır; mahkeme, davanın ilk açıldığı mahkemeden davanın tarafları, konusu ve sebebine dair bilgi talep eder, bu bilgiler ışığında yapacağı inceleme sonucunda derdestlikle alakalı kararını verir⁵⁰. İlk açılan davanın derdest olmasıyla kastedilen, daha sonra açılan davanın açılma tarihinde, henüz daha hüküm kurulmamış olması ya da hükmün şeklen kesinleşmemiş olmasıdır⁵¹. Derdestlik iti-

46 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Seçkin Yayıncılık, 2002, (Yabancı Derdestlik), s. 22; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Adalet Yayınevi, 2007, s. 43; Özlem Canbeldek Akın, *Milletlerarası Derdestlik*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 s. 143.

47 Canbeldek Akın, *Milletlerarası Derdestlik*, s. 150.

48 Türk hukukunda yargı yetkisi devlet mahkemeleri eliyle kullanılır. Ancak bazı hukuk sistemlerinde Türk hukukunun aksine bazı uyumsuzlukların idare eliyle çözümlenmesi gibi yöntemler kabul edilmiştir. İşte bu kararların tanıma ve tenfiz aşamalarında Türk mahkemelerinin önüne gelmesi muhtemeldir. Örneğin Yargıtay 2. HD, 13.04.1995 T., 3612/4567 kararına konu olmuş olayda, tanıma-tenfiz talebi, boşanma kararının Kopenhag Belediyesi tarafından verilmiş olması; bir yargı mercii verdiği karar olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir (Kazancı İçtihat Bankası). Karşılaştırmalı hukuk bakımından konuyu incelediğimizde, İsviçre IPRG (Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun) m. 25'te tanımaya ilişkin genel kuralda, yabancı bir kararın İsviçre'de tanınabilmesi için, kararı veren devlet mahkemelerinin ya da kurumlarının yetkisinin gerekçeli olması öngörülmüştür. Dolayısıyla, İsviçre IPRG tanıma şartları arasında yabancı kararın muhakkak bir mahkeme tarafından verilmesini şart koşmamıştır. Türk hukuku bakımından yargı mercii niteliğinde olmayan kurumlarca verilmiş kararların tanıma ve tenfize konu olup olamaması incelendiğinde, MÖHUK m. 50 gereğince, sadece mahkeme kararlarının tanıma ve tenfize konu olabileceğini görüyoruz. MÖHUK m. 50 çerçevesinde, yabancı mahkeme kararları dışındaki mercii kararları, tanıma ve tenfize konu olamazlar. Bunun dışında bir mercii yargı makamı olup olmadığı konusunda, ilgili devletin hukukuna göre karar verilmesi gerektiği konusunda da bir görüş vardır. bkz: Bayraktaroğlu Özçelik, s. 309. Konu hakkındaki ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz: Canbeldek Akın, *Milletlerarası Derdestlik*, s. 114 vd.

49 Akıncı, *Yabancı Derdestlik*, s. 22; İlhan E. Postacıoğlu, Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 227-228; Tanrıver, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, s. 43.

50 Ekin Sökmen Güler, *Milletlerarası Derdestlik*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2019, s. 192.

51 Sökmen Güler, s. 193.

razı için üçüncü şart, aynı davanın açılmış olmasıdır⁵². Aynı dava ile kastedilen tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir davanın açılmış olmasıdır. Tarafların aynı olması ile kastedilen, her iki davada da tarafların aynı konumda olmaları değildir. İki davadaki tarafların aynı olmasına rağmen, davacı-davalı konumlarının farklı olması halinde de bu şart gerçekleşmiş olur.⁵³ Her iki davanın konusunun aynı olup olmadığını tespit için dava dilekçelerinde yer alan netice-i talep kısmının karşılaştırılması gerekir. Dava sebeplerinin aynı olmasına ilişkin olarak bir karşılaştırma yapılırken, dayanılan hukuki sebeplerin değil; maddi vakıaların karşılaştırılması gerekir⁵⁴. Dolayısıyla maddi vakıalar aynıysa, daha sonra açılan davada ileri sürülen hukuki sebeplerin farklı olması derdestlik itirazının ileri sürülmesine engel olmaz. Öğretide baskın görüş maddi vakıaların karşılaştırılması olduğuna göre, yabancı mahkemede somut hukuki ilişkinin farklı hukuki temele dayandırılmakla birlikte aynı maddi vakıalara dayalı olarak ileri sürülmesi veya maddi vakıaların farklı nitelendirilmeleri derdestlik itirazına engel olmamalıdır⁵⁵.

b. Milletlerarası Derdestlik

i. Milletlerarası Derdestliğe İlişkin Öğretideki Görüşler

Derdestlik, tarafları ve konusu aynı olan bir davanın, daha önceden açılmış ve halen görülmekte olması halinde gündeme gelir⁵⁶. Milletlerarası derdestlikte, milli derdestlikten farklı olarak, yargılama usulleri farklı iki ülke mahkemesinde, tarafları, konuları ve hukuki sebepleri aynı olan iki dava söz konusudur⁵⁷. Bekletici sorun ise bir uyumsuzluğun çözümü hakkında başka bir adli veya idari merciin

52 Akıncı, *Yabancı Derdestlik*, s. 22; Tanrıver, *Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, s. 43.

53 Tanrıver, *Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, s. 66-68.

54 Bu konuda iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre, dava sebebi, davacının talebini dayandırdığı hukuki ilişkidir. Maddi vakıalar somut hukuki ilişkiyi ferdileştirmeye yarar. Dava sebeplerinin aynı olup olmadığı incelenirken somut hukuki ilişki temelinde bir karşılaştırma yapılmalı; maddi vakıalar sadece somut hukuki ilişkiyi ferdileştirdikleri oranda dikkate alınmalıdır. Türk hukukunda baskın olan görüş ise, dava sebebinin aynı olup olmadığının, talep sonucuna dayanak gösterilen maddi vakıaların karşılaştırılması yoluyla tespit edilmesidir. Canbeldek Akın, *Milletlerarası Derdestlik*, s. 148 vd.

55 Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulu Cilt II*, s. 1589-1590; Akıncı, *Yabancı Derdestlik*, s. 39 vd.; Özkaya-Ferendeci, s. 46; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 561; Timuçin Muşul, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2012, s. 486 - 488; Postacıoğlu, Altay, s. 782; Canbeldek Akın, *Milletlerarası Derdestlik*, s. 150 vd.

56 Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 756-757.

57 Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 52 vd.; Vahit Doğan, "Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, S.:2, s. 121 vd.; Ersin Erdoğan, *Milletlerarası Derdestlik* (Lis Alibi Pendens), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2014 (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, s. 1867; Canbeldek Akın, *Milletlerarası Derdestlik*, s. 9.

kararının beklenmesi halinde söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan milletlerarası bekletici sorun kararı derdestlikten kaynaklanabileceği gibi, uyumsuzluk konusu veya tarafların farklı olduğu; ancak bağlantılı başka bir dava nedeniyle de verilebilir. Türk hukukunda milletlerarası usul hukukunda bekletici soruna benzer şekilde derdestlik itirazına ilişkin de açık bir düzenleme mevcut değildir⁵⁸. Bu sebeple öğretilde milletlerarası derdestliğin ne ölçüde dikkate alınması gerektiği hakkında görüş birliği yoktur⁵⁹. Öğretildeki görüşleri değerlendirdiğimizde, temel olarak yaban-

58 Türk Milletlerarası Özel ve Usul Hukukunu ilgilendiren ilk kanuni düzenleme 23 Şubat 1330 (1915) tarihli “Memaliki Osmaniyede Bulunan Ecnabilerin Hukuk ve Zeaifi Hakkında Kanunu Muvakkat”tır (Muvakkat Kanun). Muvakkat Kanunun kapsamı oldukça sınırlı olsa da 4. maddesinde derdestlik durumuna sınırlı da olsa yer verilmiştir. Muvakkat Kanun m. 4 gereğince, Osmanlı mahkemeleri yabancıları ilgilendiren davalarda da kural olarak yetkilidir. Ancak yabancıların taraf olduğu aile hukuku, ehliyet gibi ahkamı şahsiyeye ilişkin ilişkiler davalara ile menkul mallara ait vasiyet ve terekeye ilişkin davalarda Osmanlı mahkemelerinde görülebilmesi için üç şarttan birinin varlığı aranmaktadır; bu tür davalarda, bu üç şarttan birinin olmaması halinde davaya Osmanlı mahkemeleri bakmaya yetkili olmayacaklardı. Bu hallerden birisi de derdestlik halidir. Osmanlı mahkemelerinde yabancılarla ilişkin ahkamı şahsiye davalarının görülebilmesi, konuyla alakalı bir davanın Osmanlı mahkemesinde derdest olmasına bağlıdır. Nikâh akdi ve feshi ve ayrılma/boşanma ve babalık ve nesep ve evlat edinme gibi aile hukukuna ve erginlik ve mezuniyet ve kısıtlama ve vesayet gibi ehliyete ve taşınır mallara ilişkin vasiyet ve tereke davalarının Osmanlı mahkemelerinde yürütülebilmesi, bu uyumsuzlukların Osmanlı mahkemelerinde derdest olarak yürütülen davalara ilişkin olması durumuna bağlıdır. Dolayısıyla bu davaların Osmanlı mahkemelerinde yürütülebilmesi ancak bu davalara ilişkin başka bir davanın Osmanlı mahkemesinde derdest olmasına bağlıdır. Belkis Konan, “1915 Tarihli “Memâlik-i Osmaniyede Bulunan Ecanibin Hukuk ve Zeaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat”a Göre Yabancıların Osmanlı Devletinde Hukuki Durumunun Değerlendirilmesi”, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, s. 233, http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=1915-tarihli-mem%C3%A2lik-i-osmaniye%E2%80%99de-bulunan-ecanibin-hukuk-ve-zeaifi-hakkinda-kanun-i-muvakkat-gore-yabancilarin-osmanli-devletinde-hukuki-durumunun-degerlendirilmesi_belkis-konan.pdf, E.T: 08.11.2020. Muvakkat Kanun, 1982 tarih ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (2675 sayılı MÖHUK) 46. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 2675 sayılı MÖHUK’un kapsamı Muvakkat Kanun’a göre çok daha geniş olmasına karşın milletlerarası derdestliğe ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. 5718 sayılı MÖHUK özellikle uygulanacak hukuk konusunda 2675 sayılı MÖHUK’a nazaran önemli yenilikler içermesine karşın, milletlerarası derdestlik itirazının dikkate alınmayacağıyla ilgili açık bir düzenleme ihtiva etmemektedir.

59 Brüksel Konvansiyonu m. 21/1 hükmü gereğince, üye ülke mahkemesinde bir davanın açılması sonra tarafları ve sebebi aynı olan başka bir davanın farklı bir üye devlet mahkemesinde açılması halinde, daha sonra davanın açıldığı mahkemenin, davanın ilk açıldığı mahkeme lehine yetkisizlik kararı verilmesi düzenlenmiştir. AB hukukunda Brüksel I Tüzüğü madde 27’de hukuki sebebi ve tarafları aynı olan farklı üye devlet mahkemelerinde açılması halinde, ilk başvuru mahkemenin kendini yetkili olarak kabul etmesine kadar davaya re’sen ara vereceği, ilk başvuru mahkemenin kendini yetkili görmesi hâlindeyse, artık sonra başvuru mahkemenin yetkisizlik karar vereceği belirlenmiştir. Ancak burada daha sonra başvuru mahkemenin yetki anlaşmasıyla yetkilendirilmiş bir mahkeme olmasına rağmen yetkili olduğuna karar vermemesi eleştirilmektedir. Bu sebeple Brüksel I bis Tüzüğü’nde yetki anlaşmasının varlığı halinde, davanın hangi mahkemede önce açıldığına bakılmaksızın yetki anlaşmasıyla yetkilendirilmiş olan mahkemenin yetkisizlik kararı verinceye kadar yetki anlaşmasıyla yetkilendirilmemiş olan mahkemenin yargılamayı durduracağı belirlenmiştir. Zeynep Özgenç, “Brüksel I Bis Tüzüğü Uyarınca Yetki Anlaşmalarının Geçerliliği”, *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt 37, Sayı 2, 2017, s. 647-648. 22 Aralık 2000 tarihli Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 44/2001

cı derdestliği reddeden ve yabancı derdestliğin belli şartlar altında kabul edilmesi gerektiği yönünde iki görüş vardır. Milletlerarası derdestliği reddeden görüşün⁶⁰ temel gerekçesi, milletlerarası derdestliğe cevaz veren açık bir yasal düzenlemenin bulunmamasıdır⁶¹. Buna göre, milletlerarası derdestlik vasıtasıyla kişinin milli mahkemesi nezdinde dava açmaktan mahrum bırakılması veya milli mahkemenin yabancı bir mahkeme lehine yargılama hakkından feragat etmesi, ancak kanuni bir düzenlemenin ya da milletlerarası bir andlaşmanın varlığı halinde söz konusu olabilir⁶²; aksi halde bu durum devletin egemenlik hakkına aykırılık oluşturur⁶³. Milletlerarası derdestliğin reddi hususundaki görüşlerin diğer bir gerekçesi, milli derdestlikle milletlerarası derdestliğin sonuçlarının farklı olmasıdır⁶⁴. Nitekim milli derdestlik itirazının kabul edilmesiyle, dava aynı usul kurallarına ve maddi hukuka tabi olarak devam etmektedir. Oysa, milletlerarası derdestlik itirazının kabulüyle uygulanan usul kuralları değişmekte ve kanunlar ihtilafı kuralları da farklılaşacağından uygulanacak maddi hukuk da değişebilmektedir.

Aksi yöndeki görüş⁶⁵ ise yabancı unsurlu ilişkilerde, birden fazla ülke mahkemesinin yetkili olabileceğini; dolayısıyla da yabancı derdestliğin varlığını kabul eder. Ancak bu görüş taraftarları, yabancı derdestliğin dikkate alınabilmesi şartları açısından birbirinden ayırmaktadır⁶⁶.

Numaralı AB Tüzüğü için bkz. Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=URISERV:l33054&from=EN> (10.11.2020); 12 Aralık 2012 tarihli Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1215/2012 Numaralı AB Tüzüğü (Brüksel I bis Tüzüğü) için bkz. Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32012R1215> (10.11.2020). İsviçre hukukunda ise yabancı devlet mahkemesinde davanın İsviçre mahkemesine göre daha önce açılmış olması ve bu mahkemenin kararının makul bir süre içinde verilecek olması ile kararın İsviçre'de tenfiz edilebilir olmasına bağlı kılınmıştır. (İsviçre IPR m. 9).

60 Muammer Raşit Seviğ, *Devletler Hususi Hukuku*, 2. Cilt, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1943, s. 134; Mine Tan Dehmen, "Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Yetki (MÖHUK md. 41)", *Public and Private International Law Bulletin*, Volume: 33, Issue: 1, 2013, s.a. 169-211, 181; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 22. Bası, Beta Yayınevi, 2017, s. 458; Çelikel, Erdem, s. 658-660.

61 Tan Dehmen, s. 182; Nomer, s. 457; Çelikel, Erdem, s. 659.

62 Tan Dehmen, s. 182; Nomer, s. 457; Çelikel, Erdem, s. 659.

63 Seviğ, s. 134; Tan Dehmen, s. 181.

64 Çelikel, Erdem, s. 661-662.

65 Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000, s. 204; Bayraktaroğlu Özçelik, s. 301-310; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk s. 126 vd.; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s. 485-486.

66 Bir görüşe göre yargı hakkı devletin egemenlik hakkının bir tezahürüdür. Bu nedenle de yabancı derdestliğin kural olarak kabulü devletin yargılama yetkisinden vazgeçmesi anlamına gelir ve bu durum devletin bağımsızlığıyla bağdaşmaz. Seviğ, s. 134; Tan Dehmen, 181; Nomer, s. 458. Ayrıca, davanın yabancı bir ülkede daha önceden açılmış olması sebebiyle yabancı derdestliğin kabul edilmesi hâlinde Türklerin kendi ülkelerinde dava açmalarının önünün kapanabilir. Burada kişiyi yabancı bir mahkeme önünde davasının görülme zorlanması kişinin adalete erişim hakkını zedeleyebilir. Keza kişi

ii. Milletlerarası Derdestliğe İlişkin Yargıtay Uygulaması

Milletlerarası derdestliğe ilişkin Yargıtay içtihatlarına baktığımızda, bu hususta istikrarlı bir uygulamanın olmadığını, iki farklı eğilimin olduğunu görüyoruz. Yabancı devlet mahkemesince verilen kararın Türk mahkemesince veri-

gerekli maddi güce sahip olmadığı için davasının başka bir ülke mahkemesinde görülmesini sağlamayabilir. Çelikel, Erdem, s. 660. Bu sebeplerle derdestlik itirazını reddeden görüşe göre sadece istisnai Türklerin kişi hallerine ilişkin davalar (MÖHUK m. 41) ve yetki sözleşmesinde kararlaştırılan mahkeme nezdindeki davalarda (MÖHUK m. 47) ve milletlerarası sözleşmelerde açık hükümlerin bulunması halinde yabancı derdestlik kabul edilebilir. Zira bu görüşe göre yabancı derdestliğin kabulü ancak kanun koyucunun açık iradesinin varlığı hâlinde kabul edilir. (Burada da MÖHUK m. 41 ve 47'nin milletlerarası derdestlik kapsamında değil; milletlerarası yetki kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde aksi görüş vardır. Özlem Canbeldek Akın, "Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Boşanma Davalarında Milletlerarası Derdestlik", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Mayıs-Haziran 2019, C. 14, S. 177-178, s. 1335-1341.) Bazı milletlerarası antlaşmalarda derdestliğe ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin uluslararası taşımacılığa ilişkin CMR Konvansiyonu m. 31/2'ye göre, taraflar arasındaki uyumsuzluk yetkili bir mahkemede dava konusu edilmiş ve belirli ara kararlar tesis edilmişse; artık aynı konuda ve aynı taraflar arasında yeni bir dava ikame edilemez. Dolayısıyla bu görüşe göre, ancak bu gibi durumlarda, yani kanunda ya da milletlerarası bir sözleşmede açık bir hüküm bulunması halinde milletlerarası derdestlik kabul edilebilir; aksi takdirde Türk hukukunda milletlerarası derdestliğin kabulü mümkün değildir. Tan Dehmen, s. 181; Nomer, s. 458; Çelikel, Erdem, s. 659. Derdestlikle ilgili düzenlemelerin yer aldığı Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler için bkz: Bayraktaroglu Özçelik, s. 276-289 Milletlerarası derdestliği kabul eden karşı görüşe göre, Türk mahkemelerinin münhasır olarak yetkili kılınmadığı hallerde derdestliğin kabul edilmesi devletin yargı yetkisinden vazgeçtiği gibi bir sonuca varılmasına neden olmamalıdır. Keza milletlerarası derdestliğin kabulü, mahkemenin hiçbir değerlendirmede bulunmadan kendi yargı yetkisinden vazgeçmesi sonucuna yol açmamaktadır. Canbeldek Akın, *Milletlerarası Derdestlik*, s. 50. Yabancı derdestliği dikkate alan bir görüş, yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinin mümkün olup olmadığını değerlendirerek derdestliğin dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 126 vd. ancak bu görüş, yabancı devlet mahkemelerince verilecek kararın Türkiye'de tenfiz edileceğinin garantisinin olmaması, bu yüzden yabancı derdestliğin tanıma ve tenfiz edilmesinin mümkün olması halinde dikkate alınmasının boş yere zaman ve masrafa neden olacağı eleştirisi getirilmiştir. Akıncı, *Yabancı Derdestlik*, s. 138-139; İlyas Gölçüklü, *Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 145, dn. 272; Çelikel, Erdem, s. 660. Keza milletlerarası hukukta ülkelerin kamu düzeni gibi önceden belirlenemeyen kavramlarla tenfiz talebini reddedebilmesi söz konusudur. Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, s. 200. Bir diğer görüşe göre, yabancı devlet mahkemesinin Türk hukukuna uygun olmayacak bir şekilde tarafların savunma haklarına riayet etmemekte olması sebebiyle kararın Türkiye'de tenfiz edilmeyeceği yönünde mahkemede bir kanaat oluştuğu takdirde yabancı derdestliğin dikkate alınmaması yönünde görüş doktrinde ileri sürülmüştür. Bkz. Bayraktaroglu Özçelik, s. 310. Diğer yandan gelişen milletlerarası ilişkiler sonucunda günümüzde, yasalarda ve milletlerarası sözleşmelerde engellenmediği takdirde en azından "öncelik esası" gereğince Türkiye'de tanınması ve tenfizi mümkün olan mahkemelerde açılmış davalar bakımından milletlerarası derdestlik kabul edilmelidir. Yine bu görüşe göre kötü niyetli ve davanın uzamasını isteyen kişilerin, derdestlik itirazlarını kullanarak kötü niyetli tutumlarda bulunmalarını engellemek için, dürüstlük kuralı ve HMK madde 29/1 çerçevesinde derdestlik itirazının reddedilmesi gerekir. Örneğin, yabancı ülkede dava açmak konusunda hukuki bir yararın varlığı da aranabilir. Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, s. 204; Bayraktaroglu Özçelik, s. 301-306; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 54-55; Şanlı, Esen, Ataman Fıganmeşe, s. 485-486; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 7. Bası, Beta Yayınları, 2019, s. 192; Ceyda Süral Efeçınar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 100, 2012, s. 180; Doğan, *Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması*, s. 144.

len tanıma ve tenfiz kararı olmaksızın dikkate alınmasının; yani milletlerarası derdestliğin kabul edilmesi, Yargıtay kararına göre devletin egemenlik hakkına aykırıdır⁶⁷. Yargıtay kararlarına baktığımızda ikinci eğilim, yabancı mahkeme kararının tenfiz kabiliyetine bağlı olarak milletlerarası derdestliğin kabul edilebileceği yönündedir. Buna göre, yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfiz kabiliyetinin olması, davanın görüldüğü mahkemenin bulunduğu devlet ile Türkiye arasında anlaşmanın bulunması veya Türk milletlerarası özel hukuk düzenlemesinde bu yönde bir düzenlemenin varlığı gerekli görülmüştür. Karara göre, yabancı derdestliğin dikkate alınabilmesinin ikinci şartı, doktrinde aynı yönde savunulan görüşler çerçevesinde de kabul gördüğü üzere, davanın öncelikle yabancı devlet mahkemesinde açılmış ve görülmekte olmasıdır⁶⁸.

c. Milletlerarası Derdestlik Hakkındaki Değerlendirmemiz

Milletlerarası derdestlik hususunda Yargıtay içtihatlarında ve öğretide görüş ayrılıkları mevcuttur. Mahkeme nezdindeki bir uyuşmazlığa ilişkin, mevzuatta ya da Türkiye’nin taraf olduğu bir milletlerarası sözleşmede düzenleme bulunmaması durumunda, yabancı mahkeme nezdindeki bir davaya ilişkin derdest-

67 Yargıtay 2. HD., E. 2014/12316 K. 2014/23427 T. 20.11.2014, “Yabancı mahkemede görülmekte olan bir boşanma davasının, Türkiye’de açılmış bir davada derdestliğe esas alınabilmesi, ancak davanın görüldüğü devletin ve Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası bir anlaşma ile mahkemelerin yetkisinin düzenlemiş olması halinde mümkün olabilir. Aksi halde, yabancı mahkemede görülmekte olan bir davayı Türkiye’deki davada derdestlikte nazara almak, yabancı mahkemenin yetkisini, ulusal sınırlar içinde kabul anlamına gelir ki, bu durum Devletin egemenlik haklarıyla bağdaşmaz. Bu bakımdan, yabancı mahkemede dava, “aynı dava” olsa bile, Türkiye’deki davada derdestliğe esas alınmaz.”

68 Yargıtay 2. HD. E.2009/13541-K.2010/11899 T. 15.06.2010. “Derdestlik itirazının geçerli olabilmesi için, aynı davanın aynı aynı iki defa açılmış, olması gerekir. Aynı davadan, tarafları, konusu ve dava sebeplerinin aynı olması anlaşılır. Dava sebepleri farklı ise, aynı davanın varlığından söz edilemez. Yabancı mahkemede açılmış ve görülmekte olan davanın derdestlik itirazına esas alınabilmesi için, dava sebeplerinin aynı olması yetmez. Yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfiz kabiliyetinin olması ve bu hususa ilişkin davanın görüldüğü yabancı devlet ile Türkiye arasında anlaşmanın bulunması veya Türk Milletlerarası Özel Hukukunda bir düzenlemenin varlığı da gerekir. Aksi halde Türk mahkemesinde derdestlik itirazında bulunulamaz. Dava sebepleri aynı olmadığı gibi, bu hususta Kanada ile Türkiye arasında bir anlaşma da bulunmamaktadır ... “ bkz. YKD, C.36, S. 9, Eylül-2010, s. 1586-1587; www.kazanci.com, E.T: 25.11.2020. Aynı yönde Yargıtay 2. HD 2005/8685 E., 2005/11319 K., 14.7.2005 T.” Türkiye’de açılan boşanma davası devam ederken, davalı kocanın Belçika Mahkemelerine başvurarak orada, boşanma kararı almış olması, işbu davanın Türk Mahkemelerinde görülmesine engel değildir. Yabancı Mahkemece verilmiş bulunan boşanma kararının Türk Mahkemelerinden verilen boşanma kararının sonuçlarını hasıl edebilmesi (MÖHUK m. 41/1) yabancı ilanın tenfiz koşullarını taşıdığından hükmün tesbitine, (tanıma kararı verilmesine) bağlıdır. (MÖHUK m. 42/1) Böyle bir tesbit kararı verilmedikçe yabancı mahkeme kararı Türkiye’de Türk Mahkemelerinden verilen bir boşanma kararının sonuçlarını doğurmaz. Davaya devamlı tarafların delilleri toplanarak hasıl olacak sonuç uyarınca karar vermek gerekirken, açıklanan yönler gözetilmeden hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.” Aynı yönde Yargıtay 2. HD. E.2009/13541, K/2010/11899, T. 15.06.2010. Aynı yönde: Yargıtay 2. HD, 2010/6713 E., 2011/8635 K., 17.5.2011 T., www.kazanci.com, E.T: 25.11.2020; “Yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfiz kabiliyetinin olması ve bu hususa ilişkin davanın görüldüğü yabancı devlet ile Türkiye arasında anlaşmanın bulunması veya Türk Milletlerarası Özel Hukukunda bir düzenlemenin varlığı gerekir.”

lik itirazı yapıp yapılamayacağı hususunda mevzuatta düzenleme yoktur. Açık bir hükmün bulunmaması, farklı yaklaşımların benimsenmesine ve birbirinden farklı yönde kararların verilmesine sebep olmuştur. Burada milletlerarası derdestliğe ilişkin kanun koyucunun düzenleme yapmamış olması, hükmün dışında kalan hallerin reddedildiğini ifade eden bilinçli boşluk mu yoksa kanun boşluğu mu olduğu sorunu tartışmanın ağırlık noktasını oluşturmaktadır. Kanaatimizce burada bilinçli susmadan ziyade kanun boşluğundan söz etmek daha isabetli olur. 6100 s. HMK’da yerel derdestliğin düzenlenmiş olması, 5718 s. MÖHUK’ta da milletlerarası derdestliğe yer verilmemiş olması, milletlerarası derdestliğin reddedildiği anlamına gelmemelidir. Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatı yabancı unsurlu uyuşmazlıklara ilişkin özel hüküm niteliğinde hükümler içerir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanununda, milletlerarası derdestliğe ilişkin hüküm bulunmaması, Türk medeni usul hukukundaki genel hükümlerin uygulanmasına engel olmaz. Özel kanunda hüküm bulunmaması halinde Türk medeni usul hukukuna ilişkin genel kanun niteliğinde olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu, milletlerarası usul hukukunun niteliğine uygun düştüğü sürece uygulama alanı bulmalıdır. HMK’da yerel derdestlik şartları uyuşmazlığın görüldüğü mercilerin yargı makamı olması, davanın halihazırda derdest olması ve tarafları, konusu ve sebebi aynı olan başka bir davanın açılmış olmasıdır. Yerel derdestlik itirazının kabul edilme amaçları arasında usul ekonomisini gerçekleştirme ve çelişkili kararları engelleme amaçları ön plana çıkmaktadır. Milletlerarası derdestlikte de aynı amaçlardan söz edebiliriz. HMK’da yer alan şartları, yabancı mahkemelerde derdest davalar açısından da uygulanabilir. Kararı verecek olan makamın, bulunduğu yabancı devlet hukukuna göre “yargı mercii” niteliğinde olması, yabancı devletin usul hukukunda göre yabancı yargı mercii nezdindeki yargılamanın “derdest” olması ve yabancı mahkemede davanın tarafları, konusu ve sebebi ile Türk mahkemesi nezdindeki davanın tarafları, konusu ve sebebinin aynı olması ile milletlerarası usul hukukundaki derdestlik şartları açısından geçerli olmalıdır. Yabancı mahkeme kararları, mahiyetleri gereği bir Türk mahkemesi gibi Türkiye’de icra edilebilirlik kabiliyetini haiz değildir; söz konusu kararların kesin hüküm etkisini ve icra edilebilirlik kabiliyetini haiz olabilmeleri için bir Türk mahkemesinden tanıma/tenfiz kararının da alınması gerekir. Tanıma/tenfiz kararı olmaksızın milletlerarası derdestliği kabul etmek ve yabancı mahkeme kararının beklenebilmesine karar vermek kanaatimizce mümkün olmalıdır. Milletlerarası özel hukukun gelişimi ve ihtiyaçları, AB Hukukundaki milletlerarası derdestlik lehine düzenlemeler, iç hukuk ahengi kadar milletlerarası özel hukuktaki çelişkili kararların önlemesi de hukuk barışına ve hukuki güven ilkesine hizmet edeceğinden, eğer tanıma ve tenfizinde açık bir engel yoksa kesin hüküm etkisini bü-

yük ihtimalle haiz olacak bir yabancı mahkeme kararını bekletici sorun yapmak kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

II. Karşılaştırmalı Hukukta Bekletici Sorun

Hukuk Muhakemeleri Kanunu hazırlanırken temel olarak Alman Hukukundan ve İsviçre Hukukundan yararlanılmıştır. Gerçekten de Alman ve İsviçre Medeni Usul Kanunlarındaki bekletici sorunu karşılayan hükümlere baktığımızda büyük oranda benzerlik olduğunu görmekteyiz. Kanun hükümlerindeki benzerliğin yanı sıra uygulamanın da incelenmesi Türk hukukunda, yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapıp yapılamayacağına ilişkin soruna ışık tutacak niteliktedir. Karşılaştırmalı hukukta bekletici sorun hususu incelenirken, araştırmamız Alman ve İsviçre Hukuklarıyla sınırlı tutulmuş; farklı bir yaklaşım sergileyen Anglosakson hukukuna yer verilmemiştir.

A. Alman Hukukunda Bekletici Sorun

1. Genel Olarak

İhtiyari bekletici sorun, Alman ZPO (Medeni Usul Kanunu) m. 148 ve m. 149'da düzenlenmiştir. ZPO m. 148'e göre, mahkeme, hukuki ihtilafa ilişkin kararın kısmen ya da tamamen, başka bir derdest hukuki ihtilafın konusunu oluşturan veya bir idari makam tarafından tespit edilmesi gereken bir hukuki ilişkinin mevcut olmasına ya da olmamasına bağlıysa, duruşmaya diğer hukuki ihtilafın halline ya da idari makamın kararına kadar ara verilmesine karar verebilir⁶⁹. Bir suç şüphesi nedeniyle yargılamaya ara verilmesi başlıklı ZPO m. 149'a⁷⁰ göre, hukuk mahkemesi nezdindeki yargılama sırasında bir suç şüphesinin ortaya çıkması halinde, bu durum, hukuk mahkemesindeki yargılamayı etkileyebilecek nitelikte ise hukuk yargılaması, ceza yargılamasının sonuçlanmasına kadar durdurulabilir. Diğer hukuki ihtilafın ya da idari makamın kararının beklenilmesi, hâkime kendi hükmünü kurma hususunda kolaylık sağladı-

69 ZPO m. 148 hükmü öğretide kıyasen uygulamaya elverişli görülmüştür. ZPO m. 148 şartlarının gerçekleşmediği hallerde de hakkaniyet ve amaca uygunluk gerekçeleri ya da somut norm denetimine başvuran mahkeme haricinde başka bir mahkemenin de Anayasa mahkemesi kararını bekletici sorun yapması gösterilmiştir. Hakkaniyet ve amaca uygunluk gerekçesiyle ZPO m. 148'in kıyasen uygulanma hallerinden bir tanesi de yabancı mahkeme kararının beklenmesidir. Bu görüşe göre, ZPO m. 148'de yabancı mahkeme kararlarının açıkça belirtilmemiş olması, bu halin kapsam dışı bırakıldığı anlamına gelmez. Burada daha sonradan ortaya çıkan, kanunun yapılma aşamasında düşünülmemiş bir boşluk söz konusudur. Stein, Jonas, s. 35, Rn. 57.

70 Suç Şüphesi Nedeniyle Yargılamaya Ara Verilmesi ZPO m. 149 "(1) Bir suç şüphesinin hukuk yargılaması sırasında ortaya çıkması ve bu suçun tespitinin kararda etkisi olması halinde, mahkeme ceza yargılamasının sonuçlanmasına kadar duruşmayı talik edebilir. (2) Mahkeme bekletici sorun kararından itibaren bir sene geçmişse bir tarafın talebi üzerine yargılamaya devam etmek zorundadır. Bekletici sorun yapma kararının kaldırılmaması yönünde önemli sebeplerin olması halinde, bu zorunluluk geçerli değildir."

ğı gibi, çelişkili karar verilmesini engelleyerek hukuki güveni sağlar; vakaların ve hukuki durumun tekrar değerlendirilmesinin de önüne geçerek emek ve masraftan tasarruf sağlar.

Alman hukukunda da ihtiyari bekletici sorun ve zorunlu bekletici sorun şeklinde bir ayırım mevcuttur. İhtiyari bekletici sorunda hâkimin takdir hakkı vardır⁷¹. Hâkimin takdir hakkını kullanabilmesi için öncelikli şart, mahkeme nezdindeki hukuki ihtilaf başka bir hukuki ihtilaf arasında bağlantı bulunmasıdır.

2. Yabancı Mahkeme Kararının Bekletici Sorun Yapılması

a. AB Mevzuatının Uygulandığı Haller

AB hukukunda “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1968 Brüksel Konvansiyonu”⁷² madde 21’de eğer başka bir üye devlet mahkemesinde daha önce dava açılmışsa, davanın daha sonra açıldığı mahkeme, davanın ilk açıldığı mahkemenin yetkiye ilişkin vereceği kararı bekletici sorun yapacaktır hükmü yer almıştır⁷³. Konvansiyon 2002 yılında Brüksel I Tüzüğü’ne dönüştürülmüş⁷⁴ ve ilgili madde Brüksel I Tüzüğü madde 27’de tekrar yer almıştır⁷⁵. Bu Tüzüğün amacı, üye devletler arasında yetkiye ilişkin ortak hükümler getirmektir⁷⁶. 2012

71 Thomas Rauscher, Wolfgang Krüger, *Münchener Kommentar zur ZPO* 6. Auflage 2020 § 148 Aussetzung bei Vorentscheid, Rn. 2. Zorunlu bekletici sorun hallerine örnek olarak, Grundgesetz (GG) m. 100 f. 1’e göre ihtilaf konusu uyumsuzluğa uygulanacak kanun hükmünün anayasaya aykırılığı hususunu örnek olarak verebiliriz. İlgili hükme göre mahkeme, somut norm denetimi kapsamında Anayasa Mahkemesine kanun hükmünün anayasaya aykırı olması nedeniyle başvurmuşsa, bu durumda, Anayasa Mahkemesinin kararına kadar yargılamaya ara vermelidir. Bu halde hâkimin takdir hakkından söz edilmemiştir. Ancak benzer şekilde, bekletici sorun yapmaya karar veren mahkeme dışında aynı kanun hükmünün başka bir mahkeme nezdinde yürütülmekte olan davada da karara temel teşkil edecek olması durumunda, mahkeme yargılamaya ara verebilir. Ancak burada bir zorunluluk halinden değil de hâkimin takdir hakkından bahsedebiliriz. Diğer hukuki ihtilaf, uygulanacak kanun hükmü ile ilgili olarak anayasa mahkemesine başvurulmuşsa, mahkeme, kararda etkili olan kanun maddesinin anayasaya aykırılığından kendisi de emin değilse, ZPO m. 148’e göre davaya ara verebilir; aksi takdirde söz konusu maddeyle ilgili kendisi de Federal Anayasa Mahkemesine başvurmak zorunda kalacaktır.

72 1968 Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Official Journal L 299, 31/12/1972, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)&from=GA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927(01)&from=GA) (20.12.2020).

73 Wiczorek, Schütze, Smid, s. 277, Rn. 52.

74 Council Regulation EC No 44/2001 of December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of the Judgments in Civil and Commercial Matters, OJ L 12 - 16.01.2001, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001R0044> (20.12.2020).

75 Canbeldek Akın, s. 91; Bayraktaroğlu Özçelik, s. 178 vd.

76 Nuray Ekşi, “Avrupa Birliği Brüksel Iİbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 11, Özel S. 2009, s. 1142.

yılında ise, Tüzük tekrardan düzenlenmiş ve Brüksel I bis Tüzüğü⁷⁷ haline gelmiştir. Brüksel I bis Tüzüğü madde 29'da benzer yönde hüküm yer almıştır⁷⁸.

Tüzük üye ülkeler arasında yabancılık unsuru içeren hukuki ve ticari uyumsuzluklar hakkında uygulama alanı bulur. Brüksel I bis Tüzüğü madde 1 gereğince, uyumsuzluğun tüzük kapsamında olması için mahkemenin niteliğine bakılmaz, taraflardan birinin kamu otoritesi kullanan tüzel kişi olmaması halinde uygulama alanı bulur⁷⁹. Aynı maddenin ikinci fıkrasında evlilik ve mal rejimine ilişkin hususlar, iflas tasfiye ve ilgili işlemler, sosyal güvenlik meseleleri, tahkim, aile hukuku kaynaklı ebeveynlik, evlilik ve hısımlık, vasiyet ve miras konuları, ölüm nedeniyle ortaya çıkan bakım yükümlülükleri Tüzüğün uygulama alanı dışında bırakılmıştır. AB mevzuatının uygulandığı hallerde, eğer başka bir üye devlet mahkemesinde daha önce dava açılmışsa, davanın daha sonra açıldığı mahkeme, davanın ilk açıldığı mahkemenin yetkiye ilişkin vereceği kararı bekletici sorun yapacaktır⁸⁰.

b. AB Mevzuatının Uygulanmadığı Haller

ZPO m. 148 düzenlemesinde, diğer hukuki ihtilafın hangi mahkemede derdest olması gerektiği hakkında kanun bir kısıtlama yapmamıştır. Bağlantılı hukuki ihtilaf bir hukuk mahkemesinde derdest olabileceği gibi, bir hakem heyeti, ceza ya da idare mahkemesi, yabancı devlet mahkemeleri, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) nezdinde olabilir⁸¹. Yabancı mahkeme kararı çeşitli durumlarda bekletici sorun yapılabilir.

Bekletici sorun, halihazırda mahkeme nezdinde dava edilmiş bir hukuki ihtilafın konusu olmalıdır. Yabancı bir mahkeme nezdindeki hukuki ihtilafa ilişkin dava açılmış olması, ZPO m. 148'in uygulanması ile, kararın Alman mahkemesi için bağlayıcı olmasını gerektirir⁸². Devletlerarası anlaşmalara göre tanımlanabilir

77 Regulation (EU) No 1215/2012 Of The European Parliament and of the Council of 12 December 2012, OJ L 351, 20.12.2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32012R1215> (20.12.2020).

78 İlgili maddeye göre “*Madde 31 (2) ayrık kalmak üzere, aynı konu taraflara ilişkin davanın farklı üye devlet mahkemelerinde açılmış olması halinde, ilk davanın açıldığı mahkemeler haricindeki mahkemeler, ilk mahkemeye yetkiye ilişkin karar verinceye kadar yargılamaya ara verirler.*”

79 Cansu Akgün Tekgül, “Brüksel Ibis Tüzüğü ile Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde Kişisel Verilerin İhlaline İlişkin Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Milletlerarası Yetki Kuralları”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, 2019, s. 241.

80 Wiczorek, Schütze, Smid, s. 277, Rn. 52.

81 Münchener Kommentar zur ZPO 6. Auflage 2020 § 148 Aussetzung bei Vorgreiflichkeit, Rn. 4.

82 Münchener Kommentar zur ZPO 6. Auflage 2020 § 148 Aussetzung bei Vorgreiflichkeit, Rn. 11. ZPO m. 148'de bir hukuki ihtilafın mahkeme nezdinde dava edilmesini ifade eden “Anhängigkeit” tabiri kullanılmıştır. “Rechtshängigkeit” ise davanın davalıya tebliğinden sonraki aşamayı ifade eder. Dolayısıyla mahkemenin başka bir mahkemenin kararını bekletici sorun yapabilmesi için, diğer mahkemede davanın ikame edilmiş olması yeterlidir.

olması ya da tanınmasında evlilikle ilgili yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ilişkin FAMFG. m. 107⁸³ gibi özel bir kanun maddesinin engel teşkil etmemesi ve yabancı kararın tanınmasında bir engel olup olmadığının bekletici sorun kararı verecek mahkeme tarafından değerlendirilmesi gerekir⁸⁴. Yabancı mahkemenin kararı tanınabilir nitelikte ve davanın sonucu Alman mahkemesi nezdindeki dava için bağlayıcı ya da önemliyse, mahkeme bekletici sorun kararı verebilir⁸⁵. ZPO m. 148'e göre, mahkemenin, yabancı mahkeme nezdindeki davayı bekletici sorun yapabilmesi için, ihtilaf konusu talepler hakkında verilecek kararın kısmen de olsa yabancı mahkemenin sonucuna bağlı olması gerekir⁸⁶.

83 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 19. März 2020 (BGBl. I S. 541) geändert worden ist. (19.03.2020 t. Kanunun 4. Maddesiyle değişik 17.12.2008 t. Aile Meseleleri ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Kanun) <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/BJNR258700008.html>, (18.08.2020).

84 OLG Köln NJW-RR 1999, 81: İhtilaf konusu olayda, Alman vatandaşı davacı 1990 senesinden beri evli olduğu Bosna Hersek vatandaşı kocasına karşı Alman mahkemesi nezdinde boşanma davası açmış; ancak davalı kendisinin daha önceden Bosna Hersek mahkemesi nezdinde boşanma davası açmış olduğunu belirtmiştir. Mahkeme de daha önceden aynı konuda bir dava açılmış olması nedeniyle davayı reddetmiştir. Birkaç ay sonra Bosna Hersek mahkemesi tarafların boşanmasına karar vermiş ve davalı da başka bir evlilik yapmıştır. Alman mahkemesinin red kararı üzerine, davacı Bosna Hersek mahkemesi nezdindeki kararın, savunma hakkına riayet edilmemesi nedeniyle tanınmayacağını belirtmiş ve karara itiraz etmiştir. İstinaf mahkemesi ise dosyayı yeniden karar verilme üzere ilk derece mahkemesine geri göndermiştir. İstinaf mahkemesinin dayandığı gerekçelerinden biri ilk derece mahkemesinin ZPO m. 148'e göre Bosna Hersek mahkemesi kararının tanıma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin Eyalet Adalet İdaresinin (Landesjustizverwaltung) kararının beklenilmesine karar verilmesi gerekirken davanın reddedilmesi olmuştur. Türk MÖHUK sisteminden farklı olarak, evliliğe ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği kararı, birbiriyle çelişen kararların verilmesinin önüne geçebilmek amacıyla mahkemelerin yetki sahasına bırakılmamıştır. Bunun yerine adliye teşkilatının başı kabul edilen Eyalet Adalet İdaresi olarak tercüme edebileceğimiz "Landesjustizverwaltung" evliliğe ilişkin yabancı mahkeme kararının tanıma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda inceleme yapmaya ve karar vermeye yetkilidir. Mahkeme tarafları tanıma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda Eyalet Adalet İdaresinden bir karar alma hususunda bilgilendirmesi ve yönlendirmesi gerekliliği kararda belirtilmiştir. Burada aslında tarafları ve konusu aynı olan bir yabancı mahkeme kararının beklenilmesinden ziyade yabancı mahkeme kararının tanıma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin bir idari kararın beklenilmesi söz konusudur. Bu karardan çıkardığımız bir başka sonuç da derdest bir davaya etkisi olabilecek bir yabancı mahkeme kararının dikkate alınabilmesi için, yerel mahkemenin üzerinde bağlayıcılık şartlarını taşıması gereklisidir. Yabancı mahkeme kararları yerel mahkeme kararlarından farklı olarak tanıma ve tenfiz edilmeden ülke sınırları içerisinde mahkeme hükmüne ya da kesin hüküm etkisine sahip olmazlar. Ancak açık bir tanıma ve tenfiz engeli yoksa, mahkeme yabancı mahkeme kararını bekleyebilir. Çelişik kararların verilmesi ihtimalinin engellenmesi amacıyla, açık bir tanıma engeli, yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisinin açıkça yokluğu ve kamu düzenine açıkça aykırılık halleriyle sınırlandırılmıştır.

85 Wiczorek, Schütze, Smid, s. 269, p. 28. Alman mahkemesinin bekletici sorun kararı, usuli bir işlem olduğundan her zaman lex fori'ye tabidir.

86 Wiczorek, Schütze, Smid, s. 269, p. 28; Münchener Kommentar zur ZPO 6. Auflage 2020 § 148 Aussetzung bei Vorgreiflichkeit, Rn. 4.

Bekletici sorun kararı verilmesi hususunda, ön sorun teşkil eden ihtilafın yerel mahkeme ya da yabancı mahkeme nezdinde olması arasında bir ayırım yapılmamıştır. Temel ilkeler bakımından bir farklılık olmamakla birlikte, yabancı mahkeme nezdindeki bir hukuki ihtilafın bekletici sorun yapılması hususunda bazı hususlar dikkate alınmalıdır. Nitekim yabancı bir mahkeme nezdindeki ihtilafın beklenilmesi, sürecin uzaması açısından adaletle erişim hakkının kısıtlanmasına yol açabilir. Bu nedenle yabancı mahkeme nezdindeki davanın beklenilmesine karar verilmesine daha tereddütle yaklaşılmaktadır⁸⁷. Alman mahkemesi nezdindeki bir davada duruşmalara ara verilmesi, yabancı mahkemede verilecek kararın bağlayıcı etkisi olması ya da yabancı mahkemenin tespitlerinin Alman mahkemesi açısından önemli olması hallerinde söz konusu olur. Eğer yabancı mahkeme kararının tanınması önünde açık bir engel varsa, bu durumda mahkeme yabancı mahkeme kararını bekletici sorun yapamaz. Eğer yabancı mahkemede daha önce açılan davadaki ihtilaf konusu birebir aynıysa, bu durumda Alman mahkemesinin davayı ZPO m. 261 gereği reddetmesi gerekir⁸⁸.

87 Wieczorek, Schütze, Smid, s. 269, Rdn 28.

88 Alman Hukuku açısından yabancı unsurlu derdestlik konusunu AB mevzuatının uygulama sahasına göre ikiye ayırarak incelemek gerekir. Hukuki ve Ticari Konularda Kararların Tanınma ve Tenfizi ve Mahkemelerin Yetkisine dair 1215/2012 s. AB Tüzüğü (Brüksel I-a Tüzüğü <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2012/1215/2015-02-26>, (21.08.2020); Evlilik ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı AB Konsey Tüzüğü (Brüksel IIa Tüzüğü <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133194>, (21.08.2020) ve Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfiziine dair Lugano Anlaşmasında <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A22007A1221%2803%29> (21.08.2020), derdestlik itirazına yönelik düzenleme yer almaktadır. Tanınma ve Tenfize dair 1215/2012 s. AB Tüzüğü üye devlet mahkemesi nezdindeki tarafları ve konusu aynı olan bir davadaki derdestliğin re'sen dikkate alınacağını düzenlemekte; ancak ilk mahkemenin kendini yetkisiz görmesi halinde daha sonra başvuru diğer mahkemenin davayı görebileceğini düzenlemektedir. Özellikle davanın AB üye ülkesi dışında yabancı bir mahkemede derdest olması durumunda, yabancılık unsuru AB mevzuatının uygulama alanı dışında da yer alabilir. Bu durumda derdestliğe ilişkin ZPO m. 261'deki düzenlemenin dikkate alınması gerekecektir. Derdestliğin düzenlendiği ZPO m. 261'in yabancı mahkeme nezdinde açılmış davalara da uygulanmasına ilişkin açık bir düzenleme yoktur; bu nedenle yabancı mahkeme nezdinde açılan davalara ZPO m. 261'in uygulanıp uygulanamayacağını irdelenmesi gerekir. Bu sorun öğreti ve mahkeme içtihatlarında tartışmalıdır. Yabancı mahkeme nezdindeki derdestliğin dikkate alınmaması görüşünde olanlar, ZPO m. 261'de açık bir hüküm yer almaması nedeniyle yabancı mahkeme nezdindeki derdestliğin kabul edilmemesi gerektiğini savunurlar. Karşıt görüşte olanlar ise, ki baskın olan görüş de budur, ZPO m. 261'in yalnızca yerel mahkemelerdeki davalarla sınırlı olduğuna ilişkin bir ifadenin maddede yer almadığını; bu nedenle maddenin yabancı derdestliğe de uygulanabilir olduğunu savunurlar. Çelişkili kararların ortaya çıkmasının engellenmesi, usul ekonomisi gibi nedenlerle Alman Hukukunda yabancı derdestliğin kabul edildiğini söyleyebiliriz. Philipp M. Reuß, "Internationale Rechtshängigkeit im Zivilprozess", JURA Heft 1/2009 31. Jahrgang, 2009, s. 3, vd. https://epub.ub.uni-muenchen.de/25893/1/Reuss_Internationale_Rechtshaengigkeit.pdf, (05.11.2020), E.T: 21.08.2020; Wieczorek, Schütze, Smid, s. 277, Rdn 51. 2 Temmuz 2019 Tarihli Medeni Hukuk veya Ticaret Hukuku Meselelerine İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfize Dair Anlaşma'ya da değinmek gerekir. İlgili Anlaşma'nın amacı tanıma ve tenfiz konusunda ülkeler arasında yeknesaklığın sağlanmasıdır. Anlaşmada derdestlikle ilgili bir hüküm de

Yabancı mahkeme kararının bekletici sorun yapılması hususu, devletlerarası iki taraflı sözleşmelerde benzer şekilde düzenlenmiş ve yabancı mahkeme nezdinde dava açılması durumunda, mahkemenin bu durumu bekletici sorun yapması ön görülmüştür⁸⁹.

Alman hukukunda aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda özel yargılama yöntemi uygulanmaktadır⁹⁰. Buna göre yabancı mahkeme nezdinde evlilik birliğine ilişkin bir dava açılmasından sonra, tarafları ve konusu aynı olan bir davanın Alman mahkemesi nezdinde açılması halinde, mahkemenin yabancı derdestliği dikkate alması ve yabancı mahkeme kararını bekletici sorun yapması gerekir⁹¹. Örneğin evliliğin geçerli olup olmadığının bir uyumsuzluğun çözümü için öncelikle anlaşılması gerekiyorsa ve bu konuda dava açılmışsa, bir tarafın talebi üzerine mahkeme yargılamayı erteler. Burada yine hâkim durumu re'sen gözetir ve hükümsüzlük davası açılmamışsa, davanın açılması için ilgili tarafa süre verir. İlgili taraf verilmiş olan süre içerisinde hükümsüzlük davasını açmazsa veya hükümsüzlük davası sonuçlanmazsa asıl davaya devam edilir⁹² (ZPO m. 151).

B. İsviçre Hukukunda Bekletici Sorun (*Sistierung des Verfahrens*)

1. Genel Olarak

İsviçre Hukukunda bekletici sorun, İsviçre Medeni Usul Kanunu (İsv. ZPO⁹³) m. 126'da düzenlenmiştir. Buna göre, “*amaca uygunluk ilkesi gerektiriyorsa,*

yer almıştır. “*Anlaşmaya göre tanıma ve tenfiz, aynı taraflar arasında ve aynı dava konusunda başvuru yapılan ülkede derdest bir dava konusu olması ve a. Başvuru yapılan ülkedeki yargılamanın, menşei ülke mahkemesinden önce başlamış olması, b. Başvuru yapılan ülke ile uyumsuzluk arasında sıkı ilişki bulunması, hallerinde ertelenebilir ya da reddedilebilir.*” (madde 7/2). Bu maddede belirtilen ret, tanıma veya tenfize ilişkin sonradan yapılacak başvuruya engel teşkil etmeyecekti <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>, (05.11.2020).

89 Alman Federal Devleti ile Tunus Cumhuriyeti arasında Hukuki Koruma ve Yardıma, Hukuki ve Ticari Konularda Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 19.07.1966 t. Sözleşmeye ilişkin Kanun, Bundesgesetzblatt Teil II, 1960, Nr. 26, s. 889, m. 44/1 “*Akit devletlerden birinin mahkemeleri, eğer aynı taraflar arasında ve aynı hukuki ihtilafa ilişkin diğer akit devlette dava açılmışsa ve bu davada diğer devlette tanınması muhtemel bir karara varılabilecekse, davadaki tarafın talebi üzerine davayı reddedecektir veya eğer amaca uygun olarak değerlendiriyorsalar, bekletici mesele yapma kararı vereceklerdir.*” http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl269s0889.pdf, (05.11.2020). Almanya Federal Devleti ile Norveç Krallığı arasındaki Hukuki ve Ticari Konularda Mahkeme Kararlarının ve diğer Borca İlişkin İcrai Kararların Tanınması ve Tenfizine dair 17.06.1977 t. Sözleşme, m. 21, 24.06.1981 t. Bundesgesetzblatt, Nr. 17, s. 341.

90 Pekcanitez, s. 258.

91 Oberlandesgericht Hamm, 3 UF 106/16, 06.01.2017, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2017/3_UF_106_16_Beschluss_20170106.html (23.08.2020).

92 Pekcanitez, s. 258.

93 Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008 (Stand am 1. Juli 2020), <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html> (21.09.2020).

*mahkeme yargılama sürecini durdurabilir. Özellikle karar, diğer bir yargılama sürecinin sonucuna bağlıysa, mahkeme önündeki süreci durdurabilir. Durdurma itiraz üzerine iptal edilebilir*⁹⁴. Bekletici sorun yapma kararı ancak ilk açılan davanın safahatının çok ilerlemiş olması halinde mümkündür. Tarafları ve konusu aynı olan davalardan farklı olarak, davanın esastan red kararı verilmesi değil; diğer mahkemenin esasa ilişkin kararının dikkate alınması söz konusudur⁹⁵. Bekletici sorun kararı re'sen ya da talep üzerine verilebilir; ancak mahkeme, bu kararı verirken yargılamanın makul sürede tamamlanması ilkesini dikkate almalıdır⁹⁶. İstisnaî nitelikteki bekletici sorun kararı verme yetkisi mahkemenin takdirinde olmakla birlikte, mahkemenin bu takdir hakkı “amaca uygunluk ilkesiyle” sınırlıdır. Kanun genel bir ifade tarzı benimseyerek, hâkime her bir somut olayın şartlarını dikkate alarak takdir hakkı tanımıştır. Amaca uygunluğa örnek olarak, özellikle kararın başka bir yargılama süreci sonucunda verilecek karara bağlı olması gösterilmiştir. Bekletici sorun yapma kararı verilmesi gerekçeleri çok farklı olabilir; dolayısıyla gerekçelerin sınırlandırıcı bir sıralaması mümkün görülmektedir⁹⁷.

2. Yabancı Mahkeme Kararının Bekletici Sorun Yapılması

İsviçre'nin taraf olduğu Hukuki ve Ticari Konulara İlişkin Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lugano Söz-

94 Maddede yargılamanın durması, ara verilmesi kavramını açıklamak üzere “Sistierung” terimi kullanılmıştır. İsv. ZPO m. 126, hukukumuzdaki “bekletici sorun” kavramını karşılığından, madde metnindeki ifadenin Türkçesi olan durdurma karar yerine, bekletici sorun yapma kararı ifadesini kullanacağız. Ön tasarıda bekletici sorun yapma kararı ZPO Tasarı m. 116'da düzenlenmiştir. Tasarıdaki düzenleme büyük ölçüde kanuna alınmıştır. Sadece bir bekletici sorun yapma nedeni olarak, tarafların arabuluculuk (Mediation) yöntemine başvurmaları madde metninden çıkarılmıştır. Martin Kaufmann, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag AG, 2016, s. 919.

95 Frei, s. 1438.

96 TC/JU vom 12.4.2013 (CC 20 / 2013 + AJ 21/2013), <https://www.jura.ch/Htdocs/Files/v/13555.pdf/Justice/1Instancesjudiciaires/2TC/Jurisprudence/CC201320.pdf?download=1> (21.09.2020). Temyiz mahkemesi kararında yerel mahkemenin ceza soruşturmasını bekletici sebep sayılması kararını bozmuş. Bekletici sebep müessesesi, anayasal bir hak olan makul bir sürede hüküm verilmesine ilişkin hak ile uyumlu olmalıdır. Bu müessese, “istisnai” bir nitelikte olduğundan ve bu ceza soruşturmasının neticelerinin mahkeme sürecini etkileme şüphesi olduğu hallerde bekletici sorun kararı verilmesi gerektiğini ve usul ekonomisi-hız ilkesi ile diğer menfaatlerin karşılaştırılması gerekmektedir. Ceza soruşturmasını bekletici sorun saymanın mantığı, özel hukuk davasında değerlendirilemeyecek bir durumun ceza soruşturmasında anlaşılmasından gelir. Ancak halihazırdaki davada talepler, tarafların tazminat istemine ilişkin olduğundan ve ceza soruşturmasının tarafların bu taleplerine etkisi olmayacağından, uzun bir süreden beri devam edegelen ve ne zaman biteceği de belirli olmayan bekletici sorun kararını, temyiz mahkemesi iptal etmiştir.

97 Nina J. Frei, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, *Schweizerische Zivilprozessordnung, BK - Berner Kommentar*, 2012, s. 1437; Kaufmann, s. 919; Dominik Gasser/Brigitte Rickli, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkommentar*, 2. Nachgeführte Auflage, Dike Verlag AG, 2014, s. 127; Reto M. Jenny, Daniel Jenny, *ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2., überarbeitete Auflage, 2015, s. 297.

leşmesi⁹⁸ ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İsv. IPRG)⁹⁹, yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılabilmesine ilişkin hükümler içermektedir. İsv. IPRG m. 9'a göre, İsviçre mahkemesi, tarafları ve konusu aynı olan bir davanın daha önce yurtdışında açılmış olması ve yabancı mahkemenin makul süre içerisinde karar vermesinin beklenmesi halinde, yabancı mahkeme nezdindeki tanıma ve tenfiz kararı verilebilecek bir hükmü bekletici sorun yapılabilir. Buna karşılık Lugano Anlaşması m. 28 f. 1, farklı âkit devlet mahkemelerinde birbiriyle bağlantılı açılan davalarda, davanın daha sonra açıldığı mahkemenin bekletici sorun yapma kararı verebileceğini öngörmekte, aynı maddenin 3. fıkrasında ise bağlantılı dava, ayrı davalarda çelişkili kararların verilmesinin önüne geçilmesi amacıyla, ortak bir duruşma yapılmasının ve kararın verilmesi gerekli görülecek kadar birbirleri arasında sıkı bir ilişkinin olduğu davalar olarak tanımlanmıştır¹⁰⁰. Lugano Anlaşması ayrıca İsviçre ZPO'dan farklı olarak her iki davanın da ilk derece mahkemesinde derdest olmasını aramaktadır¹⁰¹.

Yabancı mahkemenin bekletici sorun yapılmasına ilişkin bir uyumsuzlukta, mahkeme öncelikle ihtilafın Lugano Anlaşması m. 22 kapsamında, İsviçre mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamındaki davalardan olup olmadığını inceleyecek; eğer ihtilaf konusu, İsviçre mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir hususa ilişkinse Anlaşma uygulanmayacak; münhasır yetkisine giren

98 2007 tarihli Hukuki- ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin Lugano Andlaşması, İsviçre açısından 01.01.2011 itibarıyla yürürlüğe girmiştir. (Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) Abgeschlossen in Lugano am 30. Oktober 2007. Von der Bundesversammlung genehmigt am 11. Dezember 2009, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 20. Oktober 2010 In Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 2011, <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20082721/201604080000/0.275.12.pdf>, E.T: 20.12.2020.).

99 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (Stand am 1. April 2020), AS 1988 1776, <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>, (10.08.2020).

100 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ), <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20082721/201604080000/0.275.12.pdf>, E.T: 20.12.2020.).

101 Frei, s. 1444. Lugano Konvansiyonu m. 22 f. 2'nin eski haline göre, daha sonra davanın açıldığı mahkeme taraflardan birinin talebi üzerine, birbiriyle bağlantılı davalar arasındaki ilişkinin kendi hukukuna göre kabul edilebilir ve ilk davanın açıldığı mahkemenin her iki dava bakımından da yetkili olduğuna karar verirse kendisinin yetkisiz olduğuna karar verebilir. Lugano Andlaşması'nın yeniden düzenlenmiş hali m. 28 f. 1 ise bağlantılı davaların ilk derece mahkemesi nezdinde derdest olması şartını aramamıştır. Lugano Andlaşması eski m. 22 f. 1'deki hüküm doğum hatası olarak nitelendirilmiştir. Yetkisizlik kararı için yine eski düzenlemede olduğu gibi davaların ilk derece mahkemesinde derdest olması ve tarafların birinin talebi şart olarak öngörülmüştür. Davaların birleştirilmesi eski düzenlemeye göre daha sonra davanın açıldığı mahkemenin hukukuna göre yapılmaktaydı. Maddenin yeniden düzenlenmiş hali isabetli olarak ilk başvuru mahkemesinin hukukuna atıf yapmaktadır.

bir konu değilse Anlaşma uygulanacaktır. İsviçre Federal Mahkeme uygulaması da bu yödedir¹⁰². Kanaatimizce bu yaklaşım hem devletlerin milletlerarası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerine hem de IPRG m. 9 düzenlemesine uygundur. Nitekim İsviçre'nin münhasıran yetkili olduğu bir ihtilaf hakkında yabancı devlet mahkemesinin vereceği kararın tanıma ve tenfize elverişli olmadığı mahkeme kararlarında da ayrıca belirtilmiştir¹⁰³.

Bir ihtilafın Lugano Anlaşmasının kapsamında olup olmadığı her zaman çok açık olmamaktadır. Sıra cetveline alacağın yazılmasına ilişkin İsviçre mahkemeleri nezdinde açılan bir davada, yerel mahkeme, yabancı ülkede daha önce açılmış bir davanın olması, yabancı mahkemenin kısa sürede karara varılmasının beklenmesi ve kararın İsviçre'de tanınmasının önünde bir engel olmaması gerekçeleriyle yabancı mahkeme kararının beklenmesine karar vermiş; ancak İsviçre Federal mahkemesi yerel mahkemenin kararını ve yerel mahkemenin kararını onayan üst mahkemenin kararını bozmuştur¹⁰⁴. Federal Mahkemede

102 BGE 135 III 127, 5A_20/2008 vom 30. September 2008, <https://www.bger.ch>, (29.09.2020), s. 133 “Lugano Andlaşmasına göre, sıra cetveline ilişkin davada, tasfiyenin, medeni usul ve icra hukuku mahiyetinden ötürü, İsviçre mahkemesi ülkesellik ilkesi gereği, münhasır yetkilidir.” Aynı yönde bkz: BGE 139 III 236, 4A_380/2012 vom 18. Februar 2013, <https://www.bger.ch>, (29.09.2020), s. 245. “Federal Mahkeme uygulamasına göre, Lugano Anlaşmasının uygulama alanını belirleyen Andlaşma m. 1 f. 2 /c'ye göre, iflas davalarının andlaşmanın kapsamı dışında kalması için, davanın temelinin İcra ve İflas hukukuna ilişkin olması ve böyle bir dava olmaksızın da sürecin başlatılmayacak olması anlaşılır. (BGE 131 III 227 E. 3.2; BGE 129 III 683 E. 3.2; BGE 125 III 108 E. 3d S. 111). İflas masası mallarının fazlaşması sonucunu doğuran davalar da bu kapsamda değerlendirilir. (BGE 131 III 227 E. 4.1; BGE 129 III 683 E. 3.2). Dolayısıyla, öğretiyeye göre, iflasın açılmasından sonra, açılan iptal davasına Lugano Andlaşması uygulanamaz. (BGE 131 III 227 E. 3.3 - 4).

103 BGE 139 III 236, 4A_380/2012 vom 18. Februar 2013, <https://www.bger.ch>, (29.09.2020), s. 245. “Federal mahkeme, devamlı, yabancı bir mahkeme kararının Lugano Andlaşması kapsamında tanınamayacağına, çünkü sıra cetveline ilişkin davaların, medeni usul ve icra hukuku karakterinden ötürü İsviçre mahkemelerinin münhasıran yetkili olduğu sonucuna varılmıştır.”

104 BGE 135 III 127, 5A_20/2008 vom 30. September 2008, <https://www.bger.ch>, (29.09.2020). İflas masasında sıra cetveline alacağın yazılmasına ilişkin bir ihtilaf, Zürih Eyalet Mahkemesi nezdinde Belçika devletinin de aralarında bulunduğu davacılar, davalı şirketin malvarlığının tasfiyesine ilişkin dava açmışlardır. Davacılar iflas masasında sıra cetveline kayıt davasının, Brüksel'de açtıkları davanın sonucuna kadar beklenmesini talep etmişler, Zürih mahkemesi de bekletici sorun talebi doğrultusunda karar vermiştir. Davalı şirket, Zürih Kantonu Eyalet Mahkemesi nezdinde, ilk derece mahkemesinin bekletici sorun yapma kararının kaldırılmasını talep etmiş; ancak Eyalet mahkemesinin talebi kabul etmemesi üzerine, temyiz mahkemesine başvurmuştur. Bölge temyiz mahkemesinin talebini reddetmesi üzerine, Federal Mahkemeye başvurmuştur. Mahkemenin yetkisine ve hukuki ve ticari konularda mahkeme kararlarının tenfize dair 2007 tarihli Lugano Anlaşması m.22'de, ikamete dayalı olmayan münhasır yetki halleri düzenlenmiştir. Kanton mahkemesi, sıra cetveline kayıt davasının bu davalardan olmadığını belirterek, Belçika'da yürütülen yargılamanın bekletici sorun kararı açısından yeterli neden oluşturduğuna karar vermiştir. Kanton mahkeme uygulamasına göre, diğer mahkeme sonucunun halihazırdaki mahkeme sürecini büyük olasılıkla önemli ölçüde kolaylaştıracak olması, bekletici sorun kararı için yeterli nedeni oluşturur. Kanton hukuku bekletici sorun yapmayı yabancı bir mahkeme kararının tanınması şartına da bağlı kılmamıştır. Bekletici sorun kararına itiraz eden davalı vekilinin itirazı hem bölge istinaf hem de eyalet temyiz mahkemesinde reddedilmiş; eyalet temyiz mahkemesi gerekçesinde, iflas alacağına ilişkin kesinleşmiş, tannabilir bir

tartışılan, İsviçre mahkemesinin, Belçika'da alacak hakkının varlığına ilişkin derdest bir davanın sonucunu bekleyip bekleyemeyeceği hususu olmuştur. İsviçre hukukuna göre, iflasın açılmasından sonra, İsviçre hukuk mahkemeleri de sıra cetveli hakkında karar veremez; dolayısıyla yabancı mahkemenin vereceği bir karar da sıra cetveli üzerinde etkili olamaz. Federal mahkeme, yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılabilmesini kabul edilmekle birlikte, iflasın açılmasından sonraki süreçte diğer İsviçre hukuk mahkemelerinin bile kararları belirleyici olmadığından, sadece sıra cetveline bakan hâkimin kararları belirleyici olduğundan, yabancı bir devletin hukuk mahkemesi kararı da bekletici sorun yapılamayacağına karar vermiştir¹⁰⁵.

Yabancı mahkeme nezdinde derdest bir davanın bulunması, hem IPRG hem de Anlaşma açısından gerçekleşmesi gereken bir şarttır.¹⁰⁶ Yabancı mahkeme nezdindeki davanın daha önce açılmış olması, bekletici sorun kararı verilebilmesinin bir ön şartı olmakla birlikte, tek başına bekletici sorun kararı verilebilmesi için yeterli değildir. Aynı zamanda yabancı mahkeme nezdindeki davanın makul süre içerisinde sonuçlanmasının beklenmesi de gerekmektedir. Federal Mahkeme, yabancı mahkeme nezdindeki davanın, İsviçre'deki davadan daha önce açılmakla birlikte, makul sürede bitmeyeceğine ilişkin itirazı haklı bulmuştur. Federal mahkeme, yabancı davadaki delillerin İsviçre mahkemesi nezdindeki dava sürecini kolaylaştıracak olması, yabancı devlet mahkemesi

yabancı devlet mahkemesi kararının, bir İsviçre hukuk mahkemesi kararı gibi bağlayıcı olmamasının nedeninin anlaşılabilir olmadığını belirtmiştir.

105 BGE 135 III 127, 5A_20/2008 vom 30. September 2008, <https://www.bger.ch>, (29.09.2020). Federal Mahkemenin bu kararı öğretide eleştirilmiştir. Mahkeme kararını isabetli bulmayan bu görüşe göre, her ne kadar iflasın açılmasından sonra hukuk mahkemeleri yetkili olmasa da, İsviçre'nin Lugano andlaşması yükümlülükleri çerçevesinde yabancı mahkeme kararlarını tanıma yükümlülüğü vardır. Yabancı bir mahkeme kararı tanındıktan sonra da sıra cetveli hakkında itiraz üzerine yeni bir karar alınabilir ve alacakların durumuna göre yeni bir düzenleme yapılabilir. Bu nedenle mahkemenin bekletici sorun kararı vermemesi İsviçre'nin Lugano Andlaşması yükümlülüklerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ivo Schwander, "Rechtsprechung zum Internationalen Sachen-, Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht.", *Swiss Review of International and European Law*, C. 19, S. 3, 2009, s. 428.

106 Bu hususta uygulamada bir ihtilafa rastlayamadık. IPRG yabancı mahkeme nezdindeki davanın ne zaman açılmış sayılacağı hususunda bir hüküm ihtiva etmemekle birlikte; davanın açılma anı her bir devletin kendi usul kanunlarına göre belirlenebilir. Lugano andlaşması ise davanın açılma anına ilişkin bir hüküm ihtiva etmektedir. Yabancı mahkeme nezdindeki davanın daha önce açılmış olması hususunda Lugano Andlaşması m. 30'a göre, davanın açılmış sayıldığı an tespit edilebilir Lugano Andlaşması m. 30'a göre; "*Davanın açılmış sayıldığı anı düzenleyen Lugano Andlaşması m. 30, söz konusu anın tespiti bakımından iki hüküm içermektedir. Lugano Andlaşması m. 30/(1)'e göre, davacının, yazının davalıya tebliğ edilmesi için kendisine yüklenen tedbirleri almayı ihmal etmemiş olduğu şartıyla, yargılamayı başlatan veya buna eşdeğer belgenin mahkemeye sunulmuş olduğu an veya davacının mahkemeye yazıyı ulaştırmak için kendisine yüklenen tedbirleri almayı ihmal etmemiş olması şartıyla, davalıya tebliğin mahkemeye yazının ulaşmasından önce yapıldığı durumlarda, yetkili makamın tebliğati aldığı anda dava açılmış sayılır.*"

nezdindeki davanın İsviçre'deki dava sürecinden daha erken biteceğinin ön görülmesini kabul etmekle birlikte, yabancı mahkeme kararı aleyhine üst mahkemelere başvurulması ve üst mahkemede yapılan değerlendirme sonucunda kesinleşeceğini dikkate almıştır. Dolayısıyla yabancı mahkeme kararının verileceği süreyi değerlendirirken, yabancı mahkeme kararının kesinleşebilmesi için gereken süreci de nazara almıştır¹⁰⁷.

C. Değerlendirmemiz

Alman Medeni Usul Hukukunda, bekletici sorun hem AB mevzuatı çerçevesinde hem de ZPO çerçevesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Türk hukukunda bekletici sorunu değerlendirirken de Alman ZPO'daki bekletici sorunun içtihatlar da uygulanmasını ve öğretideki yorumların dikkate alınması gerekir. Alman Medeni Usul Hukukunda, ZPO'da, bu konuda açık bir düzenleme olmamasına rağmen, yabancı mahkeme ya da hakem kararlarının bekletici sorun yapılabilmesinde bir görüş ayrılığı yoktur. Öğreti ve içtihatlar da yabancı mahkeme kararlarının Alman mahkemeleri tarafından bekletici sorun yapılabilmesi ittifakla kabul edilmiştir. Ancak hem öğreti hem içtihatlar da, yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılabilmesinde bazı şartların aranması gerektiği kabul edilmiştir. Yabancı mahkeme nezdinde devam eden yargılamanın, Alman mahkemesi nezdinde devam eden yargılama üzerinde belirleyici olması ve yabancı mahkeme tarafından verilen kararın bağlayıcı etkisi olması şartları öğreti ve içtihatlar da aranmıştır. Bağlayıcılık etkisinin gerçekleşmesi için, yabancı mahkeme kararı hakkında muhakkak tanıma ve tenfiz kararı verilmesi aranmamış; açık bir tanıma ve tenfiz engelinin olmaması bekletici sorun yapılması açısından yeterli görülmüştür. Bu nedenle 6100 s. HMK m. 165'teki düzenlemeye oldukça benzeyen Alman ZPO m. 148'in Alman hukuk öğretisindeki ve mahkeme içtihatlarındaki yansıması, Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılması tartışmalarında dikkate alınmalıdır. Hem 6100 s. HMK hem de ZPO m. 148, yabancı mahkeme ya da hakem kararlarının bekletici sorun yapılmasından bahsetmemiştir. Türk hukukundaki farklı görüşlerin aksine, Alman hukukunda yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılamayacağına ilişkin öğretide veya içtihatlar da bir tartışmaya rastlayamadık. Alman hukukuna benzer şekilde, Türk hukukunda da belirli şartlar da yabancı mahkeme kararının bekletici sorun yapılması kanaatimizce mümkün görülmelidir.

107 BGE 135 III 127, 5A_20/2008 vom 30. September 2008, <https://www.bger.ch>, (29.09.2020), s. 135. Federal mahkemenin kararından, yabancı mahkeme kararının kendi hukuk sistemi içerisinde kesinleşmesi; dolayısıyla İsviçre mahkemesinin bekletici sorun yapabileceği süre için birkaç yılın makul görülmediği; ama bir seneyi aşmayan bir sürenin makul olacağı sonucunu çıkartabiliriz.

İsviçre hukukunda yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılması IPRG m. 9'da düzenlenmiştir. Türk hukukunda da İsviçre IPRG düzenlemesine benzer şekilde, yabancı mahkemenin tanınıp tenfiz edilmesi önünde bir engel yoksa ve yabancı mahkeme kararının makul bir sürede kesinleşmesi bekleniyorsa, yabancı mahkeme kararının bekletici sorun yapılması kabul edilmelidir. Makul bir sürenin beklenmesi, hem yargılamanın gecikmesini engelleyecek hem de bekletici sorun kararı verilmesinden umulan faydalar gerçekleşecek; milletlerarası özel hukuk ahengi açısından çelişkili kararların verilmesi engellenmiş olacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasına paralel olarak, yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi önünde, münhasır yetki, kamu düzeni gibi kesin bir engel yoksa, Türk mahkemesi de yabancı mahkeme kararının bekletici sorun yapmasına karar verebilmelidir.

III. Türk Hukukuna Göre Yabancı Mahkeme Kararının Bekletici Sorun Yapılması

Yabancı mahkeme kararının Türk mahkemeleri nezdinde devam eden bir davada bekletici sorun yapıp yapılamayacağına ilişkin HMK düzenlemesinde ya da MÖHUK'ta bir hüküm yoktur; bu da öğretide farklı görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur.

A. Türk Milletlerarası Usul Hukuku Öğretisinde Görüşler

1. İhtiyari Bekletici Sorunu Reddeden Görüş

Yabancı mahkeme kararının kanunda ya da milletlerarası sözleşmede¹⁰⁸ bekletici sorun yapılabileceğine dair açık bir hükmün bulunmaması halinde, HMK m. 165 hükmünün yabancı mahkeme kararlarını kapsar şekilde yorumlanamayacağına dair görüşün temel dayanağı, yabancı bir mahkeme/hakem kararının tanınıp/tenfiz edilmeden kesin hüküm ve kesin delil etkisine sahip

108 Bazı milletlerarası anlaşmalar, milletlerarası tahkim davalarına ilişkin bekletici sorunları düzenlemektedir. Devletler ile diğer Akit Devlet Vatandaşları arasındaki Yatırım uyumsuzluklarının halline dair Washington Andlaşması m. 50 f. 3, m. 51 f. 4 ve m. 52 f. 5, hakem heyetinin kararın icrasını durdurabileceğini düzenler. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>. (23.08.2020). Aynı şekilde 21.04.1961 t. Milletlerarası Ticari Tahkime ilişkin Avrupa Sözleşmesi m. 6/3'e göre de aynı taraflar ve aynı ihtilafı ilgili veya tahkim anlaşmasının geçersiz, hükümsüz veya mevcut olmadığı için tahkim sürecinin başlatılmasından sonra başvuru devlet mahkemesi, tahkim kararına kadar bekletici sorun kararı vermek zorundadır. European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961, m. 6/ (3): "Devlet mahkemesine başvurulmadan önce tahkim süreci başlatılmışsa, aynı taraflar arasındaki aynı ihtilaf nedeniyle veya tahkim anlaşmasının geçersiz, hükümsüz olduğu ya da mevcut olmadığına ilişkin tespit yapılması için daha sonra başvuru devlet mahkemesi, tahkim mahkemesinin yetkisine ilişkin kararını, önemli bir neden buna engel değilse, tahkim mahkemesinin kararına kadar bekletmek zorundadır."

olmamasıdır.¹⁰⁹ Yabancı mahkeme kararının Türk mahkemesince dikkate alınabilmesi için, kesin hüküm ve kesin delil etkisine sahip olması; bunun için de yabancı mahkeme kararının tanınıp tenfiz edilmesi gerekmektedir. Henüz daha tanınıp tenfiz edileceği belli olmayan bir mahkeme kararına kadar Türk mahkemesi nezdindeki davanın bekletilmesi *hakki yerine getirmekten kaçınma* anlamına gelir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2000 yılında vermiş olduğu bir kararında¹¹⁰ “*yabancı mahkemede derdest durumda olan bir davada, yabancı mahkemenin maddi ve hukuki nitelendirmeleri, kanun yollarından geçerek kesinleşmedikçe, tarafların Türk mahkemesinde delil olarak dayanılmaz ve bunun doğal sonucu da henüz yargılaması devam etmekte olan dava ön mesele oluşturmaz.*” diyerek bu görüşe benzer yönde karar vermiştir.¹¹¹

Bununla birlikte aynı taraflar arasında aynı talebin dava konusu olması ve yabancı mahkeme kararının kesinleşmesi halinde, bu durum yargılamanın iadesine neden olur. Türk hukukunda 6102 s. Türk Ticaret Kanunu m. 1361, f. 2’deki açık hüküm gereğince sadece deniz alacağının dikkate alınması mümkündür. Buna göre, “*deniz alacağının esası hakkında yurtiçinde veya yurt dışında mahkemede veya hakem önünde dava açılmışsa, bu davanın sonuçlanması, tazminat davası yönünden bekletici sorun oluşturur.*” Deniz alacağı hakkında devam eden yabancı mahkeme kararının Türk mahkemesince beklenilmesi, kanunda düzenlenen zorunlu bekletici sorun hallerinden biridir. Eğer kanunla düzenlenen bir zorunlu bekletici sorun hali söz konusu değilse, yabancı bir mahkeme ya da hakem kararının bekletici sorun yapılması, Türk Milletlerarası Usul Kanunu sistemi bakımından doğru değildir.¹¹²

2. İhtiyari Bekletici Sorunu Kabul Eden Görüş

Milletlerarası özel hukuktaki gelişmeler ve ihtiyaçlar dikkate alınarak, yabancı mahkemenin vereceği kararın Türkiye’de tanınıp tenfiz edilmesi muhtemel gözükmemekte ise, Türk mahkemesinin yabancı mahkeme nezdindeki dava sonucunu beklemesi gerektiğini ileri süren ihtiyari bekletici sorunu kabul eden görüşe göre, HMK m. 165 hükmü yabancı mahkeme nezdindeki davalara teşmil edilebilir¹¹³. TTK m. 1361’de yer alan haksız ihtiyati hacze dayanan tazminat davaları bakımından yabancı ülke mahkemelerinde açılan deniz alacağına ilişkin davaların bekletici sorun yapılmasının hükme bağlanması, Türk Milletlerara-

109 Çelikel, Erdem, s. 664.

110 Yargıtay HGK. E. 2000/19-1074, K. 2000/1126, T. 05.07.2000. (Yargı Dünyası, S. 58, Ekim-2000, s. 29 vd.)

111 Erdoğan, s. 1868; Şanlı, Esen, Figanmeşe, s. 489.

112 Çelikel, Erdem s. 664; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku*, Yenilenmiş 2. Bası, Beta Yayınevi, 2018, s. 97.

113 Şanlı, Esen Figanmeşe, s. 489; Can, Tuna, s. 347.

sı Usul Hukuku yönünden bekletici sorunun genel olarak kabulünün mümkün olabileceğini ortaya koymaktadır¹¹⁴. Bekletici soruna ilişkin HMK m. 165 hükmü, Türk mahkemeleri önünde görülen veya görülecek davalar ile idari makamların tasarruflarına yönelik olsa da milletlerarası usul hukukunda lex fori ilkesi gereğince uygulanabilir. Yabancı mahkeme/hakem kararları tanınması ve tenfizi sonucu kesin hüküm ve kesin delil etkisi gösterecek ve icra kabiliyeti kazanacaktır. Tanıma ve tenfiz ile kesin hüküm kazanabilen, tanıma ve tenfiz kabiliyetini haiz yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılmasında da bir mahsur olmamalıdır. Aynı durum yabancı idari tasarruflar için de geçerlidir; yabancı idari makamlardan alınan resmi belgeler de diğer koşulların bulunması şartıyla Türk makamlarının resmi belgeleri gibi kesin delil etkisini haizdir¹¹⁵.

Yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılabilmesine ilişkin görüşleri değerlendirdiğimizde, bekletici sorun yapılmasını reddeden görüşün, hem yorum ilkeleri hem de milletlerarası usul hukukundaki gelişmeler dikkate alındığında isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Türk Milletlerarası Usul Hukuku, milletlerarası usul hukuku işlemlerinde nasıl bir yol izleneceğini gösteren 6100 s. HMK başta olmak üzere, Türk Medeni Usul Hukuku mevzuatına nazaran özel kanun niteliğinde bir düzenlemedir. Hukuk normlarının yorumlanmasında da özel hüküm-genel hüküm ya da özel kanun-genel kanun ilişkisinin dikkate alınması gerekir. 5718 s. MÖHUK ve 6100 s. HMK arasında, özel kanun-genel kanun ilişkisi vardır. Bu nedenle 5718 s. MÖHUK'ta hüküm bulunmayan hallerde, yabancı unsurlu ilişkilerin mahiyetine uygun düştüğü sürece 6100 s. HMK hükümleri dikkate alınmalıdır. Bir hususun özel kanunda düzenlenmemiş olması, genel kanundaki düzenlemenin dikkate alınmaması sonucunu doğurmaz. Bu nedenle bekletici sorunun yabancı mahkeme kararları açısından da dikkate alınması gerekir. Milletlerarası usul hukukunun kendine has özellikleri ve yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfiz kararı alınmadan kesin hüküm etkisine sahip olamayacağı düşünüldüğünde, kural olarak yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılabileceğini kabul etmekle birlikte, tanıma ve tenfiz kararı alınmayacak yabancı mahkeme kararları hakkında bekletici sorun kararı verilemeyeceği kanaatindeyiz. Yabancı mahkeme kararları hakkında tanıma ve tenfiz kararı verilmesini düzenleyen 5718 s. MÖHUK m. 50 vd. hükümlerine göre, yerel mahkeme kararı üzerinde belirleyici olan, yabancı mahkeme kararının tanıma ve tenfiz edilmesini engelleyen bir durum varsa bekletici sorun kararı verilmemelidir. Örneğin yabancı eşlerin yabancı mahkeme nezdinde boşanmaları ve evlilik mallarının tasfiyesine ilişkin

114 Şanlı, Esen, Figanmeşe, s. 463.

115 Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, s. 392; Can, Tuna, s. 346 vd.

anlaşmada, Türkiye’de bulunan taşınmazların taksimine ilişkin hükme yer verilmesi, Türkiye’deki taşınmazlar hakkında verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün olmadığından¹¹⁶ Türk mahkemesi nezdinde açılan bir davada, hükme esas teşkil edemez. Bu nedenle Türk mahkemesinin, Türkiye’deki bir taşınmazla ilgili yabancı mahkeme nezdinde süren derdest bir davayı bekletici sorun yapmaması gerekir.

B. Yargıtay İçtihatlarında Yabancı Mahkeme Kararlarının Bekletici Sorun Yapılması

Yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılmasına ilişkin Yargıtay kararlarının incelenmesinde, yabancı mahkeme kararının Türk mahkemesi nezdindeki bir dava açısından sonucu belirleyici olması önem taşımakla birlikte, bunu davanın niteliği bakımından da değerlendirmek gerekir. Yabancı mahkeme kararının tanınması istemiyle Türk mahkemesi nezdinde açılan bir tanıma davasında, yerel mahkemenin yabancı mahkeme kararının kesinleşmesi amacıyla verdiği, örneğin yabancı üst mahkeme kararının beklenilmesi ya da yabancı mahkeme kararı aleyhine açılan iptal davasının beklenilmesine karar verilmesi, milletlerarası usul hukukunda tartışılan yabancı mahkeme kararının bekletici sorun yapılmasına ilişkin değildir. Bu ayrımı somutlaştırmak amacıyla Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından verilen yabancı mahkeme kararı hakkında bekletici sorun yapma kararı vermeyen yerel mahkeme kararı hakkındaki bozma ilamını örnek olarak gösterebiliriz. Karara konu uyuşmazlık, İranlı eşlerin İran mahkemesi nezdinde boşanmalarına ilişkin verilen boşama kararının Türkiye’de tanınmasına ilişkindir. Somut olayda, İran mahkemesinin kararı, kocanın üç aylık süre zarfında kocanın herhangi bir noter nezdinde karısını tek taraflı olarak boşayabileceğine ilişkindir. Kararın tanınması istemiyle Türk mahkemesinde açılan davada, kararın tanınmasına karar verilmiş; Yargıtay, davalı kadının İran’da açtığı, tanınması istenilen davaya konu yabancı mahkeme kararının iptaline ilişkin davanın sonucunun bekletici sorun yapılması gerektiğini ifade ederek, yerel mahkeme kararını usulden bozmuştur. Burada İranlı kadının, İran mahkeme kararının iptaline ilişkin olarak İran’da açtığı iptal davasının bekletici sorun yapılması gerekliliği, tanıma ve tenfiz şartlarının gerçekleşmesi açısından gereklidir; dolayısıyla öğretilerde de milletlerarası usul hukukunda bekletici sorun başlığı altında değil; tanıma ve tenfiz koşulları

116 Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, s. 179-180; Pelin Güven, *Tanıma-Tenfiz*, Yetkin Yayıncılık, 2013, s. 95-97; Uğur Tütüncübaşı, “Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Düzenlenen Yenilikler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 2, 2017, s. 110; Şanlı, Esen, Ataman - Fıganmeşe, s. 589-590.

kapsamında incelenmiştir¹¹⁷. Dolayısıyla, bir tanıma/tenfiz davasında yabancı mahkeme kararının kesinleşmesinin bekletici sorun yapılması, milletlerarası usul hukuku çerçevesinde yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılmasının kabul edildiği anlamına gelmez, burada MÖHUK m. 50 uyarınca tanıma ve tenfiz şartlarının sağlanması söz konusudur. Bu nedenle, yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılabilmesini incelerken, davanın niteliğinin de dikkate alınması gerekmektedir.

Yargıtay'ın yabancı mahkeme kararının bekletici sorun yapılmasını reddetmesine örnek olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 2000/19-1074 E., 2000/1126 K., 05.07.2000 T. kararını gösterebiliriz. Karara göre, "*yabancı mahkemede derdest olan bir davadaki hukuki ve maddi nitelendirmelerinin kanun yolundan geçerek kesinleşmedikçe, Türk mahkemelerinde delil olarak dayanılmayacağı ve henüz derdest davanın ön mesele oluşturmayacağı*" ifade etmiştir¹¹⁸.

Yargıtay'ın yabancı mahkeme kararının Türk mahkemeleri nezdinde bekletici sorun yapılabileceğini ifade eden birçok kararı vardır. Aşağıdaki kararlarda daha ayrıntılı görüleceği üzere, Yargıtay, Türk mahkemesinin yabancı mahkeme kararını bekletici sorun yapması ile ilgili yabancı devlet hukukuna göre kesinleşmiş; fakat Türkiye'de tanıma ya da tenfiz kararı verilmemiş yabancı mahkeme kararının hükme esas oluşturması hususunda kesin ve istikrarlı bir ayırım yapmıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, 1986/1486 E., 1986/2090 K., 10.04.1986 T. sayılı kararında Türk mahkemelerinde açılmış bir haksız rekabet davasında, tarafların arasındaki distribütörlük anlaşmasının geçerli olup olmadığına ilişkin ABD'nin Pensilvanya Eyaletinde açılmış davanın bekletici sorun yapılarak sonucunun beklenmesine karar verilmesinin gerektiğini belirtmiştir¹¹⁹. Başka bir kararda, davalı banka, davaya konu teminat mektubunun tazmini istemiyle Almanya'da açılan ve devam eden bir yargılama sonucu verilecek kararın bekletici sorun yapılmasını talep etmiş; ancak bu talep yerel mahkeme tarafından reddedilmiş, temyiz aşamasında da karar onanmıştır. Ancak davalının karar düzeltme talebi üzerine, Yargıtay Almanya'da görülmekte olan dava sonucu ve-

117 Çelikel, Erdem, s. 755, dn. 324. Yargıtay'ın bozma ilamına uyan ilk derece mahkemesi, yabancı mahkeme nezdinde açılan iptal davasını bekletici sorun yapmış ve İranlı kadının iptal talebinin mahkemece reddedilerek İran mahkemesinin kocaya verdiği boşama hakkının kesinleşmesi üzerine, yabancı mahkeme kararının tanınmasına karar vermiştir. Ancak Yargıtay, İran mahkemesinin boşanma kararında eşlerin eşitliği ilkesini gözetmediği, kadının savunma haklarına riayet etmediği gerekçeleriyle, yabancı mahkeme kararının tanınmasının Türk kamu düzenine aykırı olacağına karar vermiş ve yerel mahkeme kararını bozmuştur.

118 Yargı Dünyası, S: 58, Ekim 2000, s. 29 vd.

119 İrfan Dönmez, *Markalar ve Haksız Rekabet Davaları*, 2. Bası, İstanbul, 1992, s. 203.

rilecek kararın Türk mahkemesi nezdinde devam etmekte olan dava sonucu verilecek karar üzerinde kuşkusuz etkili olacağı, bu nedenle söz konusu kararın kesinleşmesi beklenerek sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, bu hükmün gözetilmemesini hukuka aykırı bulmuş ve karar düzeltme talebini kabul etmiştir¹²⁰. Yargıtay'ın bu kararında yabancı mahkeme kararının bekletici sorun yapılması gerektiği belirtilmekle birlikte, aşağıda incelenen diğer kararlardan farklı olarak yabancı mahkeme kararının hükme ne zaman esas alınabileceğiyle alakalı bir açıklama yer almamaktadır.

Yabancı ülke mahkemesinde boşanan ve bu yabancı mahkeme kararının ilgili devlet hukukuna göre kesinleşmesi üzerine, taşınmaz malların paylaşımına ilişkin Türkiye'de açılan tapu tescil ve iptal davasında, davalının Türkiye'de halen evli oldukları, dolayısıyla mal paylaşımının yapılamayacağı itirazı üzerine, evlilik birliğinin mal paylaşımı yapılmasının ön şartı olduğunu, yerel mahkeme boşanmaya ilişkin yabancı mahkeme kararının henüz tanınıp tenfiz edilmediğinden hareketle, bekletici sorun yapılabilecek bir karar olmadığından ve evlilik de resmen devam ettiğinden davayı ön şart yokluğundan reddetmiştir. Yargıtay, yerel mahkeme kararını, yabancı mahkeme kararı hakkında tanıma ve tenfiz davası açılması için davacı tarafa süre vermediği ve tanıma ve tenfiz kararını bekletici sorun yapması gerektiği gerekçesiyle bozmuştur. Yargıtay gerekçesinde, hakkında tanıma ve tenfiz kararı verilmeyen yabancı mahkeme kararlarının, ilgili yabancı ülkede kesinleşmiş olsa bile hükme esas alınamayacağını ifade etmiştir¹²¹. Yargıtay burada yabancı mahkeme kararının bekletici sorun yapılması gerektiğini belirtmekle birlikte, beklenilmesi istenen aslında hükme esas oluşturması dava açısından belirleyici olan bir yabancı mahkeme kararının tanınmasıdır. Dolayısıyla burada yabancı mahkeme kararının kesin

120 Yargıtay 19. HD, 1999/5230 E., 1999/5230 K., 24.09.1999 T., www.kazanci.com, (05.11.2020).

121 Yargıtay 8. HD, 2013/4847 E., 2013/8387 K., 04.06.2013 T. (Karar yayınlanmamıştır.) “Mahkemeye, her ne kadar davanın açıldığı tarihte tarafların yabancı mahkeme kararı ile boşandıkları ve bu kararın kesinleştiği açık ise de eldeki dava tarihinde henüz açılmış bir tenfiz davası bulunmadığı, yargılama devam ederken tenfiz davasının açıldığı gerekçe gösterilerek ön şart yokluğundan red kararı verilmiştir. Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan kararların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk Mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır (5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun m.50). Bundan ayrı yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi için, yabancı ilamın tenfiz koşullarını taşıdığıın mahkemece tespiti gerekir (5718 s. MÖHUK. m.58). Tenfiz kararı sadece yenilik doğurucu (usuli) bir hükümdür. Türk Hukukuna göre, yabancı bir mahkeme hükmünün tenfiz edilebilmesi için, bu mahkeme hükmünün verildiği ülke hukukuna göre kesin ve icra edilebilir olması şarttır. Ancak, yabancı mahkeme hükmü Türkiye’de icra edilebilirlik gücüne sadece ve mühasıran Türk Hukukuna göre verilen bir tenfiz kararıyla sahip olabilir. Her ne kadar Lübeck Sulh Hukuk (Aile) Mahkemesi’nin verdiği boşanma kararı 22.03.2012 tarihinde kesinleşmiş ve verildiği ülkede kesin delil ve kesin hüküm olarak kabulü sonucunu doğurabilmekte ise de kararın Türkiye’de uygulanabilmesi ancak, bir tenfiz kararı verilmesi halinde mümkün olabilecektir (MÖHUK. m.50).”

hüküm etkisinin doğması ve Türk mahkemesi kararına dayanak oluşturması için tanıma kararının beklenmesi amaçlanmaktadır¹²². Burada Türk mahkemesinin tanıma kararının mı yoksa yabancı mahkeme kararının mı bekletici sorun yapıldığı tartışılabilir. Kanaatimizce, kararda bekletici sorun yapılan yabancı mahkeme kararıdır. Tanıma kararı, kesin hüküm etkisinin doğması ve yerel mahkeme hükmüne dayanak oluşturması açısından önemlidir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 21.06.2012 tarihli kararında, Türk mahkemelelerinde görülmekte olan dava bakımından Romanya mahkemelerinde görülmekte olan davanın bekletici sorun yapılması gerektiğini, bekletici sorun yapılmamasının diğer nedenler yanında bozma sebebi olduğunu belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur¹²³. Bozma ilamından sonra yerel mahkeme nezdinde yapılan

122 Aynı yönde bkz: Yargıtay 11. HD, 2018/1069 E., 2019/6711 K., 24.10.2019 T. (Karar yayınlanmamıştır.) Geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespiti ve verilen paranın tahsili istemine ilişkin açılan davada, davalı vekili, davacının, aynı hukuki sebeplere dayalı olarak aynı davayı daha önce yabancı mahkemede açtığını, davanın reddedildiği ve yabancı mahkeme kararının kesinleşmiş yabancı mahkeme kararının tanınması amacıyla Türkiye’de tanıma davası açıldığını, eldeki davanın kesin hüküm nedeniyle reddi için tanıma davasının bekletici sorun yapılması gerektiğini savunmuş; ancak yerel mahkeme istemi reddetmiş ve yargılamaya devam ederek hüküm kurmuştur. Yargıtay, yabancı mahkeme kararı hakkında tanıma ve tenfiz kararı verilmeden hükme esas alınmayacağı, ancak tanıma ve tenfiz kararının beklenmesi gerektiği yönünde karar verilmesi gerektiğini belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur. “*Her ne kadar yargılama aşamasında tanınmış kesinleşen kesin hüküm niteliğinde bir karar bulunmasa da tanıma davasına konu davanın işbu davadan daha önce açıldığı, yabancı mahkeme ilamında haksız fil hükümlerine göre de inceleme yapıldığı, yargılama sırasında açılan tanıma davasının neticesinin işbu davayı etkileme ihtimali bulunduğu anlaşılmakta olup, mahkemece, davacı tarafından yabancı mahkemede açılan davanın daha önce açıldığı gözetilerek yerel mahkeme nezdinde görülen tanıma davasının kesinleşmesinin beklenmesine karar verilmesi gerekirken, davalı tarafın itirazının reddedilip işin esası hakkında karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.*”

123 Yargıtay 15. HD, 2011/2901 E., 2012/4661 K., 11.06.2012 T. (Karar yayınlanmamıştır.) Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 462. “*Dava, 18.09.2007 tarihli “Performans Garanti Sözleşmesi” uyarınca verilen avans ve kesin teminat mektuplarına el atmanın önlenmesine karar verilmesi talebinden ibarettir. Davacı garantör şirket, davalı şirket yüklenici, davalı banka ise teminat mektubu verendir. Davacı garantör şirket vekili; müvekkili şirketin Romanya kanunlarına göre Bükreş’de kurulu bulunan dava dışı BİAT ...SRL şirketinin %51 hissesine sahip olduğu, davalı şirketin yükleniminde olan Newton Projesini bu şirkete taşeron olarak verdiğini, işin bu şirket tarafından yapılır iken davalı şirketin davacı şirketten garanti istediğini ve bu nedenle garantörlük sözleşmesi yapıldığını, bu kapsamda davalı şirkete davacı garantör şirketin iki adet teminat mektubu verdiğini, davacı şirketin taşeronluk sözleşmesinin tarafı olmamasına rağmen bu edimlerin ifasının davacıdan istendiğini ve teminat mektuplarının tazmininin talep edildiğini ve bunun üzerine Küçükçekmece 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2008/205 Değişik iş sayılı dosyası ile teminat mektuplarının paraya çevrilmemesi yönünde tedbir kararı aldıklarını ve teminat mektuplarının tazmin taleplerinin hukuka aykırı olduğunu tespiti ile muarazanın giderilmesini talep etmiş, davalı Mivan-Kier Joint Venture Ltd. vekili; davacının ortağı olduğu BIAT ... SRL ile sözleşmeleri bulunduğunu, davacının bu sözleşmenin garantörü olduğunu, BIAT ... SRL’nin edimini ifa etmediğinden davacının verdiği teminat mektuplarına el atmakta haklı olduğunu, diğer davalı banka vekili, mektupların uluslararası hukuka uygun verildiğini belirterek davanın reddini savunmuşlar, mahkemece teminat mektuplarının verilme nedeni olan sözleşmenin feshinde davalı*

yargılamada, yabancı mahkeme kararının beklenmesine karar verilmiş; yabancı mahkeme kararının ilgili yabancı devlet hukuku uyarınca kesinleşmesinin ardından, ilk derece mahkemesi Romanya’da verilen kesinleşmiş mahkeme kararını dayanak yaparak hüküm kurmuştur. Yargıtay, kararın temyiz edilmesi üzerine, yabancı mahkeme kararının tanınıp tenfiz edilmeden yerel mahkeme hükmüne dayanak oluşturamayacağı ve yabancı mahkeme kararının tanınıp tenfiz edilmesi gerektiğini belirterek yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar vermiştir¹²⁴. Yargıtay’ın ilk bozma kararında, Türk mahkemesinde derdest

Mivan-Kier Joint Venture Ltd.’nin haklı bulunduğu, avans bakiyesinden de alacağın bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, karar, davacı ile davalı banka vekilince temyizi üzerine Yargıtay 15. HD 21.06.2012 tarih, 2011/2901 Esas ve 2012/4661 Karar sayılı ilâmıyla; taraflar arasında Romanya mahkemelerinde görülmekte olan dava sonuçlarının beklenmesi vs. diğer nedenlerle bozulmuştur.”

124 Yargıtay 15. HD. 2017/1211 E., 2017/3766 K. 02.11.2017T., (Karar yayınlanmamıştır.) “...Hükmüne uyulan Dairemizin bozma ilâmında; “..... mahkemece alınan bilirkişi raporunda bu hususta sonuca varılamamış, taraflar arasında görülmekte olan davaların gözetilmesi gereğine değinilmiştir. Gerçekten davalı Mivan-Kier Joint Venture Ltd.’nin iflas davasında, BIAT ... SRL’nin alacağı olduğu kabul edildiği gibi, adı geçenin alacak istemiyle Mivan-Kier Joint Venture Ltd. şirketi hakkında Romanya mahkemelerinde açılan dava bulunduğu dosyadaki beyanlardan anlaşılmalıdır.....” şeklinde bozma yapılmış olmakla bu bozmaya uyan yerel mahkemenin bozma gereklerini eksiksiz yerine getirdiğinden söz edilemez. Şöyle ki, taraflar arasında Romanya’ da açılmış bulunan davaların bu davaya etkisinin değerlendirilmesi gereğine işaret edilmiş ve bu dosya eldeki dosya açısından öncelikle bekletici sorun sayılmış ve bahsi geçen mahkeme kararı verildikten sonra da bu kararın kesin olduğu ve davacı tarafın temyiz itirazlarının reddedildiği, temyiz mahkemesinin kararında belirtilen gerekçelerin yerinde olduğu gerekçesi ile eldeki dava reddedilmiştir. Bir başka deyişle mahkemece Romanya Mahkemesi kararı esas alınarak eldeki dava reddedilmiştir. Genel olarak; yabancı mahkeme kararının Türk Hukuku’nda hüküm doğurması, yabancı mahkeme kararının niteliğine göre ya tanınması ya da tenfizi ile mümkündür. Yabancı mahkeme kararının yerel mahkeme kararı gibi hukuki sonuç doğurabilmesi için, mahalli mahkemelere tanuma veya tenfiz prosedürüne tabi tutulup bu yönde bir karar verilmiş olması gerekir. Tanuma veya tenfiz kararı verilmesiyle birlikte yabancı mahkeme kararı, mahalli mahkeme kararı gibi kuvvet ve nitelik kazanır. Bir hukuki ilişkinin varlığı yada yokluğu hakkında verilen tespit kararları inşai nitelikli kararlardan olduğundan bu kararların tanınması yeterli iken, özel hukuka ait bir taleple ilgili verilecek edimin ifasına ilişkin eda hükmü içeren bir yabancı mahkeme kararının ülkemizde hüküm ifade edebilmesi ancak tenfizi ile mümkündür. Aynı şekilde bir yabancı mahkeme kararı hem inşai nitelikte hem de eda hükmü içermekte ise bu halde kararın Türk Mahkemeleri’nde hüküm ifade edebilmesi ancak o kararın hem tanuma hem de tenfize konu edilmesi ve bu konuda bir karar verilmiş olmasına bağlıdır. Hukukumuzda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi 5718 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 59-64 maddeleri arasında düzenlenmiş olup, bu hükümlere göre değerlendirme yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. 5718 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 50/1 maddesinde; “Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.” hükmü, aynı Kanun’un 57/1. maddesinde “Tenfizine karar verilen yabancı ilâmlar Türk Mahkemelerinden verilmiş ilâmlar gibi icra olunur.” ve 59. maddesinde “Yabancı ilâmın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder.” hükümleri bulunmaktadır. Bu Kanun hükümleri ile yukarıda belirtilen genel açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davaya konu Romanya Yüksek Temyiz ve Adalet Mahkemesi kesin kararının eda içerikli hüküm içerdiği ve bu hükmün tenfizi yapılmadan Türk mahkemelerinde hüküm ifade etmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bahsi

bir davada belirleyici olan bir yabancı mahkeme kararının bekletici sorun kararı yapılmaması bozma gerekçesi yapılmışken, yerel mahkemenin bozma ilamına uymasından sonra, yargılama sonucu verdiği hükmün temyiz edilmesi sonucu, yabancı mahkeme kararının tanıma ve tenfiz kararından önce hükme dayanak yapılması bozma gerekçesini oluşturmuştur. Yargıtay'ın aynı ihtilafla ilgili verdiği ilk bozma kararında ve ikinci bozma kararında açıkça, yabancı mahkeme kararının bekletici sorun yapılması ve kesin hüküm etkisi birbirinden ayrılmıştır. Yukarıda incelenen Yargıtay kararları incelenirken, Yargıtay'ın bekletici sorun yapılmasını istediği kararın, Türk mahkemesinin tanıma kararı mı yoksa yabancı mahkeme kararı mı olduğu sorusu irdelenmişti. Yargıtay'ın yukarıda incelenen kararlarında bu iki sorun iç içe geçmişti, ancak Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin, 2011/2901 E., 2012/4661 K., 11.06.2012 T. ve 2017/1211 E., 2017/3766 K. 02.11.2017T. kararlarında açıkça görüldüğü üzere, Yargıtay yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılmasını kabul etmektedir; ancak tanıma ve tenfiz kararı alınmadan bu kararların Türk mahkemesinin hükmüne dayanak teşkil etmesini; dolayısıyla kesin hüküm ve kesin delil etkisini kabul etmemektedir.

Yabancı mahkeme kararlarının, Türk mahkemesi nezdinde bekletici sorun yapılabilmesini incelerken, davanın niteliğine ve yabancı mahkeme kararının Türk mahkemesi üzerindeki etkisini dikkate alarak Yargıtay'ın tutumunu belirlemeye çalıştık. Yargıtay içtihatlarına bakıldığında, genel eğilimin yabancı kararların bekletici sorun yapılması yönünde olduğu tespitine¹²⁵ biz de katılıyoruz. Kanaatimizce, Yargıtay'ın tutumu hem çelişkili kararların alınmasının engellenmesi ve usul ekonomisi hem de hukuk güvenliği açısından isabetlidir.

Sonuç

Mahkemenin, başka bir mahkeme ya da idari makamın kararını bekletici sorun yapması hem usul ekonomisi hem de çelişik kararların önüne geçilebilmesi için önemli bir usulü müessesedir. Kesin hüküm ve kesin delil etkisinden daha önce, mahkemenin hüküm kurabilmesi diğer bir mahkeme nezdinde derdest bir dava sonucuna bağlıysa bekletici sorun kararı verilebilir. Bekletici sorun yapılan kararın Türk mahkemesi nezdinde verilecek bir karar olması hali dışında bir yabancı mahkeme ya da hakem kararının da bekletici sorun yapıp yapılmayacağı konusunda öğretide ve uygulamada görüş birliği yoktur.

geçen kararın usulüne uygun şekilde tanınmadan mahkemece değerlendirmeye alınıp karara esas alınması doğru olmamıştır. O halde mahkemece yapılacak iş; Romanya Yüksek Temyiz ve Adalet Mahkemesi kesin kararının usulüne uygun şekilde tanınması yapılmadan Türk mahkemelerinde hüküm ifade etmesinin mümkün olmadığını dikkate alınarak davalı tarafa bu kararın tanınmasının sağlanması için dava açmak üzere uygun süre ve imkan verilmelidir."

125 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 463; Can, Tuna, s. 346.

HMK m. 165'teki düzenlemede yabancı mahkeme kararlarının zikredilmemiş olmasının, yabancı mahkeme kararlarını dışlama iradesini mi gösterdiği yoksa bilinçli olmayan bir boşluğun mu söz konusu olduğu, sorunun çözümünde belirleyici niteliktedir. Madde gerekçesinden kanun koyucunun iradesinin hangi yönde olduğu anlaşılammamaktadır. Bu durumda kanunun hazırlık aşamalarında yararlanılan Alman ve İsviçre Medeni Usul Kanunlarına ve bekletici soruna ilişkin mahkeme içtihatlarının dikkate alınması gerekecektir. İsviçre ZPO m. 126 genel bir ifadeyle hâkimin, amaca uygunlukla sınırlı olarak bekletici sorun kararı verebileceğini ifade etmiştir. İsv. IPRG m. 9'da da yabancı mahkemede devam eden, tarafları ve konusu aynı olan davanın yabancı ülke mahkemelerinde açılmış olması ve yabancı mahkemenin de makul süre içerisinde tanımaya uygun bir karar vermesinin beklenmesi düzenlenmiştir; yani milletlerarası derdestlik halinde mahkeme, yabancı mahkeme kararını bekletici sorun yapabilir. Milletlerarası derdestlik hali dışında, İsviçre mahkemesinin kararının yabancı mahkeme kararının sonucuna bağlı olması halinde bekletici sorun kararı verilip verilemeyeceğine ilişkin kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Buna rağmen öğretide ve içtihatlarda ZPO m. 126'nın, yabancı mahkeme kararının İsviçre mahkemesi nezdinde derdest bir davada belirleyici olması durumunda da uygulanacağı hususunda bir ihtilaf yoktur. Hükmün doğrudan mı kıyasen mi uygulanması gerektiği noktasında, maddede zaten amaca uygunluk esas alındığı için, İsviçre öğretisi ve içtihatlarında bu husus tartışılmamıştır. Zira amaca uygunluk kavramı geniş bir uygulama alanını içinde barındırır, bu anlamda kanaatimizce doğrudan uygulama söz konusu olmaktadır.

Alman ZPO m. 148'de yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılacağına ilişkin bir ifade yer almamasına rağmen öğretide yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılabilmesi kabul edilmiştir. Öğretide, ZPO m. 148'de yabancı mahkeme kararlarının bekletici sorun yapılmasının belirtilmemiş olması, yabancı mahkeme kararlarını dışlayan, kapsam dışı bırakan bir şekilde yorumlanmamıştır. Her ne kadar yabancı mahkeme kararları maddede belirtilmemiş olsa da bu durum kanun koyucunun yabancı mahkeme kararlarını kapsam dışında bırakma iradesinin olduğu şeklinde yorumlanmamış, bilinçli olmayan bir boşluğun söz konusu olduğu ittifakla kabul edilmiştir. Öğretide Alman ZPO m. 148'in kıyasen uygulama yoluyla yabancı mahkeme kararları açısından da uygulanması kabul edilmiştir. Alman mahkeme içtihatlarına göre de hâkim yabancı mahkeme kararının beklenmesi yönünde karar verebilir. Sonuçta, Alman ve İsviçre Medeni Usul Kanunları ve uygulaması birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu devlet hukuklarında, yabancı mahkeme kararlarının beklenilmesine ilişkin madde metninde bir ifade bulunmaması, kanun koyucunun iradesinin yabancı mahkeme kararlarını dışlama, kapsam dışında bırakma olduğu şeklinde yorumlanmamıştır.

Türk mahkemesi yabancı unsurlu davalardaki usule ilişkin konularda öncelikle yürürlükteki milletlerarası usul hukuku mevzuatını uygulamalı, burada bir hüküm bulunmaması halinde medeni usul mevzuatındaki hükümleri uygulamalıdır. 5718 s. MÖHUK'ta bekletici soruna ilişkin bir hüküm bulunmadığından, 6100 s. HMK'nın bekletici soruna ilişkin düzenlemesi milletlerarası usul hukuku ilkeleri çerçevesinde kanaatimizce uygulanabilmelidir. Her ne kadar yabancı mahkeme kararları Türk mahkemesinin vereceği bir tanıma/tenfiz kararından önce kesin hüküm ya da kesin delil gücünde olamasa da 5718 s. MÖHUK m. 50 vd. maddelerinde düzenlenen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlere göre, açık bir tanıma ya da tenfiz engelinin olmadığı, yabancı mahkeme kararının beklenmesi maddenin ruhuna daha uygun düşer. Nitekim bekletici sorunda, henüz mahkeme kararı kesin hüküm gücünde değildir. Yerel mahkeme kararının da kesin hüküm gücü kazanmasına kadar bir süre geçmektedir; dolayısıyla yabancı mahkeme kararlarının beklenmesinin yargılamayı uzatacağı endişesi yerinde değildir. HMK m. 165'te düzenlenen bekletici sorun, kanaatimizce tanıma/tenfiz edilmesinde açık bir engel görülmeyen yabancı mahkeme kararlarına da uygulanabilir. Sonuç olarak, Türk mahkemesinin karar verebilmesi bir yabancı mahkeme nezdinde devam eden bir yargılama sonucu verilecek karara bağlıysa, kanaatimizce, açık bir tanıma / tenfiz engelinin yokluğu halinde bekletici sorun kararı verilebilir.

KAYNAKLAR

- Akgün-Tekgöl, Cansu, “Brüksel İbis Tüzüğü ile Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde Kişisel Verilerin İhlaline İlişkin Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Milletlerarası Yetki Kuralları”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, 2019, s. 234-275.
- Akıncı, Ziya, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Akıncı, Ziya, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmelerine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Seçkin Yayıncılık, 2002 (Yabancı Derdestlik).
- Alangoya, H. Yavuz; Yıldırım, M. Kamil; Deren-Yıldırım, Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- Aşık, İbrahim, *Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim; Erdoğan, Ersin, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Aydın, Buket Sevin, *Bekletici Sorun*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm, *Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Belgesay, Mustafa Reşit, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 4. Bası, Duygu Matbaası, İstanbul, 1956.
- Berkin, Necmeddin M., *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.
- Bilge, Necip; Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- Can, Hacı; Tuna, Ekin, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Canbeldek-Akın, Özlem, “Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Boşanma Davalarında Milletlerarası Derdestlik”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Mayıs-Haziran 2019, C. 14, S. 177-178, ss. 1335-1341.
- Canbeldek Akın, Özlem, *Milletlerarası Derdestlik (Lis Pendens)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Lis Pendens).
- Çelikel, Aysel, “Devletler Özel Hukuku’nun Konusuna Giren Uyuşmazlıklarda Anayasal Denetim”, *Anayasa Yargısı*, 1991, s. 209-224.
- Çelikel, Aysel; Erdem, Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Direnisa, Efe, “İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK M. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararlarının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Cilt 11, Sayı 25, 2019, s. 97-176.
- Doğan, Vahit “Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Y. 2002, S.:2, 2002. (Türk Hukukunda Yabancı Derdestlik)

- Doğan, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020. (Milletlerarası Özel Hukuk)
- Dönmez, İrfan, *Markalar ve Haksız Rekabet Davaları*, 2. Bası, İstanbul, 1992.
- Ekşi, Nuray “Avrupa Birliği Brüksel II bis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Özel S. 2009, s. 1139-1168.
- Ekşi, Nuray, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000.
- Ekşi, Nuray, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Beta Yayınevi, 2013.
- Elçin, Doğa, “Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun”, *TAAD*, Yıl:9, Sayı:33, 2018, 211-241.
- Erdoğan, Ersin, “Milletlerarası Derdestlik (Lis Alibi Pendens)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2014 (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, s. 1857-1884.
- Gasser, Dominik; Rickli, Brigitte, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkommentar*, 2. Nachgeführte Auflage, Dike Verlag AG, 2014.
- Görgün, L. Şanal; Börü, Levent, Toraman, Barış; Kodakoğlu, Mehmet, *Medenî Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Gülgeç, Yahya Berkol, *Lex Superior İlkesi : Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Güven, Pelin, *Tanıma-Tenfiz*, Yetkin Yayıncılık, 2013.
- İyilikli, Ahmet Cahit «Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme», *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:3, Sayı:2, Yıl 2012, s. 83-157.
- J. Frei, Nina ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, *BK - Berner Kommentar*, 2012.
- Jenny, Reto M.; Jenny, Daniel, *ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2., überarbeitete Auflage, 2015.
- Karşı Abdurrahim, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler*, İstanbul, 2001.
- Karşı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Kaufmann, Martin ZPO, *Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar*, 2. Auflage, Dike Verlag AG, 2016.
- Konan, Belkıs, “1915 Tarihli “Memâlik-i Osmaniye’de Bulunan Ecanibin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat”a Göre Yabancıların Osmanlı Devletinde Hukuki Durumunun Değerlendirilmesi”, *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, s.s. 225-245.
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 2-3, İstanbul, 2001.
- Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.

- Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, C:1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Kuru, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2014.
- Muşul, Timuçin, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2012.
- Nomer, Ergin, *Devletler Hususî Hukuku*, Yenilenmiş 22. Bası, Beta Yayınevi, 2017.
- Nomer, Ergin, *Milletlerarası Usul Hukuku*, 2. Bası, Beta Yayınevi, 2018.
- Özgenç, Zeynep, «Brüksel I Bis Tüzüğü Uyarınca Yetki Anlaşmalarının Geçerliliği», *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt 37, Sayı 2, 2017, s. 641-669.
- Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden, *Kesin Hükmün Objektif Sınırları*, On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Pekcanitez, Hakan, “Bekletici Sorun”, *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1980, Cilt: 1, Sayı: 1-4, s. 249-275.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özekes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, Ankara 2020.
- Postacıoğlu, İlhan E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Sulh Garan Matbaası, İstanbul, 1975.
- Postacıoğlu, İlhan E.; Altay, Sümer *Medenî Usul Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Rauscher, Thomas; Krüger, Wolfgang, *Münchener Kommentar zur ZPO*, 6. Auflage 2020.
- Reuß, Philipp M., “Internationale Rechtshängigkeit im Zivilprozess”, *JURA Heft* 31. Jahrgang, 1/2009, S. 1-8.
- Schmidt, Alpmann, *Internationales Privatrecht*, 5. Auflage, Münster, 2013.
- Schwander, Ivo “Rechtsprechung zum Internationalen Sachen-, Schuld-, Gesellschafts-und Zwangsvollstreckungsrecht.” *Swiss Review of International and European Law*, Cilt 19, Sayı 3, 2009, s. 407-430.
- Seviğ, Muammer Raşit, *Devletler Hususi Hukuku*, 2. Cilt, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1943.
- Siehr, Kurt, *Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 2001.
- Sökmen-Güler, Ekin, *Milletlerarası Derdestlik*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2019.
- Stein, Friedrich; Jonas, Martin, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 23. Auflage herausgegeben von Reinhard Bark und Herbert Roth Band3 §§ 148-270, Tübingen, 2016.
- Süral Efeçinar, Ceyda, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 100, 2012, ss. 168-216.
- Şanlı, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 7. Bası, Beta Yayınları, 2019.

- Şanlı, Cemal; Esen, Emre; Ataman-Figanmeşe, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Bası, İstanbul, 2020.
- Şensöz-Malkoç, Ebru, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Tan Dehmen, Mine, “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Yetki (MÖHUK md. 41)”, *Public and Private International Law Bulletin*, Volume: 33, Issue: 1, 2013.
- Tanrıver, Süha, *Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Tanrıver, Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Taşpınar, Sema “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, *Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı*, Ankara 1999, s. 759-787.
- Tekinalp, Gülören; Uyanık, Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Tütüncübaşı, Uğur “Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Düzenlenen Yenilikler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 2, 2017, s. 103-127.
- Umar, Bilge “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısına Katkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 67, 2006, s. 121-162.
- Umar, Bilge, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 68, 2007, s. 321-342.
- Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2014.
- Wiczorek, Bernhard; Schütze, Rolf A.; Smid, Stefan, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Großkommentar, 4., neu bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter GmbH, Berlin, 2013.
- Yılmaz, Ejder; Arslan, Ramazan; Taşpınar Ayvaz, Sema; Hanağası, Emel; *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020

Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti*

Determining Relative Commercial Litigation on Mediation
as a Prerequisite for Commercial Litigation

Harun ERYİĞİT**

ÖZ

7155 sayılı kanun ile arabuluculuk ticari davalar bakımından bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu durum, ticari davaların tespitinde ticari işletmenin varlığına ilişkin olarak yaşanan tartışmaların arabuluculuk sürecine sirayet etmesine sebep olmuştur. Yapılan değerlendirmeler sonucunda soruna gerçek anlamda bir çözüm üretilebilmesinin ancak arabuluculuk kurumunun yapısına uygun kriterlerin tespiti ile mümkün olduğu görülmüştür. Bu tespite uygun olarak önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Ticari Dava Şartı Arabuluculuk, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Nispi Ticari Dava, Ticari İşletme, Esnaf İşletmesi.

ABSTRACT

Mediation is regulated as a prerequisite for commercial litigation with Law numbered 7155. As a consequence, the ongoing debates, regarding the determination of the commercial enterprises existence while identifying commercial litigations, have spread to the mediation process. As demonstrated, creating proper solutions is only conceivable by assessing suitable criteria for the mediation institution. Proposals have been submitted in accordance with this determination.

Keywords: Mediation as a Prerequisite for Commercial Litigation, Mandatory Mediation for Commercial Disputes, Relative Commercial Litigation, Commercial Enterprises, Craftsmen Enterprises.

Giriş

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesi ile arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müza-

* Makale gönderim tarihi: 09.11.2020. Makale kabul tarihi: 20.11.2020. Harun Eryiğit, "Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s. 259-287; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.2.03>.

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul, heryigit@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-6066-1287>.

kerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmıştır¹.

Kural olarak ihtiyari olan bu süreç, 12/10/2017 tarihinde kabul edilen ve 1/1/2018 tarihinde yürürlüğe giren “İş Mahkemeleri Kanunu”nun 3. maddesi ile hukukumuz bakımından ilk defa dava şartı haline getirilmiştir. Ticari davalarda zorunlu arabuluculuk ise 6/12/2018 tarihinde kabul edilen 7155 sayılı “Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun”un 20. maddesi ile düzenlenmiş ve aynı kanununun 26. maddesi kapsamında düzenlemenin yürürlük tarihinin 1/1/2019 olduğu hüküm altına alınmıştır².

7155 sayılı kanun ile TTK’da yapılan değişiklik neticesinde konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerini ihtiva eden ticari davalarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartı olarak öngörülmüştür.

Ticari davaların ve çekişmesiz yargı işlerinin düzenlendiği TTK m.4 hükmünde ticari davaların tespitine ilişkin üç farklı kritere yer verilmiştir. İlk grup dava tipi kanunda özel olarak öngörülmesi nedeni ile kanun koyucu tarafından

- 1 Aynı yönde tanım için bkz: Albert K. Fadijoe, *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*, Routledge-Cavendish, 2004, s. 22. Doktrinimizde kavrama ilişkin olarak yer verilen benzer tanımlar için bkz: İlker Koçyiğit , Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklar Dava Şartı Arabuluculuk*, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2019, s. 13. ([https://adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasarti-arabuluculuk.pdf\(9.11.2020\)](https://adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasarti-arabuluculuk.pdf(9.11.2020))); İbrahim Ermenek, Betül Azaklı Arslan, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 148, Y.2020, s. 136 ve 1 no’lu dipnotta zikredilen yazarlar.
- 2 Anlaşma oranları ihtiyari arabuluculuk uygulamasına nazaran daha düşük olsa da, zorunlu arabuluculuk uygulaması kapsamında çok daha fazla uyuşmazlığın çözüme kavuşturulduğu yönünde açıklama ve araştırmalar için bkz: Stephen B. Goldberg , Frank E.A. Sander, Nancy H. Rogers, Sarah Rudolph Cole, *Dispute Resolution: Negotiation Mediation and Other Processes*, 6. Bası, Wolters Kluwer, 2012, s. 181. Kurumun özünde ihtiyari bir çözüm yöntemi olmasından yola çıkan bir görüş, kurumun ruhuna ve doğasına aykırı düşen bir yaklaşımla, arabulucu marifetiyle sulh olgusunun zorunluluk temelinde dayatılmasının hak arama özgürlüğünü sınırlayacağını savunarak uygulamayı eleştirmiştir (Kürşat, Karacabey, “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 123, Y. 2016, s. 488. Ancak bu görüş Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. “...Taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, devletin yargılama yetkisini bertaraf edemez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru her zaman açık bulunmaktadır. Dolayısıyla, kuralın Anayasa’nın 9. ve 36. Maddelerine aykırı bir yönü yoktur...”. Anayasa Mahkemesince verilen 10.07.2013 tarih ve E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı karar. Resmi Gazetede yayınlanma tarihi 25.01.2014, Resmi Gazete sayısı 28893.

ticari dava olarak nitelenmiş, bu kapsamda söz konusu uyuşmazlığın taraflarının tacir olup olmadığı hususunun önem arz etmediği özellikle vurgulanmıştır. Bu davalar, doktrinde mutlak ticari dava olarak nitelendirilmektedir³. Taraflardan birinin ticari işletmesini ilgilendiren havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar ise ikinci grup ticari dava olarak karşımıza çıkmaktadır. Zikredilen bu iki grup dışında kalan bir hususun ticari dava olarak nitelendirilebilmesi için ise uyuşmazlığın her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendirmesi gerektiği belirtilmiş, bu grup davalar ise nispi ticari dava olarak isimlendirilmiştir.

İlgili düzenlemeler dikkate alındığında, nispi ticari davaların kapsamının belirlenmesinde esas alınan kavramın ticari işletme kavramı olduğu ve bu bağlamda ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olan arabuluculuk⁴ başvurularında başvuruya konu uyuşmazlığın taraflarının bir ticari işletme işletip işletmediğinin tespit edilmesinin büyük önem arz ettiği görülmektedir.

Ancak, bir işletmenin ticari işletme olup olmadığını tespit etmek ve bu cihette yapılan bir başvurunun ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında olup olmadığını değerlendirmek, zaman zaman arabuluculuk için öngörülen prosedürel sınırın çok daha ötesinde bir yükü de beraberinde getirmektedir.

İşte bu kapsamda ele alınan çalışmamız asıl olarak söz konusu ayrıma ilişkin değerlendirmenin karmaşıklığına dikkat çekerek, böylesi bir başvuru ile karşıla-

3 Buradaki mutlak dava terimi, tarafların sıfatı veya işlem ve fiilin ilgili olduğu işletmenin ticari olup olmadığı olgusu dikkate alınmaksızın, bu davaların kendiliğinden ticari dava niteliğini taşıdığını ortaya koymaktadır. (Reha Poroy, Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 17. Bası, 2018, s. 115.).

4 Doktrinde ticari uyuşmazlık kavramının ve yine ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk kavramının, kanunda zikredilen usuli yönteme karşılık olarak kullanıldığı görülmektedir. Bu yönde kullanım için bkz: “*Ticari işten kasıt; bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve eylemler iken, ticari uyuşmazlıktan kasıt; ticari davalar dır.*” Tuba, Eler, “*Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2019, s. 50. Kurumu “*ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk*” olarak adlandıran bu yaklaşım kanaatimizce terminolojik bir kargaşayı da beraberinde getirmektedir. Nitekim “*ticari dava*” kavramına denk gelmediği hususunda şüphe olmayan “*ticari uyuşmazlık*” kavramının sonuna eklenen zorunlu arabuluculuk ifadesi, TTK m.5/A hükmünde aranan dava şartı ifadesine denk düşmemektedir. Unutulmamalıdır ki, ticari uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurma zorunluluğunun yegane kaynağı TTK m.5/A hükmü değildir. Taraflar kendi aralarında akdedecekleri bir sözleşme ile de bu yönde bir zorunluluk öngörebilirler. Dolayısı ile bu zorunluluğun temeli taraflarca akdedilen bir sözleşme olabilir. Bu durumda söz konusu hüküm bir dava şartı olarak nitelendirilemez. Bu yönde açıklama için bkz: “*Dava açılmadan önce taraflar aralarında ayrı bir arabulucuya başvurma sözleşmesi yapmışlarsa ya da esas sözleşmeye arabulucuya başvurma konusunda bir şart (kloz) eklemişlerse, uyuşmazlığın çözümü için öncelikle arabulucuya başvuru konusunda bir yükümlülük meydana gelir. Arabulucuya başvurma sözleşmesiyle meydana gelen arabulucuya başvurma yükümlülüğü, taraflar için, tahkim sözleşmesindeki gibi mahkemeye başvurmayı engelleyecek bir yükümlülük değildir.*” Onur İlhan, “*Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2020, s. 83.

şan arabulucuların izlemesi gereken yol haritasına dair bir öneri getirmeyi amaçlamaktadır. Çalışmamızın teorik alt yapısını tesis edebilmek içinse, öncelikle ticari işletme kavramına ve kavramın tespitine dair temel mevzuata ve sonrasında ise bu temel esaslardan yola çıkarak ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında yapılan başvurulara ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

Özellikle vurgulamak gerekir ki, çalışmamızın amacı kesinlikle ticari işletmenin varlığı noktasında faydalanılacak olan kriterlerin yerindeliliğini tartışmak ve konuya ilişkin doktrinde yer verilen görüşleri doğrudan ele almak değildir. Böylesi bir tartışma ortaya konulan çalışmanın ötesinde teorik değerlendirmeyi gerektirmektedir. Çalışma kapsamında yalnızca doktrinde ve yargı kararlarında söz konusu tartışmalara dikkat çekilerek hukuki soruna ilişkin makul bir çözümler önerisi getirilmeye çalışılmış, doğrudan uygulamayı ilgilendiren bu önerilerde mümkün mertebe yargı içtihatlarından faydalanılmaya gayret edilmiştir.

I. Nispi Ticari Dava Şartı Olarak Ticari İşletmenin Tespitinde Yaşanan Sorunların Ortaya Konulması

A. Ticari İşletme Kavramının Genel Olarak Tanımlanması

TTK bakımından merkez kavram olduğu kabul edilen⁵ ticari işletme müessesesi, ticari iş ve tacir kavramları ile birlikte ticaret hukukunun uygulanma alanının tespitinde büyük önem arz etmektedir. 6762 sayılı kanun döneminde örnekleme sureti ile tespit olunmaya çalışılan kavram, 6102 sayılı kanun ile birlikte açık ve net bir tanıma kavuşmuş, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmıştır⁶.

Tanımlı yapılan ticarî işletme, işletmenin kanunda açıkça belirtilen unsurlarla tanımlanan türüdür ve ticarî işletmenin bir işletme olduğu özellikle vurgulanmıştır. Bu bağlamda bir ticari işletmeden bahsedebilmek için öncelikle işletme kavramının ortaya konulması gerektiği açıktır. Tek bir tanımlı bulunmayan kavram, iktisadi olarak insanların ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla üretim faktörlerini planlı ve sistemli bir şekilde bir araya toplayarak mal ya da hizmet

5 Aksı yönde görüş için bkz: Hüseyin Ülgen (Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan), *Ticarî İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 6. Bası, İstanbul, 2019, s. 39.

6 "Ticarî işletme 6762 sayılı Kanunda tanımlanmamıştır. Bunun yerine, ticarethanenin, fabrikanın ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselerin ticarî işletme oldukları belirtilmiştir. Anılan Kanun bir taraftan ticarî işletmenin tanımlanması, diğer taraftan da ticarî işletme sayılan ticarethane, fabrika ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselere ilişkin hükümlerin kanundan çıkarılması gerekliliğine uygun olarak düzenlenmiştir. Çünkü, ticarî işletme kanunun temelidir; yani merkez kavramdır; bu niteliğiyle belirleyici, hatta tanımlayıcıdır, ticaret hukuku, aradan geçen zaman içinde ticarî işletmenin dış hukuku haline gelmiş ve bir kavramdan kurama dönüşmüştür." TTK m.11/1 gerekçesi.

sunma amacı güden iktisadi birim olarak tanımlanırken⁷, konuyu değerlendiren ticaret hukukçuları ise TTK m.15 ile dikkat çekilen “emek ve sermaye” unsurlarına odaklanarak kavramı, emek ve sermayenin bir müteşebbis tarafından bir araya getirilmesiyle oluşan organizasyon olarak tanımlamıştır⁸.

Bu organizasyonun bağımsız ve devamlı bir şekilde yürütülmesi gerektiği kanunda açıkça vurgulanmıştır. Buna göre bir ticari işletmeden söz edilebilmesi için işletmeye ait faaliyetlerin başka bir kişi veya kurumun iradesine bağlı olmaksızın yürütülmesi, bu faaliyetlerin ise devamlı olması gerekir⁹.

Bir ticari işletmenin varlığından söz edebilmek için aranan bir diğer şart ise, işletme kapsamında gerçekleştirilen faaliyetler ile bir gelir elde etmenin hedef tutuluyor olmasıdır¹⁰. Aslında genel olarak “işletme” kavramının da bir parçası olan bu şart kanun koyucu tarafından tek başına bir unsur olarak ele alınmamış, bu hedefin esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyi hedeflemesi gerektiği hüküm altına alınmıştır¹¹.

Dolayısı ile yapılan tanımda yer verilen tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde bir işletmenin ticari işletme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği noktasında önem arz eden asıl unsurun, o işletmenin “esnaf işletmesi için öngörülen sınır” ile olan ilişkisi olduğu, kanun koyucunun tanımını yaptığı ticari işletme kavramının esas olarak esnaf işletmesi ile olan ilişkisine odaklandığı ve bu durumun ticari işletmenin tanımlanabilmesi için esnaf işletmesi kavramının ortaya konulması ihtiyacını beraberinde getirdiği söylenebilecektir. Konuyu inceleyen eserlerin hemen hemen tamamının yoğun olarak ve kaçınılmaz

7 Yasin Çoban, *İşletme İktisadı*, On İki Levha, 2. Bası, İstanbul, 2018, s. 1.

8 Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku 2019*, s. 154-155; Ertan Demirkapı, “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 380; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, Beta, 18. Bası, İstanbul, 2019, s. 17; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 18. Bası, Ankara, 2013, s. 26; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, *Ticari İşletme Hukuku*, Dora, 6. Bası, Bursa, 2016, s. 17; Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar, Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku*, Yetkin, 9. Bası, Ankara, 2016, s. 119; Yılmaz Aslan, Doğan Şenyüz, *İşletme Hukuku*, Ekin, 4. Bası, Bursa, 2012, s. 1. Benzer bir tanıma yer veren Şener ise kavramı ekonomik bir amaca ulaşmak amacıyla, maddi ve kişisel araçların bir araya getirildiği bir organizasyon olarak tanımlamıştır (Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 4). Tekinalp ise işletme için ekonomik bir amaca ulaşmak amacıyla maddi ve kişisel araçların bir organizasyon bağlamında bu amaca yöneltilmiş ve bunların işletilebilir olması gerektiğini belirtmiştir (Ünal, Tekinalp, “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXIV, S. 2, 2008, s. 9).

9 Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku 2019*, s. 156-157; Bahtiyar, s. 24; Şener, s. 4-5; Poroy, Yasaman, s. 38-39; Arkan, s. 31.

10 Gelir elde etme kavramı yalnızca işletmeye ait aktiflerin artışı konu almamakta, aynı zamanda pasifleri azaltan, pasiflerin artmasını yahut aktiflerin azalmasını engelleyen faaliyetlerde bu kapsamda değerlendirilmektedir (Demirkapı, s. 390).

11 Konuya ilişkin tartışma için bkz: II-B numaralı başlık ve burada yer verilen tartışmalar.

bir şekilde bu konuya odaklanması ve yine konuya ilişkin uygulamada ortaya çıkan tereddütlerin neredeyse tamamının bu noktada kendisini göstermesi söz konusu tespit in haklılığını ortaya koymaktadır.

Ancak, doktrinde ve uygulamada duyulan bu ihtiyaca cevap verecek bir esnaf işletmesi tanımı TTK ile doğrudan yapılmamış, TTK'nın farklı düzenlemelerinde atf yapılan kriterler ise farklı yorumları beraberinde getirmiştir. Bu iki işletme tipi arasında yapılacak olan ayrımın nasıl bir tartışmayı ve inceleme yükünü beraberinde getirdiğini ortaya koymak, çalışmamıza konu hukuki sorunun çözüme kavuşturulması adına önem arz etmekte olup, bu cihette öncelikle ilgili mevzuat hükümleri kapsamında yapılan tartışmalara değinmek gerekmektedir.

B. İlgili Mevzuat Hükümleri Kapsamında Ticari İşletmenin Tespitinde Dikkate Alınacak Hükümlerin İncelenmesi

Ticari işletme kavramına ilişkin temel tanıma yer verilen madde biraz yukarıda zikredildiği üzere, TTK m.11/1 düzenlemesidir. Düzenleme ile ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmış, aynı maddenin devam eden fıkrasında ise ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın, Cumhurbaşkanı kararıyla belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Ancak 6102 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar bu konuda bir karar çıkartılmamıştır. 6103 sayılı TTK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10. maddesinde ise bu karar çıkarılıncaya kadar yürürlükte bulunan düzenlemelerin uygulanacağı belirtilmiştir.

6103 sayılı Kanunun atf ile yürürlüğü devam eden 21/07/2007 yürürlük tarihli "Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin Karar" da ise TTK'nın 11. ve 15. maddelerinin¹² uygulanması bakımından ise basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların diğer şartları sağlaması halinde esnaf sayılacağı, 213 sayılı Vergi Usul Kanununa istinaden birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına göre defter tutan ve bu Kararın (a) bendinde belirtilenlerin dışında kalanların tacir ve sanayici sayılmaları gerektiği belirtilmiştir.

12 6762 sayılı eTTK döneminde yürürlüğe giren kararın 1. maddesinde eTTK'nın 12. ve 17. maddelerine atf yapmaktadır.

Zikredilen bu rakamların esas alınması halinde bugün itibari ile (i) satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı 140.000,00 TL'yi veya satışlarının tutarı 195.000,00 TL'yi aşamayanlar, (ii) bir önceki önelde zikredilenler dışındaki işlerle uğraşp da bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatı 140.000,00 TL'yi aşamayanlar ve yine ilk iki öneldeki işlerin birlikte yapılması halinde bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatının beş katı ile yıllık satış tutarının toplamı 140.000,00 TL'yi aşamayanlar tacir sayılmamaktadır.

Fakat, Esnaf ve Tacirler arasındaki karar ile atf yapılan tek kriter burada belirtilen rakamlar ile sınırlı tutulmamıştır. Yine aynı Karar'ın TTK m.15 kapsamında yer verilen açıklamaları da ihtiva eden düzenlemesi uyarınca Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit edeceği ve Resmî Gazete'de yayımlanacak esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran kişiler de esnaf olarak kabul edilmektedir.

Bu düzenlemeye dayanak teşkil eden TTK m.15 hükmünde ise esnafın tanımına yer verilmiş ve kavram ister gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi olarak tanımlanmıştır.

Konuya ilişkin bir başka tanıma yer verilen 5362 sayılı "Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu" m.3/a düzenlemesinde ise esnaf, ister gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseleri ifade edecek şekilde tanımlanmıştır.

C. Mevzuat Hükümleri Kapsamında Yaşanan Tartışmaların Ortaya Konulması

Yukarıda zikredilen düzenlemeler birlikte ele alındığında ise, pek çok soruyu, sorunu ve kaçınılmaz olarak eleştiriyi beraberinde getirmektedir¹³. Bunlardan ilki, mezkur düzenlemelerden hiçbirinin ticari işletme-esnaf işletmesi ayrı-

13 Konuya ilişkin detaylı tartışmalar için bkz: Demirkapı, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi".

mında kanun koyucunun atıf yaptığı esnaf işletmesi kavramına dair bir tanıma yer vermemiş olmasıdır. Halbuki TTK gerekçesi ile bir yandan ticari işletmeye ilişkin kaçınılmaz olarak açık bir tanıma yer verildiği belirtilirken, bu tanıma dayanak teşkil eden esnaf işletmesi kavramının tanımsız bırakılmış olması beraberinde başka bir belirsizliği getirmiştir¹⁴. Diğer taraftan, ticari işletmenin tanımında yer verilen esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutma kavramının aradaki sınırın tespitinde farklı bir belirsizlik teşkil edeceği savunulmaktadır¹⁵.

Düzenlemeler bağlamında getirilen bir diğer eleştiri, TTK'da yer verilen esnaf tanımı ile 5362 sayılı kanun ve 2007 tarihli Karar arasındaki çelişkidir. Kanun koyucu TTK ile esnafı ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan kişi olarak tanımlarken, aynı kavram 5362 sayılı kanun ve 2007 tarihli Karar da ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran olarak ifade edilmiştir. Aynı şekilde TTK'da yer verilen esnaf tanımında hiçbir şekilde yer almayan Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkar meslek kollarına dahil olma şartının varlığı da kavramın tespitinde sorun teşkil eden bir diğer düzenleme olarak gösterilmektedir¹⁶.

Ticari işletmenin tespitinde faydalanılacak olan gelir sınırı olarak gösterilen 2007 tarihli Karar içerisinde basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanların ayrıca zikredilmiş olması da yine konunun tespitinde sorun teşkil etmektedir. VUK m.176 uyarınca ikinci sınıf tüccarlar için öngörülen ve işletme hesabına göre defter tutulması yönündeki düzenlemenin, 2007 tarihli Karar kapsamında esnaf olarak nitelendirilmeye dayanak teşkil etmesi önemli bir çelişkidir¹⁷.

İşletmenin kuruluşunda yapılacak olan tespit ve yine öngörülen sınırların sonradan aşılması yahut bu sınırların altına düşülmesi hali de ticari işletmenin tespitinde sorun teşkil edecek diğer bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. TTK m.11/2 uyarınca öngörülen sınırların henüz faaliyetine yeni başlamış ya da açılmakla birlikte işletilmeye başlamamış olan bir işletmenin ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğu noktasında bir kriter olarak kullanılmayacağı açıktır¹⁸.

14 Demirkapı, s. 378; Sami Karahan, *Ticari İşletme Hukuku*, Mimoza, 26. Bası, Konya, 2014, s. 20.

15 Nomer Ertan, s. 157; Demirkapı, s. 405; Aslan, Şenyüz, s. 8; Bahtiyar, s. 19.

16 Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu m.2/1-c ile de bu düzenlemeye atıf yapılmaktadır.

17 Demirkapı, s. 418 vd.; Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 161-162.

18 Bahtiyar, s. 22; Demirkapı, s. 430-431; Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 163.

Benzer şekilde bu sınırların sonradan aşılması yahut sınırların altında düşülmesi durumunda ne olacağı da ayrıca soru işareti oluşturmaktadır. Bu kapsamda 2007 tarihli Karar ile; esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerinin altı katını aşanların ise kayıtlarının, esnaf ve sanatkâr sicili marifetiyle ticaret siciline aktarılması gerektiği yönünde bir düzenlemeye yer verilerek konu çözüme kavuşturulmaya çalışılmışsa da, sağlanmak istenen çözüm bir tarafa, yeni problemler oluşturulmuştur¹⁹.

II. Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti Amacıyla Faydalanılacak Kriterlerin Ortaya Konulması

Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki ilişkiye istinaden zikredilen tüm çelişki ve sorunlar, konunun tespitinde çok farklı görüşlerin oluşmasına neden olmuş, buna istinaden doktrinimizde ve yargı kararlarımızda ticari işletme-esnaf işletmesi ayırımında dayanak teşkil edecek farklı kriterler benimsenmiştir.

Doktrin ve içtihatlar ile ortaya konulan bu kriterlerin bir kısmı incelmemize konu dava şartı arabuluculuk başvuruları kapsamında kolayca uygulanabilecekken, beraberinde çok detaylı bir araştırma yükümünü getiren diğer bir kısım kriterin başvuruya konu olay bakımından uygulanması neredeyse imkansız olmaktadır. Buna bir de Arabuluculuk Büroları ve Cumhuriyet Savcılıkları tarafından aranan başkaca bir takım şartlar da eklenince, başvuruyu nispi ticari dava kapsamında değerlendirmekle görevli olan arabulucuların yapacakları tespitler daha da zorlaşmaktadır²⁰.

19 Bahtiyar, s. 21-22; Demirkapı, s. 428-429; Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, s. 165.

20 HUAİK Yön. m.26 hükmü uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Bakanlık bütçesinden ödenmektedir. Buna göre anlaşamamaya dair son tutanak adliye arabuluculuk bürosu tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmektedir. Dava şartı olan arabuluculukta anlaşamama hâlinde düzenlenen sarf kararı gereğince ücret Cumhuriyet Savcılığınca arabulucunun banka hesabına yatırılmaktadır. İşte bu sürecin merkezinde olan Arabuluculuk Daireleri ve Cumhuriyet Savcılıkları bir uyumsuzluğun nispi ticari dava kapsamında olabilmesi için uygulamada arabulucudan tarafların tacir olduklarını gösterir ticaret sicil kayıtlarını, vergi mükellefi olduklarını gösteren belgeleri ibraz etmesini beklemekte, aksi halde ödeme yapılması yönünde karar vermekten imtina etmektedir. Bu durum, arabulucunun hem ilgili arabuluculuk görüşmesi için makbuz düzenlemesine rağmen ücretini alamamasına, hem de arabuluculuk bürosunca yapılan atamalarda her dosya için verilen puanının iade edilmemesine neden olmaktadır. Bu risklerden kaçınmak adına arabulucular aşağıda detaylı olarak izah edilen nedenler ile ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında değerlendirmesi gereken başvuruları sehven kayıt nedeniyle kapatma yolunu tercih etmek durumunda kalmaktadır.

Bu bağlamda özellikle uygulamada ve yargı kararlarında nispi ticari davanın temel kriteri olan ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki farkın tespitinde faydalanılan hangi kriterlerin ticari dava şartı olan arabuluculuk başvurularında hangi bağlamda ve kapsamda ele alınması gerektiği hususunun arabulucuların görev ve yetkileri de göz önüne alınarak tek tek incelenmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

A. Arabulucuların Sahip Olduğu Görev ve Yetkiler Kapsamında Temel Yaklaşımın Belirlenmesi

Arabulucuların görevlerini ifa ederken sahip olduğu yetki ve yükümlülükler 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.6 vd. hükümleri ile düzenleme altına alınmıştır. Buna göre arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir. Arabuluculuk, arabulucu olarak tayin olunan kişinin kişilik özelliklerinin ve yine bu kişiye duyulan güvenin ön plana çıktığı bir görev olduğu için arabulucu bu görevi bizzat yerine getirilmek zorundadır. Arabuluculuk görevinin yerine getirilmesini kısmen ya da tamamen bir başka kimseye bırakamaz²¹.

Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür (HUAK m.17/3). Arabulucu, arabuluculuk sürecini yürütürken tarafların temel çıkar ve gereksinimlerini ortaya koymaları ve bu doğrultuda menfaat temelli anlaşma sağlamaları için çaba gösterir. Arabulucu bu aşamada çözüm önerisinde bulunamaz. Ancak tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu menfaat temelli bir çözüm önerisinde bulunabilir (HUAK m.17/6).

Bu kapsamda arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde aktif bir rol almaz. Çözüm için gerekli ortamı hazırlamak ile yükümlüdür. Dolayısı ile sürecin yürütülmesi esnasında taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz²².

Arabulucunun yapamayacağı bazı faaliyet ve işler de mevcuttur. Arabuluculuk kurumu hukuki niteliği gereği yargısal bir faaliyet olmadığından, uyuşmazlığın görevli ve yetkili mahkemece çözümü esnasında kullanılacak olan yetkinin arabulucu tarafından kullanılması ve sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemlerin arabulucu tarafından yapılması mümkün değildir (HUAK

²¹ Koçyiğit, Bulur, s. 25.

²² Bu durum Arabulucunun hukuki yardım almaları için tavsiyede bulunmasına engel teşkil etmez. (Çiğdem Yazıcı Tıktık, "Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri", Ed. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Nisan, 2019, s. 53) (<https://adb.adalet.gov.tr/arabuluculukkatilimcielkitabi.pdf>) (9.11.2020).

m. 15/4)²³. Arabulucu, keşif, bilirkişiye başvurma ve tanık dinleme gibi niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hakim tarafından yapılabilecek işlemleri yapamaz, zorlayıcı bir takım işlemler arabuluculuk esnasında gündeme gelmez. Bu çerçevede, hâkimin yargısal yetki kullanımı ile yaptığı keşif, bilirkişi incelemesi gibi tahkikata ilişkin işlemler arabulucu tarafından yapılamaz. Görevi taraflara uygun çözüm ortamı oluşturmaktan ibaret olan arabulucu, yargılama yapmadığı için uyuşmazlık hakkında karar verme gibi bir yetkiye sahip değildir. Sürecin sonucunda nasıl bir karar elde edilebileceği veya bir karar elde edilip edilemeyeceği taraflara kalmıştır²⁴.

Görüleceği üzere kurumu düzenleyen kanun koyucu, arabulucunun sahip olduğu yetkileri güttüğü amaca uygun biçimde oldukça sınırlı bir şekilde ve yalnızca uyuşmazlığa konu tarafların çözümünü temin edecek kapsamda düzenlemiştir. Yetkileri önemli biçimde sınırlandırılmış olan arabulucunun bu durumu uyuşmazlığın ticari dava şartı kapsamında olup olmadığı araştırılırken de göz önüne alınmalıdır²⁵. Bu husus görev gibi kamu düzeninden olduğu kabul edilen hususlar için de aynı şekilde geçerli olmalı, bilirkişi incelemesi, keşif ve talimat verme gibi kamusal yetkilere sahip olmayan arabulucunun göreve ilişkin araştırma yükümünün mahkeme önüne taşınmış bir davada resen araştırılması zorunlu olan hususlara nazaran daha dar olduğu kabul edilmelidir. Zikredilen bu sonuç, kurumun gereği gibi işleyebilmesi için bir zaruret olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶.

23 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen 10.9.2019 tarih ve E. 2019/6226, K. 2019/15522 sayılı karar ile bu hususun mahkemelerce değerlendirilmesi gerektiği şu ifadeler ile dile getirilmiştir: *“Başvuru formu uygulamasının başladığı 02.06.2018 tarihinden sonraki başvurularda ise başvuran ve özellikle başvuru arabuluculuk ile görevli mahkemenin memuruna yapılmış ise görevli memur başvuru formundaki bu tür eksiklikleri giderecek uyarılarda bulunmalı, 02.06.2018 tarihinden sonraki başvurularda başvuru formu içeriğine itibar edilerek sonuca gidilmelidir.”*

24 Ali Yeşilirmak, “Arabulucu Kimdir?” *“Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri”*, Ed. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Nisan, 2019, s. 72 (<https://adb.adalet.gov.tr/arabuluculukkatilimcielkitabi.pdf>) (9.11.2020).

25 Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi halinde arabuluculuk faaliyetlerine son verilmesi gerekmektedir (HUAK Yönetmeliği m.20/1-d). Dava şartı olan arabuluculuk sürecinin bu nedenle veya sehven kayıt, mükerrer kayıt sebebiyle sona erdirilmesi durumunda arabulucuya bir ücret ödenmeyecektir (HUAK Yönetmeliği m.20/1-d).

26 Kamu düzeninden sayılan usuli tartışmaların arabuluculuk başvurularında daha dar yorumlanması gerektiği hususu Koçyiğit, Bulur tarafından vurgulanmış; bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması bakımından geçerlilik taşıyan kamu düzeni kavramının, dava yoluna başvurulmuş bir uyuşmazlık bakımından geçerlilik taşıyan kamu düzeni kavramına nazaran daha dar ve daha sınırlı bir içeriğe sahip olduğu, dava yoluna başvurulmuş bir uyuşmazlık bakımından geçerlilik taşıyan kamu düzeninden sayılarak emredici kurallara bağlanan esasların uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması bakımından geçerlilik taşıyan kamu düzeninden sayılmayabileceği ifade edilmiştir. Yazarlara göre örneğin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 277 ilâ 284 üncü maddeleri arasında düzenlenen tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için davacının elinde geçici ya da kesin aciz vesikası bulunması halinde kabul edilen özel dava şartına ilişkin kamu düzeni, aynı uyuşmazlık arabuluculuğun önüne geldiğinde geçerli olmamalıdır. Yine örneğin, taşkın yapı sahibinin iyi niyetli olup olmadığına araş-

Bilhassa çalışmamıza konu olduğu şekilde dava şartı haline getirilmiş olan arabuluculuk faaliyetlerinde aksi yönde bir sonuca ulaşılması, uyuşmazlıkların nihayete erdirilmesinde fayda sağlamak bir tarafa, taraflar açısından büyük sorunları da beraberinde getirmektedir. HUAK m.18/A-2 hükmü ile dava şartının söz konusu olduğu arabuluculuk uygulamasında davacının, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunda olduğu, bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderileceği belirtilmiştir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine ve yine arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde de herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır²⁷.

Dolayısı ile sahip olduğu sınırlı yetkiler kapsamında yapacağı inceleme ile dava şartının varlığı hususunda karar vermesi gereken arabulucunun, bu görevini icra ederken geniş bir araştırma yükümüne tabi tutulması ortaya sorunlu kararlar çıkmasına sebep olacaktır. Bu nedenle dava şartı içerisinde kabul edilmeyen başvuruların sonrasında mahkemece yapılacak inceleme ile bu kapsamda kabul edilmesi ihtimalinde ise yapılan başvuru dava şartı yokluğu nedeni ile usulden reddedilecek²⁸, bu durum arabulucuya başvurmuş ve talebi bu nedenle reddedilmiş tarafın önemli zararlar ile karşı karşıya kalması sonucunu beraberinde getirecektir. Böylesi bir yaklaşım kanun koyucunun arabuluculuk uygulamasının yaygınlaştırılması noktasındaki hedefini sekteye uğratacaktır. Çalışmamıza konu husus görevli mahkemenin tespitinden kaynaklanmakta

tırılması gereğinin kamu düzeninden sayılması, aynı uyuşmazlık arabuluculuğun önüne geldiğinde geçerli olmamalıdır (Koçyiğit, Bulur, s. 73-74).

27 TTK m.5/A maddesi ile öngörülen şartın sonrada tamamlanabilir olmadığı yönünde bkz: 4.3.2020 E. 2019/3656, K. 2020/2359 sayılı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararı; 6.11.2019 tarih ve E. 2019/2139 K. 2019/1551 sayılı İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi kararı; İstanbul Anadolu 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, 28.1.2020 tarih ve E. 2019/539 K. 2020/84 sayılı karar; İstanbul Anadolu 13. Asliye Ticaret Mahkemesi, 13.12.2019 tarih ve E. 2019/858 K. 2019/96 sayılı karar; İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesi, 7.1.2020 tarih ve E. 2019/675 K. 2020/2 sayılı karar (lexpera.com) (9.11.2020).

28 Görevsizlik nedeni ile Ticaret Mahkemesi huzuruna gelecek olan davaların arabuluculuk şartı sağlanamaması nedeni ile usulden reddedileceği hususunda bkz: *“Tüketici Mahkemesinin ... E. ve ... K. Sayılı kararı ile görevli mahkemenin Ticaret Mahkemeleri olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilerek dava dosyasının Mahkememize tevzii edildiği, davacının ticari olarak nakliyecilik işi ile uğraştığı, dava konusu aracın ruhsatında, araç vasfının ticari olarak kayıtlı olduğu, Tüketici Yasası hükümlerine göre de davacı ve davalı arasındaki hukuki ilişkinin, tüketici değil ticari bir iş olduğundan Mahkememizin görevli olduğu sonucuna varılmış ancak Yasal ve zorunlu arabuluculuğa başvurulmadan dava açıldığı anlaşılmakla, dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.”* İstanbul 9. Asliye Ticaret Mahkemesi, 14.7.2020 tarih ve E. 2019/631 K. 2020/359 sayılı karar (lexpera.com) (9.11.2020).

olup, arabuluculuğa elverişli olduğu hususunda şüphe bulunmayan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinin yalnızca bu nedenle geri çevrilmesi doğru olmayacaktır. Kaldı ki, öğretide ve yargı kararlarında niteliği itibari ile asli talebin arabuluculuğa elverişli olmadığı ancak ferî talebin bu kapsamda değerlendirildiği hallerde dahi arabuluculuk başvurularının dava açılmadan yapılması gerektiği ve sürecin arabulucular tarafından yürütülmesi gerektiği vurgulanmaktadır²⁹. Talepler arasında eşitlik ve bağım-

29 Davacının, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik-ferîlik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebildiği terditli davada asli veya ferî taleplerden sadece birisinin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi içeren ticari dava olması yeterlidir; bu durumda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanır (Koçyiğit, Bulur, s. 69) Aynı yönde görüş için bkz: Süha Tanrıver, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 147, 2020, s. 136-137; Eler, s. 80. Aksi yönde görüş için bkz: Abdullah Berat Memiş, "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 68-69. Bu kabule uygun olarak örneğin, asil talebin tapu iptal ve tescilli talebi olduğu, bunun mümkün olmaması halinde ise taşınmaz bedelinin kendisine ödenmesi talep edilen bir uyuşmazlıkta tapu iptal ve tescilli davası açılmadan önce arabulucuya başvurması beklenmektedir. Bu başvurunun yapılması halinde doktrinde bir görüş hakimın asli talebin reddi üzerine HMK m.115. uyarınca davacıya arabulucuya başvurması için kesin süre vermesi gerektiğini savunmaktaysa da, HUAK m.18/A-2 hükmünün açıklığı karşısında bu görüşe itibar edilmesi mümkün gözükmemektedir (Şükrü Saraç, "İnşaat Sektöründeki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemiyle Çözümlemesi", *İnşaat Sanayi Dergisi*, S. 173, 2019, s. 63). Bu yönde bkz: "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "Terditli dava" başlıklı 111. maddesine göre, "(1) Davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik-ferîlik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır. (2) Mahkeme, davacının asli talebinin esaslan reddine karar vermedikçe, ferî talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz." Her ne kadar davanın konusunun tapu iptali ve tescilli olmaz ise tazminat ödenmesi yönünde terditli olarak açılmış olduğundan işbu davada ticari davalı için zorunlu kılınan arabuluculuk dava şartının aranıp aranmayacağı hukuki açıdan düşünülmüştür. Mahkememizce, yapılacak yargılama sonucunda davacının asli talebi olan tapu iptali ve tescilli talebinin reddine karar verilmesi halinde davacının diğer dava konusu talebi olan tazminat hususunda yapılacak yargılama ile ilgili davanın ilk başından itibaren bulunması gereken zorunlu arabuluculuk şartının bulunmaması sebebiyle yargılamaya ara verilerek davacıya bu hususta süre verilmesinin kanununun konuluş amacına uygun olmadığı, davanın ilk açıldığı anda terditli davada olsa tarafların, 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesi gereğince zorunlu arabuluculuğa başvurmuş olmasının kanunun amacına, yargılamanın en az masrafla ve en kısa sürede yapılması ilkesine uygun olacağı kanaatine varıldığından terditli dava açılmasının zorunlu arabuluculuğa başvurulmamasını gerektirmeyeceği sonucuna varılmıştır. Tüm dosya kapsamı ve toplanan delillerin değerlendirilmesine göre, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 114 (2) ve 115. maddeleri gereğince, terditli de olsa tazminata yönelik ticari dava niteliğindeki dava yönünden dava tarihine göre dava açılmadan önce zorunlu arabulucuya başvurulmadan işbu davanın açılmış olduğu anlaşıldığından, davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerektiği kanaat ve sonucuna varılarak aşağıdaki hüküm kurulmuştur." (İstanbul Anadolu 10. Asliye Ticaret Mahkemesi, 25.12.2019 tarih ve E. 2019/432 K. 2019/952 sayılı karar). Ancak bu durum, terditli olarak ileri sürülen ve zorunlu arabuluculuğa tabi olmayan asli talebin arabuluculuk başvurusu olmadan incelenmesine engel teşkil etmemektedir. "Zira çek bedelinin istirdati ve menfi tespit istemi, çek istirdati isteminin kabul edilmesine bağlıdır ve terditli bir talep olarak ileri sürülmektedir. O halde ilk derece mahkemesince davacının asil talebi olan çek istirdati talebinin 6102 sayılı TTK 5/A maddesi gereğince arabuluculuk dava şartına tabi olmadığı dikkate

sızlık ilişkisinin mevcut olmadığı ve ancak arabuluculuğa elverişli olmayan asli talebin reddedilmesi durumunda arabuluculuk kapsamında değerlendirilecek olan ferî talebin arabuluculuk başvurusuna konu edilmesi gerektiği yönündeki genel kabul kuruma yaklaşımı ortaya koymak adına önemlidir.

Bu yaklaşıma uygun olarak, arabuluculuk başvurusuna konu işletmenin bir ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğu gibi oldukça detaylı bir araştırma yükümünü beraberinde getiren bir hususa dayalı olarak başvurunun görev nedeni ile reddedilmesi noktasında hassas davranılması gerektiği açıktır. Öyleyse, ticari dava şartı kapsamında kalıp kalmadığı tespit olunmaya çalışılan başvurunun arabulucu tarafından incelenmesi esnasında ve özellikle ticari işletme esnaf işletmesi ayrımının tespiti hususunda bu yetkilerin sınırlılığının dikkate alınması gerekmektedir. Bu ihtiyaca uygun olarak yapılan tasnif sonucunda aşağıdaki değerlendirmeler ortaya konulmuştur.

B. Başvurunun Arabuluculuğa Elverişli Olması ve Konusunun Bir Miktar Alacağın Ödenmesi Talebi Olması Gerekmemektedir

Bir uyuşmazlığın ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında değerlendirilebilmesi için kanun koyucunun tek şart uyuşmazlığın ticari dava olması değildir. 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu'nun 17. maddesi ile bir uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözüme kavuşturulabilmesi için uyuşmazlığın konusunun arabuluculuğa elverişli olması gerektiği belirtilmiştir. İncelememize konu başvurular için öngörülen bir diğer şart ise TTK m.5/A hükmü ile açıkça dile getirilmiş ve ticari davalardan ancak konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinin dava şartı olan arabuluculuk kapsamında ele alınabileceği belirtilmiştir.

Mezkur düzenlemelere uygun olarak bir başvurunun ticari dava kapsamında kalıp kalmadığının tespitinden önce ilk olarak uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığının ve yine konusunun bir miktar paranın ödenmesi talebi olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Nitekim aksi bir kanaate ulaşılması durumunda uyuşmazlığın başvuruya konu taraflardan her ikisinin ticari işletmesini ilgilendirip ilgilendirmediği bir önem arz etmeyecek olup, bu şartların noksanlığı nedeni ile başvurunun reddedilmesi gerekecektir³⁰.

alınarak işin esasına girilip bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir. Açıklanan nedenle davacı vekilinin istinaf isteminin kabulü ile HMK'nin 353/(1).a-4 maddesi uyarınca kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için mahkemesine iadesine karar verilmiştir. (İstanbul BAM, 12. Hukuk Dairesi, 17.6.2020 tarih ve E. 2020/652 K. 2020/587 sayılı karar. Aynı yönde bkz: İstanbul BAM, 16. Hukuk Dairesi, 9.7.2020 tarih ve E. 2020/1107 K. 2020/1256 sayılı karar.) (lexpera.com) (9.11.2020).

30 Genel olarak tespit davalarının arabuluculuğa elverişli olmadığı yönünde görüş için bkz: Muhammet Özkes, Murat Atalı, Ömer Ekmekçi, Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*,

C. Arabulucu Tarafından İşletmenin Mevcudiyeti Tespit Edilmelidir

Yapılan bir başvurunun ticari dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığını incelemekle yükümlü olan arabulucunun bu kapsamda yapması gereken ilk değerlendirme şüphesiz ortada bir işletmesel faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmak olmalıdır.

Yukarıda dile getirildiği üzere³¹, hukukumuzda işletme genel olarak emek ve sermayenin kazanç sağlamak amacıyla bir organizasyon içerisinde bir araya getirildiği yapı olarak tanımlanan işletme kavramı, ortaya konulan bu tanım sebebiyle içerisinde gelir sağlama hedefini ihtiva etmektedir³². Benzer şekilde işletmenin varlığı için aranan organizasyonun varlığı, kaçınılmaz olarak bu faaliyetlerin sürekliliği neticesini de beraberinde getirmektedir³³.

Tanımda yer verilen organizasyon ifadesinden üretim araçları olan emek ve sermayenin işleten tarafından ticarete özgü olan organizasyon ve metod ile bir

On İki Levha, 2. Bası, İstanbul, 2019, s. 189-191. Konuyu başka bir bağlamda ele alan Tanrıver ise elverişlilik şartını değerlendirmeden menfi tespit davalarının, bir alacak ya da tazminatı konu olmadıkları, yani parasal bir edime mahkûmiyeti içeren eda davası niteliği taşımadıkları için, dava şartı arabuluculuğun uygulanma alanı dışında kaldığını savunmuştur (Tanrıver, s. 123, dn.11). Aynı görüşün benimsendiği Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından verilen 13.2.2020 tarih ve E. 2020/85, K. 2020/454 sayılı karar ise şu şekildedir: “*HMK’nun 106. maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfi tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez. Bu dava sonucunda, borçlunun borçlu olmadığından anlaşılması halinde borçlu olunmayan kısım belirtmek suretiyle olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Menfi tespit davasının istirdat davasına dönüştüğü hâllerde dahi olumsuz tespit hükmü kurulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, menfi tespit davasının niteliği gereği verilen kararlarda, yalnızca davacının borçlu olup olmadığı belirlenmekte, borçlu olmadığı kısma ilişkin olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Bu hüküm, herhangi bir alacağın tahsilini gerektirir nitelikte bir ilam olmadığından esasa yönelik olarak İİK m. 32 uyarınca doğrudan ilamların icrası yolu ile takibe konulamaz. Oysa arabuluculuk sonucu verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi menfi tespit davaları sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, ticari davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucu’nun bilinçli olarak menfi tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır.*” (kazanci.com) (9.11.2020).

31 Bkz: 8 no’lu dn. ve burada anılan yazarlar.

32 “*Ancak, bu amaca yönelmeyen başkaca iktisadi menfaatler de söz konusu olabilir. Örneğin, üyelerine ucuz mal temini maksadıyla kurulmuş bir tüketim kooperatifi, üyelerini konut sahibi yapabilmek amacıyla kurulmuş bir yapı kooperatifi gibi.*” Sami Karahan, “Ticari İşletme Kavramı, Tacir-Esnaf Ayırımının Kriterleri ve Ticaret Hukukunun Diğer Temel Kavramlarını Belirleme Açısından”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XVII, S. 4, Y.1994, s. 51 (Makale). Bu organizasyonlar işletme olarak kabul edilse de gelir sağlama hedefi bulunmadığı için ticari işletme olarak nitelendirilemeyecek ve bu nedenle ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında ele alınmayacaktır.

33 Abuzer Kendigelen (Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, On İki Levha, 4. Bası, İstanbul, 2015, s. 151; Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku I. Giriş Ticari İşletme*, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968, s. 159; Karahan, *Makale*, s. 52; Demirkapı, s. 393.

araya getirilmesini anlamak gerekmektedir³⁴. İlgili üretim araçlarının ticarete özgü metodlar ile bir araya getirilmesi şartı özellikle ilmi ve kültürel nitelik arz eden avukatlık, öğretmenlik, mali müşavirlik, yatırım danışmanlığı, doktorluk, yazarlık, ressamlık, noterlik, heykeltıraşlık, bestekarlık, mimarlık gibi faaliyetlerin bu kapsam dışında tutulması neticesini doğurmaktadır³⁵. Bu noktadan hareketle serbest meslek sahiplerinin bireysel olarak belirli bir organizasyon içerisinde gerçekleştirdikleri faaliyetlerin işletme kapsamında kabul edilmeyeceği belirtilmektedir³⁶. Yargıtay tarafından verilen örnek kararlarda da serbest meslek mensuplarınca gerçekleştirilen faaliyetlerin ticari işletmeden kaynaklanmadığı vurgulanmaktadır³⁷. Fakat hemen belirtmek gerekir ki bazı serbest meslek faaliyetlerinin birlikte bir işletme çatısı altında yürütülmesi mümkün olabilir³⁸. Bu durumda, ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında bir işletmenin varlığının kabulü gerekir.

Tam bu noktada özellikle dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus TTK m.15 hükmünde ve yine 5362 sayılı kanun ile 2007 tarihli karar kapsamında birbirinden farklı şekilde düzenlenen emek ve sermaye birlikteliğinin varlığıdır³⁹.

34 Ernst E. Hirsch, *Ticaret Hukuku Dersleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946, s. 103; Demirkapı, s. 375.

35 Karahan, Makale, s. 58-59. Avukatlık mesleğine ilişkin olarak düzenlemeye yer verilen Avukatlık Kanunu m.11 hükmü ile bu husus açıkça dile getirilmiş ve aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnaflık veya meslekin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü işin avukatlıkla birleşmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

36 “Serbest meslek mensuplarının faaliyetleri karşılığında aldığı ücretin, satın aldıkları ürün veya hizmetin karşılığı olmadığı, aksine kendilerinin bizzat bu hizmetin üreticisi oldukları belirtilmelidir. Diğer taraftan burada üretilen hizmetin “tamamen bilgiye dayanan emeğin mahsulü” olduğu da vurgulanmalıdır” Demirkapı, s. 376. Aynı yönde bkz: Kendigelen, s. 157; Bahtiyar, s. 21; Karahan, s. 19.

37 Noterler hakkında Yargıtay 20. Hukuk Dairesi tarafından değerlendirmeye yer verilen 20.11.2015 tarihli ve E. 2015/12936, K. 2015/11565 sayılı karar şu şekildedir: “Somut olayda; davacının noter olduğu, davalıların ise ilgili noterlikte işlem yaptırın fakat işlem ücretini ödemediği iddia edilen şahıslar olduğu anlaşılmalı olup yapılan işlemin içeriğinin mahkemenin görevini belirleyemeyeceği, bu nedenle uyuşmazlığın TTK 4-5 maddesi gereğince ticari sayılmayacağı, noterlerin serbest meslek mensubu olup kamu görevi yapan bir kurum olması nedeniyle tarafların tacir olmadığı da dikkate alındığında uyuşmazlığın ticari işletmeden de kaynaklanmadığı anlaşılmalı uyuşmazlığın genel mahkemede görülmesi gerekmektedir.” Hükümde yer alan tacir olmadığı ifadesi her ne kadar tartışılmalıysa da, faaliyetin ticari işletme kapsamında kabul edilmeyeceği ortaya konulmuştur. Aynı yönde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından tesis edilen 16.06.2017 tarihli ve E. 2016/3635 K. 2017/2584 sayılı kararda şu ifadeler yer verilmiştir: “Davacı, taşınmazların sahibi olup sözleşmeyi taşınmazların imar planının yapılması için imzalamıştır. Davalı ise şehir planlamacısı olup serbest meslek erbabıdır. Her ne kadar mahkemece ticaret siciline yazı yazılarak tarafların ticari işletmeleri olup olmadığı sorulsa ve tarafların şirketleri olduğuna dair yazı gelse de sözleşmenin tarafları gerçek kişi olup bu işi ticari işletmeleri ile ilgili yaptıklarına dair dosyada herhangi bir bilgi bulunmamaktadır.” (kazanci.com) (9.11.2020).

38 Ancak, Avukatlık Kanunu m.44 uyarınca bu faaliyetin bir avukatlık ortaklığı altında birlikte yürütülmesi durumunda da yapılan iş ticari sayılmayacaktır. Kendigelen, s. 157; Bahtiyar, s. 21; Karahan, s. 18-19.

39 TTK m.15 hükmü ile kanun koyucu esnafın ekonomik faaliyetinin sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanması gerektiğini öngörürken, 5362 sayılı kanun ile 2007 tarihli karar kapsa-

Dolayısı ile yalnızca emek yahut sermaye unsurunun bulunduğu bir ekonomik faaliyet bir işletmenin varlığı için yeterli değildir⁴⁰.

Son olarak vurgulamak gerekir ki, başvuruya konu faaliyetin bir “ticarethane” çatısı altında yürütülmesi bir işletmenin varlığına tek başına delil teşkil etmemektedir. Arabuluculuk uygulamasında ve yine yargı içtihatlarında zaman zaman ortada “ticarethane” olarak faturalandırılan bir işyerinin bulunması başlı başına bir işletmenin, hatta bunun da ötesinde bir ticari işletmenin varlığına dayanak olarak gösterilmektedir⁴¹. Kanaatimizce bu yaklaşım şu ana kadar ortaya konulan tüm tespitler ile çelişki arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, şu ana kadar

mında bu şart ekonomik faaliyetinin sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandırılması şeklinde ifade edilmiştir.

- 40 Sadece emek unsurunu içeren bir öğretmenin özel ders vermesi faaliyeti yahut yalnızca sermaye unsurunu ihtiva eden kâra katımlı ödünç şeklinde bir işletmeye borç verilmesi faaliyetlerinin bir işletmenin varlığı için yeterli kabul edilmeyeceği hususunda bkz: Demirkapı, s. 376 ve dn. 8.
- 41 Bu husus Yargıtay 20. Hukuk Dairesi tarafından oldukça yakın bir tarihte (4.6.2020) verilen E. 2020/1290, K. 2020/1598 sayılı karar ile ortaya konulmuş ve ticarethane üzerinden yapılan abone sözleşmesinin işlemin ticari işletme ile ilgili bulunmasına dayanak teşkil ettiği belirtilmiştir: “Somut olayda abone sözleşmesinin ticarethane aboneliği olarak yapıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre tarafların tacir olması ve işin her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili bulunması nedeniyle söz konusu davanın TTK’nın 4. maddesinin 1. fıkrasına göre ticaret mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir.” 3. Hukuk Dairesi tarafından benzer yönde tesis edilen 17.12.2019 tarih ve E. 2019/1440, K. 2019/10200 sayılı kararda şu ifadeler yer verilmiştir: “Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında ise; 23.01.2013 tarihli kaçak elektrik tutanağında abone grubunun ticarethane olarak belirlendiği, davacı tarafından dava dilekçesinde davaya konu yerin ticari işletme olduğunun belirtildiği görülmektedir. Davacı tarafın davaya konu işletmeye dair beyanları kendisini bağlamaktadır. Davalının da ticari işletme olması sebebiyle görevli mahkemenin Asliye Ticaret Mahkemesi olduğu kuşkusuzdur.” Yine 3. Hukuk Dairesi tarafından benzer şekilde tesis edilen 1.10.2018 tarih ve E. 2016/21162, K. 2018/9319 sayılı karar ise şu şekildedir: “Uyşmazlık konusu elektrik abonelik gruplarının işyeri (ticarethane) olduğu ve davacının şirket olduğu, bu nedenle davaya konu abonelik tesisinin, tacir olan davacı tarafın ticari işletmesiyle ilgili olduğu konusunda hiç bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu durumda, tacir olan her iki tarafın, ticari işletmesiyle ilgili olarak açılan iş bu davada uyşmazlık; ticari mahiyette olup, uyşmazlığın çözümü Asliye Ticaret Mahkemesi’nin görevi içerisinde dir.” Aynı Dairenin bu yönde tesis ettiği 28.6.2018 tarih ve E. 2016/19360, K. 2018/7312 sayılı kararda şu tespitler yapılmıştır: “Somut olayda; dosya kapsamında yer alan kaçak tespit tutanağı ve diğer bilgi ve belgeler incelendiğinde davacının abone grubunun “ticarethane” olarak belirtildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece her ne kadar, davacının ticari sicil kaydının bulunup bulunmadığı ve tacir olup olmadığı hususunda bilgi verilmesi için ticaret sicil memurluğuna yazılan yazıya davacının kaydı olmadığının bildirilmesi üzerine davalının görev itirazı reddedilmiş ise de, yukarıda ifade edilen belgeler de dikkate alındığında, davaya konu uyşmazlıkta genel mahkeme olan Asliye Hukuk Mahkemesi’nin görevli olup olmadığı hususuna ilişkin olarak yeterli inceleme ve değerlendirme yapılmadığı anlaşılmaktadır.” Aynı yönde Yargıtay 3. Hukuk Dairesi tarafından verilen diğer kararlar için bkz: 17.5.2018 tarih ve E. 2016/19178, K. 2018/5386 sayılı karar; 17.1.2018 tarih ve E. 2017/17023, K. 2018/237 sayılı karar; 22.12.2016 tarih ve E. 2016/1112, K. 2016/15866 sayılı karar; 19.12.2016 tarih ve E. 2016/16315, K. 2016/15311 sayılı karar; 8.12.2016 tarih ve E. 2016/10952, K. 2016/14225 sayılı karar. Dükkan için yaptırılan ticarethane aboneliğinin ticari işletmenin varlığı için yeterli olduğu hususunda bkz: 3. Hukuk Dairesi 25.4.2018 tarih ve E. 2016/18439, K. 2018/4471 sayılı karar. Son olarak Yargıtay 20. Hukuk Dairesi tarafından 26.11.2015 tarihinde verilen ve ticarethane aboneliğinin tacir sayılmak için yeterli kabul edileceği yönünde verilen E. 2015/9106, K. 2015/11813 sayılı karar da bu bağlamda ele alınabilir. (kazancı.com) (9.11.2020).

detayları ile ortaya konulduğu üzere bir işletmenin ticari işletme olarak kabul edilebilmesi için kural olarak yalnızca bir işletmenin varlığı yeterli görülmemektedir⁴². Öte yandan yine unutmamak gerekir ki, ticarethane olarak zikredilen tüm işyerlerinin işletme olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Biraz önce dile getirildiği üzere belirli bir organizasyon kapsamında olsa da münferit serbest meslek faaliyetleri bir işletmenin varlığını beraberinde getirmemektedir. Halbuki kararlara konu ticarethane tanımına yer verilen “Dağıtım Lisansı Sahibi Tüzel Kişiler ve Görevli Tedarik Şirketlerinin Tarife Uygulamalarına İlişkin Usul ve Esaslar” ile Sanayi Abone Grubu⁴³, Mesken Abone Grubu⁴⁴, Tarımsal Sulama Abone Grubu⁴⁵ ve Aydınlatma Abone Grubu⁴⁶ dışında kalan tüm abo-

42 Yargıtay 3. Hukuk Dairesi tarafından verilen 10.9.2018 tarih ve E. 2016/20667, K. 2018/8234 sayılı kararda da bu yönde tespitlere yer verilmiş ve ilgili işyerinin ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğunun ayrıca araştırılması gerektiği vurgulanmıştır: “Yukarıda açıklandığı üzere, somut olayda her ne kadar davalı tarafça tutulan 16.08.2014 ve 04.06.2015 tarihli kaçak tespit tutanaklarında davacının abone grubu ticarethane olarak belirtilmiş ise de, dosya içeriğinden davacının Türk Ticaret Kanunu kapsamında tacir ya da esnaf olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Bu durumda mahkemeye T.T.K.nun 14,17,1463. maddeleri, 5362 Sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununun 3. maddesi çerçevesinde dikim atölyesi niteliğinde bir iş yeri işleten davacının tacir olup olmadığı araştırılarak, davacının tacir olduğunun saptanması halinde görevli mahkemenin Asliye Ticaret Mahkemesi, aksi halde genel mahkeme olan Asliye Hukuk Mahkemesi’nin görevli olduğu gözetilerek, ilgili mahkemeye görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yanlışlığı değerlendirme ile yazılı şekilde esasa ilişkin hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.”. 3. Hukuk Dairesi tarafından aynı kriterlerin göz önüne alındığı 11.9.2019 tarih ve E. 2019/3781, K. 2019/6548 karar ise şu yöndedir: “Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında ise; 16.01.2015 tarihli kaçak elektrik tutanağında abone grubunun ticarethane olarak belirlendiği, davacı tarafından dava dilekçesinde davaya konu yerin ticari işletme olduğunun belirtildiği, yine davacı tarafından mahkemeye sunulan 13.12.2016 tarihli dilekçede; iş yerinde yirmiye yakın işçi çalıştırıldığını, kahvaltı ve şarküteri alanında faaliyet gösteren gurme market olduğunun ifade edildiği görülmektedir. Davacı tarafın davaya konu işletmeye dair beyanları kendisini bağlamaktadır. Bu halde görevli mahkemenin Asliye Ticaret Mahkemesi olduğu kuşkusuzdur.” (kazancı.com) (9.11.2020).

43 6948 sayılı Sanayi Sicili Kanununda tanımlanan ve ilgili resmi kuruluşça onaylı sanayi sicil belgesini ibraz eden sanayi işletmeleri bu abone grubu kapsamındadır.

44 Mesken olarak kullanılan; müstakil binalar, apartmanlar ve apartmanlar içindeki bağımsız bölümler, konut kooperatifleri ve konut siteleridir.

45 Tarıma dayalı arazilerin sulanmasını sağlamak amacıyla; ilgili resmi kuruluşlardan alınacak yer altı suyu kullanma belgesi veya su kullanma izin belgesi ile resmi kuruluşlardan alınmış sulamanın tarımsal amaçlı olduğunu gösterir belgeyi ibraz eden; ana faaliyeti tarımsal üretim olan gerçek veya tüzel kişilerce kurulmuş sulama kooperatifleri, pompaj tesisleri ile münferit olarak tesis edilmiş tarımsal sulama elektrik tesisleri bu abone grubu kapsamındadır.

46 Bu abone grubu iki alt abone grubundan oluşur: a) 27/07/2013 tarihli ve 28720 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Genel Aydınlatma Yönetmeliği gereğince enerji giderleri genel aydınlatma kapsamında ödenen aydınlatmalar, bu alt abone grubu kapsamındadır. b) Otoyollar ve özelleştirilmiş erişme kontrollü karayollarının aydınlatılması, güvenlik amacıyla yapılan sınırlı aydınlatmaları, toplumun ibadetine açılmış ve ücretsiz girilen ibadethanelere ilişkin aydınlatmalar ve halkın ücretsiz kullanımına açık ve kamuya ait park, bahçe, tarihi ve ören yerlerinde aydınlatmaları 27/07/2013 tarihli ve 28720 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Genel Aydınlatma Yönetmeliği kapsamında ödenmeyenlerin aydınlatmaları bu alt abone grubuna dahildir.

neler ticarethane kapsamında kabul edilmiştir⁴⁷. Dolayısı ile ticari faaliyetlerin, ticarethane abonelik grubu kapsamında yürütülmesi tek başına bir işletmenin varlığı için yeterli kabul edilmemelidir⁴⁸. Benzer bir sonuca “işyeri” kavramı kapsamında ulaşmak da mümkündür. Çeşitli mevzuat hükümleri kapsamında farklı tanımlarına yer verilen bu kavramın da tek başına bir işletmenin ya da ticari işletmenin varlığına delil teşkil ettiğini söylemek mümkün olmamalıdır⁴⁹.

47 Usul ve Esaslarda tanımlanan diğer ana ve alt abone grupları kapsamına girmeyen tüm tüketiciler bu abone grubu kapsamındadır.

48 3. Hukuk Dairesi tarafından verilen 18.9.2018 tarih ve E. 2016/20997, K. 2018/8657 karar ile belirlenmiş, ticarethane üzerinde abonelik tesis edilmiş olsa dahi bu faaliyetin ticari işletme kapsamında değerlendirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır: “Mahkemeye; dava konusu aboneliğin davalı şirket nezdinde ticarethane olarak işlem gördüğü, dolayısıyla tüketici sıfatına haiz olmayan davacı tarafından açılan davanın Asliye Ticaret Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerektiğinden bahisle, dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. ... Diğer taraftan, avukatlık mesleğini ifa eden davacı tacir olmadığı gibi mesleki çalışmalarını yürüttüğü avukatlık bürosu da ticari işletme değildir. Bu nedenle, somut olayda 6102 Sayılı TTK hükümlerinin uygulanamayacağı, buna bağlı olarak uyuşmazlığın çözümünde asliye ticaret mahkemesinin görevli olmadığı açıktır.”. Dolaylı olarak aynı yönde bir tespiti ihtiva eden 21.6.2018 tarih ve E. 2016/20355, K. 2018/6970 sayılı 3. Hukuk Dairesi kararı ise şu şekildedir: “Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında ise; taraflar arasındaki abonelik sözleşmesinde davacının abone grubu ticarethane olarak belirtilmekle birlikte, gerçek kişi olan davacının TTK hükümlerine göre tacir sıfatına haiz olup olmadığının araştırılarak, tacir olması halinde uyuşmazlığın çözümünün yukarıdaki yasa hükümleri de gözetildiğinde Asliye Ticaret Mahkemesi’nin görevi içinde olduğu, tacir sıfatını haiz olmadığına ise uyuşmazlığın 6502 Sayılı Kanun kapsamında kalmadığından Asliye Hukuk Mahkemesi olarak davanın görülmesi gerekir.” Kanun gereği, gerçek kişilerin tacir sıfatının tespitinde kullanılacak olan ticari işletme kavramının tersi bir yöntem izlenerek tacir kavramı üzerinden tespit edilmeye çalışılması metodolojik olarak sorunluysa da dolaylı olarak ticari işletmenin varlığının ayrıca sorgulanması yerinde olmuştur. Aynı yönde 3. Hukuk Dairesi tarafından verilen 31.5.2018 tarih ve E. 2018/3409, K. 2018/6217 sayılı karar da ortada bir işletmenin varlığı halinde ayrıca inceleme yapılması gerektiğini dile getirmiş ve ticarethane aboneliği yaptırılan dükkanın ticari işletme olup olmadığının araştırılması gerektiğine dikkat çekmiştir (kazancı.com) (9.11.2020).

49 Örneğin serbest meslek mensuplarının yürütülen faaliyetlerin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında bir işyeri faaliyeti olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısı ile buradan yola çıkarak bir işletmenin varlığından söz etmek mümkün değildir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, 3572 sayılı “İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun” un 2. maddesi kapsamında avukatlık büroları, SMM ve SYMM büroları, noterlik daireleri, mühendis ve mimar meslek mensuplarına açılan bürolar ve Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna göre açılan muayenehane ve müşterek muayenehaneler “işyeri” kavramı dışında bırakılmış olup bu bağlamda ilgili kanuna göre verilen ruhsatların bir işletmenin varlığına dayanak teşkil etmesi bakımından kolaylık sağlayacağı söylenebilir. Fakat bu kanun kapsamında işyeri olarak tanımlanması yine de bir ticari işletmenin varlığının tespitinde tek kriter olarak kullanılamaz. Bu husus Yargıtay 3. Hukuk Dairesi tarafından verilen 16.4.2018 tarihli ve E. 2016/19372, K. 2018/4021 sayılı karar ile vurgulanmıştır: “Davacı, davalı Belediyenin talebi üzerine, davalı ... çay bahçesinin suyunun kesileceğini bildirdiğini, ruhsatın iptal edildiğini, işyerininin 07/08/ 2003 tarihinde yapıldığını, 12/10/2004 tarihinden önce yapıldığından yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesinin aranmayacağını, suyun kesilmesinin yasal olmadığını, tahlıyeye zorlandığını ileri sürerek çekişmenin giderilmesine, el atmanın önlenmesine karar verilmesini istemiştir. ... Anılan Kanun’un 4. maddesine göre, bir davanın ticari dava olabilmesi için uyuşmazlığın her iki tarafının da tacir olması ve ticari işletmelerleriyle ilgili hususlardan doğmuş bulunması veya anılan yasa maddesinde sayılan mutlak ticari davalardan olmasının gerekli ve yeterli olduğu belirtilmiş; müteakip 5. maddesinde ise, “Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve 4. madde hükmünce ticari

Ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında bir başvuruyu değerlendirecek olan arabulucunun yapılan tüm bu açıklamalar uyarınca öncelikle üretim araçları olan emek ve sermayenin işleten tarafından ticarete özgü olan organizasyon ve metod ile bir araya getirildiği bir yapının mevcut olup olmadığını incelemesi ve bu tespit esnasında özellikle serbest meslek mensuplarının gerçekleştirilen bir faaliyetin başvuruya konu olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir.

D. İşletmenin Esnaf İşletmesi İçin Öngörülen Sınırları Aşım Aşmadığını Tespit Değerlendirmeye Esas Teşkil Etmemelidir

TTK m.11/1 ile ticari işletme esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan işletme olarak tanımlanmış, bu sınıra ilişkin düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı kararı ile belirleneceği belirtilmiştir. Konuya ilişkin olarak yürürlükte bulunan 2007 tarihli Bakanlar Kurulu kararında ise VUK m.177'ye atıf yapılarak bir sınır tespit edilmiştir.

Düzenlemeler ışığında özellikle doktrinde yoğun bazı tartışmalar yaşanmış, bir görüş kanunda yer verilen ifade gereği ticari işletmenin varlığı için bu sınırların doğrudan aşılmasının değil, bu sınırın aşılmasının hedef tutulmasının yeterli olduğunu savunmuştur⁵⁰. Diğer bir görüş ise söz konusu sınırın aşılmasının hedef tutulmasının yeterli olmadığını, bu sınırın fiilen aşılmasının gerektiğini belirtmiştir⁵¹. Fakat kanaatimizce hangi kabulden yola çıkılırsa çıkılsın dava şartı olan arabuluculuk başvurularında söz konusu sınırların aşılmış olup olmadığı hususunda bir inceleme yapılması mümkün değildir.

Arabulucuların görev ve yetkilerine ilişkin açıklamalara yer verilen kısımda vurgulandığı üzere arabulucu kural olarak yalnızca tarafların iradi olarak çözüme ulaşması için uygun ortamı yaratmak ile yükümlüdür ve keşif, bilirkişiye

sayılan davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asliye ticaret mahkemesinde bakılır. Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve dair usul hükümleri uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir. Davacı ile davalılar arasında yapılan sözleşmenin dosyaya kazandırılıp aboneliğin niteliğinin incelenmesi, davacının tacir olup olmadığı konusunun aydınlatılması, uyumsuzluğu incelemede görevli mahkemenin Ticaret Mahkemesi olup olmadığını belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” 20. Hukuk Dairesi tarafından aynı yönde verilen 10.12.2018 tarih ve E. 2018/5630, K. 2018/8059 sayılı karar ise şu şekildedir: “Dosya kapsamına göre; dava mutlak ticari dava olmadığı gibi davacının esnaf olup tacir sıfatının bulunmadığı, uyumsuzluk konusunun, işyerinde kaçak ve abonesiz olarak elektrik kullanıldığı iddiasına karşılık davacı tarafın borçlu olmadığı tespitini isteminden ibaret olup, davacı gerçek kişi ve davalı ... şirketi olduğundan mutlak ticari dava niteliğinde bulunmayan uyumsuzluğun asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir.” (kazanci.com) (9.11.2020).

50 Tekinalp, s. 10; Şener, s. 6; Karahan, s. 18.

51 Demirkapı, s. 383-385; Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku 2019, s. 161; Kendigelen, s. 162; Bah-tiyar, s. 20; Poroy, Yasaman, s. 37; Arkan, s. 28; Aslan, Şenyüz, s. 9; Ayhan, Özdamar, Çağlar, s. 122.

başvurma ve tanık dinleme gibi niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hakim tarafından yapılabilecek işlemleri icra etmesi mümkün değildir. Dolayısıyla 2007 tarihli karar ile atfı yapılan sınırların aşılmış olduğunu veya bunun hedeflenip hedeflenmediğini tespit/teyit için gerekli yetkilere sahip olmayan arabulucunun bu konuda bir karar vermesini beklemek doğru olmaz. Ayrıca ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında başvuru yapan taraf iradesinin sonrasında ticaret mahkemesinde bir dava açmak olduğu hususunda şüphe duymamak gerekir. Hal böyle iken, amacı kanun koyucu tarafından getirilen bir dava şartını temin etmek olan tarafın bu yöndeki iradesine öncelik tanınması en doğru tercihtir⁵². Aksi bir kabul halinde başvuran taraf, davasının usulden reddedilmesi riskinden kurtulmak adına davayı bu yönde hiçbir yetkisi bulunmayan arabulucu tarafından işaret edilen mahkemede açmaya zorlanmış olur. Ancak bu durum dahi davanın görevsizlik nedeni ile ticaret mahkemelerine tevdiine ve bu cihette usulden reddine engel teşkil etmez⁵³. Ne arabuluculuk kurumunun amacı ile ne de arabulucunun yetkileri ile bağdaşmayan böylesi bir sonucun ortaya çıkmasını engellemek adına mevzuat hükümleri ile atfı yapılan ve tespiti ayrı bir uzmanlık gerektiren böylesi bir hususun arabulucu tarafından hiç değerlendirilmemesi ve yalnızca bir işletmenin varlığının tespit edilmesi ile yetinilmesi kanaatimizce en makul çözümdür.

E. İşlemin Taraflarının Tacir Olması Yahut Her İki Taraf İçin Ticari İş Sayılması Gerekmemektedir

Uygulamada ve yargı kararlarında ticari davalara ilişkin olarak yaygın şekilde düşülen yanılgılardan biri de bir uyuşmazlığın ticari dava kapsamında değerlendirilebilmesi için uyuşmazlığın tarafların tacir olması yahut uyuşmazlığa konu işin her iki taraf içinde ticari iş sayılması gerektiği ve/veya bu durumun ticari davanın varlığı için yeterli olduğu yönündeki kanaattir⁵⁴.

52 Bir işletmenin ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olarak nitelendirileceğine dair başvuranın iradesine sonuç bağlanan farklı örnekleri görmek mümkündür. Esnaf faaliyetleri için öngörülen gelir düzeyinin fiilen aşılması gerektiğini savunan yazarlarca dahi kabul edildiği üzere, henüz faaliyetlerine yeni başlamış olan bir işletmenin mevzuatta öngörülen sınırları aşmış olmayacağı tespit olunamayacağı için, bu noktada işletmenin esnaf siciline mi yoksa ticaret siciline mi kaydedilmesi gerektiği hususunda başvuranın iradesini esas almak gerekmektedir (Bu yönde bkz: Kendigelen, s. 163; Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku 2019, s. 164; Bahtiyar, s. 23-24. Aksi yönde görüş için bkz: Demirkapı, s. 431. Ancak yazar dahi burada bu limitlerin altında kalıp kalmayacağı hususunda takdir yetkisini başvurana bırakmaktadır). Her ne kadar bu durumda başvuruyu yapanın bizzat işletmenin işleteni olduğu bu durum incelemeye konu savımız ile ayniyet teşkil etmese de, böylesi bir yaklaşımın benimsenmesinin hukukumuzda çok da yabancı olmadığını ortaya koymak adına önemlidir.

53 Bu yönde kararlar için bkz: 24 no'lu dn.

54 Bu yönde Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından verilen 25.2.2015 tarihli ve E. 2014/17011, K. 2015/2617 sayılı kararda yerel mahkemece şu yönde hüküm tesis edildiği belirtilmiştir: "Mahkemece, ticaret mahkemelerinin tarafları tacir olan ve her iki taraf için ticari iş sayılan, ticari işletmelerine dair bulunan uyuşmazlıklar ile TTK'nun 4. maddesinde sayılan mutlak ticari davaları çözümlmek-

Kanun koyucu nispi ticari davaları düzenlerken tacir yahut ticari iş kavramlarını değil, ticari işletme kavramını esas almıştır⁵⁵. Dolayısı ile bir uyuşmazlığın ticari sayılabilmesi ancak davaya dayanak işlemin/filin her iki tarafında ticari işletmesini ilgilendiriyor olması ihtimalinde mümkündür.

Her iki tarafın tacir olması başlı başına bir uyuşmazlığı ticari dava haline getirmez. Nitekim, TTK'nın açık hükümleri gereği kanunen yasaklanmamış her türlü amaç ve konu için kurulmasına izin verilen anonim ve limited şirketlerin tacir sıfatını kazanmaları için bir ticari işletme işletmelerine gerek bulunmamaktadır⁵⁶. Buna bağlı olarak her iki tarafının da tüzel kişi tacir sıfatını haiz olduğu bir hukuki ilişkide işlemin şirketlerden birinin yahut ikisinin ticari işletmesini ilgilendirmemesi ve bu cihette ticari dava kapsamında kabul edilmemesi mümkündür⁵⁷. Bu ihtimal yalnızca tüzel kişi tacirler için değil, gerçek kişi tacirler için de gündeme gelebilir. Ticari bir işletme işletmek koşulu ile tacir sıfatını kazanabilecek olan gerçek kişinin tacir sıfatının sona ermesi için işletmesindeki faaliyetleri sona erdirmiş olması yeterli değildir. Buna bağlı olarak ticari işletmesini kapatmış gerçek kişinin ilgili kaydı sicilden terkin ettirmemiş olması durumunda tacir sıfatı devam ederken, bir ticari işletmesi bulunmadığı için uyuşmazlık ticari dava kapsamında değerlendirilemez.

Benzer şekilde her iki tarafı da gerçek kişi tacir olan bir sözleşmenin, taraflardan biri için tüketici işlemi niteliğinde olması da mümkündür⁵⁸. Aslında

le görevli olduğu". Konuya ilişkin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda ise bu kez 11. Hukuk Dairesi doğrudan her iki taraf için ticari iş niteliğinde olan davaların ticari dava olduğunu ifade etmiştir: "TTK.nun 4. maddesi de her iki taraf için ticari iş sayılan davaların ticari dava olabileceğini belirtmiştir.". Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nce her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesinin yanı sıra tarafların tacir sıfatına vurgu yapılan 20.3.2019 tarih ve E. 2016/5771, K. 2019/1165 sayılı karar ise şu şekildedir: "Somut olayda her iki tarafta tacir olup, uyuşmazlık ticari işletme faaliyeti kapsamında verilen hizmetten kaynaklanmaktadır. O nedenle bu dava ticari dava mahiyetindedir ve ticaret mahkemesinde görülmesi gerekir.". Aynı Daire tarafından verilen 31.1.2019 tarih ve E. 2016/2388, K. 2019/236 sayılı kararda ise bu kez her iki tarafın da tacir sıfatını haiz olmaması ticari dava şartının sağlanamaması şeklinde yorumlanmıştır: "Mahkemece, her iki tarafın tacir olduğu ve ihtilaf konusunun her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiş ise de bir davanın ticari dava olarak görülebilmesi için TTK.nun 4.maddesi uyarınca her iki tarafın tacir olması gerekir." (kazanci.com) (9.11.2020) (Aynı yönde kanaat için bkz: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından verilen 26.11.2018 tarih ve E. 2018/4366, K. 2018/4669 sayılı karar).

55 Demirkapı, s. 374; İsmail Kirca, "Nispi Ticari Davaya Dair", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXXIII, S. 1, 2017, s. 61. Fakat kanun koyucunun bu tercihinin bilinçli olmadığını savunan yazar buradaki kavramın tacir merkezli olarak değerlendirilmesinin daha doğru olduğunu savunmaktadır (Kirca, s. 61).

56 Bu yönde açıklamalar için bkz: Kirca, s. 59 ve dn.8; Helvacı, *Ticari İşletme Hukuku* 2019, s. 203.

57 Kirca, s. 59; Bahtiyar, s. 95; Aslan, Şenyüz, s. 42. Aksi yönde görüş için bkz: Karahan, s. 82. Kaya, *Ticari İşletme Hukuku* 2019, s. 137-138; Ayhan, Özdamar, Çağlar, s. 80.

58 Gerçek kişi tacirin ailesinin ihtiyacı kapsamında bir elektronik mağazasından alışveriş yapması ve bu durumu TTK m.19/1 uyarınca karşı tarafa bildirmiş olması bu ihtimale bir örnek olarak zikredilebilir. İşlemin karşı tarafının ticari işletmesine ilişkin olan bu sözleşme, alıcı konumundaki gerçek kişi tacir için bir tüketici işlemi niteliğindedir. Buna bağlı olarak işlemin tarafları tacir olmasına ve

bu durum her iki tarafı için ticari iş niteliğinde olan bir sözleşmenin ticari dava kapsamında değerlendirilmeyeceğine dair de güzel bir örnek teşkil etmektedir. Nitekim söz konusu sözleşme taraflardan birinin ticari işletmesini ilgilendirmesi nedeni ile TTK m.19/2 kapsamında her ikisi için de ticari iş niteliğindedir ve hatta yine sözleşmenin her iki tarafı da tacirken, ilgili sözleşmenin taraflardan birinin ticari işletmesini ilgilendirmemesi nedeni ile ticari dava kapsamında kalmadığı kabul edilmelidir.

Tüm bu açıklamalar kapsamında bir uyumsuzluğun ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığını tespit ederken başvurunun taraflarının tacir olup olmaması yahut her iki taraf için de ticari iş sayılıp sayılmadığı tek başına bir değerlendirme kriteri olarak ele alınmaması gerektiği görülmektedir. Bir başka ifade ile, bir uyumsuzluğun TTK m.5/A kapsamında kalıp kalmadığını değerlendiren arabulucunun yalnızca işlemin taraflarının tacir olmasından yola çıkarak yahut taraflar açısından ticari iş niteliğinde olmasından hareketle uyumsuzluğu dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirmesi mümkün olmadığı gibi, yalnızca bu şartlardan birinin yahut ikisinin mevcut olmamasını gerekçe göstererek görüşmeleri sona erdirmemesi gerekir.

F. Tarafların Ticaret Siciline Yahut Esnaf ve Sanatkarlar Siciline Kayıtlı Olması Konunun Tespiti Açısından Tek Başına Dayanak Değildir

Bir işletmenin ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğu hususunda yargı kararlarında ve arabuluculuk uygulamasında eksik bir yorum ile faydalanılan bir diğer kriter ise hukuki işlemin taraflarının ticaret sicili yahut esnaf sicilinde yer alan kayıtların incelenmesi suretiyle bir kanaate varılmasıdır⁵⁹.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, TTK m.12 /1 uyarınca bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten gerçek kişi tacir olarak tanımlanmış olup, bu sıfatın kazanılması için işletmenin ticaret siciline tescil edilmesi şart olarak

yine her iki taraf içinde ticari iş olmasına rağmen ticari dava olarak nitelendirilemez.

59 Yargıtay 17. Hukuk Dairesi tarafından verilen 22.12.2014 tarih ve E. 2014/20751, K. 2014/19132 sayılı karar bu durumu açıkça ortaya koymaktadır: "Somut olayda, her ne kadar davalı tacir ise de, davacının ise ayakkabı ürünlerinin satışı ile uğraştığı, Ticaret Sicil Müdürlüğüne yazılan yazı cevabından davacının ticaret sicilinde kaydının bulunmadığı, Esnaf ve Sanatkarlar Odasına yazılan yazı cevabından davacının esnaf olduğu anlaşılmış olup, uyumsuzluğun davacının ticari işletmesi ile ilgili olmadığı anlaşılmakla, uyumsuzluğun Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir." İlk derece mahkemesince düşülen benzeri bir yanılıya dikkate çeken Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 21.10.2015 tarih ve E. 2015/11995, K. 2015/9843 sayılı kararında şu ifadelerle yer verilmiştir: "Asliye Hukuk Mahkemesince, tarafların ticaret sicilinde kayıtlı oldukları, davada TTK hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilerek görevsizlik yönünde hüküm kurulmuştur." (kazanci.com) (9.11.2020).

düzenlenmemiştir⁶⁰. Dolayısıyla hiçbir sicilde kaydı bulunmasa dahi, kanunda öngörülen şartı sağlayan işletmeler ticari işletme olarak kabul edilecek, bunu işleten gerçek kişiler ise tacir sıfatını kazanmaktadır. Diğer taraftan daha önce de dile getirildiği üzere henüz kuruluş aşamasında bir işletmenin hangi sicile kayıt edileceği hususunda genel olarak işletenin iradesinin esas alınması yönünde bir kabul mevcut olup, buna bağlı olarak işletmenin bu süreç içerisindeyken ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi sayıldığına ayrıca tespiti gerekmektedir⁶¹. Kaldı ki, başvurucaya tanınan bu karar verme yetkisi yalnızca bu aşama ile sınırlı tutulmamıştır. 2007 tarihli Karar'ın 1/3. maddesi ile esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması gerektiği kararlaştırılmıştır. Tüm bu düzenlemeler bir işletmenin ticari işletme niteliğinde olmasına rağmen esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı olmasının, yine hiçbir sicilde kaydı bulunmamasının hukuken mümkün olduğunu ortaya koymakta olup, ticari dava şartı olan arabuluculuk başvurularında yalnızca bu kayıtlar üzerinden karar verilmesi doğru değildir⁶². 2007 tarihli Karar ile dile getirilen ve Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit edeceği ve Resmî Gazete'de yayımlanacak esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olması yahut olmaması da aynı nedenle bir işletmenin ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğunun tespiti noktasında tek başına kriter olarak kabul edilemez⁶³.

Öyleyse, bir başvurunun ticari dava şartı arabuluculuk başvurusu kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirecek olan arabulucunun yalnızca

60 TTK m.40 uyarınca her tacir, ticari işletmenin açıldığı günden itibaren onbeş gün içinde, ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmekle yükümlüdür. Ancak bu durum, ticari işletmenin işletilmeye başladığı andan itibaren tacir sıfatının kazanılmasına engel teşkil etmez. (Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku 2019, s. 258; Arkan, s. 113; Poroy, Yasaman, s. 130; Bahtiyar, s. 104-105; Şener, s. 7.)

61 Bu yönde açıklamalar için bkz: dn. 51 no'lu dn.

62 İsmail Kırcı, "Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın Değerlendirilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXIV, S. 2, 2007, s. 300; Demirkapı, s. 429; Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku 2019, s. 165; Poroy, Yasaman, s. 130; Bahtiyar, s. 104-105. Bu yönde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından verilen ve ticaret sicile kayıtlı olmanın baş başına tacir sıfatını, dolayısıyla, ticari işletmenin varlığını ortaya koymayacağına işaret eden 13.2.2018 tarih ve E. 2016/5851, K. 2018/552 sayılı karar şu şekildedir: "Ticaret siciline kayıtlı olmak tacir sayılmanın koşulu değildir. Davalı, koşulları bulunduğu halde kendisini ticaret siciline kayıt ettirmemiş olsa bile yukarıdaki hükümlerin sonucu olarak tacir sıfatını taşıdığı açıktır." Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından aynı yönde tesis edilen 11.12.2017 tarih ve E. 2016/14741, K. 2017/7855 sayılı karar ile konu şu şekilde dile getirilmiştir: "Bir tacirin ticaret siciline kayıtlı olmaması onu tacir sorumluluğundan kurtarmaz." (kazanci.com) (9.11.2020).

63 Demirkapı, s. 411; Bahtiyar, s. 21; Şener, s. 7.

işletmenin bir sicile kayıtlı olup olmadığı, hangi sicilde kayıtlı bulunduğu yahut işletme faaliyetinin Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit ettiği meslek kolları içerisinde kalıp kalmadığı noktasından hareketle bir sonuca varması mümkün değildir.

G. Vergi Açılışı Yahut Mükellefiyet Sınıfı Tek Başına Bir Kriter Olarak Değerlendirilmemelidir

Dava şartı arabuluculuk başvurularında konunun nispi ticari dava kapsamında ele alınıp alınmayacağı noktasında değinilmesi gereken son kriter, başvuruya konu tarafların vergi açılışlarının bulunup bulunmadığı hususu ile mükellefiyet sınıfları üzerinden yapılacak olan değerlendirmedir. Konuya ilişkin temel düzenleme 2007 tarihli Karar'ın 1/(a) hükmünde yer almaktadır. Buna göre kanun koyucu basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların esnaf ve sanatkâr sayılmaları ile esnaf ve sanatkâr siciline ve dolayısıyla esnaf ve sanatkarlar odalarına kaydedilmeleri gerektiğini belirtmiş, aynı düzenlemenin (b) bendinde ise 213 sayılı Vergi Usul Kanununa istinaden birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına göre defter tutan ve bu Kararın (a) bendinde belirtilenlerin dışında kalanların tacir ve sanayici sayılmaları ile ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin bünyesindeki odalara kaydedilmelerini kararlaştırmıştır.

Bu durum karşısında VUK kapsamında esnaf kabul edilen bir kişinin TTK bağlamında da esnaf kabul edilip edilemeyeceği ve dolayısı ile faaliyete konu işletmenin esnaf işletmesi olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Konuyu değerlendiren pek çok yazar vergi hukukuna özgü kavramların esnaf ve tacir ayrımını belirlemede kullanılabilir bir ölçüt olmamasından yola çıkarak bu soruya olumsuz cevap vermektedir⁶⁴. Bir kimsenin VUK'a göre esnaf sayılmasının, TTK yönünden de esnaf kabul edilmesi sonucunu doğurmayacağı ve yine vergi mükellefi olmanın tacir sayılmanın ve dolayısı ile bir ticari işletmenin yokluğuna işaret etmeyeceği yargı kararları ile de kabul edilmeyeceği Yargıtay'ın farklı dairelerince uzunca bir süredir açıkça kabul edilmektedir⁶⁵.

64 Demirkapı, s. 422; Kırca, s. 297.

65 "Bir kimsenin Vergi Usul Kanunu'na göre esnaf sayılması, TTK yönünden de esnaf kabul edilmesini gerektirmez. Ticaret siciline ya da Oda'ya kayıtlı olmamak da tacir olmamanın kesin bir kanıtı olmadığı gibi, vergi mükellefi olup olmamak da tacir ve esnaf ayrımında kesin bir ölçüt olarak kabul edilemez." Yargıtay 3. Hukuk Dairesince verilen 13.2.2019 tarih ve E. 2017/12019, K. 2019/1050 sayılı kararı. Aynı yönde diğer daireler tarafından verilen kararlar için bkz: 8. Hukuk Dairesi tarafından verilen 7.5.2018 tarih ve E. 2017/10627, K. 2018/12230 sayılı karar; 6. Hukuk Dairesi tarafından

Öyleyse, ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında yapılacak olan bir değerlendirmede tarafların VUK kapsamında tacir olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi ve hatta vergi mükellefiyetlerinin bulunmaması tek başına bir kriter olarak değerlendirilmemeli, başvuruya konu tarafların vergi mükellefiyetlerinin bulunmaması ya da VUK kapsamında esnaf işletmesi olması nedeni ile başvuru reddedilmemelidir.

Sonuç

Kural olarak ihtiyari olan arabuluculuk kurumu ticari davalar bakımından bir dava şartı olarak düzenlenmiş, bu durum özellikle nispi ticari davaların tespitinde yaşanan sorunların bu sürece sirayet etmesine sebep olmuştur. Yapılan değerlendirmeler sonucunda soruna gerçek anlamda bir çözüm üretilebilmesinin ancak arabuluculuk kurumunun yapısına uygun kriterlerin tespiti ile mümkün olduğu görülmüştür. Bu tespite uygun olarak yapılan değerlendirmeler neticesinde aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

Uygulamada Arabuluculuk Büroları ve Cumhuriyet Savcılığı tarafından bir başvurunun ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında kaldığının tespit amacıyla talep edilen ticaret sicil kayıtlarının, vergi mükellefi olduğunu gösterir belgelerin uyumsuzluğun nispi ticari dava kapsamında olup olmadığının ortaya konulmasına tek başına bir dayanak oluşturmayacağı, uyumsuzluk taraflarının VUK kapsamında esnaf olarak nitelendirilmesinin yahut esnaf sicilinde kayıtlı bulunmasının uyumsuzluğun ticaret mahkemelerinde görülmesine doğrudan bir engel teşkil etmediği, benzer şekilde uyumsuzluğun her iki tarafının tacir olmasının ve/veya uyumsuzluğa konu işin her iki taraf içinde ticari iş teşkil etmesinin ticari davanın varlığı için şart olmadığı gerekçeleri ile ortaya konulmuştur. Yapılan bu tespitlere uygun olarak söz konusu nedenlere dayanarak bir başvurunun arabulucu tarafından kapatılmasının ve yine yalnızca Cumhuriyet Savcılığınca bu nedenlere dayanılarak arabuluculuk süreci sonunda ücret ödenmemesi yönünde karar tesis edilmesinin doğru olmayacağı kanaatine ulaşılmıştır.

Önüme gelen bir başvuruyu nispi ticari dava kapsamında değerlendirecek olan arabulucunun; başvurunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığı ve yine konusunun bir miktar alacağın ödenmesi talebini içerip içermediğini tespit ettikten sonra yapması gereken tek inceleme, uyumsuzluğun her iki tarafa ait işletmesel bir faaliyeti konu alıp almadığını ortaya koymak ile sınırlı olmalıdır.

verilen 13.10.2016 tarih ve E. 2016/7815, K. 2016/5898 sayılı karar; 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen 6.3.2018 tarih ve E. 2016/11515, K. 2018/1718 sayılı karar ile yine 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen 28.01.2002 tarih ve E. 2001/ 8149, K. 2002/565 sayılı karar (kazanci.com) (9.11.2020).

Ticaret sicil kayıtları, vergi kayıtları gibi bilgiler ve yine uyuşmazlığa konu faaliyetin “ticarethane”, “işyeri” gibi isimler altında yürütülüyor olması bu işletmenin varlığını destekleyecek hususlar olmakla birlikte tek başına bir işletmenin varlığını ortaya koymaya yetecek hukuki kudrete sahip olmadığından, faaliyetin emek ve sermaye unsurlarının ticari amaçlar ile bir araya getirilmesi suretiyle yürütülüp yürütülmediğini arabulucunun tespit etmesi gerekmektedir. Bu tespit esnasında özellikle kanun koyucu tarafından ticari kabul edilmeyen faaliyetler ile serbest meslek mensuplarınca yürütülen faaliyetlerin dikkate alınması lazımdır.

Başvuruyu değerlendirecek olan arabulucunun mevzuat hükümleri ile işaret edilen ve doktrinde üzerinde çokça tartışmaya yer verilen gelir sınırını ayrıca araştırmasını beklemek ise arabulucunun sahip olduğu yetkilerin ötesinde bir araştırma yükünü beraberinde getirmesi ve böylesi bir araştırmanın yaratacağı risklerin dava şartı olan arabuluculuk kurumunun yapısına uygun olmaması nedeni ile ayrıca bir değerlendirme kriteri olarak kabul edilmemelidir.

Tüm bu tespitler kapsamında arabulucunun her iki tarafın da işletmesini ilgilendiren ve konusunun bir miktar alacağın ödenmesi talebini içeren başvuruları ticari dava şartı olan arabuluculuk kapsamında değerlendirerek arabuluculuk sürecini işletmesi gerektiği, ilgili işletmenin varlığını zikredilen şartlarda ortaya koyan arabulucu tespitlerinin arabuluculuk son tutanağında yer almasının arabulucunun ücrete hak kazanması için kafi olduğu, mevzuat gereği belirli şartları haiz kişiler arasından seçilen ve kanunen görevini özenle yürütmek zorunda olan arabulucunun bu yöndeki tespitlerine itibar edilmesinin olası menfaat çatışmalarının engellenmesi adına en doğru yöntem olduğu kanaatlerine ulaşılmıştır.

KAYNAKLAR

- Memiş, Abdullah Berat, “*Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü*” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- Fiadjoe, Albert K., *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*, Routledge-Cavendish, 2004.
- *Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri*, Ed. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Nisan, 2019.
- Hirsch, Ernst E., *Ticaret Hukuku Dersleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946.
- Demirkapı, Ertan, “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 372-441.
- Bilgili, Fatih; Demirkapı, Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, Dora, 6. Bası, Bursa, 2016.
- Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kendigelen, Abuzer; Kaya, Arslan; Nomer Ertan, N. Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, On İki Levha, 4. Bası, İstanbul, 2015.
- Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kaya, Arslan; Nomer Ertan, N. Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, On İki Levha, 6. Bası, İstanbul, 2019.
- Ermenek, İbrahim; Azaklı Arslan, Betül, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5:A)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 148, Y.2020, s. 135-196.
- Koçyiğit, İlker; Bulur, Alper, *Ticari Uyuşmazlıklar Dava Şartı Arabuluculuk*, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2019.
- Kırca, İsmail, “Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayırımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nın Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXIV, S. 2, 2007, s. 295-306.
- Kırca, İsmail, “Nispi Ticari Davaya Dair”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXXIII, S. 1, 2017, s. 55-64.
- Karacabey, Kürşat, “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 123, Y.2016, s. 451-488.
- Bahtiyar, Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, Beta, 18. Bası, 2019.
- Özekes, Muhammet; Atalı, Murat; Ekmekçi, Ömer; Seven, Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On İki Levha, 2. Bası, İstanbul, 2019.
- İlhan, Onur “*Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2020.
- Şener, Oruç Hami, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016,
- Poroy, Reha; Yasaman, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 17. Bası, 2018.
- Ayhan, Rıza; Özdamar, Mehmet; Çağlar, Hayrettin, *Ticari İşletme Hukuku*, Yetkin, Ankara, 9. Bası, 2016.

- Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 18. Bası, Ankara, 2013.
- Karahan, Sami, “Ticari İşletme Kavramı, Tacir-Esnaf Ayırımının Kriterleri ve Ticaret Hukukunun Diğer Temel Kavramlarını Belirleme Açısından”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XVII, S. 4, Y.1994, s. 39-64.
- Karahan, Sami, *Ticari İşletme Hukuku*, Mimoza, 26. Bası, Konya, 2014.
- Goldberg, Stephen B.; Sander, Frank E.A.; Rogers, Nancy H.; Cole, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution: Negotiation Mediation and Other Processes*, 6. Bası, Wolters Kluwer, 2012.
- Tanrıver, Süha, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 147, 2020, s. 111-142.
- Saraç, Şükrü, “İnşaat Sektöründeki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemiyle Çözümlemesi”, *İnşaat Sanayi Dergisi*, S. 173, 2019, s. 56-67.
- Eler, Tuba, “*Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabulucuk*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2019.
- Tekinalp, Ünal, “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXIV, S. 2, 2008, s. 5-18.
- Çoban, Yasin, *İşletme İktisadı*, On İki Levha, 2. Bası, İstanbul, 2018.
- Karayalçın, Yaşar, *Ticaret Hukuku I. Giriş Ticari İşletme*, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968.
- Aslan, Yılmaz; Şenyüz, Doğan, *İşletme Hukuku*, Ekin, Bursa, 4. Bası, 2012.

Yasal Bir Hakkın Kullanılması Cezaî Mirasçılıktan Çıkarılma Sebebi Teşkil Eder mi?*

Does The Allegation of a Legal Right Constitute a Reason
for the Retributive Deartment from Inheritance?

Dr. Emrah KULAKLI**

Öz

Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 510-512 hükümleri arasında kanun koyucu, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile saklı paylı mirasçılarının mirasçılık haklarını kısmen veya tamamen sona erdiren bir imkan olarak mirasçılıktan çıkarma müessesesine yer vermiştir. Bu müessese, saklı paylı mirasçıları cezalandırıcı veya koruyucu bir etkiye sahiptir.

Cezaî mirasçılıktan çıkarma sebepleri, TMK m. 510'da iki bent halinde düzenlenmiştir. Buna göre saklı paylı mirasçının mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarına karşı işlediği ağır bir suç veya aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerine aykırı davranışı, cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil eder. Ancak TMK m. 510 hükmünün çizdiği sınırlar, geniş ölçüde yoruma açıktır. Bu kapsamda, saklı paylı mirasçının, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınları ve aile üyelerine karşı yasal bir hakkını ileri sürmesinin cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil edip etmeyeceği de tartışma konusudur.

Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle cezaî mirasçılıktan çıkarmanın tanımı, miras hukuku sistemimizdeki yeri ve şartlarına değinilecek, devamında ise çalışmamızın esasını oluşturan tartışma konusu hususa ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Ardından sorunun çözümünde göz önüne alınması gereken ilkeler ile yargı kararları ışığında değerlendirmelerimize ve uygulamada karşımıza çıkabilecek birtakım durumlar üzerinden genel kanaatlerimize yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Mirasçılıktan Cezaî Çıkarma, Saklı Pay, Aile Hukukundan Doğan Yükümlülük, Yasal Bir Hakkın Kullanılması, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

* Makale gönderim tarihi: 02.12.2020. Makale kabul tarihi: 27.12.2020. Emrah Kulaklı, "Yasal Bir Hakkın Kullanılması Cezaî Mirasçılıktan Çıkarılma Sebebi Teşkil Eder mi?", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s. 289-307; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.2.11>.

** Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul, ekulakli@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-4867-2629>.

ABSTRACT

The legislator sets forth the institution of the debarment from inheritance, which enables the inheritance rights of the inheritors having the reserved portion to end partially or completely by virtue of the testamentary disposition of the decedent under the provisions between Article 510 –512 of the Turkish Civil Code. This institution has a retributive or protective effect for the inheritors having the reserved portion.

The causes of the retributive debarment from inheritance are set forth as two subparagraphs under Article 510 of the Turkish Civil Code. In accordance with the mentioned provision, if the inheritors having the reserved portion (i) commit a serious offence against the decedent or his/her the relatives or (ii) breach her/his liabilities arising out and of the family law against the family members; these circumstances constitute a justified reason for the retributive debarment from inheritance. However the limitations determined under Article 510 of the Turkish Civil Code are extensively open to interpretation. Within this framework, it is also the matter in question that whether or not any legal allegation of an inheritor having the reserved portion against the decedent or the relatives of the decedent and her/his family members constitutes a justified reason for the retributive debarment from inheritance.

In this regard, we will firstly describe the retributive debarment from inheritance and will explain its importance in our inheritance law system and its conditions in this study. Subsequently we will explain the below mentioned matter constituting the matter in question which is the essential of our study. Following to the mentioned explanations, we will submit the principles, which should be taken into consideration for the resolution of the mentioned legal problem, and our legal evaluations in the light of the precedent judicial decisions and our general opinions over some circumstances, which we may come up during the law practices.

Keywords: The Retributive Debarment from Inheritance, Reserved Portion, Liability arising out and of the Family Law, Allegation a Legal Right, Prohibition of the Abuse of Right.

Giriş

Türk Miras Hukukunda mirasbırakan, malvarlığı üzerinde sınırsız bir tasarruf özgürlüğüne sahip değildir. Saklı paylı mirasçılarının terekedeki zorunlu miras hakları, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün sınırını teşkil eder. Kanun koyucu mirasbırakanın tasarruf özgürlüğüne yaptığı bu müdahale ile, TMK m. 506'da yer alan mirasçılarla sınırlı olmak üzere, aile birliğinin korunması ve ailenin ekonomik varlığının desteklenmesini amaçlamaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nda, saklı paylı mirasçının saklı payı da dâhil olmak üzere tüm miras hakkını ortadan kaldıran çeşitli sebeplere de yer verilmiştir. Bunlardan biri olan mirastan yoksunlukta kanun koyucu, TMK m. 578'de sayılan sebeplerden birisinin varlığı halinde saklı paylı mirasçının, mirasbırakanın

hiçbir işlemine lüzum olmaksızın; kanun gereği (*ipso iure*) miras hakkını kaybedeceğini düzenlemektedir. Bunun yanı sıra, mirasbırakan ile yaptığı mirastan feragat sözleşmesi de mirasçının ileride doğacak miras hakkından saklı pay da dâhil olmak üzere vazgeçmesine imkân tanımaktadır (TMK m. 528 vd.). Mirasbırakanın ölümü sonrasında saklı paylı mirasçının tek taraflı bozucu yenilik doğuran irade beyanı ile (*gerçek red*) veya terekenin mirasbırakanın ölümü tarihinde borca batık olması halinde kanundan doğan karine gereği (*hükmi red*) mirasçılık hakkının son bulması da aynı sonucu doğurur (TMK m. 605).

Saklı paylı mirasçının miras hakkını ortadan kaldıran bir diğer müessese ise, mirasçılıktan çıkarmadır. Buna göre mirasbırakan, kanunda sayılan şartların varlığı halinde, yapacağı bir ölüme bağlı tasarruf ile saklı paylı mirasçının miras hakkını kısmen veya tamamen yitirmesini sağlayabilir. Kanun koyucu mirasçılıktan çıkarmayı, amacı yönüyle ikiye ayırmıştır. Bunlardan ilki TMK m. 510–512 hükümleri arasında ele alınan cezaî mirasçılıktan çıkarma, diğeri ise TMK m. 513'te yer verilen koruyucu mirasçılıktan çıkarmadır (*ödemeden aciz sebebiyle mirasçılıktan iskat*). Çalışmamızın konusunu cezaî mirasçılıktan çıkarmaya ile sınırlamış bulunmaktayız.

Aşağıda öncelikle cezaî mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin açıklamalara ve konumuza özgü birtakım örneklere yer verilecektir. Devamında ise, saklı payın işlevi ve buna karşılık miras hakkını ortadan kaldıran bir müessese olarak cezaî mirasçılıktan çıkarmanın ifade ettiği anlam üzerinde durulacaktır. Son olarak ise öğretilerdeki görüşler ve yargı kararları çerçevesinde bir hakkın kullanılmasının cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil edip etmediği ve söz konusu hakkın kullanılmasının sınırları ele alınacak, konuya ilişkin önerilerimizin ardından çalışmamıza son verilecektir.

I. Sorunun Ortaya Koyulması

Saklı paylı mirasçının cezaî mirasçılıktan çıkarma yoluyla miras hakkından uzaklaştırılabilmesi için TMK m. 510'da sayılan yer alan bir sebebe dayanması gerekir. Ancak hemen ifade edelim ki, bu sebeplerin mirasbırakan ile saklı paylı mirasçı arasındaki bağı kopartan, ortadan kaldıran bir düzeyde olması gerekir. Bu sebepler TMK m. 510'da her ne kadar sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesi uyarınca belirlenmişse de hükmün içeriği, somut olayın bu kapsamda ele alınıp alınmayacağı hususunda yoruma elverişli bir yapıya sahiptir. Anılan durum konuya ilişkin çeşitli yargı kararlarının oluşmasına da sebep olmuştur.

Yargıtay kararları, ölüme bağlı tasarrufta gösterilen çıkarılma sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediğinden ziyade, bu sebebin TMK m. 510'da sayılan sebeplerden birisi niteliğinde olup olmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Hukuka aykırılığın açık olduğu eylemlerin cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi

teşkil edeceği hususunda tereddüt yoksa da, bir eylemin aynı hukukî sonucu doğurması için muhakkak hukuka aykırı olması da gerekmez. Gerçekten de saklı paylı mirasçının “*birtakım haklarını kullanması*”, kanun koyucunun saklı pay müessesesi ile sağlamak istediği amaca aykırı sonuçlar doğurabilir. Örneğin saklı paylı mirasçı tarafından mirasbırakanın kısıtlanmasının talep edilmesi, yardım nafakasının tahsili için mirasbırakana takip yapılması ya da saklı paylı mirasçının mirasbırakan aleyhine tanıklık yapması durumlarında saklı paylı mirasçı kendisine kanunen tanınmış bir hakkı kullanmaktadır; fakat bunlar, mirasbırakan için olumsuz sonuçlara da sebebiyet verebilmektedir. Saklı paylı mirasçının yasal bir hakkını kullandığı tüm bu durumların, mirasbırakana cezaî mirasçılıktan çıkarılma hakkı tanıyıp tanımadığı tartışmalı bir husustur. Bu sebeptir ki çalışmamız, bu başlık altında yapılmıştır.

II. Cezaî Mirasçılıktan Çıkarma Sebepleri

Cezaî mirasçılıktan çıkarılma müessesesi mirasbırakana, kanunda düzenlenen sebeplerden birinin varlığı halinde, ölüme bağlı tasarruf ile ve yalnızca saklı paylı mirasçılara karşı kullanılabileceği bozucu yenilik doğuran bir hak sağlamaktadır. Saklı paylı olmayan bir mirasçının mirastan yoksun bırakılması ise cezaî mirasçılıktan çıkarılma değil, alelade bir mirastan uzaklaştırmadır. Kaldı ki mirasbırakanın terekesi üzerinde tasarruf özgürlüğünün yegâne sınırı saklı paylardır. Bu sebeple mirasbırakan, saklı payı bulunmayan mirasçılarının mirastan çıkarılma sebeplerine ihtiyaç duymaksızın terekesinden pay almalarına mani olabilir.

Cezaî mirasçılıktan çıkarılma sebepleri, TMK m. 510'da iki bent halinde düzenlenmiştir. Mirasçılıktan çıkarılmanın hüküm doğurması, bu iki sebepten birinin mevcut olmasına bağlıdır. Bunlardan ilki, *mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlenmesi (TMK m. 510-b.I)*, diğeri ise *mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirilmemesidir (TMK m. 510-b.II)*. Cezaî mirasçılıktan çıkarılmanın bu iki sebeple sınırlandırılması,

1 Necip Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 306; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 209; Zahit İmre, Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 9. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2013, s. 236; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş, Hakan Albaş, *Miras Hukuku*, 9. Bası, Bilge Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 362; Selin Sert, “Mirasçılıktan Çıkarılmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi”, *TAAD*, C. V, S. 16, 2014, s. 231; Nur Çakın, “Türk Hukukunda Mirastan Iskat İle İlgili Problemler – Mirastan Iskat”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 1974, s. 523. Kılıçoğlu ise, saklı paylı olmayan mirasçılar için de cezaî mirasçılıktan çıkarılmanın mümkün olduğu, ancak farklı olarak mirasbırakanın bu kişiler için sebep göstermeksizin bu yola başvurabileceği görüşündedir. Bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku Ders Notları I-II*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 133 vd..

bu yaptırımın maddi ve manevi yönden ağır bir içeriğe sahip olması² ve kanun koyucunun saklı paylı mirasçığı mirasbırakana karşı koruma gayesi ile açıklanmaktadır³.

A. Mirasbırakana veya Mirasbırakanın Yakınlarından Birine Karşı Ağır Bir Suç İşlenmesi

Cezaî mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin ilki, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlenmesidir. Bir kişiye karşı işlenen suçtan ötürü mirasbırakan, bu kişi ile arasındaki yakın bağ dolayısıyla adeta suç kendisine karşı işlenmiş gibi etkileniyor ise bu kişinin TMK m. 510-b.I anlamında “yakın” olduğu kabul edilmelidir⁴. Bu anlamda “yakınlık”, “hısnımlık” ile özdeşleştirilmemelidir⁵. Hakim, somut olayda kişinin yakını olup olmadığını takdir edecektir.

TMK m. 510-b.I kapsamına giren fiil, ceza hukuku bakımından suçun unsurlarını taşıyor olmalıdır⁶. Mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine yönelmiş suçta konu fiil, kişilik haklarına, vücut bütünlüğüne veya mal-

-
- 2 Gerçekten de saklı paylı mirasçı miras payından mahrum olması dolayısıyla maddi bir zarara uğrayacak, ayrıca bu yaptırımı maruz kaması dolayısıyla onuru da zedelenebilecektir.
 - 3 Peter Weimar, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. III, Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben, Teilbd. 1: Art. 457 – 480 ZGB: Die Gesetzlichen Erben, Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Stämpfli, Bern, 2000, Art. 480 Nr. 1-5.
 - 4 Peter Tuor, *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd. III, Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben, Art. 457 – 536 ZGB, 2. Bası, Stämpfli, Bern, 1964, Art. 477 Nr. 27; Arnold Escher, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd. III, Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben (Art. 457 - 536), 3. Bası, Schulthess Zürich, 1959, Art. 477 Nr. 15; İmre, Erman, s. 249; A. Rıza Çubukgil, “Mirastan Adi İskatın Hukukî Mahiyeti ve Sebepleri”, *AÜHF*, C. VII, S. 3-4, 1950, s. 451; Kocayusufpaşaoğlu, s. 311; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 187; Mustafa Dural, Turgut Öz, *Miras Hukuku*, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 207; Gökhan Antalya, *Miras Hukuku*, C. III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 256; İnan, Ertuş, Albaş, s. 365; Çakın, s. 525; Oğuz Ersöz, “Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma”, *Uyumsuzluk Mahkemesi Dergisi*, C. VII, S. 14, 2019, s. 222; Sert, s. 233; Ali İhsan Özüğür, “Miras Hakkından İskat”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 1996, s. 347.
 - 5 Bununla birlikte öğretilerdeki bir görüş, akrabalık ilişkilerinde de taraflar arasındaki somut ilişkinin esas alınması gerektiği, ancak istisnaen altsoy, evlatlık, eş, nişanlı, akraba, ebeveyn ve kardeşlerle sınırlı olmak üzere yakınlığın bir karine teşkil etmesi, aksini idda edenin ise bunu ispat etmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Kürşad Yağcı, *Cezaî Mirasçılıktan Çıkarma (Mirastan İskat)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 111 vd.; Escher - ZK, Art. 477 Nr 15; Tuor - BK, Art. 477 Nr. 23; Kılıçoğlu, s. 135; Ferih Bedii Tongsir, *Türk Hukukunda Mirastan İskat*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1956, s. 27.
 - 6 Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri, Mirasçılar – Ölümüne Bağlı Tasarruflar – Mirasın İntikali (Geçmesi)*, 2. Bası, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1985, s. 282; Yağcı, s. 121 vd.; Antalya, s. 255; Oğuzman, s. 211; Ayan, s. 186; Sert, s. 232; Ersöz, s. 217; Nalan Kahveci, “Alman Medeni Kanununda Saklı Paydan Uzaklaştırma Sebeplerine İlişkin Yapılan Değişiklikler ve İsviçre - Türk Hukuku İle Karşılaştırılması”, *Prof. Dr. Aydın Zevkiler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. VIII, Özel Sayı, 2013, s. 1490.

varlığına karşı işlenmiş olabilir⁷. Ancak saklı paylı mirasçının suçu işlemede müterafik kusurunun olduğu hallerde mirasbırakan, dürüstlük kuralı gereği cezaî mirasçılıktan çıkarmaya başvuramamalıdır⁸.

Ayrıca bu hususta suçu işleyen saklı paylı mirasçının cezalandırılmış olması şart değildir⁹⁻¹⁰. Örneğin genel af nedeniyle açılan kamu davasının düşmesi veya suçun hiç şikâyete konu edilmemesi halinde dahi söz konusu suç, cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturmaya devam eder¹¹. Hakimın esas alması gereken ölçüt, işlenen suçun aile bağlarını koparacak nitelikte olup olmadığı ve bilhassa fiilen bu sonucu doğurup doğurmadığıdır¹². Zira suçun “ağır” olması ile kastedilen husus, ceza yargılaması bağlamında ağır cezayı gerektiren bir suç olması değildir¹³.

B. Mirasbırakana veya Mirasbırakanın Aile Üyelerine Karşı Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi

Bir diğer cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi ise, mirasbırakana veya mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesidir (TMK m. 510-b.II). Mirasbırakanın aile üyelerine kimlerin dahil olduğu hususu, cezaî mirasçılıktan çıkarma müessesesinin amacı (*ratio legis*) göz önüne alınarak değerlendirilmelidir¹⁴.

Her şeyden önce aile üyesi olgusu, -TMK m. 510-b.I'in aksine- hısımlık ilişkisini zorunlu kılmaktadır. Bir başka deyişle, ne kadar yakın ilişki içerisinde olursa olsunlar, akrabalık bağı bulunmayan kişiler aile üyesi değildir¹⁵. Ayrıca,

7 İmre, Erman, s. 248; Yağcı, s. 103.

8 Oğuzman, s. 211.

9 Weimar - BK, Art. 477 Nr. 5; Kocayusufoğlu, s. 308; İmre, Erman, s. 248; İnan, Ertaş, Albaş, s. 374; Tongsir, s. 24; Dural, Öz, s. 206; Köprülü, s. 282; Kahveci, s. 1490; Özüğür, s. 347.

10 Hatta öğretilerde bir görüş, suçun tam veya eksik teşebbüs derecesinde kalmasının TMK m. 510-b.I bakımından önem teşkil etmediğini ileri sürmektedir. Bkz. Çakın, s. 525; Ayan, s. 187; Antalya, s. 255; İmre, Erman, s. 248; Çubukgil, s. 447; Sert, s. 232.

11 Tuor - BK, Art. 477 Nr. 23; Balthasar Bessenich, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, Art. 457 – 977 ZGB, Art 1 -61 SchlT ZGB, Hrsg. Honsell, Vogt, Geiser, 3. Bası, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2007, Art. 477 Nr. 11; Weimar - BK, Art. 477 Nr. 5; Dural, Öz, s. 206; Oğuzman, s. 210; Antalya, s. 255; Ayan, s. 187; Ersöz, s. 218.

12 Dural, Öz, s. 206; Antalya, s. 255; Çakın, s. 524; Yargıtay 3. HD, T. 26.11. 2013 – E. 2013/15148 – K. 2013/16683 (KİBB).

13 Rona Serozan, Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 402; Köprülü, s. 283; Oğuzman, s. 211; Tongsir, s. 26; Ayan, s. 186; Kahveci, s. 1491; Ersöz, s. 219; Dural, Öz, s. 206; Sert, s. 234.

14 Bkz. aş. III B.

15 Yağcı, s. 163. Diğer yandan azınlıkta kalan bir görüş, aynı çatı altında yaşayanların (daimi hizmetçi, bakıcı vs. da aile üyesi olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. Çubukgil, s. 455.

bir kişinin TMK m. 510-b.II anlamında aile üyesi olup olmadığının tespitinde akrabalık ilişkisinin varlığı yeterli değildir; bunun yanı sıra gözetilmesi gereken, kişiler arasındaki yakınlık ve bağlılıktır¹⁶. Bu ölçütler ışığında hakim, her somut olayda, kişinin mirasbırakanın aile üyesi olup olmadığına karar vermektedir.

Öğretide hakimin bu değerlendirmesine esas birtakım karinelere yer verilmiştir. Buna göre, yakın kan hısımları (altsoy, ana – baba, kardeş) ile eş, aile üyesi olarak kabul edilmelidir¹⁷. Bununla birlikte, aile hukukunun nişanlılığa birtakım hüküm ve sonuçlar bağlamış olması karşısında nişanlıların da aile üyesi olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁸. Ancak uzak kan hısımları (amca – hala – dayı – teyze – büyükanne – büyükbaba vs.) ile yakın kayın hısımları (eşin anne babası ve kardeşleri) için böyle bir karineden bahsedilemez¹⁹. Dolayısıyla bu kişilerin mirasbırakanın aile üyesi olduğu ispat yükü, cezaî mirasçılıktan çıkarmadan istifade edenlere ait olmalıdır.

Diğer yandan cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil eden davranışlar, yalnızca aile hukukundan doğan yükümlülüklerle aykırı olanlarla sınırlıdır. Bir başka ifadeyle bunun dışında yer alan birtakım davranışlar, TMK m. 510-b.II bakımından cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilmez. Uygulamada genellikle aile onurunun korunması, aile birliğinin sürdürülmesi, anne babanın bakımı, nafaka borcunun yerine getirilmesi, eşlerin birbirlerine karşı olan sadakat ve dayanışma yükümlülüklerinin ihlali, cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilmektedir²⁰. Ancak bu kapsama giren durumların tüketici biçimde sayılması olanaksızdır. Bu sebeple, saklı paylı mirasçının hukuka aykırı davranışının aile hukukuna ilişkin olup olmadığı ve cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil edip etmediği de hakimin takdirindedir²¹.

16 Tuor - BK, Art. 477 Nr. 27; Kocayusufpaşaoğlu, s. 314. Bu hususta Yağcı, kanunda aile kavramı içerisinde yer verildiği halde aralarında hiçbir fiili ve duygusal yakınlık kalmamış olan oğulun TMK m. 510-b.II açısından babası için aile üyesi olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. Yağcı, s. 163.

17 Escher - ZK, Art. 477 Nr. 17; Tuor - BK, Art. 477 Nr. 27; Bessenich - BSK, Art. 477 Nr. 12; Dural, Öz, s. 209; Kocayusufpaşaoğlu, s. 314; Köprülü, s. 284; Tongsir, s. 29; Ayan, s. 188.

18 Aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 314; Yağcı, s. 155 vd.; Aksi yönde; Tuor - BK, Art. 477 Nr. 13; Escher - ZK, Art. 477 Nr. 6; Ayan, s. 188; Antalya, s. 256; Dural, Öz, s. 209; Sert, s. 233.

19 Öğretide yer alan bir görüş, mirasbırakan ile aralarında yakın bir ilişki ve bağlılığın olması halinde uzak kan hısımlarının da aile üyesi kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Bessenich - BSK, Art. 477 Nr. 12; Escher - ZK, Art. 477 Nr. 17. Bir diğer görüş ise bu kişilerin mirasbırakan ile birlikte yaşamaları halinde aile üyesi olarak kabul edilebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Oğuzman, s. 212.

20 Oğuzman, s. 211; İmre, Erman, s. 251; Dural, Öz, s. 207 vd.; İnan, Ertaş, Albaş, s. 366; Sert, s. 234; Zariye Şenocak, "Cezaî Iskat ve Cezaî Iskatın Hükümleri", Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan, Ankara 1998, s. 423.

21 Çubukçul, s. 460; Sezer Çabri, Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 485 – 574), C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 265. Karş. Kılıçoğlu, s. 136.

Cezaî mirasçılıktan çıkarma yaptırımının uygulanması, saklı paylı mirasçının aile bağlarını koparmaya yönelik iradesini de gerektirir²². Bu sebeple, örneğin aile üyesi olduğunu bilmeksizin yapılmış olan davranışlar sonucunda aile hukukundan doğan yükümlülükleri ihlal edilmesi, cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturmaz²³.

Saklı paylı mirasçının davranışı, aile hukukundan doğan yükümlülüğünü önemli ölçüde ihlal etmelidir²⁴. Somut olaya göre hakimin, bu hukuka aykırı davranışın aile bağlarına ne ölçüde zarar verdiğini ve bu itibarla cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil edip etmeyeceğine karar vermelidir²⁵. Bunun tespitinde hakim, genel toplumsal anlayış ile birlikte somut olaydaki aile yapısını, ekonomik durumunu ve mirasbırakan ile mirasçının kişisel özelliklerini göz önüne almalıdır²⁶.

Son olarak ifade etmek gerekir ki cezaî mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı mirasçının TMK m. 510'a göre buna sebep olan davranışı bizzat gerçekleştirmesi şart değildir; bu hukuka aykırı fiil ve davranışların içerisinde iştirak halinde veya yardımcı kişi olarak ve hatta azmettiren olarak bulunması yeterlidir²⁷.

III. Sorunun Çözümünde Göz Önünde Tutulması Gereken İlkeler

Cezaî mirasçılıktan çıkarma ile mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufu ile saklı paylı mirasçısının mirasçılık hakkını sona erdirir. Bu anlamda saklı pay ile cezaî mirasçılıktan çıkarmanın son derece ilişkili olduğu kuşkusuzdur. Yukarıda tespit ettiğimiz sorunun çözümünde, bu iki miras hukuku müessesesi bağlamında ortaya koyulacak ilkeler önem taşımaktadır.

A. Saklı Payın Koruyucu İşlevi

Türk Medeni Kanunu m. 505–506 hükümleri, saklı payı düzenlemektedir. Bunlardan ilki saklı paylı mirasçıları, diğeri ise bu kişilerin saklı paylarını belirlemektedir. Buna göre saklı paylı mirasçılar, mirasbırakanın evlatlığı da dahil olmak üzere altsoyu ile sağ kalan eşi, eşin hayatta olmadığı hallerde ise ana ve babasından ibarettir.

Saklı pay müessesesi, mirasbırakanın terekesi üzerindeki tasarruf özgürlüğünün sınırını teşkil eder. Kanun koyucunun konuya yaklaşımı, saklı

22 Bessenich - BSK, Art. 477 Nr. 13; Tuor - BK, Art. 477 Nr. 28; Kocayusufpaşaoğlu, s. 312; Köprülü, s. 284; Escher - ZK, Art. 477 Nr. 18; Dural, Öz, s. 208; Oğuzman, s. 212; Ayan, s. 188; Kahveci, s. 1492.

23 Yağcı, s. 182.

24 Weimar - BK, Art. 477 Nr. 11; Antalya, s. 256; Yağcı, s. 183 vd..

25 Dural, Öz, s. 208; Antalya, s. 257.

26 Çubukgil, s. 460.

27 Escher - ZK, Art. 477 Nr. 14; Dural, Öz, s. 206; Antalya, s. 255; Yağcı, s. 103; Şenocak, s. 423.

paylı mirasçılarının, mirasbırakanın terekesinden belirli oranlarda istifade etmesi yönündedir²⁸. Bu anlamda saklı paylı mirasçılarının miras payları mirasbırakanın tasarruflarına karşı korunmakta, bu sayede saklı payları oranında sosyal ve ekonomik bir güvence erişmesi hedeflenmektedir²⁹. Saklı payın sağladığı bu imtiyaz, mirasbırakan ile saklı paylı mirasçının yakın aile bağı içerisinde olduğu düşüncesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır³⁰.

B. Cezaî Mirasçılıktan Çıkarmanın Saklı Pay İle İlişkisi ve Sağladığı Hukukî İmkân

Kanun koyucunun yakın aile bağı varsayımının bir sonucu olarak ortaya koyduğu saklı payın korunması anlayışı, diğer yandan saklı paylı mirasçılarının mirasbırakana karşı yerine getirmek zorunda olduğu birtakım hak ve yükümlülükleri de beraberinde getirir. Örneğin mirasbırakanın ihtiyaç duyduğu hallerde bakımı, gözetimi, nafakasının temini bunlardan bazılarıdır. Saklı paylı mirasçının bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi ise, saklı payın *ratio legis*ini ortadan kaldırır. Gerçekten de saklı paylı mirasçının bu yükümlülüklerine uygun olmayan davranışları, kanun koyucunun varsaydığı yakın aile bağının fiiliyatta mevcut olmadığını gösterir³¹. Bu durumda saklı payın koruyucu işlevine daha fazla ihtiyaç yoktur.

Bu anlamda cezaî mirasçılıktan çıkarma, saklı payın koruyucu işlevini hak etmeyen mirasçılarının daha fazla himaye edilmemesi gerektiği düşüncesinden hareketle varlık kazanan bir denge unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır³²:

28 Gerçekten de gerek saklı pay gerekse cezaî mirasçılıktan çıkarma müessesesi ve kapsamı, temelde kanun koyucunun hukuk politikasının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla saklı pay müessesesinin etki alanı, aileye ve aile içi ilişkilere atfedilen değere göre, artırılabilir ve azaltılabilir. Buna bağlı olarak cezaî mirasçılıktan çıkarma da daha fazla anlam kazanabilir veya anlamını yitirebilir. Nitekim günümüz toplumlarında aile ilişkilerinin etkisini kaybettiği ve mirasın artık sosyal ve ekonomik bir güvence teşkil etmediği düşüncesinden hareketle mirasbırakanın terekesi üzerindeki tasarruf özgürlüğü kısıtlmalarının ortadan kaldırılması gerektiği yönünde bir görüş de mevcuttur. Bkz. Serozan, Engin, s. 204 vd.. Konuya ilişkin diğer görüşler için bkz. Tahir Çağa, "Medeni Kanunumuzun Mahfuz Hisse Sistemi ve Mahfuz Hissenin Şartları", İÜHF, C. XV, S. 4, 1949, s. 1022 vd.; Ersöz, s. 196.

29 Antalya, s. 317; Kılıçoğlu, s. 134; Yağcı, s. 25; Tuba Birinci-Uzun, "Artık Değere (TMK m. 237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK m. 276 f.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi", *İNÜHFD*, C. IX, S. 1, 2018, s. 114; Kahveci, s. 1484.

30 Köprülü, s. 279; Serozan, Engin, s. 202; Kocayusufpaşaoğlu, s. 355; Dural, Öz, s. 204; İmre, Erman, s. 5.

31 Yağcı, s. 31; Dural, Öz, s. 204; Ersöz, s. 198.

32 Bessenich - BSK, Art. 477 Nr. 4; Escher - ZK, Art. 477 Nr. 1; Tuor - BK, Art. 477 Nr. 6; Oğuzman, s. 209; Tongsir, s. 4; İnan, Ertaş, Albaş, s. 371; Köprülü, s. 279; Kocayusufpaşaoğlu, s. 306; İmre, Erman, s. 231; Yağcı, s. 33; Antalya, s. 253; Birinci-Uzun, s. 117; Kılıçoğlu, s. 133; Kahveci, s. 1485.

Yakın aile bağının gerektirdiği aile hukukundan doğan birtakım yükümlülükleri yerine getirmeyen saklı paylı mirasçı, saklı pay ile sağlanan imkânlardan da istifade edemeyecektir. Bir diğer bakış açısıyla, yakın aile bağının sağladığı aile hukukuna ilişkin birtakım imkânlardan istifade edemeyen mirasbırakanın, saklı payını mirasçısına devir yükümlülüğü de ortadan kalkacaktır.

Cezaî mirasçılıktan çıkarma, ancak TMK m. 510'da sayılan sebeplerin varlığı halinde mümkündür. Nitekim bu yaptırımın mirasbırakanın sübjektif bakış açısına terk edilmesi keyfilige ve hatta suiistimallere yol açabilecek birtakım sonuçlar doğurabilecektir. Bu sebeple kanun koyucu, saklı paylı mirasçının yakın aile bağını ihlal eden her türlü davranışına değil, yalnızca ciddi ölçüde zedeleyen veya ortadan kaldıran davranışlarına bu sonucu bağlamıştır. Bununla birlikte somut olayın TMK m. 510'da yer verilen sebeplerin bu kapsamda olup olmadığı noktasında hakimin geniş bir takdir yetkisi olduğunu tekrar hatırlatalım.

C. Ara Sonuç

Yukarıda TMK m. 510-b.I'e göre cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil eden bir davranışın ceza hukuku anlamında objektif olarak suç oluşturması gerektiğini ifade etmiştik. Dolayısıyla yasal bir hakkın kullanılmasının cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi olup olmayacağı sorusu, aslında hukuka uygun bir davranışın aile hukukundan doğan yükümlülüklerle aykırılık teşkil edip etmeyeceği sorusu ile aynı zeminde ele alınmalıdır ve buna TMK m. 510-b.II bağlamında cevap aramak gerekir. Nitekim bu yönüyle TMK m. 510-b.II'nin, TMK m. 510-b.I'e kıyasla daha genel bir nitelik taşıdığını söylemek mümkündür³³.

Konuya ilişkin genel kabul gören yaklaşım, toplumsal ahlaka, mirasbırakanın kişisel isteklerine veya örf – âdete aykırı olabilecek birtakım davranışların, pozitif hukuka aykırı olmadığı takdirde cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmeyeceği yönündedir³⁴. Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihatları da bu yöndedir³⁵. Kanaatimizce, bu çözüm kabul edilebilir niteliktedir. Bununla birlikte, bir hakkın kullanılmasının hiçbir şekilde cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmeyeceği söylenemez. Zira TMK m.2/II'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı burada da caridir ve bu yasağın sınırlarını aşan bir saklı pay-

33 Yağcı, s. 166.

34 Çubukgil, s. 458 vd.; Tongsir, s. 31; Utku Baydar, *Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma*, Yayınlanmamış YLT, İÜ Sosyal Bilimler Enst., İstanbul 2005, s. 35.

35 Yargıtay 2. HD, T. 13.05.1996 - E. 1996/4486 - K. 1996/4896; "Davacının Kardeşleri ile ortaklık kurmaması ticarete birlikte hareket etmemesi mirastan ıskat sebebi olamaz. O halde vasiyetin tasarruf nisabı miktarında infazına kararvermek gerekir (MK. 459/2). Yazılı biçimde davanın reddi usul ve yasağa aykırılığundan hükümün bozulması gerekmektedir" (KİBB). Aynı yönde bkz. Serozan, Engin, s. 402; İmre, Erman, s. 249.

lı mirasçı, saklı payından uzaklaştırılabilmelidir. Bir hakkın kullanımının ne zaman cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil edeceği hususunda ise ancak somut olayın tüm koşulları çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme sonucuna karara varılabilir.

IV. Özellik Arz Eden Birtakım Durumlar

Yasal bir hakkın kullanılımanın kural olarak cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmeyeceğini biraz evvel ifade ettik. Bununla birlikte, bir hakkın kullanımının aile hukukundan doğan yükümlülüklerle aykırılık oluşturabileceği noktada tereddüt uyandırabilecek birtakım durumlara *-tüketici değil; açıklayıcı mahiyette olacak şekilde-* ayrıca ele alınmasının faydalı olacağı kanısındayız.

A. Nafaka Yükümlülüğüne Yönelik Talep Hakkının Kullanılması

Toplum tarafından ahlakî bir görev olarak benimsenen ihtiyaç sahiplerinin gözetilmesi olgusunu kanun koyucu, TMK m. 364 vd. hükümlerinde aile hukukuna ilişkin kanundan doğan bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir: *“Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür”* (TMK m. 364/I). Buna göre mirasbırakan ile saklı paylı mirasçı arasında yardım nafakası yükümlülüğünün mevcut olması söz konusu olabilir. Ana – baba ile altsoyu arasında doğabilecek nafaka yükümlülüğü tam da buna karşılık gelmektedir.

Yardım nafakası ödemekle yükümlü olan saklı paylı mirasçının bu yükümlülüğüne aykırı davranışı, cezaî mirasçılıktan çıkarılmasına haklı sebep oluşturabilir. Zira TMK m. 364’de hüküm altına alınan bu yükümlülük, aynı zamanda TMK m. 510-b.II anlamında aile hukukundan doğan yükümlülükler arasındadır. Bu sebeptendir ki saklı paylı mirasçının mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı bu yükümlülüğünü önemli ölçüde ihlal etmesi, cezaî mirasçılıktan çıkarılmasına yol açabilir. Ancak belirtmek gerekir ki nafaka yükümlülüğü kapsamında mirasbırakanın ailesi üyeleri, TMK m. 364 hükmü gereği saklı paylı mirasçının üstsoyu, altsoyu ile kardeşleri ile sınırlıdır.

Konumuz bakımından asıl önem teşkil eden, mirasbırakanın veya mirasbırakanın aile üyelerinden birinin saklı paylı mirasçıya karşı nafaka yükümlüsü olduğu durumlardır. Bu ihtimalde mirasçı, mirasbırakana veya onun aile üyesine karşı nafaka alacaklısı sıfatıyla dava açabilir veya icra takibinde bulunabilir. Zira nafaka yükümlülüğü, aile hukukundan doğan diğer birçok yükümlülüğün aksine davaya ve icra takibine konu edilebilen, bu itibarla borç ilişkileri ile benzerlik gösteren bir yapıya sahiptir. Ancak saklı paylı mirasçı, hukukun kendisine tanıdığı bu hakkı kullanması dolayısıyla mirasçılıktan

çıkarılamamalıdır. Zira mirasçının bu davranışı, anayasal olarak himaye edilmektedir³⁶. Bu anlamda hak arama özgürlüğü, aile üyelerine saygılı olmak ve onlara zarar vermemek gibi aile hukukunda doğan yükümlülüklerle kıyasla üstün tutulması gereken bir nitelik taşımaktadır. Nitekim bunun aksi bir durum, anayasal olarak güvence altına alınan bir hakkın aile hukukundan doğan bir yükümlülük tarafından işlevsiz kılınması anlamına gelecektir ki bu kabul edilemez.

B. Velayet Hakkı Karşısında Ortaya Çıkan Bazı Durumlar

Velayet, çocuğun erişkinliğine kadar olan dönemde hayatta kalması ve gelişimi için bireysel ve toplumsal ihtiyaçlarının, velayet hakkına sahip olan anne baba tarafından karşılanmasına yönelik bir aile hukuku müessesesidir³⁷.

Günümüzde velayet hakkının anne babayı, ayırt etme gücünün izin verdiği ölçüde çocuğun isteklerini desteklemekle yükümlü kıldığı anlayışı hakimdir. Bu kapsamda çocuğun, hukukun kendisine sağladığı haklar çerçevesinde örneğin yoğunlaşmak istediği alanda eğitim alması, kendi dinî ve politik tercihlerinin peşinden gitmesi veya zorunlu eğitimini tamamlamasının ardından vakit kaybetmeksizin arzu ettiği mesleğe yönelmesi, cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturmaz. Halbuki TMK m. 339-340 ile kanun koyucu, çocuğun menfaatleri doğrultusunda eğitimine yön verme ve dini tercihlerini belirleme hakkının anne babaya ait olduğunu hüküm altına almıştır. Buna rağmen, özellikle belirli bir olgunluğa erişmiş çocukların anne babasının tercihleri doğrultusunda hareket etmemesi, anne babanın velayet hakkına aykırı bir durum olarak değerlendirilmemelidir. Zira velayet, anne babaya çocuğu üzerinde kullanabileceği birtakım haklar sunmaktan ziyade, çocuk yararına kullanmakla zorunda oldukları birtakım yükümlülükler hüviyetindedir. Kaldı ki anne babanın da bu tür konularda çocuğun düşüncesini göz önünde tutmaları ve hayatını düzenleme olanağı tanımalarının da bir yükümlülük olduğu unutulmamalıdır.

Diğer yandan, bilindiği üzere çocuğun erginlik kazanması veya ergin çocuğun kısıtlılığının kaldırılması ile birlikte velayet rejimi sona erer. Bu andan iti-

36 Yargıtay 2. HD., T. 09.03.1982 - E. 1982/757 - K. 1982/2149; "... Anayasa, herkese hak arama özgürlüğü vermiştir (m. 31). Bu itibarla, nafaka borcunu ödemeyen baba hakkında icra koşturmasında bulunmak, kişisel bir kusur ve babaya karşı saygı dışı bir davranış olarak nitelendirilemez. Kaldı ki mali durumu itibarıyla ödemeye gücü yeterli bir kimsenin, (çocuğun mahkeme kararına dayanan) nafaka borcunu yerine getirmeyip onu İİK. uyarınca hakkını aramaya zorlaması bundan ıskat sebebi çıkarmaya çalışması hem düşündürücü olduğu gibi de kanunun koruduğu bir davranışta sayılamaz. Başka bir anlatımla hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak elde edemez. Onun için bu sebep dahi mirastan ıskat için hiçbir suretle yeterli değildir. Öte yandan çocuğun zengin olduğu var sayılsa bile, bir hakkını kullanması, başka bir hakkının düşümüne yol olamaz. ..." (KİBB).

37 Sevgi Usta, *Velayet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 24.

baren ergin çocuğun kullanacağı birtakım haklar, velayet hakkı bağlamında ele alınmaz; ancak aile hukukundan doğan diğer yükümlülükler bağlamında değerlendirilebilir. Buna örnek bir içtihadında Yargıtay, evlat edinenlerin istemediği bir kişi ile evlenmek için evden kaçan evlatlığın, aile hukukundan doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmediğine hükmetmiştir³⁸. Kanaatimizce de ergin çocuğun, ailesinin çeşitli gerekçelerle karşı çıktığı bir kişi ile evlenmesi veya ailesinin rızası hilafına boşanma davası açması³⁹, kural olarak⁴⁰ cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmemelidir. Zira bir kişinin evlenmesi ve boşanması, şahsına bağlı ve onun tasarrufunda olan, dolayısıyla kendi isteği doğrultusunda hareket edebileceği bir haktır.

Velayet hakkı ile ilişkili aynı doğrultudaki bir başka kararında ise Yargıtay, mirasbırakanın veya mirasbırakanın aile üyelerinden birinin istememesine rağmen öğrenimine yurt dışında devam etmeyi tercih eden ergin çocuğun da bu sebeple mirasçılıktan çıkarılamayacağına hükmetmiştir⁴¹.

C. Vesayet Altına Alınması Talebinde Bulunulması

Vesayet, kanunda sayılan haller sebebiyle yardım ihtiyacı içerisindeki gerçek

38 YHGK, T. 20.03.2002 – E. 2002/2-189, K. 2002/201; “somut olay irdelendiğinde; gerek davacıların gerek davalının tanıklarının beyanlarından davacılar ile davalı arasında evlenme çağrı gelene kadar herhangi bir anlaşmazlığın bulunmadığı, davalının davacılara bir evlat gibi davranıp, saygı ve sevgi gösterdiği, tarafların karşılıklı birbirlerine iyi bakıp gözettikleri, uyumsuzluğun davalının evlenme çağrısına gelmesi ile ortaya çıktığı, hem davalının hem de davacılarından İmiş’in yakınları olan tanıklar tarafından da; İmiş’in davalıyı akrabaları “olan ve onun istemediği bir şahısla evlendirmek istediği, davalının ise halen evli olduğu Haluk isimli şahısla evlenmek istediğini davacılara bildirdiği, ... bunun kabul görme üzerine davalının evden kendisine ait giysi ve eliş eşyalarla kendisine çeyiz olarak alınan elektrik süpürgesini alarak ayrıldığı ifade edilmiştir. ... Tüm açıklanan hususların yasanın aradığı anlamda evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı, davalı evlatlığın kendisini evlatlık olarak alan davacılara ağır bir cürüm ika etmesi söz konusu olmadığı ... anlaşılmıştır” (KİBB).

39 Aynı yönde bkz. Yağcı, s. 171.

40 Boşanma davasının haksız ve mesnetsiz gerekçelerle açılmış olmasının aile hukukundan doğan yükümlülükleri önemli ölçüde ihlal etmesi halinde ise bu durum, hakim in takdiri doğrultusunda cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturabilir. Şener, Esat, Miras Hak ve Payları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 94; Weimar - BK, Art. 477 Nr. 7.

41 Şenocak, s. 422; Yargıtay 2. HD., T. 09.03.1982 - E. 1982/757 - K. 1982/2149; “... Herkes kendisini yetiştirmek ve yer yönünde geliştirmek özgürlüğüne sahiptir (Anaya m. 21). Bu hakkın kullanılması mirastan iskat sebebi olamaz. Olayda Fatma'nın öğrenimini yurt dışında (İngiltere'de) yapmış olması, az önce açıklanan anayasal hakkın kullanılmasından ibaret olup, miras bırakan babasına karşı, herhangi bir saygısızlık veya görevin ihmali şeklinde nitelendirilemez (MK. m. 457/2). ... Çocuğun başlangıçta, yani henüz reşit olmadığı dönemde anasının teşvik ve yardımı ile İngiltere'ye gitmesinin, reşit olduktan sonra da özgür iradesi ile bu durumu devam ettirmiş olmasının aile görevlerine ters düşen hiçbir yan ve yönü yoktur. Hele öğrenimini başarı ile tamamlayıp yurduna dönmüş bulunması karşısında, isabetsiz bir yol seçilmediğinin de kabülü zorunludur. Hal böyle olunca mirasdan iskat sebebinin varlığından söz edilemez. Aksini düşünmek, ölenin, bahane aramasından, iç dünyasında şekillenen ve art düşüncelerle hukuk ki bir çıkış yolu bulmaya çalışmasından öte anlam taşımaz. ...” (KİBB).

kişilerin⁴² malvarlığı veya birtakım kişisel haklarını kullanması bakımından fiil ehliyetlerini sınırlandırmaya yönelik bir medeni hukuk müessesesidir⁴³. Vesayete ilişkin hükümler, TMK m. 396 vd.'da düzenlemiştir.

Mirasbırakanın vesayet altına alınması talebinin saklı paylı mirasçı için cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil edip etmeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Zira bu talep sonucunda mahkeme tarafından verilecek karardan bağımsız olarak aile üyelerinin onurunu ve itibarını koruma, karşılıklı özen gösterme ve saygı yükümlülüğü gibi aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ihlali olarak da telakki edilebilir. Ayrıca mirasbırakanın, saklı paylı mirasçının bu davranışı nedeniyle derin üzüntü yaşaması, sağlık durumun kötüleşmesi gibi somut birtakım sonuçların ortaya çıkması dahi söz konusu olabilir. Ancak kanaatimizce mirasbırakanın veya mirasbırakanın aile üyelerinden birinin vesayet altına alınması talebi, başlı başına geçerli bir cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilemez⁴⁴. Daha doğru bir ifadeyle, mirasbırakanın, vesayet talebinde bulunan mirasçının salt bu sebeple cezaî mirasçılıktan çıkarılmasına yönelik ölüme bağlı tasarrufu iptal edilebilir niteliktedir⁴⁵. Ancak, örneğin sırf miras paylarının zarar görmemesi için gerçek olmadığı halde ahlaka aykırı davranışlar içerisinde olduğu iddiasıyla mirasbırakanın vesayet altına alınma-

42 TMK m. 427/1-b.IV hükmü istisnaen tüzel kişilerin de vesayet altına alınabileceğini düzenlemektedir.

43 Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, Aile Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 395 vd..

44 Aynı yönde bkz. Yağcı, s. 171.

45 Yargıtay 3. HD, T. 30.11.2015 – E. 2015/11678 – K. 2015 19101; “... Toplanan bu deliller birlikte değerlendirildiğinde; davacı çocukların, mirasbırakana karşı gerekli evlatlık vazifelerini yerine getirmeye çalıştıkları, ancak bir süre sonra mirasbırakanın çocukları ile görüşmeyi kabul etmediği gibi haklarında isnat ettiği eylemler nedeniyle adli makamlara şikayette bulunduğu, mirasbırakanın taşınmazlarının satılması ile elde ettiği gelirin bir bölümünü bakıcısına verdiği ve sonrasında bakıcısının kızı adına taşınmaz satın aldığı, gelişen bu olaylar üzerine davacılar Özgül ve Murat’ın babaları olan mirasbırakanı korumak amacıyla TMK. dan doğan haklarını kullanarak vesayet davaları açtıkları, buna göre vesayet davalarının açılmasının aile bağlarını koparacak nitelikte olmadığı, aksine aile bağlarının korunmasını temine yönelik olduğu gözetildiğinde subjektif şartın gerçekleşmediği, kaldı ki vesayet makamı olan Sulh Hukuk Mahkemesince mirasbırakanın fiili ehliyetinin tespit edilebilmesi için hastane ve sonrasında en yetkili makam olan Adli Tıp Kurumuna sevk edilmesi şeklinde tezahür eden uygulamanın uyumsuzluğunun çözümü için zorunlu bulunduğu anlaşılmasına göre, mirasbırakanın kendi kusurlu davranışları ile vesayet davalarının açılmasına sebebiyet verdiği, bu itibarla mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olmadığı ortadadır. Hal böyle olunca, mahkemece; dava konusu 26.03.2010 tarihli vasiyetname ile mirasbırakan Ali Özkan’ın, çocukları ve torunları olan davacılar hakkında gösterdiği sebeplerin, mirasçılıktan çıkarma sebebi sayılabilecek nitelik ve nicelikte bulunmadığı gözetilerek, TMK. nun 512. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesi uyarınca mirasçılıktan çıkarmanın tasarruf nisabı oranında geçerli olacağı, başka bir ifade ile davacıların saklı paylarını isteyebileceği ve davaya tenkis davası olarak devam edebileceği düşünülmeyen, istemin tümünden reddilmesi usul ve yasaaya aykırıdır.” (Lexpera).

sını talep eden saklı paylı mirasçılar hakkında, aile üyelerinin şeref, onur ve haysiyetini gözetip koruma yükümlülüğüne aykırı davranışları sebebiyle cezaî mirasçılıktan çıkarılmalarına karar verilmelidir⁴⁶.

Bu başlık altında ele alınması gereken bir diğer mesele ise, kısıtlanma talebinin doğrudan saklı paylı mirasçıdan değil de, onun yasal mirasçısından gelmesi halidir. Örneğin saklı paylı mirasçının yasal temsilcisi olan veli ya da vasi, mirasbırakanın kısıtlanmasını talep etmişse, yasal temsilcinin bu talebi nedeniyle temsil olunan cezaî mirasçılıktan çıkarılabilecek midir? Kanaatimizce bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira mirasbırakan ile saklı paylı mirasçı arasındaki bağı kopartacak eylemin doğrudan saklı paylı mirasçıdan gelmesine ilişkin bir açık düzenleme bulunmamaktaysa da, hükmün *ratio legis*inin bunu şart koştuğu ifade edilebilir. Gerçekten de, yaş küçüklüğü sebebiyle yasal temsilcisinin velayeti altında bulunan mirasçının belki haberdar dahi olmadığı bir eylem nedeniyle cezaî mirasçılıktan çıkarma gibi ağır bir yaptırıma maruz bırakılması makul bir çözüm olmadığı gibi, adalet duygularını da incitici mahiyettedir.

D. Ceza Hukukundan Kaynaklanan Bir Hakkın Kullanılması

Ceza hukukunun kişiye sağladığı birtakım hakları kullanması da kural olarak cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak değerlendirilemez. Bir ceza kovuşturmasında saklı paylı mirasçının mirasbırakan veya mirasbırakanın aile üyelerinden birisi aleyhine tanıklık yapması buna örnek verilebilir⁴⁷. Hatta mirasçının tanıklıktan çekilme hakkını (CMK m. 45) kullanmaması da bu sonucu değiştirmez⁴⁸. Zira maddi bir gerçeğe ulaşmak amacıyla mirasçının yapacağı tanıklığın aile üyeleri arasındaki dayanışma ödevine aykırı bir davranış olarak nitelendirilmesini hukuk düzeni himaye etmeyecektir.

Saklı paylı mirasçının aile üyelerinden birine karşı adli şikayette bulunması da aynı bakış açısıyla değerlendirilmelidir. Ceza hukuku anlamında soruşturulması gereken bir hususun adli makamlara bildirilmesi veya suç teşkil eden bir olaya ilişkin şikayette bulunulması her kim tarafından yapılırsa yapılsın cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil edemez. Ancak bu hakkın kullanılmasının mirasbırakana veya kimi aile üyelerine maddi ve manevi olarak zarar verme kastı taşıdığı hallerde aynı sonuca ulaşamaz. Örneğin, asılsız iddia-

46 YHGK, T. 19.6.1987 – E. 1986/2-604 – K. 1987/539 (KİBB).

47 Çabri, s. 265; İmre, Erman, s. 250 dp. 15.

48 Serozan, Engin, s. 402; Yağcı, s. 170. Aksi görüşte bkz. Şener, s. 176. Çubukgil ise tanıklıktan çekilme hakkının kullanılmaması halinde bu durumun cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda hakimin somut olaya göre karar vermesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. Çubukgil, s. 466.

larla mirasbırakan veya mirasbırakanın aile üyeleri hakkında sürekli şikayette bulunan ve bu sebeple iş ve sosyal çevresindeki saygınlıklarına zarar veren saklı paylı mirasçının durumu böyledir. Bu durumda saklı paylı mirasçının, mirasbırakan veya aile üyelerinin itibarını koruma ödevine aykırı davranışı nedeniyle mirasçılıktan çıkarılması mümkün hale gelecektir.

Sonuç

Kanun koyucu, mirasbırakan ile yakın aile bağı içerisinde olduğunu varsaydığı kişiler olarak altsoyu, sağ kalan eşi veya eşi hayatta olmadığı takdirde anne ve babası için, aile birliğinin korunması ve ailenin ekonomik varlığının desteklenmesi düşüncesinden hareketle saklı pay müessesesini düzenlemiştir. Buna göre mirasbırakanın terekesi üzerindeki tasarruf hakkı, mirasçılarının saklı payı dışında kalan miktarı ile sınırlıdır.

Cezaî mirasçılıktan çıkarma ise, saklı payın dayanağı olan yakın aile bağının gerçekte mevcut olmadığı hallerde mirasbırakanın, bu imtiyaza layık olmayan mirasçılara karşı ölüme bağlı tasarrufla kullanabileceği bir hukukî imkan olarak TMK'da düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bir medeni hukuk yaptırımını olarak cezaî mirasçılıktan çıkarma, saklı paylı mirasçının TMK m. 510'da sayılan (1) mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi veya (2) mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlali halinde söz konusu olur.

Öğreti ve Yargıtay içtihatlarında cezaî mirasçılıktan çıkarmaya yönelik ölüm bağı tasarrufun iptali talebiyle açılan davada hakim, mirasbırakanın buna yönelik iradesine yol açan davranışın niteliğine göre değil, yakın aile bağlarını sona erdirecek düzeyde ağır olup olmadığına ve gerçekte de buna yol açıp açmadığına göre değerlendirme yapması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, bu iki durumun somut olayda birlikte mevcut olduğunun tespiti halinde hakim, mirasbırakanın cezaî mirasçılıktan çıkarmaya yönelik ölüme bağlı tasarrufunun geçerli olduğuna hükmedecektir. Zira artık bu halde saklı pay, daha fazla korunmaya değer değildir.

Bu bağlamda hakim, hukukun sağladığı yasal bir hakkın kullanılmasının cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi olup olmayacağını da her somut olayda ele almak durumundadır. Gerçekten de aile üyelerinin birbirlerine karşı olan dayanışma, itibarını koruma, saygılı olma, ilişkilerinde özen gösterme, zarar vermeme gibi maddi ve manevi değerler içeren aile hukukunda doğan birtakım yükümlülüklerin yasal bir hakkın kullanılması yoluyla zedelenebilmesi söz konusu olabilir. Ancak kanaatimize göre yasal bir hakkın kullanımı, cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilemez. Buna karşın, saklı paylı

mirasçının yasal bir hakkını kullanmasının açıkça mirasbırakana veya mirasbırakanın aile üyelerine zarar vermek kastı ile hareket ettiği haller ise hukuk düzeni tarafından korunmamalı; TMK m. 2/II anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil eden bu hallerin aile bağlarını koparacak düzeyde olduğunun ve fiilen de bu sonucu doğurduğunun tespit edildiği hallerde cezaî mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilmelidir.

KAYNAKLAR

- Antalya, Gökhan, *Miras Hukuku*, C. III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Ayan, Mehmet, *Miras Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Baydar, Utku, *Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma*, Yayımlanmamış YLT, İÜ Sosyal Bilimler Enst., İstanbul, 2005.
- Bessenich, Balthasar, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, Art. 457 – 977 ZGB, Art 1 -61 SchlT ZGB, Hrsg. Honsell; Vogt; Geiser, 3. Bası, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2007.
- Birinci-Uzun, Tuba, “Artık Değere (TMK m. 237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK m. 276 f.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi”, *İNÜHFD*, C. IX, S. 1, 2018, s. 105 – 132.
- Çakın, Nur, “Türk Hukukunda Mirastan Iskat İle İlgili Problemler – Mirastan Iskat”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 1974, s. 523 – 536.
- Çabri, Sezer, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 485 – 574)*, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Çağa, Tahir, “Medeni Kanunumuzun Mahfuz Hisse Sistemi ve Mahfuz Hissenin Şartları”, *İÜHFM*, C. XV, S. 4, 1949, s. 1021 – 1147.
- Çubukgil, A. Rıza, “Mirastan Adi Iskatın Hukukî Mahiyeti ve Sebepleri”, *AÜHFD*, C. VII, S. 3-4, 1950, s. 441 – 467.
- Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan; Gümüş, Mustafa Alper, *Aile Hukuku*, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- Dural, Mustafa; Öz, Turgut, *Miras Hukuku*, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- Ersöz, Oğuz, “Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. VII, S. 14, 2019, s. 195 – 254.
- Escher, Arnold, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd. III, Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben (Art. 457 - 536), 3. Bası, Schulthess Zürich, 1959.
- İmre, Zahit; Erman, Hasan, *Miras Hukuku*, 9. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2013.
- İnan, Ali Naim; Ertaş, Şeref; Albaş, Hakan, *Miras Hukuku*, 9. Bası, Bilge Yayınevi, İstanbul, 2015.
- Kahveci, Nalan, “Alman Medeni Kanununda Saklı Paydan Uzaklaştırma Sebeplerine İlişkin Yapılan Değişiklikler ve İsviçre - Türk Hukuku İle Karşılaştırılması”, *Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. VIII, Özel Sayı, 2013, s. 1483 – 1524.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Miras Hukuku Ders Notları I-II*, *Turhan Kitabevi*, Ankara, 2005.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- Köprülü, Bülent, *Miras Hukuku Dersleri, Mirasçılar – Ölümüne Bağlı Tasarruflar – Mirasın İntikali (Geçmesi)*, 2. Bası, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1985.
- Oğuzman, M. Kemal, *Miras Hukuku*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.

- Özüğür, Ali İhsan, “Miras Hakkından Iskat”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 1996, s. 346 – 353.
- Sert, Selin, “Mirasçılıktan Çkarmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi”, *TAAD*, C. V, S. 16, 2014, s. 229 – 245.
- Serozan, Rona; Engin, Baki İlkay, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Şener, Esat, *Miras Hak ve Payları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1996.
- Şenocak, Zarife, “Cezaî Iskat ve Cezaî Iskatın Hükümleri”, *Prof. Dr. Ali BOZER’e Armağan*, Ankara 1998, s. 421 – 429.
- Tongsir, Ferih Bedîi, *Türk Hukukunda Mirastan Iskat*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1956.
- Tuor, Peter, *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd. III, Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben, Art. 457 – 536 ZGB, 2. Bası, Stämpfli, Bern, 1964.
- Usta, Sevgi, *Velayet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Weimar, Peter, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. III, Das Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben, Teilbd. 1: Art. 457 – 480 ZGB: Die Gesetzlichen Erben, Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Stämpfli, Bern, 2000.
- Yağcı, Kürşad, *Cezaî Mirasçılıktan Çıkarma (Mirastan Iskat)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

1. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi senede iki sayı (Haziran, Aralık) yayımlanan, çift kör hakemli ve açık erişimli bir dergidir.
2. İMÜHFD, TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin, SOBİAD ve Index Copernicus International dizinleri ile HeinOnline, ICI World of Journals ve EBSCO veri tabanlarında taranmaktadır.
3. Dergiye Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde telif ve tercüme yazılar kabul edilmektedir. Tercüme ile birlikte tercüme metnin aslı ve hak sahiplerinin muvafakatini gösterir belge de iletilmelidir.
4. Derginin tüm giderleri İstanbul Medipol Üniversitesi tarafından karşılanmaktadır. İMÜHFD; makale gönderim, işleme, yayımlama yahut herhangi bir süreç için ücret almaz.
5. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar, yazısını göndererek bu hususu taahhüt etmiş sayılır.
6. Yazı İşleri Müdürü tarafından yapılan ilk değerlendirmede dil bilgisi yanlışlarının olağanın üstünde olduğu veya akademik yazım ölçütlerinin takip edilmediği tespit edilen yahut intihal raporu oranı %20 üzerinde çıkan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.
7. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirmesi ve intihal kontrolü yapılarak dil bilgisi ve akademik yazım ölçütlerine uygun olduğu saptanan yazılar, hakemlere gönderilir. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
8. Hakem süreci olumlu olarak tamamlanan yazı, yazarın talebi halinde, değişmez bir DOI numarası atanarak çevrimiçi erken görünüm (online first) ile yayımlanır. Bu durumda erken görünüm yayım tarihi açık bir şekilde belirtilir.
9. Gönderilen makaleler Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
- 10.

11. Gönderilen makalelerin başlıkları Türkçe ve İngilizce olarak yazılmalıdır. Makale başka bir dilde yazılmış ise makalenin yazıldığı dildeki başlığı da eklenmelidir. Başlık kısmının altında iki yana yaslı olarak yazarın ismi ve büyük harflerle soy ismi yer almalıdır. Soy ismin sonuna “*” koyularak dipnotta yazarın unvanı, görevi ve iletişim bilgileri yazılmalıdır.
12. Yazarın bilgilerinin altında “Öz” (Türkçe özet) yazılmalıdır. “Abstract” (İngilizce özet) ise Öz kısmından sonra yer almalıdır. Makalenin dili Fransızca veya Almanca ise Abstract kısmından sonra “Résumé” (Fransızca özet) veya “Zusammenfassung” (Almanca özet) yazılmalıdır. Bu kısımlar, 150-200 kelime arasında ve makaleyi özetler mahiyette olmalıdır. Öz kısmının sonunda “Anahtar kelimeler” kısmı yer almalıdır. “Keywords” ise Abstract kısmının sonuna yazılmalıdır. Fransızca veya Almanca özet yazılması halinde sonuna “Mots-clés” veya “Schlüsselwörter” eklenmelidir. Makalelerde en az 5 farklı anahtar kelimeye yer verilmelidir.
13. Başlık numaralandırmaları **I. – A. – 1. – a. – i.** sistemini takip etmelidir. Giriş ve Sonuç/Değerlendirme bölümlerinde numaralandırma yapılmamalıdır. Ayrıca, makale içi başlıkları dahil olmak üzere paragraf başlarında herhangi bir girinti olmamalıdır.
14. Makale boyunca soy isimlerin yalnızca ilk harfi büyük yazılmalıdır. Yazarın birden fazla soy ismi bulunması halinde soy isimleri arasına “-” koyulmalıdır.
15. Yazı içerisinde kullanılan kısaltmalar, ilk kullanımlarında açık şekilde yazılmalı ve sonunda kısaltma parantez içinde belirtilmelidir. Yazının sonuna ayrıca bir kısaltmalar cetveli eklenmemelidir. Yaygın kullanılan kısaltmalar ise (ve benzeri: vb., madde: m., bakınız: bkz. vs.) ilk kullanımdan itibaren kısaltma ile kullanılabilir.
16. Bir paragraf ve daha uzun uzunluktaki alıntılar ayrı paragrafta, tırnak (“ ”) içinde, italik olarak ve bir tab girintili olarak yazılmalıdır. Bir paragraftan daha kısa olan alıntılar ise ayrı bir paragrafta geçmeden tırnak içinde ve italik olarak yazılmalıdır.
17. Atfı yapılan kaynakların özel isimlerinde yer almayan bilgiler (cilt, sayı, sayfa vs.) makalenin dilinde yazılmalı ve kısaltılmalıdır. Bu bilgilerde Hint-Arap rakamları (0, 1, 2 vd.) kullanılmalı; Roma rakamları kullanılmamalıdır.
18. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Bu kısım; Türkçe makalelerde “**Kaynaklar**”, İngilizce makalelerde “**Bibliography**”, Fransızca makalelerde “**Bibliographie**”, Almanca makalelerde “**Literatur**” başlığını taşımaktadır. Faydalanılan kaynaklar soy isimlerine göre sıralanmalıdır.

19. Dipnotlarda kitaplara atıf için [yazarın adı soyadı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 45.

20. Dipnotlarda kitap bölümlerine atıf için [yazarın adı soyadı, “bölüm adı”, Ed. editör adı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Andrea Atteriano, Maria Beatrice Deli, “An Overview of International Sanctions’ Impact on Treaties and Contracts”, Ed. Natalino Ronzitti, *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2016, s. 210.

21. Dipnotlarda makalelere atıf için [yazarın adı soyadı, “makale adı”, *dergi adı*, cilt no., sayı no., yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110.

22. Dipnotlarda online kaynaklara atıf için [(varsa)yazarın adı soyadı, (varsa) *sayfa başlığı*, açık adres parantez içinde erişim tarihi.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Chris McGreal, *70 Years and Half a Trillion Dollars Later: What Has the UN Achieved?*, [https://www.theguardian.com/world/2015/sep/07/ what-has-the-un-achieved-united-nations](https://www.theguardian.com/world/2015/sep/07/what-has-the-un-achieved-united-nations) (01.12.2019).

23. Dipnotlarda ansiklopedi maddelerine atıf için [yazarın adı soyadı, “madde başlığı”, *ansiklopedi adı*, (varsa) cilt no., (varsa) eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: F.V. Garcia-Amador, “Organization of American States”, *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt 6, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, 1983, s. 277.

24. Dipnotlarda teze atıf için [yazarın adı soyadı, *tezin adı*, tezin niteliği, üniversite enstitü ve anabilim dalı bilgileri, yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005, s. 73.

Ör.-2: Harun Demirbaş, *Yenilik Doğuran Haklar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2006, s. 70.

25. Tercüme eserlerde mütercimın adı yazarın adının hemen ardından parantez içinde (Terc. mütercim adı ve soy adı) şeklinde yazılır.

Ör.: Macid Hadduri (Terc. Fethi Gedikli), *İslam Hukukunda Savaş ve Barış*, 2. Bası, Ekin Yayınları, İstanbul, 2018, s. 89.

26. Aynı esere yapılacak atıflarda [yazarın soyadı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Aydın, s. 95.

27. Aynı soyisme sahip farklı yazarların eserlerine atıf yapılması halinde ilk atıf sonrasında İsmın baş harfi ve soyisim şeklinde atıf yapılır.

Ör.: A. Kaya, s. 57.

28. Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ilgili eserin kısaltması belirtmeli ve tekrar eden atıflarda [yazarın soyadı, eserin kısaltması, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığın İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110, (Görüşler).

Ör.-2: Yavuz, Görüşler, s. 110.

29. Eserlerin ilk basılarına atıf yapılması halinde bası bilgisi belirtilmeyecektir.

Ör.: Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 50.

30. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “,” kullanılmalıdır.

31. Bir dipnot içerisinde birden fazla kaynağa atıf yapılması halinde kaynaklar arasında “;” kullanılmalıdır.

32. Kaynakçada yer alan eserlerde önce yazar(lar)ın soy ismi sonrasında ise ismi yazılır. Soy isim ile isim arasına virgül koyulmalıdır. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “;” kullanılmalıdır. Diğer hususlarda dipnotlar için belirtilen kurallar kaynakça için de geçerlidir.

33. Fakülte tarafından yayımlanan basılı ve dijital nüshalarla sınırlı kalmak üzere; çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali haklar, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülteye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

34. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, Fakülte ve Yazı İşleri Müdürlüğü herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

35. Yazı, **DergiPark** (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd>) üzerinden veya “**hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr**” adresine Word formatında (.doc, .docx) gönderilebilir. Gönderilen yazıların *dil bilgisi kurallarına, akademik yazım ölçütlerine ve yayım ilkelerine uygun olmasına* dikkat edilmelidir. Yazar, yazısı ile birlikte görev yaptığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını, e-posta adresini ve ORCID ID numarasını bildirmelidir.

