



SAKARYA
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 8 | Sayı: 1-2
Temmuz-Aralık 2020

Derginin Sahibi

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Şafak NARBAY

Yazı İşleri Müdürü

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

Baş Editör

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

Editör

Arş. Gör. Ramazan YÜCEL

İletişim Adresi

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Esentepe Kampüsü
54187, Serdivan / SAKARYA
Tel: +90 (264) 295 70 54
Faks: +90 (264) 295 70 53
E-posta: hukukdersisi@sakarya.edu.tr
Elektronik Ağ: www.hf.sakarya.edu.tr

Sayfa / Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayıncı

Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

Basılan Matbaa

Vadi Grafik Ltd. Şti. - Sertifika No: 47479
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1 - Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0312 395 85 71

Basım Yeri | Yılı

Ankara | Mayıs 2021

ISSN

2147-768X

*Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
yılıda iki sayı olarak Temmuz ve Aralık aylarında yayımlanan
ulusal süreli ve hakemli bir dergidir.
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi, dergiyi ve yayınevini bağlamaz.*

DANIŞMA KURULU

- Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Arslan KAYA (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Cem BAYGIN (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. İbrahim AÇIK (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*Tokat GaziosmanpaŐa Üniversitesi*)
Prof. Dr. İbrahim SUBAŐI (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mahmut KOCA (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. Murat DOĞAN (*Erciyes Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nihat BULUT (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)
Prof. Dr. NurŐen CANİKLIŐLU (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ömer ÇINAR (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)

YAYIN KURULU ÜYELERİ

- Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK (*Baş Editör*)
Arş. Gör. Ramazan YÜCEL (*Editör*)
Arş. Gör. Cemre Edip YALÇIN
Arş. Gör. Ebrar Sena ORUÇHAN
Arş. Gör. Makbule ÇETİN
Arş. Gör. Rümeysa ŐENOŐLU
Arş. Gör. Yunus Emre BOZCU

SAKARYA ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Sakarya Hukuk Dergisi hakemli bir dergidir. Fakülte Yönetim Kurulu'nun 07.02.2013 tarih ve 23 sayılı kararı ve Üniversite Yönetim Kurulu'nun 21.02.2013 Tarih ve 494 sayılı onayı gereğince Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Yayımlanması istenen makalelerin Temmuz ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 31 Ekim tarihine kadar teslim edilmesi gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmalar hukuk alanında ve bilimsel içerikte ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
3. Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizcedir. Farklı dillerdeki çalışmaların yayımlanması, Yayın Kurulu'nun kararına bağlıdır. Yayımlanan makalelerin fikri ve ilmi, çevirilerin ise hukuki sorumluluğu yazarlarına/çevirmenlerine aittir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
4. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, ilettiği çalışmayla birlikte eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan aldığı yazılı onay belgesini Yayın Kurulu'na iletmek zorundadır.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek yazılar “Microsoft Word” programında kaydedilmiş, ana metin yazı tipi Times New Roman-12 punto, 1.5 satır aralığında ve iki yana yaslı; dipnotlar ise, Times New Roman 10 punto, tek satır aralığında ve iki yana yaslı; normal stil olmak üzere hazırlanmalıdır.
6. Yazarlar, unvanlarını, ORCID numaralarını (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası), görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
7. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, en az 100 en çok 200 kelimeden oluşacak Türkçe ve İngilizce özet içermelidir. Çalışmalarda ayrıca Türkçe ve İngilizce başlık ve 5 adetten az olmamak üzere anahtar kelimelere yer verilmelidir.
8. Sakarya Hukuk Dergisine gönderilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından öncelik sırasına konur ve çalışmalar derginin yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygunluğu bakımından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Yayın ilkelerine ve yazım kurallarına uygun biçimde hazırlanmayan makaleler değerlendirmeye alınmaz ve hakeme gönderilmez.
9. Ön değerlendirme sonrasında yazılar, intihal taramasına tabi tutulur. Tarama neticesinde benzerlik oranı %30'un üzerinde çıkan çalışmalar değerlendirmeye alınmaz ve hakeme gönderilmez.
10. Yazarların dergiye gönderdikleri yazıların denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıla” verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir. Yayın Kurulunca ön değerlendirmesi yapılan ve intihal taramasından geçen yazılar, kör ha-

kemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme incelenmek üzere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra tekrar hakem denetimine başvurur.

11. Bir hakem raporunun olumsuz olması durumunda yazı incelenmek üzere üçüncü bir hakeme gönderilir. En az iki hakem denetiminden geçmeyen yazılar dergiye kabul edilmez. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
12. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
13. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Sakarya Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
14. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

İngiltere ve Galler Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılama Makam ve Sjeleri

Judicial Authorities and Agents in the Criminal Procedure Law of England and Wales

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet MADEN 11

Alternatif Bir Kalkınma Ekonomisi Ölçütü, Martha Nussbaum'un Yapabilirlikler Yaklaşımı

Alternative Criteria for Development Economics; Martha Nussbaum's Capabilities Approach

Arş. Gör. Süheyla Nur ERÇİN 23

İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olarak

Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları

Individual Application Decisions of the Turkish Constitutional Court as a Reason of Renewing the Trial in Administrative Justice Law

Arş. Gör. Talha ERDOĞMUŞ 39

ÖZEL HUKUK

Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış

An Overview of the Determination of Compensation for Immaterial (Moral) Damage

Arş. Gör. Dr. Kübra DEMİR 67

En Çok Gözetilen Ulus Kaydının İkili Yatırım Anlaşmalarının Usule İlişkin Hükümleri Üzerindeki Etkisi: *Maffezini Davası*

The Impact of the Most-Favored Nation Clause on the Procedural Provisions of Bilateral Investment Treaties: The Maffezini Case

Arş. Gör. Samet SEVGİ 89

KAMU HUKUKU

İngiltere ve Galler Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılama Makam ve Sjeleri^(*)

Judicial Authorities and Agents in the Criminal Procedure Law of England and Wales

Dr. Öğr. Üyesi **Mehmet MADEN**^(**)

Öz

İngiltere ve Galler ceza muhakemesi, yargılama makam ve süjeleri bakımından oldukça farklı özelliklere sahiptir. Yarı zamanlı yargıçların; gönüllü yargıçların ve hukukçu olmayan yargıçların bulunması ve jüri yargılması dikkat çekicidir. *Sulh mahkemelerinde kısa yargılama; Kraliyet Mahkemesi*nde jrili yargılama usulü uygulanmakta ve suçlar, yargılama usulüne göre tasnif edilmektedir. Zanlının, suçluluk veya suçsuzluk beyanında bulunması, uygulanacak usul ve verilecek yaptırım hükmü açısından önem arz etmektedir. Yargıçlara farklı ünvanlar verilmiştir. Bu çalışmada, belirtilen yargılama makam ve süjeleri ana hatlarıyla izah edilmeye çalışılmış; yargılama süreci hakkında da kısmi açıklamalarda bulunulmuştur. Bu bağlamda, *sulh mahkemeleri; Kraliyet Mahkemesi; Yüksek Mahkeme; Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Temyiz Mahkemesi*, teşekklleri ve yetkileri bakımından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

İngiltere ve Galler Ceza Muhakemesi Hukuku, Jri Yargılması, Sulh Mahkemesi, Kraliyet Mahkemesi, Yargıç.

Abstract

Criminal procedure of England and Wales has quite different features with regards to judicial authorities and agents. Existence of part time judges, voluntary judges and lay judges and the jury trial are remarkable. *Summary trial* takes place in the *magistrates' courts* and trial with jury takes place in the *Crown Court* and the offences are classified according to their way of trial. Pleading guilty or not guilty of the defendant is important for the procedure to be implemented and the sentence to be given. Judges are given different titles. In this study, an overview of the mentioned judicial authorities and agents has been tried to be given and partial explanations upon the judicial process have been made. In this context, *magistrates' courts; Crown Court; High Court; Court of Appeal* and the *Supreme Court* have been examined with regards to their composition and jurisdiction.

Keywords

Criminal Procedure Law of England and Wales, Jury Trial, Magistrates' Court, Crown Court, Judge.

(*) Makale geliş tarihi: 06.04.2021 - Makale kabul tarihi: 10.05.2021.

(**) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: madenmehmet@yahoo.com.

Orcid No: https://orcid.org/0000-0003-1643-0091.

1. Giriş

İngiltere ve Galler, ceza yargılaması bakımından, birçok hususta özellik arz etmektedir. Bu çalışmada, İngiltere ve Galler ceza muhakemesi yargılama makam ve sùjeleri ile ceza yargılamasının işleyişı, genel hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda, *sulh mahkemeleri (magistrates' courts)*; *Kraliyet Mahkemesi (Crown Court)*; *Yüksek Mahkeme (High Court)*; *Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal)* ve *Yüksek Temyiz Mahkemesi (Supreme Court)*, görevleri ve personeli bakımından ele alınmıştır.

Common law sistemine dâhil olan diğer ÷lkeler -diğer Birleşik Krallık ÷lkeleri olan İskoçya ve Kuzey İrlanda da dâhil olmak üzere-, bu çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır. İddia ve savunma makamlarıyla ve sùjeleriyle ilgili konular da bu çalışmanın esas konusu içinde yer almamaktadır. Yine, sadece gençler için kurulmuş bir mahkeme olmanın ötesinde, çok sayıda farklı usulün uygulandığı, oturumlara yalnızca özel eğitimli sulh yargıçlarının ve yargıçların katılabildiği¹ *Gençlik Mahkemesi* de bu çalışmada ayrıca ele alınmamıştır.

Aşağıda, yargılama usulüne göre suçların tasnifi konusu ele alındıktan sonra, sırasıyla, sulh mahkemeleri, Kraliyet Mahkemesi ve temyiz başvurularını incelemekle görevli mahkemeler inceleme konusu yapılmıştır.

2. Yargılama Usulüne Göre Suçların Tasnifi

İngiltere'de ve Galler'de, neredeyse bütün ceza davalarının ilk görüldüğü mahkeme, sulh mahkemesidir².

Yargılama usulü bakımından suçlar, *Ceza Hukuku Yasası 1977* ile üçe ayrılmıştır. Bunlar; *sadece ithamnameye dayalı olarak yargılanabilen (triable only on indictment)* suçlar; *sadece kısa yargılamaya tâbi³ (triable only summarily)* suçlar ve *her iki şekilde yargılanması mümkün olan (triable either way)* suçlardır.

En ağır olarak telakkî edilen suçlarla ilgili yargılama, sadece ithamnameye dayalı olarak, Kraliyet Mahkemesi'nde yapılır; her iki şekilde yargılanması mümkün olan suçlar ise orta şiddette olduğu telakkî edilen suçlardır⁴. Her iki şekilde

¹ Howard Riddle/Robert Zara, **Essential Magistrates' Courts Law**, Waterside Press, 2019, s. 228-229.

² Criminal Procedure Rule Committee, **Criminal Procedure Rules and Practice Directions 2020** (Guidance), <www.gov.uk/guidance/rules-and-practice-directions-2020> Erişim Tarihi 28 Mart 2021.

³ "Summary trial" için, sulh mahkemelerinde işleyen yargılama usulü olduğu; "summary justice" için de, basit ve hızlı olmasının amaçlandığı ifade edilmiştir: Riddle/Zara, s. 226. Türkçemize, "summary conviction", "jürisiz yargılama yoluyla mahkûmiyet" şeklinde; "summary procedure" ise "hızlı yargılama usulü" şeklinde tercüme edilmiştir: Rona Aybay, **An Introduction to Law**, Alfa Basım Yayın Dağıtım, 2013, s. 320.

⁴ Andrew Ashworth, **Sentencing and Criminal Justice**, 5th Edition, Cambridge University Press, 2010, s. 1.

yargılanması mümkün olan suçlar bakımından, zanlının suçluluk veya suçsuzluk beyanında (plea) bulunması, mahkemelerin yargılama yetkisinin tespitinde önem arz etmektedir. Suçluluk beyanında bulunulması durumunda, yargılama sulh mahkemesinde yapılır ancak sulh mahkemesi kendi yetkisinin dışında bir yaptırım hükmü (sentence) verilebileceği kanaatine ulaŐırsa, yaptırım hükmünün verilmesi Kraliyet Mahkemesi'ne bırakılır⁵. Diğer bir anlatımla, zanlı, bir suçtan dolayı sulh mahkemesince mahkûm edilse bile, dava, bu suçtan dolayı yaptırım hükmünün verilmesi için Kraliyet Mahkemesi'ne sevk edilebilir⁶. Suçsuzluk beyanında bulunulması hâlinde, davanın nerede görüleceğine sulh yargıçları karar verir ancak, suçsuzluk beyanında bulunma dŐncesinde olan zanlının, Kraliyet Mahkemesi'nde yargılanmayı tercih etme hakkı bulunmaktadır⁷.

En hafif suçlar, sadece *kısa yargılamaya* tâbi olarak sulh mahkemelerinde grlr⁸. Bu suçlar, hapis cezası gerektirmeyen ya da altı ay veya daha kısa süreli hapis cezasıyla karşılık bulan sulardır⁹. *Sulh Mahkemeleri Yasası 1980*'in 132'nci maddesine göre, sulh mahkemelerinin verebileceği hapis cezasının alt sınırı beş gündür. Bu mahkemelerde, nispeten nadir olarak hapis cezası verilir ve Őartla salıverme bir seçenek olarak sıklıkla tercih edilir¹⁰.

3. Sulh Mahkemeleri

Sulh mahkemelerinde ceza yargılaması, jrisiz olarak, sulh yargıçları veya bir sulh mahkemesi bölge yargıı tarafından yapılır¹¹.

Sulh yargıçları, nadiren hukukdr ve görevleri karŐılıęında kendilerine bir ödeme yapılmaz¹², fakat masraflarının karŐılanmasını talep edebilirler¹³. Gerek dava bakmaya baŐlamadan önce gerekse kariyerleri boyunca eğitim verilen sulh yargıçları, düzenli olarak değerlendirmeye tâbi tutulurlar¹⁴.

⁵ Michael Cavadino/James Dignan, **The Penal System an Introduction**, 4th Edition, Sage Publications, 2007, s. 3-4, 9; Ashworth, s. 1.

⁶ Criminal Procedure Rule Committee, <www.gov.uk/guidance/rules-and-practice-directions-2020> Erişim Tarihi 28 Mart 2021.

⁷ Cavadino/Dignan, s. 3-4; Ashworth, s. 1.

⁸ Ashworth, s. 1. Bu suçların ithama dayalı olarak yargılanabilen suçlarla bağlantı içinde olması durumunda farklı hükümler uygulanır: Riddle/Zara, s. 21.

⁹ Riddle/Zara, s. 21.

¹⁰ Peter Joyce, **Criminal Justice an Introduction**, Routledge, 2013, s. 317.

¹¹ Riddle/Zara, s. 19.

¹² Riddle/Zara, s. 19.

¹³ Judicial Office, **Judiciary UK Website (Courts and Tribunals Judiciary)**, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/judges-career-paths/becoming-a-magistrate/> Erişim Tarihi 19 Mart 2021.

¹⁴ Judicial Office, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/judges-career-paths/becoming-a-magistrate/> Erişim Tarihi 20 Mart 2021.

İçinde buldukları cemiyetin sorumlu ve saygı duyulan kişilerinden belirlenen¹⁵ sulh yargıçlarının sayısı yirmi üç bin civarındadır¹⁶. Sulh yargıçlığı için aranan ölçütler, iyi karakter; kavrama ve iletişim; sosyal farkındalık; olgunluk ve sağlam mizaçlılık; kuvvetli muhakeme; işe bağlılık ve güvenilirliktir¹⁷. Kamunun, yargının tarafsızlığına olan güvenini korumak için, belli işlerde çalışanlar (örneğin polis görevlileri) sulh yargıçları olamazlar¹⁸. Atanabilme yaşı on sekiz, emeklilik yaşı yetmiş olarak belirlenmiş olan sulh yargıçları, yılda en az yirmi altı yarım gün mahkeme oturumlarına katılmak için vakit ayırabilmelidir¹⁹.

Sulh yargıçları, hukuki konularda, *Mahkemeler ve Yargı Heyetleri (Yargı Erki ve Personelin Görevleri) Yasası 2018*'de “atanmış görevli” (designated officer) olarak geçen, daha önceleri “yargıçların kâtabı” (justices' clerk) ünvanı taşıyan, günlük kullanımda *hukuk müşaviri* (legal adviser) olarak anılan mahkeme personeli tarafından bilgilendirilir²⁰. Bu kişilerin görevi, davadaki olgular hakkında karar vermek veya bunlarla ilgili olarak heyeti etkilemek değildir²¹. Hukuk müşavirleri, Lord Baş Yargıç tarafından tayin edilirler ve bütün hukuksal ve yargısal konularda sadece ona karşı sorumludurlar²².

Lord Baş Yargıç, yargı erkinin başıdır ve bu görevini *Lord Chancellor*'dan devralmıştır²³. Yüzyıllardır baş yargıç, yargı erkinin başı ve kabine bakanı olan *Lord Chancellor*'ın statüsü, *Anayasal Reform Yasası 2005* ile, esaslı biçimde değiştirilmiştir; kendisi, hükümetin, yargı erkinden ve mahkeme sisteminden sorumlu bakanı olmaya devam etse de yargıçlık ve yargı erkinin başı olma görevleri sona ermiştir²⁴. Belirtelim ki İngiltere'de, Mayıs 2007'ye kadar bir Adalet Bakanlığı (Ministry of Justice) da mevcut değildir²⁵.

Yaptırım hükmünü belirlerken sulh yargıçlarına yardım etmek üzere “*yaptırım hükmü öncesi rapor*”un hazırlanması, denetimli serbestlik görevli-

¹⁵ Helen Gubby, **English Legal Terminology Legal Concepts in Language**, 4th Edition, Eleven International Publishing, 2016, s. 25.

¹⁶ Judicial Office, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/judges-career-paths/becoming-a-magistrate/> Erişim Tarihi 19 Mart 2021.

¹⁷ Judicial Office, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/judges-career-paths/becoming-a-magistrate/> Erişim Tarihi 20 Mart 2021.

¹⁸ Judicial Office, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/judges-career-paths/becoming-a-magistrate/> Erişim Tarihi 20 Mart 2021.

¹⁹ Judicial Office, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/judges-career-paths/becoming-a-magistrate/> Erişim Tarihi 20 Mart 2021.

²⁰ Riddle/Zara, s. 20 ve 222.

²¹ Riddle/Zara, s. 222.

²² Riddle/Zara, s. 222.

²³ Gubby, s. 25.

²⁴ Gubby, s. 25.

²⁵ Gubby, s. 25.

sinin vazifesidir²⁶. Bu rapor, ilgili suçun analizini; suçluya dair ilgili bilgileri ve suçlunun zarar verme ve yeniden suç işleme riskinin değerlendirmesini içerir ve yaptırım hükmü için açık ve gerçekçi bir öneriyle son bulur²⁷.

Önceleri “maaşlı sulh yargıcı” olarak bilinen tam zamanlı ve yarı zamanlı *sulh mahkemeleri bölge yargıçları*, en az on yıllık tecrübeye sahip *barrister* veya *solicitor* statüsünde bir avukat olmalıdır²⁸. Bu yargıçlar tek başına görev yaparlar ve genellikle daha uzun veya daha karmaşık *kısa yargılama* davalarına bakarlar²⁹. Bölge yargıçları, bağımsız bir komisyon olan *Yargısal Atamalar Komisyonu* tarafından, hukukçular arasından seçilir³⁰.

İlk oturumda suçluluk beyanında³¹ bulunan zanlının, yaptırım hükmünden üçte bir oranında indirim hakkı olur; bu beyan geciktikçe indirim azalır³². Başka bir hafifletme sebebinin (mitigation), örneğin gerçek bir pişmanlığın bulunması halinde, bu indirim daha da artabilir³³. Zanlının, suçüstü yakalandığı düşünülse bile indirim uygulanır³⁴. Bu sistem, ABD’de uygulanan “beyan pazarlığı” sisteminden farklıdır³⁵. Yaptırım hükmü için açıktan beyan pazarlığı, *Turner* ([1970] Q.B. 321) kuralları ile yasaklanmıştır³⁶. Zanlı, *Goodyear bildirimi* olarak adlandırılan süreç vasıtasıyla mahkemeye, suçluluk beyanında bulunması hâlinde alacağı yaptırım hükmü hakkında soru sorabilir³⁷. *Goodyear* ([2005] EWCA Crim 888) kararını takiben uygulanan bu süreç, doktrinde “pazarlık”la ilişkilendirilmiştir³⁸.

²⁶ Riddle/Zara, s. 224.

²⁷ Bob Bearne, “Pre-Sentence Report (PSR)”, iç. Rob Canton/David Hancock (Ed.), **Dictionary of Probation and Offender Management**, Willan Publishing, 2007, s. 212.

²⁸ Ashworth, s. 2. Bu iki grup avukatlık, mesleğe kabul şartları ve kullanılan yetkiler bakımından farklılık arz eder. Bkz. Jonathan Law/Elizabeth A. Martin (Ed.), **A Dictionary of Law**, 7th Edition, Oxford University Press, 2009, s. 23, 56 ve 516.

²⁹ Ashworth, s. 2.

³⁰ Riddle/Zara, s. 19.

³¹ Doktrinde, Birleşik Krallık’taki ve Amerika Birleşik Devletleri’ndeki, polisle ve soruşturma ile ilgili yargılama öncesi pratiklerin, suçluluk beyanında bulunulmasını sağlama almaya yönelik olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, itiraflar özellikle önemlidir, zira polis davasında suçunu kabul etmiş bulunan kişi için bunu inkâr etmek zordur. Böylece itiraflar, çoğu davada suçluluk beyanını garanti altına almaktadır: Andrew Sanders/Richard Young, “From Suspect to Trial”, iç. Mike Maguire/Rod Morgan/Robert Reiner, **The Oxford Handbook of Criminology**, 4th Edition, Oxford University Press, 2007, s. 979.

³² Riddle/Zara, s. 221.

³³ Riddle/Zara, s. 221.

³⁴ Riddle/Zara, s. 221.

³⁵ Riddle/Zara, s. 221.

³⁶ Sanders/Young, s. 979-980.

³⁷ Riddle/Zara, s. 221.

³⁸ Sanders/Young, s. 979-980.

4. Kraliyet Mahkemesi

Sulh mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan temyiz başvurularının incelenmesi; yaptırım hükmü verilmesi için sulh mahkemesinden sevk edilen davaların karara bağlanması; jüri yargılamaları ve Kraliyet Mahkemesi'nde mahkûm edilenler için yaptırım hükmü verilmesi, 1972'de kurulmuş olan ve İngiltere'nin ve Galler'in farklı yerlerinde merkezleri bulunan Kraliyet Mahkemesi'nin görev alanlarıdır³⁹.

Bu mahkemede tam zamanlı olarak görev yapan yargıçlar, “*daire yargıcı*” (circuit judge) olarak; yarı zamanlı görev yapan yargıçlar ise “*mukayyit*” (recorder) olarak adlandırılır⁴⁰. Yüksek Mahkeme yargıçları, bazen, özellikle en ciddi davalarda, Kraliyet Mahkemesi'ne katılır⁴¹.

Daire yargıçları ve mukayyitler, *Yargısal Atamalar Komisyonu* tarafından düzenlenen dürüst ve açık bir yarışmanın ardından, *Lord Chancellor*'ın önerisi üzerine Kraliçe tarafından atanırlar⁴². On beş üyeden oluşan *Yargısal Atamalar Komisyonu*, yargısal görevler için aday seçme sorumluluğunu *Lord Chancellor*'dan alarak ve atama süreçlerini daha şeffaf ve daha hesap sorulabilir hale getirerek yargı bağımsızlığını korumak ve güçlendirmek için oluşturulmuştur⁴³. Komisyon üyeleri, beş yıla kadar uzanan dönemler için görev yaparlar⁴⁴. Başkan dahil on iki üye, açık yarışmayla atanır; üç üye ise *Yargıçlar Konseyi* tarafından aday gösterilir⁴⁵.

Daire yargıçları, en az on yıldır “huzurda bulunma (mahkemede avukatlık yapma) hakkı”na (“right of audience”) sahip olan hukukçular içinden atanırlar ve genellikle, atanmalarından önce *mukayyit* olarak çalışmış olmaları aranır⁴⁶. Bazı emekli yargıçlar, yarı zamanlı *daire yargıcı* olarak görev yaparlar ve bu kişiler *yardımcı daire yargıcı* olarak anılırlar⁴⁷. *Mukayyitler* beş yıl için atanırlar ve atamaları *Lord Chancellor* tarafından genellikle otomatik olarak beş yılda bir uzatılır⁴⁸.

³⁹ Riddle/Zara, s. 218.

⁴⁰ Riddle/Zara, s. 218.

⁴¹ Riddle/Zara, s. 218.

⁴² Judicial Office, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/judges/circuit-judge/> Erişim Tarihi 20 Mart 2021; Judicial Office, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/judges/recorder/> Erişim Tarihi 20 Mart 2021.

⁴³ Judicial Office, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/judges-career-paths/appointments-diversity/> Erişim Tarihi 21 Mart 2021.

⁴⁴ Judicial Office, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/judges-career-paths/appointments-diversity/> Erişim Tarihi 21 Mart 2021.

⁴⁵ Judicial Office, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/judges-career-paths/appointments-diversity/> Erişim Tarihi 21 Mart 2021.

⁴⁶ Judicial Office, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/judges/circuit-judge/> Erişim Tarihi 21 Mart 2021.

⁴⁷ Judicial Office, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/judges/circuit-judge/> Erişim Tarihi 21 Mart 2021.

⁴⁸ Judicial Office, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/judges/recorder/> Erişim Tarihi 20 Mart 2021.

Yukarıda, yargılama usulüne göre suçların tasnif edilmesiyle ilgili açıklamaların bulunduğu bölümde işaret edildiği üzere; ithamnameye dayalı olarak yargılanabilen suçlar hakkındaki yargılama, Kraliyet Mahkemesi'nde yapılır. Elektronik ortamda bulunan veya kğit üzerine yazılı olan ithamname, bir veya birden fazla suçlama içerir; zanlıdan, bu suçlamalar hakkında suçluluk veya suçsuzluk beyanında bulunması, jriden ise bu suçlamalar hakkında hükmünü vermesi istenir⁴⁹.

Jüri, cemiyetin bütün kesimlerini temsil ettiği farz edilen ve hukuk mesleğinden olmayan on iki üyeden oluřur⁵⁰. Bu yeler, bilgisayar tarafından, seçmen listesinden rastgele seilirler⁵¹. Jüri yeliği, gerek savunma gerekse soruşturma makamı tarafından reddedilebilir⁵².

Jürinin görevi, olgusal konularda karar vermektir; hukuki meselelerin veya hukuki usulle ilgili meselelerin czmnde ya da yaptırım hükmünün verilmesinde jürinin bir görevi yoktur; hukuki konularda karar vermek, yargıcın iřidir⁵³. Davayla ilgili olguları dinleyen jüri, soruşturma ve savunma makamlarının görüşleri yargıç tarafından özetlendikten sonra, "suçlu" veya "suçlu değil" şeklinde bir hüküm verir⁵⁴. Jürinin hüküm verebilmesi, önceleri oybirliği ile mümkünken, *Ceza Adaleti Yasası 1967* ile, yargılamanın neticesinin on oya iki oy şeklindeki cğunlukla belirlenmesinin yolu aılmıştır⁵⁵.

5. Temyiz Başvurularını İncelemekle Görevli Mahkemeler

Sulh mahkemesince verilen mahkûmiyet kararları ve teminatla salıvermeyle (bail) veya yaptırım hükmüyle ilgili kararlar, Kraliyet Mahkemesi'nde temyiz (appeal) edilebilir⁵⁶. Temyiz davası, Kraliyet Mahkemesi'nde, bir *daire yargıcı* (veya bir *mukayyit*) ile önceki davanın görülmesinde yer almayan iki sulh yargıcının katılımıyla grlr⁵⁷. Temyiz aşamasında dava baştan görülür ve taraflar, mahkemenin önüne yeni veya farklı olgular getirmekte serbesttir⁵⁸. Uygulamada, ck az sayıda karar temyiz edilmektedir⁵⁹. Bu temyiz yolu, soruşturma makamına açık deđildir⁶⁰.

⁴⁹ Riddle/Zara, s. 221-222.

⁵⁰ Gubby, s. 27.

⁵¹ Peter Joyce/Neil Wain, *A Dictionary of Criminal Justice*, Routledge, 2010, s. 114.

⁵² Gubby, s. 27.

⁵³ Gubby, s. 26-27.

⁵⁴ Gubby, s. 27.

⁵⁵ Joyce/Wain, s. 114.

⁵⁶ Riddle/Zara, s. 21-22.

⁵⁷ Riddle/Zara, s. 216.

⁵⁸ Riddle/Zara, s. 216.

⁵⁹ Riddle/Zara, s. 216.

⁶⁰ Riddle/Zara, s. 216.

Kraliyet Mahkemesi'nce mahkum edilenler, gerek mahkumiyet kararını gerekse yaptırım hükmünü Temyiz Mahkemesi'nde temyiz edebilirler⁶¹. Kraliyet Mahkemesi'nin diğer kararları bakımından, bazı durumlarda, soruşturma veya savunma makamının, Temyiz Mahkemesi'ne temyiz başvurusunda bulunması mümkündür⁶². Kraliyet Mahkemesi'nden gelen temyiz davaları, Temyiz Mahkemesi'nde üç yargıç tarafından görülür⁶³. Bu yargıçların başkanlığını bir lord/leydi temyiz yargıç yapıyor; diğer üyeler ise Yüksek Mahkeme yargıçı veya *daire yargıçıdır*⁶⁴. Bazı durumlarda, *Kraliyet Baş Hukuk Müşavirinin* (Attorney General⁶⁵) de davayı Temyiz Mahkemesi'ne taşıma yetkisi vardır⁶⁶. Zanlının Kraliyet Mahkemesi'nde beraat etmiş olduğu bazı hâllerde, *Kraliyet Baş Hukuk Müşaviri*, Temyiz Mahkemesi'nden, Kraliyet Mahkemesi'nin hukuku yorumlama biçimini gözden geçirmesini talep edebilir⁶⁷. Yine, Kraliyet Mahkemesi'nin çok hafif bir yaptırım hükmü verdiği düşüncesinde ise, *Kraliyet Baş Hukuk Müşavirinin*, Temyiz Mahkemesi'nden yaptırım hükmünü ağırlaştırmasını talep edebileceği haller vardır⁶⁸.

Bazı durumlarda, soruşturma veya savunma makamı, sulh mahkemesinin veya Kraliyet Mahkemesi'nin kararında hukuki bir hata olduğu düşüncesiyle, Yüksek Mahkeme'ye temyiz başvurusunda bulunabilir^{69,70}. Böyle durumlarda, Yüksek Mahkeme'ye temyiz başvurusunda bulunmak için, sulh mahkemesinden veya Kraliyet Mahkemesi'nden, olup bitenin bir özetine muvafakat etmesi talep edilir⁷¹. Bu özete, "*dava takdimi*" (case stated) denilir⁷².

⁶¹ Bryan Gibson, **Criminal Justice a Beginner's Guide**, Waterside Press, 2014, s. 93.

⁶² Criminal Procedure Rule Committee, <www.gov.uk/guidance/rules-and-practice-directions-2020#appeal> Erişim Tarihi 28 Mart 2021.

⁶³ His Honour Judge Teare, "Judges", iç. Rob Canton/David Hancock (Ed.), **Dictionary of Probation and Offender Management**, Willan Publishing, 2007, s. 149.

⁶⁴ Teare, s. 149.

⁶⁵ Bu kelime, daha önceki bir çalışmada ve yine İngiltere ve Galler bağlamında "*Başsavcı*" olarak tercüme edilmiştir: Mehmet Maden, "İngiltere ve Galler'de Ceza Hukuku Sorumluluğuna Mâni Olan Bir Kurum Olarak Otomatizm", 2020, 24(4), **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 593-594, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1354834>> Erişim Tarihi 30 Mart 2021. Hâlbuki İngiltere ve Galler bağlamında, bu kelimenin "*Başsavcı*" yerine "*Kraliyet Baş Hukuk Müşaviri*" olarak tercüme edilmesi uygun gözükmektedir. Bkz. Government Digital Service, **GOV.UK** İnternet Sitesi, <www.gov.uk/government/ministers/attorney-general> Erişim Tarihi 30 Mart 2021.

⁶⁶ Gibson, s. 93.

⁶⁷ Criminal Procedure Rule Committee, <www.gov.uk/guidance/rules-and-practice-directions-2020#appeal> Erişim Tarihi 28 Mart 2021.

⁶⁸ Criminal Procedure Rule Committee, <www.gov.uk/guidance/rules-and-practice-directions-2020#appeal> Erişim Tarihi 28 Mart 2021.

⁶⁹ Criminal Procedure Rule Committee, <www.gov.uk/guidance/rules-and-practice-directions-2020#appeal> Erişim Tarihi 28 Mart 2021.

⁷⁰ Yüksek Mahkeme'nin, *Kraliçe'nin Kürsüsü* (*Queen's Bench*); *Chancery* ve *Aile* isimli üç bölümü vardır: Gubby, s. 17.

⁷¹ Criminal Procedure Rule Committee, <www.gov.uk/guidance/rules-and-practice-directions-2020#appeal> Erişim Tarihi 28 Mart 2021.

⁷² Criminal Procedure Rule Committee, <www.gov.uk/guidance/rules-and-practice-directions-2020#appeal> Erişim Tarihi 28 Mart 2021.

Sulh mahkemelerinin kararları için Yüksek Mahkeme’de temyiz yolu, nadiren kullanılır⁷³. Hem savunma makamına hem de soruşturma makamına açık olan bu temyiz yolu, sulh yargıçlarının kararının hukuki yetkilerinin dışında olduğu veya açıkça gayrimakul olduğu belirtilerek kullanılır⁷⁴. Yüksek Mahkeme’de temyiz yolu başarısızlıkla sonuşlandığı zaman, genelde, Kraliyet Mahkemesi’ne temyiz başvurusunda bulunmak için belirlenmiş olan süre tükenmiş ve bu imkân kaybedilmiş olur⁷⁵. Çoğu durumda, savunma makamı, davayı Kraliyet Mahkemesi’ne götürmeyi, Yüksek Mahkeme’ye ise sadece buradan çıkan karardan hoşnut olmama durumunda başvurmayı tercih etmektedir⁷⁶.

Yüksek Mahkeme için, Temyiz Mahkemesi’nin ve Yüksek Temyiz Mahkemesi’nin kararları bağlayıcıdır ancak kendi kararları bağlayıcı deėildir⁷⁷. Temyiz Mahkemesi için de Yüksek Temyiz Mahkemesi’nin kararları bağlayıcıdır; ayrıca, Temyiz Mahkemesi’nin özel hukuk ve ceza bölümleri için, belirli istisnalar söz konusu değilse, kendilerinin önceki kararları baėlayıcıdır⁷⁸.

Bazı durumlarda, Temyiz Mahkemesi’nin hukuki bir hata yaptığı düşüncesiyle Yüksek Temyiz Mahkemesine temyiz başvurusunda bulunulabilir⁷⁹. Böyle bir durumda, Temyiz Mahkemesi’nden, “kamunun geneli için önemli olan bir hukuki konu”yla ilgili olduğunu bildiren bir belge talep edilmelidir⁸⁰.

Yüksek Temyiz Mahkemesi, Birleşik Krallık’taki en yüksek mahkeme olarak, Lordlar Kamarası Temyiz Komitesi’nin yerini Ekim 2009’da almıřtır⁸¹. On iki yargıçtan müteşekkil mahkeme (ki bu yargıçlardan birisi mahkemenin başkanlık görevini yrtr⁸²), hukuk davalarında bütün Birleşik Krallık bakımından, ceza davalarında ise İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda bakımından, kamu için en önemli olarak görülen hukuki konulardaki temyizleri incelemekle grevlidir⁸³. Bir Birleşik Krallık kurumu olan Yüksek Temyiz Mahkemesi, İngiltere ve Galler

⁷³ Riddle/Zara, s. 22 ve 216.

⁷⁴ Riddle/Zara, s. 216.

⁷⁵ Riddle/Zara, s. 216.

⁷⁶ Riddle/Zara, s. 216.

⁷⁷ Gubby, s. 17.

⁷⁸ Gubby, s. 17.

⁷⁹ Criminal Procedure Rule Committee, <www.gov.uk/guidance/rules-and-practice-directions-2020#appeal> Erişim Tarihi 28 Mart 2021.

⁸⁰ Criminal Procedure Rule Committee, <www.gov.uk/guidance/rules-and-practice-directions-2020#appeal> Erişim Tarihi 28 Mart 2021.

⁸¹ Riddle/Zara, s. 226.

⁸² Gubby, s. 25.

⁸³ Riddle/Zara, s. 226-227.

mahkeme sistemine dahil değildir ve bu itibarla yargı erkinin başı olma görevi verilen İngiltere ve Galler Lord Baş Yargıcının görev kapsamı dışında kalmaktadır⁸⁴. Yüksek Temyiz Mahkemesi'nde görülecek hukuki bir konunun sulh mahkemesi kaynaklı bir davadan neşet etmesi çok beklenmez ancak imkân dahilindedir⁸⁵.

6. Sonuç

İngiltere ve Galler, ceza yargılamasının işleyişi, yargılama süjelerinin göreve gelme biçimleri ve çalışma usulleri gibi birçok hususta özellik arz etmektedir. Suçlar, yargılama usulüne göre üç gruba ayrılmakta; bunlardan bir grubun somut olayda yargılanma usulünün belirlenmesi için özel usuller uygulanmaktadır. Zanlının, suçluluk veya suçsuzluk beyanında bulunması, uygulanacak usul ve verilecek hüküm açısından önem arz etmektedir. Yarı zamanlı yargıçlık, hususiyet arz eden bir diğer uygulamadır. Gönüllü yargıçlık ve hukukçu olmayan yargıçlık da dikkat çeken diğer uygulamalardır. Hukukçu olmayan sulh yargıçlarını, ihtiyaç hâlinde hukuki konularda bilgilendirmek üzere, sulh mahkemelerinde hukuk müşaviri istihdam edilmektedir. Neredeyse bütün ceza davaları, sulh mahkemesinde görülmeye başlanmakta, bunların içinden Kraliyet Mahkemesi'ne gidecek davalar bu mahkemede belirlenmektedir. Kraliyet Mahkemesi'nde yargılamaya jüri iştirak etmekte; yaptırım hükmüne değilse de, zanlının suçlu olup olmadığına jüri karar vermektedir. Bazı durumlarda, yargılama sulh mahkemesinde yapılmasına ve zanlı hakkında bu mahkemede mahkûmiyet kararı verilmesine rağmen, yaptırım hükmünün belirlenmesi, Kraliyet Mahkemesi'ne bırakılmaktadır. Temyiz yoluna başvurmak bakımından, mahkûmiyet hükmü ile yaptırım hükmünün birbirinden ayrı olarak ele alınması da özellik arz eden bir başka konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Son olarak, yargıçların, (*magistrate (sulh yargıç)*; *sulh mahkemesi bölge yargıç*; *daire yargıç*; *mukayyit*; *Lord Baş Yargıç* gibi) farklı şekillerde isimlendirildiği görülmektedir.

⁸⁴ Judicial Office, <www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/the-supreme-court/> Erişim Tarihi 19 Mart 2021.

⁸⁵ Riddle/Zara, s. 227.

Kaynakça

- Ashworth A, **Sentencing and Criminal Justice**, 5th Edition, Cambridge University Press, 2010.
- Aybay R, **An Introduction to Law**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1'inci Basım, 2013.
- Bearne B, "Pre-Sentence Report (PSR)", i. Canton R/Hancock D (Ed.), **Dictionary of Probation and Offender Management**, Willan Publishing, 2007, s. 212-214.
- Cavadino M/Dignan J, **The Penal System an Introduction**, 4th Edition, Sage Publications, 2007.
- Criminal Procedure Rule Committee, **Criminal Procedure Rules and Practice Directions 2020** (Guidance), <www.gov.uk/guidance/rules-and-practice-directions-2020> Erişim Tarihi 28 Mart 2021.
- Gibson B, **Criminal Justice a Beginner's Guide**, Waterside Press, 2014.
- Government Digital Service, **GOV.UK** İnternet Sitesi, <www.gov.uk/government/ministers/attorney-general> Erişim Tarihi 30 Mart 2021.
- Gubby H, **English Legal Terminology Legal Concepts in Language**, 4th Edition, Eleven International Publishing, 2016.
- Joyce P/Wain N, **A Dictionary of Criminal Justice**, Routledge, 2010.
- Joyce P, **Criminal Justice an Introduction**, Routledge, 2013.
- Judicial Office, **Judiciary UK Website (Courts and Tribunals Judiciary)**, <www.judiciary.uk/> Son Erişim Tarihi 21 Mart 2021.
- Law J/Martin E A (Ed.), **A Dictionary of Law**, 7th Edition, Oxford University Press, 2009.
- Maden M, "İngiltere ve Galler'de Ceza Hukuku Sorumluluğuna Mâni Olan Bir Kurum Olarak Otomatizm", 2020, 24(4), **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 585-611, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1354834> Erişim Tarihi 30 Mart 2021.
- Riddle H/Zara R, **Essential Magistrates' Courts Law**, Waterside Press, 2019.
- Sanders A/Young R, "From Suspect to Trial", i. Maguire M/Morgan R/Reiner R, **The Oxford Handbook of Criminology**, 4th Edition, Oxford University Press, 2007, s. 953-989.
- Teare His Honour Judge, "Judges", i. Canton R/Hancock D (Ed.), **Dictionary of Probation and Offender Management**, Willan Publishing, 2007, s. 149-149.

Alternatif Bir Kalkınma Ekonomisi Ölçütü, Martha Nussbaum'un Yapabilirlikler Yaklaşımı^(*)

Alternative Criteria for Development Economics;
Martha Nussbaum's Capabilities Approach

Arş. Gör. **Süheyla Nur ERÇİN**^(**)

Öz

Yapabilirlik yaklaşımı *Martha Nussbaum*, *Ingrid Robeyns* gibi düşünürlerin katkılarıyla gelişmeye devam etmektedir. Bu çalışmada *Amartya Sen* tarafından temelleri atılan yapabilirlik yaklaşımına *Nussbaum*'un katkıları açıklanmaya çalışılacaktır. İlk olarak yapabilirlik yaklaşımının diğer kalkınma ekonomisi ölçütlerinden farkı ve neden böyle bir yaklaşıma ihtiyaç duyulduğu soruları yanıtlanacak; yaklaşım geliştirilirken *Sen*'in kuramsal açıdan hangi düşünürlerden etkilendiği belirtilecektir. Yapabilirlik/kapasite yaklaşımına ilişkin genel bir girişin ardından *Nussbaum*'un yaklaşıma katkıları, *Sen*'den farklılaştığı noktalar ve yapabilirlik/kapasite ifadesi yerine neden yapabilirlikleri tercih ettiği açıklanacaktır. Son olarak merkezî yapabilirliklerin ne olduğu gösterilecek ve örnek bir durum üzerinden merkezî yapabilirlikler somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Yapabilirlikler Yaklaşımı, Martha Nussbaum, Merkezî Yapabilirlikler, Yapabilirlik/Kapasite Yaklaşımı, Amartya Sen.

Abstract

Capability approach continues to develop with the contribution of theorists such as *Martha Nussbaum*, *Ingrid Robeyns*. This study aims to demonstrate in particular, contribution of *Nussbaum* to capability approach first developed by Amartya Sen. Initially, this study indicates as to how capability approach differs from the other criteria for development economics and, why this approach was necessitated and, theorists influencing *Sen*. After a brief introduction to capability approach, the study concentrates on contributions of *Nussbaum* to capability approach, differences between that of *Sen* and *Nussbaum* and why *Nussbaum* prefers to use the term of the capabilities approach instead. Finally, the study will explain central capabilities with a real-life example.

Keywords

The Capabilities Approach, Martha Nussbaum, Central Human Capabilities, Capability Approach, Amartya Sen.

(*) [Makale geliş tarihi](#): 08.03.2021 - [Makale kabul tarihi](#): 27.04.2021.

(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.
[E-posta](mailto:snercin@sakarya.edu.tr): snercin@sakarya.edu.tr.
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0002-3825-356X): <https://orcid.org/0000-0002-3825-356X>.

Giriş

Araştırmacılar, uzun yıllar boyunca bir ülkenin ekonomik gelişmişliği ile o ülkede yaşayan insanların sahip oldukları hayat standartları arasında doğru orantı olduğunu düşündüler.¹ Bu dönemde, ülkede yaşayan insanların hayat kalitesini tespit edebilmek için kişi başına düşen gayri safi yurtiçi hasılanın (GSYİH) ölçülmesinin yeterli olduğu kabul edildi. GSYİH yönteminin yaygınlaşmasının arkasında; karşılaştırılabilir, ölçülebilir ve şeffaf olması gibi etkenlerin ve o dönem popüler olan damlama kuramının etkisi vardı.² İlerleyen süreçte, ekonomik büyümenin doğrudan yaşam kalitesini artıracacağı konusu eleştirilmeye başlandı. Nobel ödüllü ekonomist *Amartya Sen* yoksulluk, eşitsizlik ve insani gelişmişlik konularını temel alarak geliştirdiği *Kapasite³/Yapabilirlik Yaklaşımı* ile kalkınma ekonomisi konusunda yeni bir kuramsal paradigma ortaya koydu.

Yapabilirlikler yaklaşımının interdisipliner doğası⁴; sosyal hizmetten, etiğe birçok farklı alanda konuyla ilgili ampirik ve teorik çalışmaların yapılmasına olanak sağlamaktadır. Türkçe literatürde özellikle yoksulluk ve cinsiyet eşitsizliği⁵ üzerine birçok çalışma karşımıza çıkmaktadır. Yapabilirlikler yaklaşımıyla ilgili çalışmalarda *Sen* ve *Nussbaum*'dan bahsedilmekle beraber⁶ ikisinin farklılaştıkları noktaları gösteren⁷, başka bir deyişle *Nussbaum*'un Yapabilirlikler Yaklaşımına katkılarını özel olarak vurgulayan çalışmalar Türkçe literatürde az sayıdadır. Bu çalışma literatürdeki açığı kapatmaya, *Nussbaum*'un yaklaşıma katkılarını, merkezi yapabilirliklerden ne anladığını, cinsiyet eşitsizliği ve yoksulluk temeline yaklaşımı nasıl geliştirdiğini açıklamaya çalışacaktır.

Bu çalışmada ilk olarak Yapabilirlikler Yaklaşımı'nın diğer kalkınma ekonomisi değerlendirme ölçütlerinden farkı ve neden böyle bir yaklaşımın geliştiri-

¹ Martha C. **NUSSBAUM**, *Yapabilirlikler Yaratmak* (Çeviren: Selda SOMUNCUOĞLU), İletişim Yayınları, İstanbul 2018, s. 64.

² **NUSSBAUM**, *Yapabilirlikler*, s. 64.

³ Mehmet Sedat **UĞUR**, "*Amartya Sen'in Kapasite Yaklaşımı ve İnsan Merkezli Bir Kalkınma Anlayışı*", *Sosyoekonomi*, 2017, Vol. 25(31), s. 98.

⁴ Ingrid **ROBEYNS**, "*The Capability Approach: a theoretical survey*". *Journal of Human Development*, 2005, 6:1, s. 93.

⁵ Detaylı bilgi için bkz. L. Demet **YUNCU**, "*İki Yoksulluk Yaklaşımı: A. Sen'in Yapabilirlikten Yoksunluk Teorisi ve Toplumsal Dışlanma Çerçevesinin Karşılaştırması*", Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu Araştırma Raporu; Filiz **KARDAM**, İlnur **YÜKSEL**, "*Kadınların Yoksulluğu Yaşama Biçimleri : Yapabilirlik ve Yapabilirlikten Yoksunluk*" *Nüfusbilim Dergisi/Turkish Journal of Population Studies*, 2004, 26, 45-72; R. Burcu **DEMİRTÜRK**, Nebahat **BOZKUŞ**, Ahu **CEPHE**, Buket **AKTAŞ**, Selda **TAŞDEMİR AFŞAR**, Hülya **ÇINGİ**, "*Yoksulluk Düzeyinin Modellenmesi Üzerine Bir Araştırma*", *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, Bahar 2011, Cilt: 14 Sayı: 1.

⁶ **UĞUR**, s. 98.

⁷ Detaylı bilgi için bkz. Onur **ARUN**, "*Yapabilirlikler Yaklaşımı ve Değerli Yapabilirliklerin Tanımlanması Sorunsalı Yanlış Bilinç mi, Yapısal Eşitsizlikler mi?*", 2016, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 16 Sayı: Özel Sayı, 9-24.

rilmesine ihtiyaç duyulduğu konusu belirtilmiştir. *Yapabilirlikler Yaklaşımı*'nın kuramsal açıdan hangi düşünürlerden etkilendiği ifade edilmiştir. *Sen* tarafından temelleri atılan bu yaklaşıma Martha Nussbaum'un katkıları gösterilmeye çalışılmıştır. Nussbaum'un merkezî yapabilirlikler listesi açıklanmış ve bu listede sıralanan yapabilirliklerin insan hayatına olan etkisi, örnek bir durum üzerinden somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

İnsani Gelişmişliği Ölçebilmek

Sınavların ve sıralamaların sadece insana dayatıldığını düşünmek günümüz dünyasında pek de kabul edilebilir bir görüş değildir. Devletler, şirketler, kurumlar, okullar aklımıza gelebilecek birçok farklı kurumsal yapı da kendi standartları doğrultusunda sıralanmakta ve birbirleriyle kıyaslanmaktadır. Ülkelerdeki yaşam kalitesinin tespit edilmeye çalışılması da benzer bir karşılaştırma ve sıralama durumunun sonucudur.

Uzmanlar bir ülkedeki yaşam standardını belirlemek için genellikle Gayri Safi Yurtiçi Hasıla (GSYİH) ölçütüne başvurmayı tercih ediyorlardı.⁸ Bir dönem hakim olan bu kalkınma ekonomisi modelinde, bir ülkenin gelişmişliği kişi başına düşen GSYİH'nin ölçülmesi sonucunda bulunan ekonomik büyüme rakamıyla ilişkilendirilir. Bu modelin iyi yanları, parasal açıdan bir değerlendirme yaptığı için farklı mal ve hizmet miktarlarının karşılaştırılmasını mümkün kılması, ölçülebilir ve şeffaf olmasıdır. Modelin yaygınlaşmasının nedenlerinden biri de uzmanların 1980 ve 1990'larda yaygınlaşan damlama kuramından etkilenmeleridir.⁹ Damlama kuramı, servet birikimin yaratacağı ekonomik genişleme sürecinin zenginlerden yoksullara doğru bir damlama (trickle down) etkisi yaratacağı düşüncesiyle şekillenmiştir.¹⁰ Damlama kuramına göre ekonomik büyüme doğrudan yoksullara yönelik olmasa da onların durumlarının iyileşmesi sonucunu ortaya çıkaracaktır.¹¹

Ekonomik büyümenin kendiliğinden yaşam kalitesini artıracacağı düşüncesi, yapılan karşılaştırmalı çalışmalarla sorgulanmaya başlamıştır. Örneğin, *Jean Dreze*¹² ve *Amartya Sen*, Hindistan'ın bazı eyaletlerinde yaptıkları çalışmalarla sağlık ve eğitim gibi alanlarda yaşam kalitesinin ekonomik büyümeyle kendiliğinden iyileşmediğini ortaya koymuştur. GSYİH'de artış yaşanmasına rağmen

⁸ Martha C. NUSSBAUM, *Yapabilirlikler Yaratmak* (Çeviren: Selda SOMUNCUOĞLU), İletişim Yayınları, İstanbul 2018, s. 11.

⁹ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 64.

¹⁰ Merter AKINCI, "*Bulanık Suda Balık Avlamak; Trickle-Down Etkisinin Türkiye Ekonomisinde Bölge Arası Tahmini*", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2015, S. 1, s. 196.

¹¹ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 64.

¹² Jean Dreze ekonomist, sosyal bilimci ve aktivisttir. Çalışmalarını Hindistan'ın karşı karşıya kaldığı açlık, kıtlık, cinsiyet eşitsizliği gibi alanlarda sürdürmektedir. Detaylı bilgi için bkz. (https://en.wikipedia.org/wiki/Jean_Dreze, 21.02.2021).

kazanılan paranın ülkedeki nüfusun harcama gücüne hiçbir katkı sağlamadan yabancı yatırımcılara gidebilmesi; yaklaşımın gelir dağılımı, irksal, dinsel, etnik ve toplumsal cinsiyet gibi konularda belli grupların mahrumiyetlerini dikkate almaması ve tek bir rakamla yaşamın bütün bileşenlerini verememesi şeklinde özetlenebilecek hususlar yaklaşımın eleştirilmesine sebep olmuştur. Özetlemek gerekirse; bu yaklaşım yaşam kalitesini sadece GSYİH artışıyla ilişkilendirmekte, gelir dağılımı, siyasi özgürlükler, azınlıkların mağduriyetleri ve hayatın diğer alanlarına ilişkin bir sürü soruyu sormadan işin içinden sıyrılmaktadır.¹³

GSYİH yaklaşımına göre halkın büyük çoğunluğu genel ekonomik gelişimden pay alamasa, eşitsizlikler ürkütücü boyutta olsa da ülkeler yaşam kalitesi sıralamalarında üst sıralarda yer alabilmektedir.¹⁴ Gerçekte yaşananları yansıtmayan bu sıralama sonuçları, yaşam kalitesinin tespit edilmesi için farklı bir yaklaşım kullanılması zorunluluğunu açıkça ortaya koymuştur. Bu zorunluluğun sonucu olarak kalkınma ve politika dünyasında “İnsani Gelişmişlik” ya da “Yapabilirlikler Yaklaşımı” olarak adlandırılan yeni bir kuramsal paradigma ortaya çıkmıştır.¹⁵

Bu yaklaşım kimi zaman *İnsani Gelişmişlik Yaklaşımı*, kimi zaman da *Yapabilirlikler Yaklaşımı* olarak adlandırılmaktadır. Çoğunlukla birbirleri yerine kullanılan bu iki ifadenin farkı, “İnsani Gelişmişlik Yaklaşımı”nın tarihsel olarak Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı’nın İnsani Gelişmişlik Raporlarıyla ilişkilendiriliyor olmasıdır. Bu raporlarda yapabilirlikler kavramı karşılaştırma ölçütü olarak kullanılmaktadır.¹⁶

Amartya Sen tarafından geliştirilmiş olan yapabilirlik/ kapasite yaklaşımı, yoksulluk, eşitsizlik ve genel olarak insani gelişim konularını ele almaktadır. Yapabilirlik yaklaşımının temelleri *Aristo*, *Adam Smith* ve *Karl Marx*’a kadar uzanmaktadır. *Amartya Sen* yapabilirlik yaklaşımında, Adam Smith’in “*gerek-sinimler*” analizi¹⁷, *Karl Marx*’ın “*insan özgürlüğü*”, *Aristo*’nun “*politik dönüşüm*” ve *Rawls*’un “*adalet*” teorisi ile *Isiah Berlin*’in “*iki özgürlük kavramı*” çalışmalarından etkilenmiştir.¹⁸

Amartya Sen, *Rawls*’un adalet teorisi içerisinde yer alan birincil değerler yaklaşımından etkilenmiş, kendi yaklaşımını bu temeller üzerine inşa etmiştir.¹⁹

¹³ NUSSBAUM, Yapabilirlikler s. 65-67.

¹⁴ NUSSBAUM, Yapabilirlikler s. 11.

¹⁵ NUSSBAUM, Yapabilirlikler s. 12.

¹⁶ NUSSBAUM, Yapabilirlikler s. 33.

¹⁷ Detaylı bilgi için bkz. Çiğdem **BOZ**, “*Adam Smith ve Amartya Sen*”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 14/3 (2012), 71-96.

¹⁸ Cihan Selek **ÖZ-** Cavit **ÇOLAKOĞLU**, “*Yapabilirlikten Yoksulluk Açısından Mikro Kredi Uygulaması: Sakarya İli Örneği*”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017, 4, s. 2043.

¹⁹ Raşit **ÇELİK**, “*Adalet Ölçütü Olarak İki Önemli Yaklaşım: Birincil Değerler ve Kabiliyetler*”, Kilikya Felsefe Dergisi, 2015/3, s. 85; UĞUR, s. 95.

Rawls, birincil değerleri üç kategoride ele alır: bunlar ‘doğal birincil değerler’, ‘toplumsal birincil değerler’ ve ‘öz saygı’dır. Doğal birincil değerler, sağlık, zeka, duyular ve uzuvlar gibi insanların doğal becerilerini oluşturan unsurları içerir. *Rawls*, bunları adaletin prensiplerini değerlendirebileceğimiz bir ölçütün kapsamında, yani adil dağıtımın kapsamında görmemiştir.²⁰ *Rawls*’un toplumsal birincil değerler olarak adlandırdığı değerler: hak ve özgürlükler, fırsatlar, gelir ve refah olarak sıralanabilir.²¹ Toplumsal birincil değerler ise adil dağıtımın esas unsurlarını oluştururlar. *Rawls* öz saygıyı en önemli toplumsal birincil değer diye niteler. Zira öz saygı olmaksızın hiçbir şey yapmaya değer değildir ve hiçbir şeyin değeri yoktur.²²

Temellerini *Amartya Sen*’den alan *Nussbaum*, kitabında ilk olarak yapabilirlik ve yapabilirlikler ifadeleri arasında bir fark olduğunu ortaya koyuyor. Çoğul ifadeyi tercih ettiğini, bunun sebebinin ise insanların yaşam kalitesini oluşturan önemli unsurların hem çoğul hem de nitelik bakımından birbirinden farklı olduğunu vurgulamak istemesinden kaynakladığını ifade ediyor. İkinci olarak da “*Yapabilirlikler Yaklaşımı*”nı “*İnsani Gelişmişlik Yaklaşımı*” terimine tercih ettiğini söylüyor.²³ Bunun nedenini ise insan haricindeki hayvanların da yapabilirlikleri olduğunu düşünmesiyle açıklıyor. Sonuç olarak da yapabilirlikler yaklaşımını yaşam kalitesini karşılaştırmalı olarak değerlendirmeyi ve toplumsal adaleti sağlayacak temel konularla ilgili bir kuram oluşturmayı amaçlayan bir yaklaşım olarak tanımlıyor.²⁴

Vasanti'nin Hikayesi

Yapabilirlikler yaklaşımı insanlar gerçekte ne yapabilirler ve ne olabilirler sorularını sorarak daha önce kullanılan modellerden²⁵ farklı bir şekilde olaylara yaklaşmaya başlamıştır.²⁶ *Nussbaum*, *Yapabilirlikler Yaratmak: İnsani Gelişmişlik Yaklaşımı* kitabında insanın olanaklarını ortaya koyabilmek ve yaklaşımı somutlaştırabilmek için Hindistan’ın kuzeybatısındaki Güracat eyaletinin büyük kentlerinden Ahmedabat’ta yaşayan *Vasanti* isimli otuzlu yaşlarda bir kadının yaşam öyküsünü anlatarak açıklamalarına başlamıştır.²⁷ *Vasanti* eşi tarafından şid-

²⁰ ÇELİK, s. 16.

²¹ Ömer Faik ANLI, “*John Rawls’un Siyasal Liberalizminin Kantçı Temelleri ve ‘Temelsiz’ Bir Liberalizmin Tutarlılığı*”, *Düşünme Dergisi*, sayı 3, s. 53.

²² Hüseyin AVŞAR, *Siyaset Felsefesi Açısından John Rawls’un Adalet Teorisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 28.

²³ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 34.

²⁴ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 34.

²⁵ GSYİH yaklaşımı, faydacı yaklaşım, kaynağa dayalı yaklaşımlar. Detaylı bilgi için bkz. NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 63-76.

²⁶ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 12.

²⁷ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 16.

det gördüğü için ailesinin yanına geri dönmüş ve bir şekilde çalışarak ekonomik özgürlüğünü elde etmeye çalışan bir kadındır.

*Nussbaum, Vasanti'nin hikayesini anlattıktan sonra şu soruları soruyor: "Nasıl bir kuramsal yaklaşım Vasanti'nin durumuna özgü konulara dikkat çekerek, uygun çözümleri teşvik eder ve hayata geçirilebilecek önerilerde bulunur? İnsan odaklı düşünürsek Vasanti'nin hikayesinde en çok ne dikkatimizi çekiyor, neleri önemsiyoruz?"*²⁸

Nussbaum kitabında, ilk olarak Vasanti'nin ufak tefek bir kadın oluşunu fark edebileceğimizi söylüyor ve bunun nedenlerinin ne olabileceğine dair bir beyin fırtınasının içine çekiyor okuyucuyu. Aklımıza gelen muhtemel cevaplardan biri çocukken yetersiz beslenmiş olması. Peki neden erkek kardeşleri ondan daha iyi görünüyor? Hindistan'da kız çocuklarının erkek çocuklarından daha kötü beslendiği ve nadiren doktora götürüldüğü biliniyor.²⁹ Bu durum ekonomik temelli birçok nedenden kaynaklanıyor. Kadınların iş bulma şansı çok daha düşük, ev içi çalışmalarının da ekonomik bir karşılığı olmadığı için kız çocukları ailelerin refahı için daha az öneme sahip olarak görülüyor. Hindistan'ın Kuzey ve Batı bölgelerinde kadınların evlenmeleri için ailelerin başlık parası ödemesi gibi bir gelenek mevcut. Bu durum kadınların ekonomik açıdan bir katkı sağlamamalarının yanında bir de ailelere külfet oldukları şeklinde bir algının oluşmasına neden oluyor. Evlenen kız çocuğunun ilerde yanlarında olmayacağı, onlara bakmayacağı gibi hususlar da göz önüne alındığında aileler kız çocukları için harcama yapmaktan kaçınıyorlar. Vasanti'nin kötü beslenmesinde yoksulluğun yanında cinsiyet ayrımcılığı da rol alıyor.³⁰

Hindistan'da toplumsal cinsiyetle ilgili olarak çarpıcı dengesizlikler var. Dünya genelinde yapılan çalışmalarda benzer beslenme ve sağlık koşullarında kadınların erkeklerden daha uzun yaşadıkları ortaya konulmuş: 100 erkeğe karşılık 102 kadın şeklinde bir istatistik bulunuyor. Ancak Hindistan'da bu durum 100 erkeğe karşılık 92 kadın şeklinde karşımıza çıkıyor. Bu oran Hindistan'ın genelini veriyor ancak bölgesel sonuçlar birbirlerinden oldukça farklı. Örneğin mülkiyetin anneden geçtiği, kocanın kız evine taşındığı Kerala eyaletinde 100 erkeğe karşılık 102 kadın yaşıyorken, Kuzey eyaletlerinde sonuçlar ürkütücü; 100 erkeğe karşılık 75 kadın karşımıza çıkıyor.³¹ Bu sonuçlar fetüsün cinsiyetinin öğrenildiği yerlerde daha da orantısız bir hal alıyor.³² Hindistan'da cinsiyete göre

²⁸ NUSSBAUM, Yapabilirlikler, s. 18.

²⁹ NUSSBAUM, Yapabilirlikler, s. 18; Martha **NUSSBAUM**, Women and Human Development: The Capabilities Approach, Cambridge University Press, 2001, s. 2.

³⁰ NUSSBAUM, Yapabilirlikler, s. 20; NUSSBAUM, Women and Human Development: The Capabilities Approach, s. 1.

³¹ NUSSBAUM, Women and Human Development: The Capabilities Approach, s. 3, 4.

³² NUSSBAUM, Yapabilirlikler, s. 21;

kürtaj çok yaygın bir sorun. Hindistan hükümet yetkilileri her yıl yirmi milyondan fazla kız çocuğunun istenmediğini doğruladı. Ülkede her yıl iki milyon kız çocuğu eksiliyor.³³

Vasanti'de dikkatimizi çeken diğer durum, onun okuma yazma bilmemesi ve bu nedenle karşısına çok az iş imkanı çıkması. Hindistan'da sağlık ve eğitim sistemleri eyaletlerin sorumluluğunda ve okuryazarlık oranı eyaletten eyalete değişiklik gösteriyor. Vasanti'nin eğitim almayı Güracat'taki eğitim sisteminin başarısızlığı olarak görebiliriz çünkü Kerala'da ergen çocuklarda okuryazarlık oranı yüzde yüz. Ülke çapında kadınların %53,7'si okuryazarken, erkeklerde bu oran %75,3 olarak karşımıza çıkıyor. Bu farkı yaratan unsurlarla ortalama ömür ve sağlıktaki cinsiyet farkını yaratan unsurlar aynı, kadınların iş bulma ve yönetime katılmada daha az şansları var. Bu nedenle aile açısından erkekleri okula gönderip kızları ev içi işlerde çalıştırmak daha mantıklı olarak görülüyor.³⁴

Hindistan Anayasası 2002 yılında ilk ve orta öğretimi zorunlu hale getirmiş ve temel bir hak olarak tanımlamıştır. Ancak kanuni düzenleme tek başına yoksul ailelerin çocuklarını okula göndermelerine yetmemiştir. Yoksul aileler çocukların işgücüne ihtiyaç duydukları için onları okula göndermek yerine çalıştırmayı tercih etmişlerdir. Bunun üzerine Hindistan Yüksek Mahkemesi, okullarda çocuklara en az 350 kalori ve 18 gram protein içeren öğle yemeği verilmesi zorunluluğunu getirmiştir. Bir çocuğun çalıştığında alabileceği besinden daha fazlasını okula gittiğinde tüketebilecek olması ailelerin çocukları okula göndermelerini sağlamıştır.³⁵

Hindistan Anayasasında gerçekleştirilen bir başka düzenleme de kadınlara ilişkindir. 1992'de köy meclislerinde (pançayat) kadınlara üçte bir oranında yer verilmesi kabul edilmiştir. Bu uygulama da okullarda yemek verilmesinin sağladığı teşvikle benzer bir etki yaratmış ve kadınların politikaya katılma ihtimalini artırmıştır.³⁶ Çocuklarının politikaya katılabileceğini, çalışabileceğini, ekonomik olarak gelir elde edebileceğini ve bunun ötesinde siyasi bir güç elde etme ihtimalini gören aileler kız çocuklarının eğitimine ve beslenmesine dikkat etmeye başlamışlardır. Vasanti, yaşı dolayısıyla bu iki gelişmeden de yararlanamamıştır.

Vasanti'nin hikayesinde ev içi şiddetten çıkış yolları ve eşyle ilişkisindeki pazarlık gücü üzerinde de durulması gerekiyor. *Bina Agarwal*'ın yaptığı bir araştırma, bölgeden yaşayan bazı kadınların ev şiddete maruz kalırken diğerlerinin kalmadığını ve bu durumun kadının toprak sahibi olmasıyla ilişkili olduğunu

³³ Detaylı bilgi için bkz. (<https://www.dw.com/tr/hindistan%C4%B1n-istenmeyen-k%C4%B1zlar%C4%B1a-42557440>, 07.03.2021).

³⁴ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 20.

³⁵ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 21.

³⁶ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 21

nu ortaya koymuştur. Toprak sahibi bir kadın evi terk ettiğinde değerli bir şeyi, sahip olduğu toprağı götürebilme gücüne sahip, bu durum kadının ev içindeki gücünü artırıyor.³⁷ Kadınların ev içi şiddetten kurtulma yollarından biri evi terk etmek, eğer kadın evden ayrılabilirse kendisini şiddetten koruyabiliyor. Evden ayrılacak pozisyonda olması önem kazanıyor bu durumda, eğer ekonomik bir gücü, toprağı, işi ya da ona destek olabilecek bir ailesi varsa bu güvencelerle evden ayrılabilir. Ancak bunlar yoksa gidebilme ihtimali azalıyor ve şiddetin dozu artabiliyor. Ailesinin Vasanti'ye destek olması, bu süreçte yanında durmaları Vasanti'nin evi terk edebilme iradesini ortaya koymasına olanak sağlıyor.

Vasanti'nin sosyal hayatı üzerine de eğilmek gerekiyor. Hindistan'da kast sistemi mevcut ve bu durum sosyal hayatın her alanına yansıyor. Yüksek kasta mensup kadınların ev dışında çalışması utanılacak bir şeymiş gibi değerlendiriliyor.³⁸ Vasanti'nin çalışma imkanı mensup olduğu kast yüzünden oldukça sınırlı, bir de buna evliliğı boyunca kimseyle ilişki kurmaması eklenmiş.

Nussbaum'un yaklaşımı için önemli bir diğer husus da Vasanti'nin boş vakitlerini nasıl değerlendirdiğı. Boş vakitleri var mı, bunları istediğı gibi değerlendirebiliyor mu, ruhuna iyi gelen aktiviteleri yapabiliyor mu? İnsanların özellikle kadınların evde yemek yapmak, çocukların veya yaşlıların bakımıyla ilgilenmek gibi görevleri olabiliyor, çalışma saatlerinin mesai saatleriyle kolaylıkla özdeşleştirilebildiğı bir yerde, evde yapılan çalışma kolayca görmezden gelinebiliyor. Çifte mesai dediğimiz bu durum kadınların kendileriyle ilgilenecek bir vakit bulamamalarına neden oluyor.

Vasanti'nin hayatına dair ayrıntılar karmaşık ve iç içe geçmiş bir halde ancak bütün bu iç içe geçmişliğe rağmen ayrı ayrı ele alınması gereken konular. Doğru bir kamu politikası onun hayatının bütün yönlerini etkileyebilir. Ancak dünyanın hiçbir yerinde halihazırda kullanılan kalkınma ekonomisi yaklaşımları Vasanti'nin mücadelesinin yanında yer almıyor. Bir devlet, GSYİH yaklaşımını benimsiyorsa kişi başına düşen gelir artışını yeterli görür ve detaylara, hikayelere bakma ihtiyacı hissetmez. Onlara göre bölge ekonomisinin büyümesi doğru politikaların izlendiğı anlamına gelmektedir. GSYİH'nın Vasanti için anlamı nedir? Lezzetli yemeklerle donatılmış bir masanın olduğu yerde bu yemekleri yiyemeyecek olmasıyla aynıdır. Zenginliğin artması devletin Vasanti'nin hayatını değiştirecek politikalar izlemesine yol açıyorsa iyidir, ancak işler her zaman bu şekilde ilerlemez. Ekonomik büyüme kendiliğinden sağlık ve eğitimde iyileşme sağlamaz. Vasanti'nin hayatını değiştirecek şeyler standart yaklaşımlarla elde edilemez.³⁹

³⁷ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 22

³⁸ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 23.

³⁹ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 27-28.

Standart yaklaşımlar, gelişen ekonomiye rağmen, Vasanti'nin içinde bulunduğu kötü koşullarla ilgilenmez; bunun yerine yaşam kalitesini artırmanın yegane yolunun ekonomik büyümeyi sağlamak olduğunu söyleyerek bakışların farklı yöne çekilmesine sebep olur.⁴⁰

Vasanti'nin hikayesinin detaylı bir şekilde kullanılmasının nedeni, *Nussbaum*'un merkezî yapabilirlik listesiyle oldukça ilişkili olmasından kaynaklanmaktadır. Vasanti'nin hikayesindeki yoksunluklar *Nussbaum*'u bir insanın yaşamında sahip olması gereken temel olanakların neler olduğunu⁴¹ düşünmeye itmiştir. Bunun sonucunda standart yaklaşımlara bir alternatif olarak yapabilirlikler yaklaşımı geliştirilmiştir.

Merkezi Yapabilirlikler

Yapabilirlikler yaklaşımı her bireyi bir amaç olarak ele alır. Yaklaşım tercihe veya özgürlüğe odaklanır. Değer konusunda çoğulcudur. İnsan başarılarının yalnızca nicel değil, nitel anlamda da farklı olduğunu; bir bozulmaya yol açmaksızın tek bir rakama sığdırılmayacağını unutmaz. Bu yaklaşım kök salmış adaletsizlikler ve eşitsizliklerle ilgilenir.⁴² Hükümetlere güttükleri kamusal politikalar bağlamında acil görev üstlenmeleri çağrısında bulunur. Yukarıda sayılanlar bu yaklaşımın temel unsurları olarak değerlendirilebilir. *Nussbaum* kendi yorumunda yaklaşıma insan onuru, eşik, siyasi liberalizm gibi kavramları da dahil etmiştir. *Nussbaum*'da kuram temel siyasi hak ve özgürlüklerle ilişkili olduğu için bir Merkezî Yapabilirlikler listesi de yer almaktadır.⁴³

Amartya Sen'in asıl üzerinde durduğu konu, yapabilirliği yaşam kalitesi değerlendirmeleri açısından esaslı bir karşılaştırma alanı olarak belirlemek, bu yolla kalkınma tartışmalarının yönünü değiştirmektir. *Sen*'in yaklaşımında *Nussbaum*'dan farklı olarak temel adalet konusunda kesin bir hükme varılmaz. *Sen* bir eşik ya da belirli bir yapabilirlikler listesi benimsemez⁴⁴, ancak sağlık ve eğitim konusundaki yapabilirliklerin merkezi önemde olduğunu kabul eder. İnsan onuru kavramı da *Sen*'in kuramının merkezinde yer almamakla beraber onun içinde oldukça önemlidir. Özetle *Sen* Yapabilirlikler Yaklaşımının bir ülkedeki toplam yaşam kalitesi değerlendirmesine temel olabileceğini öne sürerek, *Nussbaum*'un siyasi liberalizm amaçları bağlamında sınırladığı görüşünden farklı bir çizgide ilerler.⁴⁵

⁴⁰ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 28.

⁴¹ NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, s. 71.

⁴² NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, s. 6.

⁴³ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 35.

⁴⁴ Ingrid **ROBEYNS**, "*Sen's Capability Approach And Gender Inequality: Selecting Relevant Capabilities*", *Feminist Economics*, 9:2-3, s. 62.

⁴⁵ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 36.

Bir insan ne yapabilir, ne olabilir? Sorusuna verilecek yanıtların tümü Yapabilirliklerin neler olduğunu ortaya koyar. *Sen*'in formülasyonunda bir insanın yapabilirliği, altından kalkabileceği farklı bileşimlerde çeşitli faaliyetlerdir. Yani yapabilirlik çeşitli faaliyetler içinden birini başarma özgürlüğüdür. *Sen* bunu *temel özgürlükler* olarak adlandırmaktadır. *Nussbaum* ise daha açıklayıcı olduğunu düşündüğü için *temel özgürlükler* yerine *birleşik yapabilirlikler* adını vermiştir.⁴⁶

Nussbaum birleşik yapabilirliklerle, kişisel niteliklerin birbirine bağlı olmakla beraber farklı olduklarını söylemiştir. Kişisel nitelikleri, içsel yapabilirlikler olarak tanımlamıştır. İçsel yapabilirlikler doğuştan gelen özelliklerden farklıdır; öğrenilmiş, toplumsal, ekonomik, ailevi ve siyasi çevreyle etkileşim sonucu geliştirilmiş donanım ve yetenekler içsel yapabilirliklerdir. Vasanti'nin dikiş yeteneği, özgüveni, korkularından kurtulmuş olması onun içsel yapabilirlikleridir.⁴⁷

İçsel yapabilirlikleri birleşik yapabilirliklerden ayırmanın önemi toplumlar da kolaylıkla gözlemlenebilir. Bir insan siyasi konularda kendini özgürce ifade edebilecek bir eğitim almış olabilir ancak konuşmaları yasaklanırsa kendisini ifade etmesi engellenmiş olur. İçsel olarak dinin gereklerini yerine getirme konusunda özgür olan birçok insan bunu birleşik yapabilirlik anlamında gerçekleştirme fırsatı bulamayabilir. İçsel olarak siyasi parti içinde olabilecek birçok insanın birleşik yapabilirlik anlamında böyle bir seçim şansına sahip olmaması da örnek olarak verilebilir.⁴⁸

Birleşik yapabilirlikler, içsel yapabilirliklerle harekete geçmeyi mümkün kılan toplumsal/siyasi/ekonomik koşulların toplamı olarak tanımlandığı için, bir toplumun içsel yapabilirlikler üretmeden birleşik yapabilirlikler üreteceğini düşünmek kavramsal olarak mümkün değildir. Birçok alanda seçim şansı yaratabilen ama vatandaşları eğitemeyen veya zihinsel gelişimlerini besleyemeyen toplumlar da vardır. Ancak bu toplumlar kavramsal açıdan, ne içsel ne de birleşik yapabilirliklerin mevcut olduğunu söyleyemeyiz.⁴⁹

İnsanî gelişmişlik insanların dünyaya gelirken getirdiği güçlerin ortaya çıkarılmasını ifade eden bir kavramdır; bu sebeple doğuştan gelen yetenek fikri bu yaklaşımda önemli bir rol oynar. Doğuştan gelen bütün güçlerimize temel yapabilirlikler adını veriyoruz. Temel yapabilirlikler bireyin sonraki gelişimini ve eğitimini mümkün kılan doğal yetenekleridir. Ancak bu kavram hak ve özgürlükleri salt zeka veya yetenekle orantılan bir şekilde kullanılmamalıdır.⁵⁰

⁴⁶ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 36-37.

⁴⁷ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 37.

⁴⁸ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 38.

⁴⁹ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 37, 38.

⁵⁰ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 40.

Yapabilirliğin öteki yüzü işlevdir. İşlev bir ya da daha fazla yapabilirliğin aktif olarak hayata geçirilmesidir. Sağlıklı olmak da huzur içinde çimenlere uzanmak da bir işlev şeklidir. Yapabilirlik kavramının içinde seçme özgürlüğü fikri yer alır. Beslenme konusunda açlıktan ölen bir insan ile oruç tutan bir insanın durumu incelendiğinde, bu iki insanın yapabilirliklerinin aynı olmadığı görülür. Oruç tutan kişi aç kalmayı seçmeyebilir, ama açlıktan ölen kişinin seçim hakkı yoktur. Yapabilirlikler işlevlere yol verdikleri ölçüde önemlidir. Eğer bir insan işlev gösteremiyorsa, onlara birçok yapabilirlik sunmuş olan toplumun iyi olduğunu söylemek tuhaf olacaktır. İşlevler yapabilirlikleri amacına götüren şeylerdir.⁵¹

Bir hizmeti yaygınlaştıran politikalarla, yapabilirlikleri yaygınlaştıran politikalar arasında büyük bir ahlaki fark var. Politik hedef işlevler değil, yapabilirlikler sunmak olmalıdır. Ancak Yapabilirlikler Yaklaşımını kullananlardan bazıları devletin az sayıda ve belirli bazı alanlarda yapabilirlikleri değil, işlevleri desteklemesi gerektiği görüşüne sahipler. Örneğin *Richard Arneson* sağlık alanında işlev odaklı paternalist politikaları destekliyor. *Sen* ve *Nussbaum* ise insanların seçim yapabilmelerine verdikleri önemden dolayı bu tarz görüşlere katılmıyorlar. Bu durumun tek istisnasının devletin insanlara saygın ve insan onuruna yaraşır bir seçenek sunmaması olarak belirtiyorlar; bunu da yapabilirlikler listesinde onur ve saygı kavramlarının taşıdığı merkezi önemle ilişkilendirerek açıklıyorlar.⁵²

Yapabilirliklerle ilgili bir diğer tartışma konusu da onları ortadan kaldıracak şeyler yapmanın mümkün olup olmadığıdır. Akla uygun güvenlik kısıtlamaları ancak insan hayatını insan onuruyla bağdaşmayacak bir duruma sokacak ciddiyette bir özgürlük ihlalinin olmadığı durumlarda gerçekleştirilebilir.⁵³ Benzer bütün tartışmalarda sınır insan onuruyla bağdaşmayacak bir duruma sokmamak olarak belirlenebilir.

Konuyla ilgili başka bir soru da yapabilirliklerden hangilerinin yüksek düzeyde öneme sahip olduğudur. *Sen* ve *Nussbaum* önem sırasıyla en başından yüzleşmek gerektiğini ifade ederler. Peki odaklanacağımız yapabilirlikleri nasıl belirleyeceğiz? Eğer amaç salt karşılaştırma yapmaksızın kalemleri önceden belirlemeye gerek yoktur. Ancak hedef, toplumsal adaleti gerçekleştirmeye çalışmak, bir ülkenin anayasası ve kamu politikaları için temel oluşturacak siyasi ilkeler belirlemekse, yapacağımız seçimin önemi büyüktür.⁵⁴

Nussbaum'a göre Yapabilirlikler Yaklaşımı, ortadan kalkmaları halinde geriye insan onuruna yakışan bir hayatın kalmayacağını düşündüğümüz önemdeki

⁵¹ NUSSBAUM, s. 41; ROBEYNS, "Sen's Capability Approach And Gender Inequality: Selecting Relevant Capabilities", s. 63.

⁵² NUSSBAUM, Yapabilirlikler, s. 42, 43.

⁵³ NUSSBAUM, Yapabilirlikler, s. 43.

⁵⁴ NUSSBAUM, Yapabilirlikler, s. 44, 45.

ana özgürlüklerin korunmasına odaklanmalıdır. *Nussbaum* insan onuruna yakışan bir hayatın neler gerektirdiği sorusunu da asgari düzeyde on kalem şeklinde sıralanabilecek Merkezî Yapabilirliklerle açıklar. Hükümetler, insanların onurlu ve asgari gelişmeye izin veren bir hayat sürmelerini sağlamak ve ahlaklı bir siyasi düzen altında bütün yurttaşları için on “*Merkezî Yapabilirlik*”i bir asgari eşik olarak hayata geçirmelidir.⁵⁵ On Merkezî Yapabilirlik şu şekilde sıralanabilir;

1. *Yaşam*: İnsanın ömrünün sonuna kadar yaşayabilmesi, zamanından önce ya da hayatı yaşamaya değmeyecek kadar kısaltmadan ölmemesi.⁵⁶
2. *Beden Sağlığı*: İnsanın sağlığının her açıdan yerinde olması, üreme sağlığı, yeterli şekilde beslenme, uygun bir konutta oturma örnek olarak verilebilir.⁵⁷
3. *Bedensel bütünlük*: İnsanın cinsel saldırı ve ev içi şiddet dahil her türlü saldırıya karşı kendini güvende hissetmesi; cinsel tatmin imkanına ve üreme konusunda seçim hakkına sahip olması.⁵⁸
4. *Duyular, hayal gücü ve düşünce*: İnsanın hayal kurabilmesi, düşünebilmesi, karar verebilmesi ve aklını kullanabilmesi ve bunları insana uygun bir şekilde yapabilmesi, keyif aldığı deneyimler yaşayabilmesi ve kendine yararı yoksa acı çekmekten kaçınabilmesi.⁵⁹
5. *Duygular*: İnsanın genel olarak sevebilmesi, yas tutabilmesi, hasret, minnettarlık ve haklı öfke duyabilmesi.⁶⁰
6. *Pratik Akıl*: İnsanın iyi olanı kavrayabilmesi ve kendi hayatını konusunda eleştirel bir bakışa sahip olabilmesi.⁶¹
7. *Bağlanma*: A) İnsanın başkalarıyla birlikte yaşayabilmesi, başka insanlara olan ilgisini belirtmesi ve göstermesi, çeşitli toplumsal ilişki biçimlerinde yer alabilmesi; başkasının içinde bulunduğu durumu anlayabilmesi. B) İnsanlara değer açısından herkesle eşit ve onurlu kişiler olarak davranılması.⁶²

⁵⁵ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 49; NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, s. 75.

⁵⁶ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 49; NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, s. 78.

⁵⁷ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 49; NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, s. 78.

⁵⁸ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 49; NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, s. 78.

⁵⁹ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 49, 50; NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, s. 78, 79.

⁶⁰ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 50; NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, s. 79.

⁶¹ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 50; NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, s. 79.

⁶² NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 50, 51; NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, s. 79, 80.

8. *Öteki Türler*: İnsanların hayvanlarla, bitkilerle ve doğayla ilişki içerisinde ve onları gözeterek yaşayabilmesi.⁶³
9. *Oyun*: İnsanın gülüp oynayabilmesi, eğlendirici faaliyetlerde bulunabilmesi.⁶⁴
10. *Kişinin çevresine yönelik denetimi*: A) *Siyasi*: Siyasi katılım, ifade özgürlüğü ve dernekleşme hakkının korunması. B) *Maddi*: Herkesle eşit mülkiyet hakkına sahip olunması, herkesle eşit iş arama hakkına sahip olunması, yasal izin olmaksızın aranmama ve yakalanmama özgürlüğüne sahip olunması.⁶⁵

Yapabilirlikler öncelikle bireylere özgüdür. Gruplara ise ancak dolaylı olarak uygulanması mümkündür. Yaklaşım her bireyi bir amaç olarak kabul etmek gerektiğini söyler. Genelde politikalar bireye değil, aileye odaklanır. O sebeple bireye odaklanmak politik açıdan büyük bir fark yaratır. Grup temelli politikaların bireysel yapabilirlikler yaratabilmesi ancak pozitif ayrımcılık gibi durumlarda kabul edilebilir.⁶⁶

Merkezi Yapabilirliklerin ayrı kalemler halinde değerlendirilmesi önemlidir. Her kalem farklıdır ve birinde sayılan ihtiyaçlar ayrı ayrı karşılanmayı ve güvence altına alınmayı gerektir. Ülkeler bir kalem için duyulan ihtiyacı, başka bir kalemden fazlasıyla karşılanıyor diye görmezden gelemezler.

Nussbaum, on kalemlik listenin asgari olduğunu, ve bunun tartışılarak geliştirilmesinin mümkün olduğunu belirtir. Listenin tamamlanmamış olduğunu belirtmekle beraber on kalemden sıralanan yapabilirliklerin tümünün değerli ve vazgeçilmez olduğunu da ekler. Listedeki bazı yapabilirliklerin merkezî olmadığı eleştirisine yönelik olarak, örneğin eğlence ve boş zamanların neden korunması gerektiğini sorgulayan birine kadınların çifte mesai çalışma durumunu gösterek, bu kalemi hayata geçiremeyen bir insanın iş fırsatları, siyasi katılım, fiziksel ve duygusal sağlık, arkadaşlık gibi diğer yapabilirlik kalemlerini hayata geçiremeyeceğini söyler.⁶⁷

Nussbaum trajik bir ikilem ile sıralama yapılamayacak durumlar arasına bir ayrım koyar. Tüm seçeneklerimiz bir ihlal içeriyorsa yapacağımız seçimin diğer seçimden daha iyi olduğu durumlar vardır. Hindistan'da yoksul ailelerin

⁶³ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 51; NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, s. 80.

⁶⁴ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 51; NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, s. 80.

⁶⁵ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 51; NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, s. 80.

⁶⁶ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 51, 52.

⁶⁷ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 53.

çocuklarını okula gönderip göndermemesi ikilemi esnek okul saatleri ve besin değeri yüksek öğle yemeğinin verilmesiyle çözülmüştür. Anneler çocuklarına iyi bakmak ve mütevazı bir yaşam sürmek arasında seçim yapmaya zorlanmaktadır. Bu ikilemin çözümü de çocuk bakımının kamusal olarak sağlanıyor olmasına bağlıdır. Trajik bir çelişki durumunda bunu ortadan kaldırmak için ne gibi bir işlem yapmamız gerektiğini sorgulamalıyız. Yapabilirliklerin eşik düzeyine nasıl ulaşabileceğimizi düşünmeli, bu amaçla henüz herkese ortaöğretim düzeyinde eğitim sağlamayacak durumdaysak bile, bütün çocukların ilkokula gidebilmesini mümkün kılmalıyız.⁶⁸

Yapabilirlikler listesinin bir unsuru da eşik seviyesidir. Toplumsal adalet kuramlarından birçoğu yeterlilik eşliğini kâfi bulmaz. Bazıları tam eşitlik talep eder. *John Rawls* yalnızca en kötü durumda olanların seviyesi yükseltiliyorsa eşitsizlik baştan kabul edilmiştir der.

Eşik seviyesiyle ilgili bir başka tartışılan konu da eşik seviyesinin erişilemeyecek kadar yüksek ya da insan onuruna yaraşmayacak kadar düşük belirlendiği ütopyacılık ve isteksizlik durumlarıdır. *Nussbaum* buna cevaben yasa koyucunun görevinin ülkeleri ileri götürmeyi amaçlayan fakat ütopyacı olmayan seviyeyi belirlemek olduğunu belirtir.⁶⁹

Yapabilirlikler Yaklaşımı, *Jonathan Wolff* ve *Avner De-Shalit*'in *Disadvantage* isimli kitabıyla gelişmeye devam etmiştir. Bu kitapta yaklaşımının kuramsal zenginliğini arttıran yeni kavramlar kullanılmıştır. İlk kavram *yapabilirlik güvencesidir*. Bir kamu politikası insana salt yapabilirlik sunmakla kalmamalı, insanlarda bunun gelecekte de devam edeceğine dair bir güven uyandırmalıdır. Örneğin, *Vasanti*'nin kardeşlerinden borç para almasında böyle bir güvence söz konusu değildi.⁷⁰

Diğer kavramlar ise *bereketli işlev ve yıpratıcı dezavantaj*dır. Bereketli işlev başka yapabilirliklerin gerçekleşmesine olanak sağlayan eylemleri yapmaktır. *Vasanti* için borç para alması böyle değerlendirilebilir; bu sayede bedensel bütünlüğünü koruyabilmiş, iş fırsatları yakalamış, kendisine saygısı artmıştır. Yıpratıcı dezavantaj ise bu madalyonun diğer yüzüdür. Gerçekleştiğinde diğer kalemleri olumsuz yönde etkileyen durumlar buna örnek gösterilebilir. Bereketli işlev ve yıpratıcı dezavantaj kamu politikaları oluştururken müdahale edilebilecek hayati noktaları belirlemek açısından önemlidir.⁷¹

⁶⁸ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 55.

⁶⁹ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 58, 59.

⁷⁰ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 60.

⁷¹ NUSSBAUM, *Yapabilirlikler*, s. 61.

Sonuç

Bu çalışmada *Martha Nussbaum*'un Yapabilirlikler Yaklaşımından bahsedilmiştir. Yaklaşımın özelliklerine geçilmeden önce ilk olarak ülkelerin yaşam standartını belirlemek için kullanılan GSYİH yöntemi ve bu yöntemin eksik olan yönleri vurgulanmıştır. Ardından bir örnek üzerinden bir insanın olanaklarının neler olduğuna dair ayrıntılı bir değerlendirme yapılmıştır. Etkili bir kamu politikasının kişinin hayatını nasıl değiştirebileceği Vasanti örneği üzerinden somutlaştırılmıştır. Bu açıklamaların ardından Yapabilirlikler Yaklaşımının hangi düşünürlerden etkilendiği ortaya koyulmuş ve *Nussbaum*'un özellikle vurguladığı hususlar açıklanmaya çalışılmıştır. Yaklaşımının neleri içerdiği, standart yaklaşımlardan nasıl farklılaştığı, olmazsa olmaz olarak belirlediği merkezî yapabilirliklerin neler olduğu anlatılmış ve yaklaşıma yeni eklenen kavramlar açıklanmıştır. Özetle bu çalışmada, Yapabilirlikler Yaklaşımının kuramsal olarak ne ifade ettiği, neleri içerdiği ve amaçladığı şeyin ne olduğu gibi sorular yanıtlanmaya çalışılmıştır.

Kaynakça

- AKINCI Merter:** “Bulanık Suda Balık Avlamak; Trickle-Down Etkisinin Türkiye Ekonomisinde Bölgeler Arası Tahmini”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2015, S. 1, s. 195-220.
- ANLI Ömer Faik:** “John Rawls’un Siyasal Liberalizminin Kantçı Temelleri ve ‘Temelsiz’ Bir Liberalizmin Tutarlılığı”, *Düşünme Dergisi*, sayı 3, s. 44-69.
- ARUN Onur:** “Yapabilirlikler Yaklaşımı ve Değerli Yapabilirliklerin Tanımlanması Sorunsalı Yanlış Bilinç mi, Yapısal Eşitsizlikler mi?”, 2016, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 16 Sayı: Özel Sayı, 9-24.
- AVŞAR Hüseyin:** Siyaset Felsefesi Açısından John Rawls’un Adalet Teorisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.
- BOZ Çiğdem:** “Adam Smith ve Amartya Sen”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 14/3 (2012), 71-96.
- ÇELİK Raşit:** “Adalet Ölçütü Olarak İki Önemli Yaklaşım: Birincil Değerler ve Kabiliyetler”, *Kilikya Felsefe Dergisi*, 2015/3, s. 83-96.
- DEMİRTÜRK R. Burcu DEMİRTÜRK- BOZKUŞ Nebahat- CEPHE Ahu- AKTAŞ Buket- TAŞDEMİR AFŞAR Selda- ÇINGİ Hülya:** “Yoksulluk Düzeyinin Modellenmesi Üzerine Bir Araştırma”, *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, Bahar 2011, Cilt: 14 Sayı: 1, s. 29-67.
- KARDAM Filiz- YÜKSEL İlknur:** “Kadınların Yoksulluğu Yaşama Biçimleri: Yapabilirlik ve Yapabilirlikten Yoksunluk” *Nüfusbilim Dergisi\Turkish Journal of Population Studies*, 2004, 26, s. 45-72.
- NUSSBAUM Martha:** *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, 2001, s. 2.
- NUSSBAUM Martha C.:** *Yapabilirlikler Yaratmak (Çeviren: Selda SOMUNCUOĞLU)*, İletişim Yayınları, İstanbul 2018.
- ÖZ Cihan Sele- ÇOLAKOĞLU Cavit:** “Yapabilirlikten Yoksunluk Açısından Mikro Kredi Uygulaması: Sakarya İli Örneği”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2017, 4, s. 2041- 2068.
- ROBEYNS Ingrid:** “Sen’s Capability Approach and Gender Inequality: Selecting Relevant Capabilities”, *Feminist Economics*, 9:2-3, s. 61-92.
- ROBEYNS Ingrid:** “The Capability Approach: a theoretical survey”. *Journal of Human Development*, 2005, 6:1, s. 93-117.
- UĞUR Mehmet Sedat:** “Amartya Sen’in Kapasite Yaklaşımı ve İnsan Merkezli Bir Kalkınma Anlayışı”, *Sosyoekonomi*, 2017, Vol. 25(31), s. 91-107.
- YUNCU L. Demet:** “İki Yoksulluk Yaklaşımı: A. Sen’in Yapabilirlikten Yoksunluk Teorisi ve Toplumsal Dışlanma Çerçevesinin Karşılaştırması”, *Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu Araştırma Raporu*.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://www.dw.com>

<https://en.wikipedia.org>

İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olarak Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları^(*)

Individual Application Decisions of the Turkish Constitutional Court as a Reason of Renewing the Trial in Administrative Justice Law

Arş. Gör. Talha ERDOĞMUŞ^(**)

Öz

Yargılamanın yenilenmesi, kesinleşen hükmün hak ihlali veya hukuka aykırılık taşıdığıının sonradan tespit edilmesi halinde, kanunda sayılan durumlarda başvurulabilecek olağanüstü bir kanun yoludur. İdari yargılama hukuku bağlamında, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) m. 53'te sayılan durumlarla sınırlı olup olmadığı süregelen bir tartışmadır. Bu bağlamda, doktrinde ve yargı kararlarında, istisnaları bulunmakla beraber, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin sınırlılığı ve içtihat yoluyla genişletilemeyeceği görüşü kabul görmektedir. Fakat 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkânı tanınmasıyla tartışma farklı bir boyut kazanmıştır. 6216 sayılı Kanunun m. 50/2 hükmüne göre, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru neticesinde ihlal kararı vermesi halinde, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilebilmektedir. Burada önceki tartışmadan farklılaşan, İYUK m. 53 hükmünde sayılmayan sebebin, içtihat yoluyla değil ayrı bir kanuni düzenlemeye dayanılarak yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında dahil edilip edilemeyeceği sorusudur. Bu durumda, 6216 sayılı Kanun m. 50/2'de yer alan "yeniden yargılama" ile kastedilenin teknik anlamda bir yargılamanın yenilenmesi olup olmadığı tartışılmaktadır. Özellikle İYUK m. 53/1-1'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından bireysel başvuru neticesinde ihlal kararı verilmesinin bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak sayılması karşısında, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurular yönünden bu soru daha anlamlı hale gelmektedir.

Anahtar Kelimeler

Yargılamanın Yenilenmesi, Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Yeniden Yargılama, 2577 sayılı İYUK m. 53, İdari Yargılama Hukuku.

(*) Makale geliş tarihi: 15.02.2021 - Makale kabul tarihi: 28.04.2021.

(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.
E-posta: talhaerdogmus@sakarya.edu.tr.
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-8716-255X>.

Abstract

The renewal of trial is an extraordinary legal remedy that can be applied in limited situations provided by the law (*numerus clausus*) against the finalized court decisions (*res judicata*) which are found to be violating the rights or illegal. Within the context of administrative justice, whether the reasons for the renewal of trial are limited in Art. 53 of Procedure of Administrative Justice Law No. 2577 (İYUK No. 2577) or not have been debating. In that sense, in the doctrine and judicial decisions, it is accepted that the reasons for the renewal of trial are limited and cannot be expanded through case law. However, with Law on The Establishment and Rules of Procedure of The Constitutional Court of Turkey No. 6216, the debate has gained an altered dimension with the opportunity of individual application to the Constitutional Court. According to Art. 50/2 of Law No. 6216, if the Constitutional Court decides on the violation as a result of the individual application, the file can be sent to the relevant court for retrial in order to eliminate the violation and its consequences. Here, distinguishing from the previous discussion, the question is focusing on whether the reason which is not designated in Art. 53 of İYUK No. 2577 but held in Law No. 6216 can be evaluated among the reasons for the renewal of trial. Therefore, it is discussed whether "retrial" in Art. 50/2 of Law No. 6216 may be considered as the renewal of a trial in technical terms. Especially, this question becomes more momentous in terms of individual applications to the Turkish Constitutional Court while regarding that the decision of violation as a result of the individual application by the European Court of Human Rights (ECHR) is considered as a reason for the renewal of trial in Art. 53/1-I of İYUK No. 2577.

Keywords

Renewal of Trial, Turkish Constitutional Court, Individual Application, Retrial, Art. 53 of İYUK No. 2577, Administrative Justice.

Giriş

Yargılamanın yenilenmesi, mehz Fransız Yargılama Usulü Kanunundan iktibas edilerek Tanzimat döneminin 1879 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanununda ilk olarak düzenlenmiştir. Akabinde, 1982 tarihli 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda "yargılamanın yenilenmesi" olarak yeniden isimlendirilene kadar idari yargılama usulüne ilişkin tüm temel kanunlarda iade-i muhakeme veya muhakemenin iadesi isimleriyle var olan köklü bir hukuki kuruma dönüşmüştür.¹ Tarihsel süreçte idari yargılama hukuku alanında yargı teşkilatı ve kanun yolları yönünden önemli değişiklikler yapılmasına rağmen yargılamanın yenilenmesi kurumunun özü itibariyle değişikliğe uğramadan muhafaza edilmesi dikkat çekicidir.

Yakın geçmişte, 28 Haziran 2014 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile idari yargılama hukuku alanında önemli değişiklikler yapılmış, olağan kanun yollarına istinaf eklenerek üç aşamalı bir sisteme geçilmiş ve karar düzeltme kanun yolu ortadan kaldırılmıştır. Yargılamanın yenilenmesi kurumu ise

¹ Çağla TANSUĞ, *İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 10-14.

değişikliklerden etkilenmeden varlığını sürdürmektedir. Tüm bu tarihi serencama bakıldığında yargılamanın yenilenmesi kurumunun idari yargılama hukuku için yerleşik ve köklü bir anlam ifade ettiği sonucuna varılabilecektir.

Köklü bir hukuki kurum olmasına rağmen yargılamanın yenilenmesi sınırlı sayıda durum için başvurma imkânı tanınan ve oldukça az sayıda başvuruya konu edilen bir kanun yoludur.² Bu durumun ilk sebebi yargılamanın yenilenmesinin olağanüstü bir kanun yolu olmasıdır. İkinci sebebi ise bu kanun yoluna yalnızca kanunda sayılan hallerde başvurulabilmesidir. Zira, yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna başvuru sebeplerinin sınırlı sayıda olduğu (*numerus clausus*) ve kıyas yoluyla genişletilmesinin mümkün olmadığı yönünde hem medeni yargılama hukuku hem ceza muhakemesi hukuku hem de idari yargılama hukuku alanlarında fikir birliği bulunduğu ifade edilmektedir.³ Danıştay da yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin kıyas yoluyla genişletilemeyeceği görüşündedir.⁴ İdari yargılama hukuku özelinde bu sınırlı sebeplerin sayıldığı temel hüküm İYUK m. 53'tür. Madde hükmünde, kararın esası ve hukuka uygunluğunu etkileyecek nedenlerin sonradan anlaşıldığı çeşitli durumlar sayılarak, bu durumlardan birisinin gerçekleşmesi halinde kesinleşen hükmün kaldırılması ve yeniden bir yargılama yapılarak karar verilmesi için esas hakkında karar veren mahkemeye başvurulabileceği kurala bağlanmıştır.

2010 yılındaki Anayasa değişikliklerinin ardından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun açılması ve akabinde yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un m. 50/2 hükmünde ihlal tespit edilen hallerde, “*ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir.*” ibare-

² Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan 2018 Adalet İstatistiklerine göre Hukuk Mahkemelerinde 2019 yılında açılan **toplam 2.155.463** dava içinde konusu yargılamanın yenilenmesi olan dosya sayısı **sadece 444** iken, karara bağlanan **toplam 2.145.525** davadan konusu yargılamanın yenilenmesi olan dosya sayısı ise **sadece 426'dır**. İlgili veri hukuk davalarına ilişkin olmakla beraber yargılamanın yenilenmesinin olağanüstü bir kanun yolu olduğunu gösteren önemli bir bilgi sunmaktadır. Bkz. **Adalet İstatistikleri 2019**, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2020, s. 197-203. https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1092020162733adalet_ist-2019.pdf, (Erişim Tarihi: 26.04.2021)

³ Ramazan ÇAĞLAYAN, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye: Mukayeseli Bir Deneme*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 454-455.

⁴ Danıştay 2. D., 06.02.2018 tarihli E. 2016/5116, K. 2018/480 sayılı kararda yer alan değerlendirme şu şekildedir: “...sayılı karara yönelik yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunulabilmesi için, hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması gerektiğinden ve yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin kıyas yoluyla genişletilememesi sebebiyle Komisyonca verilen kararın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı niteliği taşımasına olanak bulunmadığından yargılamanın yenilenmesi isteminin reddi gerektiği sonucuna varılmıştır.” Aynı yönde bkz. Danıştay 2. D., 30.9.2020 tarihli E. 2020/251 K. 2020/2721; Danıştay 14. D., 18.10.2018 tarihli E. 2018/2298 K. 2018/6219 sayılı kararlar. (Lexpera Hukuk Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26.04.2021)

sine yer verilmesiyle yargılamanın yenilenmesi kurumu açısından yeni bir tartışma doğmuştur. Tartışmanın özü, 6216 sayılı Kanunun m. 50/2 hükmünde geçen “yeniden yargılama” ibaresinden yola çıkarak, bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı verilmesinin ayrıca düzenlenmiş bir yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılıp sayılamayacağı sorusuna dayanmaktadır. Bu soru, idari ve diğer yargılama hukuku alanlarında yargılamanın yenilenmesi sebepleri yönünden geçerlilik bulan sınırlı sayı ilkesi ve kıyas yoluyla genişletme yasağının bir istisnasını teşkil edip etmediği yönünden önem arz etmektedir. Bu soru bağlamında netleştirilmesi gereken diğer bir husus ise 6216 sayılı Kanunun m. 50/2 hükmünde yer verilen “yeniden yargılama” usulünün teknik olarak yargılamanın yenilenmesi sayılmasının mümkün olup olmadığıdır. İdari yargılama hukuku açısından bu tartışmanın önemi, İYUK m. 53’te yer almayan ve fakat bir başka kanunda belirtilen durumun diğer bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabulüne ilişkindir.

Bu çalışmada öncelikle, yargılamanın yenilenmesi kurumunun amacı ve kapsamı üzerinde durulacaktır. Ardından, İYUK m. 53/1-1’de AİHM tarafından ihlal kararı verilmesinin bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak sayıldığı dikkate alınarak, AİHM ve Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru ve sonuçlarının idari yargılama hukukuna etkisi değerlendirilecektir. Son bölümde ise, her iki yöndeki görüşlere ve gerekçelerine değinilerek neden Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru neticesinde ihlal kararı verilmesinin ayrıca bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği gösterilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızda bu tartışma esas olarak, idari yargılama hukuku ve İYUK m. 53 hükmü çerçevesinde ele alınacaktır. Öte yandan, aynı tartışma medeni usul hukuku ve ceza muhakemesi hukuku yönünden de güncelliğini sürdürmekte olduğundan ilgili bölümlerde bu alanlardaki doktriner görüşlerden de yararlanılacaktır.

I. Yargılamanın Yenilenmesi Kurumunun Amacı ve Kapsamı

Yargılamanın yenilenmesi, kesin hükme dönüşmesiyle birlikte gerçeğe uymasa dahi hukuki gerçeklik halini alan bir kararın sahip olduğu dokunulmazlık ve değişmezlik imtiyazının ortadan kaldırılmasına imkân veren olağanüstü bir kanun yoludur.⁵ Bir diğer ifadeyle, yargılamanın yenilenmesi, adaletin sağlanması amacıyla kesin hüküm halini alan ve kural olarak dokunulmaz hale gelen kararlara karşı yeni bir başvuru imkanı tanımaktadır.⁶ Bu sayede, yargılama sürecinde meydana gelen çeşitli ağır hata ve eksiklikler sebebiyle hukuka aykırı şekilde

⁵ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, *İdare Hukuku (Cilt 2)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 1031; ÇAĞLAYAN, s. 429.

⁶ TANSUĞ, s. 9.

maddi anlamda kesinleşen hüküm ortadan kaldırılmakta ve daha önceden kesin olarak karara bağlanmış bir uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama ve inceleme gerçekleştirilmektedir.⁷ Böylece, hukuka aykırılık taşıyan kesin hükmün hukuk alanında varlığını sürdürmesi önlenmektedir.

Türk hukukunda kesinleşme kriterini esas alan görüşe göre istinaf ve temyiz olağan kanun yolları; yargılamanın yenilenmesi ise olağanüstü kanun yoludur.⁸ Bu kritere göre kanun yolları, nihai kararın kesinleşmesini önleyen olağan (temyiz ve istinaf) ve kesinleşen karara karşı başvuru olan olağanüstü (yargılamanın yenilenmesi) kanun yolları olarak birbirinden ayrılmaktadır. Kesinleşen hükmün kaldırılmasının yoluysa yeni ve bağımsız bir davadır.⁹ Daha detaylı ifadesine göre yargılamanın yenilenmesi, kesin hüküm halini alarak neticelenen daha önceki süreç haricinde gelişen çeşitli durumlara bağlı olarak dosyanın yeniden ele alınmasını sağlayan dava biçiminde görülen bir hukuki çaredir.¹⁰ Bu sebeple, şeklen henüz kesinleşmemiş kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacaktır.

Yargılamanın yenilenmesi olağanüstü nitelikte bir kanun yolu olduğu için ancak kanunla öngörülen sınırlı sayıda durum için bu yola başvurulabilmektedir. Aksi halde, kesin hükümden beklenen uyuşmazlığın nihai olarak sonlandırılması ve hukuki durumda istikrar sağlanması amaçları gerçekleşmeyecektir.¹¹ İdari yargılama hukuku açısından, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin yer aldığı kanun hükmü İYUK m. 53'tür. Madde hükmünde belirtilen "*aşağıda yazılı sebepler dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi istenebilir.*" ibaresiyle yargılamanın yenilenmesi sebepleri sayma yoluyla gösterilmiştir. Sayılan bu sebeplerden birisinin gerçekleşmesi durumunda asıl davanın yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmada menfaati olan tarafının, bu yola başvurabileceği ifade edilmektedir.¹²

Yargılamaların yenilenmesi taleplerinin hangi mercie yöneltileceği ise bir diğer sorudur. İYUK m. 53/2 hükmünde yargılamanın yenilenmesi yönündeki taleplerin "*esas hakkında karar veren mahkeme*" tarafından karara bağlanacağı belirtilmektedir. Esas hakkında karar veren mahkeme, ilk derece mahkemesinin verdiği kararın istinaf edildiği ve fakat bu başvurunun bölge idare mahkemesi

⁷ Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü (Cilt 5)*, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 5165.

⁸ ÇAĞLAYAN, s. 262.

⁹ Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt 3)*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 575.

¹⁰ Hakan PEKCANITEZ, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES, *Medeni Usul Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2324.

¹¹ Bahtiyar AKYILMAZ, Murat SEZGİNER, Cemil KAYA, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2018, s. 844.

¹² Halil KALABALIK, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 435.

tarafından reddedildiği durumlarda ilk derece mahkemesidir. Buna mukabil, istinaf başvurusunun kabul edildiği ve ilk derece mahkemesi hükmü kaldırılarak yeniden hüküm kurulması halinde artık esas hakkında karar veren mahkeme bölge idare mahkemesidir. Nitekim doktrinde de bu yaklaşım benimsenmekte¹³ ve Danıştay'ın da görüşünün bu yönde olduğu ifade edilmektedir.¹⁴

Örnek Danıştay kararında görüleceği üzere,¹⁵ İYUK'ta ayrı bir yargılama usulüne tabi tutulan ivedi yargılama ve merkezi sınavlara ilişkin durumlarda ise klasik temyiz incelemesinden farklı olarak Danıştay'a gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yapma yetkisi tanınmış olduğundan, belirtilen durumlar için yargılamanın yenilenmesine konu edilecek karar Danıştay tarafından işin esasına girilen temyiz kararı olacaktır.¹⁶ Buna ek olarak Danıştay Kanunu m. 24 ve diğer ilgili kanunlarda yer alan hükümlere göre, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda esastan verdiği kesinleşen kararlar için de yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilecektir.¹⁷ Fakat, yargılamanın yenilenmesi talebi temyiz

¹³ Hakan PEKCANITEZ, **Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Medenî Yargıya Etkisi**, Anayasa Yargısı, Cilt 35, 2018, s. 84.

¹⁴ AKYILMAZ vd., s. 886. Konuya ilişkin Danıştay 2.D., 06.04.2017 tarihli E. 2017/800, K. 2017/2834 sayılı kararda şu değerlendirme yapılmaktadır: "2577 sayılı Kanunun, "Yargılamanın yenilenmesi" başlıklı 53. maddesinin 1. fıkrasında; Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, aynı fıkra da sayma suretiyle belirtilmiş sebepler dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi istenebileceği hüküm altına alınmış, 2. fıkrasında ise; yargılamanın yenilenmesi isteklerinin esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanacağı belirtilmiştir...dosyada yapılan yargılamanın yenilenmesini istediği anlaşılmakta ise de; yukarıda yer verilen Yasa hükmü gereğince, yargılamanın yenilenmesi isteklerinin esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanacağı dikkate alındığında, söz konusu istemlerin Danıştay'da incelenmesine olanak bulunmamaktadır." (Lexpera Hukuk Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26.04.2021)

¹⁵ Danıştay 13. D., 15.2.2016 tarihli E. 2015/6368 K. 2016/288 sayılı kararda yer alan ifade şu şekildedir: "Davanın ivedi yargılama usulüne tabi olması ve Mahkemece davanın reddine ilişkin olarak verilen kararın Dairemizce verilen 28.05.2015 tarih ve E. 2015/689, K. 2015/2010 sayılı karar ile bozulması ve dava konusu işlemin iptaline kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere) karar verilmiş olması bakımından Dairemizin anılan kararına yönelik yargılamanın yenilenmesi isteminin İdare Mahkemesince değil Dairemizce karara bağlanması gerekmektedir. Zira İdare Mahkemesince verilen kararın bozulması üzerine dosya Mahkemeye gönderilmeyip esasa ilişkin olarak ta nıhaif karar Dairemizce kesin olarak verildiğinden, 2577 sayılı Kanun'un 53. maddesinde belirtilen "esas kararı vermiş olan mahkeme"nin bu olayın özelliği itibarıyla Dairemiz olarak kabulü gerekmektedir." (Lexpera Hukuk Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26.04.2021)

¹⁶ İYUK m. 20/A ve m. 20/B'de ivedi yargılama usulü ve merkezi sınavlara ilişkin temyiz talepleri için, diğer temyiz taleplerinden farklı olarak, Danıştay'a "işin esas hakkında" ve "gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir" ifadeleri ile esasa ilişkin karar verme yetkisi tanınması karşısında, belirtilen durumlar için de yargılamanın yenilenmesine konu edilecek kararın Danıştay tarafından işin esasına girilen temyiz kararı olacağı kabul edilmelidir.

¹⁷ Danıştay 15. D., 04.05.2016 tarihli E. 2016/4049 K. 2016/3121 sayılı kararda yer alan değerlendirme şu şekildedir: "Bu durumda, yukarıda anılan madde uyarınca, Danıştay dava dairelerinin, sadece ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda verdiği kararlara ilişkin yargılamanın yenilenmesi istemlerini inceleyebileceğinden; Danıştay dava dairelerince temyizen incelenen idare ve vergi mahkemelerinin kararları hakkındaki yargılamanın yenilenmesi istemlerinin, davanın esas hakkında karar veren mahkemece incelenmesi gerekmekte olup; her ne kadar yargılamanın ye-

merciinin onama, bozma veya ret kararlarına karşı istenemeyecektir.¹⁸ Ayrıca, temyiz kararlarının yanı sıra ara kararlar, yürütmenin durdurulması kararları, ilk inceleme aşamasındaki kararlar, davanın açılmamış sayılması kararı, davayı sonuçlandıran taraf işlemleri, yargısal olmayan kararlar, görev ve yetki uyuşmazlığına ilişkin kararlar, uyuşmazlığı esastan çözmeyen kararlar ve yargılamanın yenilenmesi üzerine verilen kararlar yönünden yargılamanın yenilenmesi talep edilemeyecektir.¹⁹ Ara kararlarda olduğu gibi, davayı sonuçlandıran taraf işlemleri feragat, sulh ve kabul yönünden de yargılamanın yenilenmesinin talep edilemeyeceği ifade edilmektedir.²⁰

Kesinleşen tüm kararların sürekli olarak yeniden yargılamaya tabi tutulmasının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleriyle bağdaşmayacağı şüphesizdir. Bu sebeple kanun koyucu, kesin hüküm etkisini bütünüyle işlevsiz kılmamak için yargılamanın yenilenmesi nedenlerini kanunda sayma yoluna gitmiştir. Bununla birlikte, kesin hüküm, sınırlı sayı ilkesi, hukuki belirlilik ve güvelik ilkeleri ile adalet ve hakkaniyet arasında bir denge kurma ihtiyacı yargılamanın yenilenmesi yolunun amacı olarak ifade edilebilir. Bu amaca uygun bir kapsamın, sınırlarını belirginleştirmek önemli olmakla beraber mutlak bir katılık içine hapsedildiği takdirde beklenen dengenin kurulabilmesi zor gözükmektedir.

A. Yargılamanın Yenilenmesi Sebeplerinin Sınırlı Sayıda Olması

Yargılamanın yenilenmesi sebepleri 6100 sayılı HMK m. 375 ve 5271 sayılı CMK m. 311 hükümlerinde olduğu gibi idari yargılama hukuku alanında temel kanun olan İYUK'un m. 53/1 hükmünde sayılmış bulunmaktadır. Doktrinde, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin kanunda sayma yoluyla sınırlandırıldığı ve içtihatla genişletilemeyeceği konusunda görüş birliği bulunduğu belirtilmektedir.²¹ Yargılamanın yenilenmesi kanun yolunun kesin hükmü kaldıran bir etkiye sahip olduğu dikkate alındığında sınırlı sayı ilkesine tabi kılınması isabetli gözükmektedir. Ancak yargılamanın yenilenmesi yoluyla amaçlanan kesin hükmün koruyucu etkisinden yararlanan bir hukuka aykırılığın giderilmesi olduğu için, hukuki kurumun amacına uygun kuşatıcı bir yaklaşıma sahip olunmalıdır. Bu bağlamda, kesin hüküm ilkesinin kural ve yargılamanın yenilenmesinin istisna olduğu

nilenmesi Dairemizce verilen temyiz isteminin reddine ilişkin karara yönelik olarak yapılmış ise de; istemin Ankara 14. İdare Mahkemesinin 10/11/2014 tarih ve E. 2014/782, K. 2014/1285 sayılı kararına yönelik yargılamanın yenilenmesi istemi olarak değerlendirilip anılan idare mahkemesince karara bağlanacağı açıktır. (Lexpera Hukuk Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26.04.2021)

¹⁸ Turgut CANDAN, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1264-1265; Saim ÜSTÜNDAĞ, *Medeni Yargılama Hukuku* Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1997, s. 910.

¹⁹ ÇAĞLAYAN, s. 438-448.

²⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 1072.

²¹ ÇAĞLAYAN, s. 454-455.

unutulmadan sayılan sebeplerin genişletici bir yoruma tabi tutulabileceği ifade edilmektedir.²² Genişletici yaklaşımın sınırı ise kesin hüküm ve hukuka aykırılık dengesinin gözetilmeye devam etmesidir. Bu nedenle, İYUK m. 53/1'de sayılmayan bir durumun yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasına katılabilmesi için yine bir kanun maddesiyle düzenlenmesi gerekmektedir.

İdari yargılama hukuku bağlamında, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin içtihat yoluyla genişletilmesine ilişkin tartışma 2017 yılındaki Anayasa değişikliğiyle kaldırılan AYİM' in 1990' lı yıllara ait bir kararından doğmuştur.²³ Tartışma, AYİM 1. Dairesinin 28.12.1993 tarihli E. 1993/815, K. 1993/1205 sayılı kararda, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun m. 64 hükmünde sayılmamış olmasına rağmen, hükme esas alınan kararın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesini ayrıca bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul etmesi üzerine ortaya çıkmıştır. Ancak AYİM' in sonraki tarihli kararlarında bu yaklaşımından vazgeçtiği ve görüş değişikliğine gitmesinde Yargıtay kararlarının etkili olduğu anlaşılmaktadır.²⁴ Belirttiğimiz gibi doktrinde, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin sayma yoluyla belirlendiği ve kıyas yoluyla genişletilmesinin mümkün olmadığı görüşü hakimdir.²⁵ Bu görüşü destekler şekilde, Türkiye'nin de içinde bulunduğu Kıta Avrupası hukuk sistemi yaklaşımına göre, yargılama hukukuna ilişkin kuralların kamu düzeninden olduğu ve içtihat yoluyla genişletilemeyeceği hatırlanmalıdır.²⁶ Danıştay kararlarında da olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin kanunda sayılan durumlarla sınırlı kabul edildiğine vurgu yapılmalıdır.²⁷ Dolayısıyla, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin belirlenmesi için kanunilik ölçütü esas alınmaktadır.

²² ÇAĞLAYAN, s. 459.

²³ Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), 11.02.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 17. Maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 21/E hükmü ile kaldırılmıştır.

²⁴ TANSUĞ, s. 27.

²⁵ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 1074; KURU, s. 5171.

²⁶ ÇAĞLAYAN, s. 458. Ancak Çağlayan, ikinci bir görüş olarak idare hukukunun içtihadı dayanan ve kodifiye edilmemiş bir hukuk dalı olduğunu savunan yazarlar olduğunu ve bu yaklaşımın AYİM'in yargılamanın yenilenmesi sebeplerini içtihat yoluyla genişleten bir görüşün ortaya çıkmasına neden olabileceğini belirtmektedir.

²⁷ Danıştay İDDK, 04.12.2008 tarihli E. 2007/274, K. 2008/2221 sayılı kararda yer alan ifade şu şekildedir: "Yargılamanın yenilenmesi kural olarak, hükmün esasını değiştirecek nitelikteki olguların hükmün kesinleşmesinden sonra ortaya çıkması durumunda, yeniden yapılacak yargılama ile kesin hükmü ortadan kaldırabilen olağanüstü kanun yoludur. Sonradan ortaya çıkan bu gibi durumlar da kanunda sınırlı olarak sayılmış nedenlere dayanılarak taraflarca esas hükmün kaldırılması ve davanın yeniden incelenmesi istenebilir." Aynı yönde bkz. Danıştay, 12. D., 10.03.2020 tarihli E. 2020/200 K. 2020/1888; Danıştay 14. D., 18.10.2018 tarihli E. 2018/2298 K. 2018/6219; Danıştay 13. D., 29.06.2009 tarihli E. 2008/8090, K. 2009/7195 sayılı karar. (Legalbank İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 26.04.2021)

İYUK m. 53/1 hükmüne baktığımızda, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecek durumların madde hükmünde sayılanlarla sınırlandırıldığına dair kesinlik belirten açık bir ifade bulunmadığı göze çarpmaktadır. Buna karşılık, yargılamanın yenilenmesi usulünün düzenlendiği İYUK m. 55/3 hükmünde yargılamanın yenilenmesi taleplerinin “kanunda sayılan” nedenlere dayanmaması halinde reddedileceği açıkça belirtilmiştir. Bu aşamada, İYUK m. 55/3 hükmünde zikredilen “kanunda sayılan” ibaresi üzerinde durmak gerekir. Doktrinde yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin İYUK’ta sayılanlar ile sınırlı anlaşılması gerektiği ve “kanunda sayılan” ibaresinin kanun koyucu tarafından bilinçli bir tercih olduğu belirtilmektedir.²⁸ Zira, 2577 sayılı İYUK kapsamında kanun koyucunun münhasıran İYUK’u işaret ettiği durumlarda, İYUK m. 55/5’te olduğu gibi, açıkça “bu kanun” ifadesine yer verdiği ancak İYUK m. 55/3’te yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin kanunda sayılmasını kurala bağlarken münhasıran “bu kanun” ifadesini kullanmadığına dikkat çekilmektedir.²⁹ Bu yaklaşımı destekler biçimde farklı yazarlar da İYUK haricinde başka kanunlarda yer alan hükümlerle yargılamanın yenilenmesi sebebi belirlenmesinin mümkün olduğu sonucuna varmaktadır.³⁰

Hukuk güvenliği, belirlilik ilkesi ve adalet dengesini gözeten ve kanunilik ölçütünü esas alan bir yaklaşımla denebilir ki, idari yargılama hukuku açısından yargılamanın yenilenmesi sebepleri İYUK veya İYUK dışında bir kanunla düzenlenebilen ancak içtihat yoluyla genişletilemeyen bir sınırlılığı ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, kanaatimizce, kanunilik ölçütü esas alınmak koşuluyla yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin İYUK gibi temel yargılama hukuku kanunları dışındaki kanunlarla da düzenlenebilecektir.

B. Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yargılama Kararı Vermesi Yargılamanın Yenilenmesi Kurumunun Kapsamına Dahil midir?

Yargılamanın yenilenmesi açısından güncel bir tartışma 2010 yılındaki Anayasa değişikliklerinin ardından, 5982 sayılı Kanunun 18. maddesiyle Anayasanın 148. maddesine eklenen hükümlerle, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun açılmasıyla ortaya çıkmıştır. Belirtilen Anayasa değişikliğini takiben yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda bireysel başvurunun şartları, usulü ve sonuçları düzenlenmiş bulunmaktadır. Yargılamanın yenilenmesi kurumu bağlamında dikkat çeken yenilik ise 6216 sayılı Kanun m. 50/2 hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesine, tespit edilen ihlal ve sonuçlarının giderilmesi için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye gönderme imkânı tanınması-

²⁸ TANSUĞ, s. 24.

²⁹ Ibid., s. 25.

³⁰ AKYILMAZ vd., s. 883.

dır. Bu değişiklikle birlikte idari yargılama hukuku bağlamında, İYUK m. 53'te sayılan nedenlerin dışında, hakkında kesin hüküm verilen bir dosya için yeniden yargılama yapılabilen yeni bir durum ortaya çıkmıştır. Bu yeni durum, bireysel başvuru üzerine ihlal kararı verilmesi halinde dosyanın yeniden yargılama için ilgili mahkemeye gönderilmesinin idari yargılama hukuku bağlamında bir yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılıp sayılamayacağı tartışmasını gündeme getirmiştir.

İç hukukta etkin bir koruma sağlamayı hedefleyen bireysel başvurunun yargılama hukuku üzerindeki etkisi ve sonuçlarını tespit edebilmek için 6216 sayılı Kanunun m. 50 hükmü oldukça önemlidir. Madde hükmünün ikinci fıkrasında, ihlal kararı üzerine ihlalin giderilmesi ve eski hale dönme için yapılması gerekenler sayılmıştır. İlgili hükmün ikinci fıkrasında öncelikle, tespit edilen ihlalin giderilmesi için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderileceği ancak *“yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolunun gösterilebilir”* düzenlemesine yer verilmiştir.³¹ Madde hükmünde işaret edilen ilgili mahkeme ise esas hakkında hüküm kuran merci olarak anlaşılmalıdır.³²

Yargılamanın yenilenmesi ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kurumları birlikte değerlendirildiğinde, ilkinin kesinleşen hükmü ortadan kaldırma gücüne sahip olağanüstü bir kanun yolu olmasına karşılık ikincisi temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallerin tespiti ve giderilmesini sağlayan kendine özgü bir hukuki çaredir.³³ Dolayısıyla hukuki nitelikleri itibarıyla yargılamanın yenilenmesi ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kurumları birbirlerinden ayrışmaktadır. Ancak 6216 sayılı Kanunda bireysel başvuru neticesinde ihlalin giderilme yolları arasında *“yeniden yargılama”*nın sayılmış olmasıyla bu iki kurum birbiriyle ilişkili hale gelmiştir. Yargılamanın yenilenmesinde olduğu gibi, ihlal

³¹ Ancak madde hükmünde ve yeniden yargılamaya ilişkin düzenlemenin yer aldığı Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m. 79/1'de geçen *“ilgili mahkeme”* ibaresi açıklığa kavuşturulmamıştır. Kanaatimizce, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasının esasa ilişkin bir inceleme gerektirmesi sebebiyle, yargılamanın yenilenmesi yolunda olduğu gibi dosyanın yeniden ele alınıp ihlali giderecek biçimde hüküm kurulmak üzere esas hakkında karar veren mercie gönderilmesi isabetli olacaktır. Nitekim doktrinde de usul kanunlarında yargılamanın yenilenmesi başvurularının esas hakkında karar veren mahkemeye gönderilmesine ilişkin düzenlemeye atıfta bulunularak, Anayasa Mahkemesi tarafından yeniden yargılama kararı verilen hallerde de aynı yolun izlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. bkz. PEKCANITEZ, s. 84-85; HAMDEMİR, s. 353.

³² Buna göre, ilk derece mahkemesi kararının istinaf merci tarafından kaldırılmadığı durumlarda ilgili mahkeme ilk derece mahkemesi iken, ilk derece mahkemesi kararının kaldırıldığı ve esasa ilişkin yeniden hüküm kurulan durumlarda ilgili mahkeme istinaf merci olmalıdır. Yine İYUK'a özgü yargılama usulleri olan İYUK m. 20/A ve m. 20/B kapsamında olan davalar ve Danıştay'ın ilk derece mercii olarak baktığı davalarda ise ilgili mahkeme, esasa ilişkin karar vermesi halinde Danıştay olacaktır.

³³ Hüseyin EKİNCİ/Musa SAĞLAM, *66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 1-2.

tespit edilen durumlarda 6216 sayılı Kanunun m. 50/2’de belirtildiği üzere dosya, “*ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere ilgili mahkemeye gönderilecektir.*” Bu düzenleme neticesinde, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru üzerine ihlal tespit edilen durumlarda, hakkında daha önce kesin hüküm kurulan dosya yeniden esas hakkında karar veren merci önüne gelecek ve Anayasa Mahkemesinin tespit ettiği ihlali kaldıracak biçimde yeniden yargılama yapılarak hüküm kurulacaktır.

Kesin hükmün etkisini ortadan kaldırma açısından, Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararı verilmesi üzerine 6216 sayılı Kanun m. 50/2’de işletilen mekanizma ile yargılamanın yenilenmesi kurumunun işleyişi arasında önemli benzerlikler bulunduğu görülmektedir. Buna ek olarak, AİHM’e yapılan bireysel başvuru üzerine verilen ihlal kararlarının İYUK m. 53/1-1’da açıkça bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak sayılması, Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru üzerine ihlal kararı verilmesinin İYUK m. 53’te belirtilmemiş olsa bile ayrı kanunda düzenlenmiş bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak sayılabileceği düşüncesini akla getirmektedir. Bu yaklaşımın somutlaştırılabilmesi için AİHM ve Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların amaç, kapsam, şartlar ve sonuçlar yönünden mukayese edilmesi ve idari yargılama hukukuna etkileri üzerinde düşünmek gerekmektedir.

II. İdari Yargılama Hukuku Açısından AİHM’e Yapılan Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Arasındaki Benzerlik ve Farklar

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla sağlanacak korumanın kapsamının AİHS ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollere referansla belirlenmesi, ulusal ve uluslararası düzeyde (AİHM’e) yapılan bireysel başvuru arasındaki yakın ilişkiyi somut biçimde göstermektedir. Pratik yönüyleyse, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinin temel gerekçesinin, Türkiye aleyhine başvuru ve karar sayısının azaltılması olduğu belirtilmektedir.³⁴

İdari yargılama hukuku yönünden hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurunun çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçlar arasında en dikkat çeken, CMK ve HMK’da olduğu gibi AİHM tarafından bireysel başvuru üzerine ihlal kararı verilmesinin İYUK’ta bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak sayılmasıdır.³⁵ AİHM başvurusuna benzer biçimde, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru üzerine ihlal kararı verilmesi halinde 6216

³⁴ Berkan HAMDEMİR, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 386.

³⁵ AİHM tarafından ihlal kararı verilmesi Resmi Gazete’de 09.09.2002 tarihinde yayımlanan 4771 sayılı Kanun ile mülga CMUK ve mülga HUMK’a yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak eklenmiş olmasına rağmen İYUK’a, 19.07.2003 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 4793 sayılı Kanunla daha sonraki bir tarihte eklenmiş bulunmaktadır. Bkz. TANSUĞ, s. 81).

sayılı Kanun m. 50/2 hükmü uyarınca ihlale sebep olan kararlar yönünden de yeniden yargılama yapılmaktadır. Ancak İYUK m. 53/1-1’de AİHM’e yapılan başvurusu üzerine ihlal kararı verilmesi bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmişken, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru yönünden madde hükmünde böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir önceki bölümde işaret edildiği gibi bu noktada tartışma, İYUK’ta düzenlenmeyen bu yeniden yargılama sürecinin hukuki anlamda yargılamanın yenilenmesi olarak kabulüne ilişkindir. Temel hak ve özgürlüklerin etkin biçimde korunması yönünden AİHM ve Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvuruların ortak bir amaca sahip olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu soru daha da anlamlı hale gelmektedir.

A. AİHM ve Anayasa Mahkemesine Yapılan Bireysel Başvuru Arasındaki Benzerlikler

AİHM ve Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvurular yönünden benzerlikler başvuru amacı, şartı ve sonuçlara ilişkin olanlar biçiminde gruplanabilir. Değindiğimiz gibi, iç hukukta (Anayasa Mahkemesine) bireysel başvuru yolunun açılmasının öncelikli sebepleri temel hak ve özgürlüklerin etkin biçimde korunmasını temin etme ve Türkiye aleyhine AİHM’e taşınan dosya sayısının azaltılmasıdır. Bu sebeple, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurunun AİHM’deki koruma mekanizmasından mülhem, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükleri (AİHS ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerde yer alan haklarla sınırlı olmak üzere) korumaya yönelik bir iç hukuk kurumu olması en temel benzerlik olarak gösterilebilir.³⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında uyuşmazlık çözümünde AİHS hükümleri ve AİHM içtihatlarını esas alması bu yaklaşımı doğrular niteliktedir.

Başvuru şartı yönünden ise hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvurular olağan kanun yolu başvurusundan farklılaşan yönüyle benzeşmektedir. Zira, bireysel başvurular ikincil düzeyde bir koruma³⁷ sunmaktadır.³⁸ Bu sebeple, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular yönünden AİHM

³⁶ 6216 sayılı Kanun m. 46’da bireysel başvuruya konu edilebilecek hakların ilişkin sınırlamanın, AİHS ve AİHM içtihatlarıyla paralel bir işleyişi sürdürme amacı taşımakla beraber kapsam dışında kalan hakları dışarıda bıraktığı görülmektedir. Bununla birlikte sınırlamanın olumlu yönünün ise ulusal düzeydeki bireysel başvuru ve uluslararası düzeydeki bireysel başvuru mekanizması arasında uyum sağlanması olduğu dile getirilmektedir. Bkz. ATAR, s. 353.

Ayrıca doktrinde, böyle bir sınırlandırma yapıma nedeninin, iç hukukta bireysel başvuru yolu açılarak AİHM’e yapılacak bireysel başvuruların azaltılması ve duyulacak ihtiyacın azaltılması olduğu belirtilmektedir. Bkz. YOKUŞ, s. 40.

³⁷ İkincil düzeyde koruma yaklaşımının gereği olarak, hem AİHS m. 36 hem de Anayasa m. 148/3 hükmünde olağan kanun yollarının tüketilmiş olması her iki başvuru yönünden de başvuru şartı olarak sayılmıştır. *Hasan Uzun v. Türkiye* kararında AİHM’e yapılacak başvurular için Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvurunun tüketilmesi gereken etkili bir iç hukuk yolu olarak değerlendirildiği hatırlanmalıdır. Bkz. AİHM 30.04.2013 tarihli 10755/13 başvuru no.lu *Hasan Uzun v. Türkiye*, kararı, para. 70.

³⁸ HAMDEMİR, s. 314.

çizgisini takip etmesi, önüne gelen hak ihlali iddialarını değerlendirirken yerinde denetimde bulunmaması ve temyiz merci gibi hareket etmemesi gerektiği hatırlatılmaktadır.³⁹

Başvuru sonuçları yönündense ortak nokta, hem AİHM⁴⁰ hem de 6216 sayılı Kanun m. 50 hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesi kararlarının, ihlale neden olan mahkeme kararlarını doğrudan kaldırıcı etkisi bulunmamasıdır. Bu durum ikincil düzeyde sağlanan korumanın bir diğer sonucudur. Ancak kararların iç hukukta doğuracağı etki yönünden AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları yönünden fark bulunmaktadır. Bir sonraki bölümde bu farka ayrıca değinilecektir.

B. AİHM ve Anayasa Mahkemesine Yapılan Bireysel Başvuru Arasındaki Farklar

AİHM ve Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurular arasındaki en temel fark, AİHM'e yapılacak başvurular uluslararası düzeyde ve taraf olunan uluslararası sözleşme (AİHS) temelinde bir koruma mekanizması içinde ele alınmasına karşın, Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruların Anayasa ile öngörülen ve iç hukukun parçası olan bir koruma mekanizması içinde değerlendirilmesidir. Anayasa m. 153/6 hükmünde Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık Anayasa'da veya iç hukuk metinlerinde AİHM kararlarının bağlayıcılığına ilişkin bu türden bir ifade yer almamaktadır. Bu noktada AİHM kararlarının bağlayıcılığına dair bir soru akla gelebilir. Hemen belirtmek gerekir ki AİHM tarafından verilen ihlal kararları, AİHS m. 46/1 hükmünde yer alan taraf devletlerin kesinleşmiş kararlara uyma taahhüdü gereği bağlayıcıdır.⁴¹ Bu sebeple taraf devletlerin AİHM kararlarını geçersiz kılma veya uygulamama yetkisi bulunmamaktadır.⁴² Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi kararlarından farklı olarak AİHM kararları, egemenlik ilkesinin bir sonucu olarak AİHS'e taraf devletin kendi taahhüdüyle bağlayıcı nitelik kazanmaktadır.

Aradaki ikinci fark, ihlalin giderilmesine ilişkindir. AİHS m. 46/2'de kesinleşen kararların infazının Bakanlar Komitesi tarafından denetleneceği belirtilmekle beraber Sözleşmede ihlalin nasıl giderileceğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda, kısmen giderim imkanı veren AİHS m. 41'de yer alan adil tazmin ilkesi ve bazı tedbirler hariç tutulduğunda Sözleşmede, tespit edilen aykırılığın iç hukukta ne şekilde giderileceği hususunda açık bir düzenleme yer

³⁹ Mustafa SALDIRIM, **Bireysel Başvuru Açısından Yüksek Mahkeme Kararlarının Uyumlaştırılması Sorunu**, Anayasa Yargısı, Sayı 33, 2016, 172.

⁴⁰ Şeref ÜNAL, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri**, Anayasa Yargısı, Sayı 17, 2000, 63.

⁴¹ Ebru KARAMAN, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk**, İÜHF, Cilt 72, Sayı 1, 2014, s. 413.

⁴² ÜNAL, s. 63.

almadığı ve kararların uygulanacağı yöntemi belirlemede taraf ülkelere takdir yetkisi tanındığı belirtilmektedir.⁴³ Ancak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 19 Ocak 2000 tarihli R (2000) 2 sayılı kararında, tespit edilen ihlalin giderilmesi için en etkili yol saydığı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmasını temin edecek düzenlemeler yapılmasını tavsiye edildiği hatırlatılmaktadır.⁴⁴ Bakanlar Komitesi tavsiyesi yasama organı tarafından karşılık bulmuş, ceza ve medeni yargılama hukuku alanlarıyla beraber idari yargılama hukukunda da İYUK m. 53/1-1 hükmünde AİHM tarafından ihlal kararı verilmesi bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak sayılmıştır. Süreç Danıştay tarafından şu şekilde özetlenmiştir:

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin üye ülke mahkeme kararlarının sözleşme veya ek protokollere aykırılığının tespiti halinde, üye ülkelerin bunu bir yargılamanın yenilenmesi sebebi kabul etmelerini, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 19 Ocak 2000 Tarih ve R (2000) 2 sayılı kararıyla üye ülkelere tavsiye etmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine göre, mağdurun, ulusal mahkeme kararı nedeniyle mağduriyetinin devam etmesi ve bu mağduriyetin tazminatla giderilemeyecek olması halinde, yargılamanın yenilenmesi veya kararın düzeltilmesi yoluna gidilebilir... Kesinleşmiş ulusal mahkeme kararları ile hukuka uygun bulunan idari işlemlerin idarece geri alınması hususunda ortaya çıkabilecek hukuksal engeller ve bu davaya ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen 7.2.2006 günlü kararın 46., 48., 49., 50., 51. ve 52. paragraflarında belirtildiği üzere, hukuksal güvenlik ilkesinin zarar gördüğü ve bir hakkın özüne zarar veren ihlalin varlığı sebebiyle salt tazminat ödenmesinin ihlalden kaynaklanan zararı ortadan kaldırmasının güç olduğu hallerde; yargılamanın yenilenmesi yoluyla, ihlale yol açan idari işlemin hukuksal denetiminin yeniden yapılması, Anayasa'nın 90. maddesine ve 2577 sayılı Yasanın 53/1-1 maddesinin getiriliş amacına uygun düşecektir.”⁴⁵

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen ihlalin giderim yolları 6216 sayılı Kanunun m. 50/2 hükmünde açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. 6216 sayılı Kanun m. 50/2'ye göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda öncelikle yeniden yargılama yapılarak ihlalin giderilmesi, yeniden

⁴³ Eylem AKSOY RETORNAZ, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Uygulanması ve Ceza Yargılaması Hukukuna Yansımaları**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2010, s. 945.

⁴⁴ AKSOY RETORNAZ, s. 953; Hüseyin AYDIN, **Anayasa Mahkemesi Kararları Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İhlal Kararının, Siyasi Parti Kapatma Davalarında Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olması**, Yasama Dergisi, Sayı 11, 2009, s. 71.

⁴⁵ Danıştay İDDK, 23.12.2010 tarihli E. 2009/1188, K. 2010/2507 sayılı karar. (Lexpera Hukuk Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26.04.2021)

yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan durumlarda ise tazminat ve genel mahkemelerde dava yoluyla zararın giderilmesi öngörülmüştür. Bu bağlamda, 6216 sayılı Kanun m. 50/2'de yeniden yargılamanın öncelikli giderim yolu olarak işaret edilmesinde, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 19 Ocak 2000 tarihli kararında yargılamanın yenilenmesinin hak ve özgürlüğe ilişkin ihlallerin kaldırılmasında en etkili yol olarak kabul etmesinin etkili olduğu düşünülebilecektir. Dolayısıyla aradaki ikinci fark, AİHM kararlarında ihlalin giderilmesi için yargılamanın yenilenmesine açıkça hükmedilmemekteyken, Anayasa Mahkemesinin ihlal tespit edilen durumda dosyanın yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesi hakkında karar tesis edebilmesidir.⁴⁶

Son olarak, AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru üzerine verilen ihlal kararlarının ardından işletilecek takip mekanizması birbirinden ayrılmaktadır. AİHS m. 46 hükmü uyarınca AİHM kararların uygulanması Bakanlar Komitesi eliyle denetlenmekteyken, 6216 sayılı Kanununun m.23 hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanması genel sekreterlik tarafından gerçekleştirilmektedir. Kuşkusuz bu fark yine, iki mahkemenin ulusal ve uluslararası düzeyde faaliyet göstermesinden doğmaktadır.

AİHM ve Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru mekanizmasına dair benzerlik ve farklılıkların incelenmesiyle, her iki mekanizma arasında temel hak ve özgürlüklerin korunması hakkında amaç birliği bulunduğu ve birbirini tamamlayan yapılar olduğu sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, iki merci kararlarının takibi ve iç hukukta etki gösterme sürecinde teknik farklar bulunduğu tespit edilmektedir. Ancak bu farkların kaynağında koruma mekanizmalarının ulusal ve uluslararası düzeyde teşkilatlanmalarının bulunduğuunun altı çizilmelidir. Bu sebeple, kararların iç hukukta etki doğurma biçimleri bir miktar farklılaşmaktadır.

Tartışmamıza dönecek olursak, AİHM ve Anayasa Mahkemesi eliyle sağlanan korumanın özü itibarıyla aynı amacı taşıdığı ve aynı araçları kullandığı dikkate alındığında, idari yargılama hukukunda AİHM tarafından ihlal kararı verilmesi bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak sayılmasına rağmen Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmemesi çelişki doğuracaktır. Nitekim kanun koyucu, bu çelişkinin meydana gelmemesi için 6216 sayılı Kanununun m. 50/2 hükmünde “*Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını or-*

⁴⁶ Bu sebeple, bir idari yargı merci kararının temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiğinin AİHM kararıyla tespiti halinde ilgililerin İYUK m. 53/1-ı uyarınca kararın kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde esas hakkında karar veren mahkemeye yargılamanın yenilenmesi taleplerini yöneltmeleri gerekecektir. Aynı ihlalin Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru kararı neticesinde tespit edilmesi halinde ise talep şartı aranmaksızın ihlal kararı, yeniden yargılama yapılmak üzere esas hakkında karar veren mahkemeye bizzat Anayasa Mahkemesi tarafından gönderilecektir.

tadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir.” ibaresine yer vermiş bulunmaktadır. Bu sebeple madde hükmünde geçen “yeniden yargılama” ibaresi ile kastedilenin yargılamanın yenilenmesi olup olmadığı tartışmasında, başvuru usulünün teknik yönü kadar getiriliş amacı ve etkisi üzerine de düşünmek gerekir.

III. Anayasa Mahkemesine Yapılan Bireysel Başvuru Neticesinde Verilen İhlal Kararının Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olarak Kabulü Sorunu

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine tespit ettiği ihlalin ardından yargılamanın yenilenmesi kararı vermesinin idari yargılama hukuku bağlamında bir yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılıp sayılamayacağı, akademik tartışmanın ötesinde yaygın bir başvuru türü açısından yanıtlanması gereken bir sorudur. Zira, Anayasa Mahkemesi tarafından yayımlanan Bireysel Başvuru İstatistikleri’ne göre bireysel başvuru sayısı sürekli bir artış göstermekte ve 2012 yılından 2020 yılının Ekim ayına kadar toplam 285.220 başvuru arasında, sonuçlandırılmış 244.743 başvuru bulunmaktadır. 2020 yılının Ekim ayı itibariyle ise sonuçlandırılan 244.743 başvurunun %4,3’ü yani 10.428 tanesi için en az bir hak yönünden ihlal kararı verilmiş bulunmaktadır.⁴⁷ Verilen bu istatistiki bilgi medeni, ceza ve idari yargılama kollarının tümünün toplamına ait olmakla beraber bireysel başvuru yoluna gösterilen ilgiyi ortaya koymasından dolayı dikkat çekicidir. Bu sebeple bu bölümde doktrindeki her iki görüş, gerekçeleriyle ortaya konarak, Türk Hukukunun diğer alanlarında olduğu gibi idari yargılama hukuku alanında da etki ve ilgi uyandıran bireysel başvuru sonucunda yapılan yeniden yargılamanın teknik anlamda neden bir yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılması gerektiği gösterilmeye çalışılacaktır.

A. Bireysel Başvuru Neticesinde İhlal Kararı Verilmesinin Yargılama Hukuku Bağlamında Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olmadığını Savunan Görüş

Çalışmamızda idari yargılama hukuku yönüne ağırlık verilmekle birlikte, 6216 sayılı Kanun m. 50/2’de yer alan yeniden yargılamanın teknik anlamda bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmasının tüm yargılama hukuku kolları yönünden geçerli olduğu ifade edilmelidir. Bu sebeple, henüz giriş kısmında belirtildiği gibi sorun, diğer yargılama hukuku alanlarıyla ilişkili biçimde ele alınmaktadır.

Doktrinde çeşitli yazarlarca, 6216 sayılı Kanunu m. 50/2’de düzenlenen “yeniden yargılama” kurumunun teknik olarak yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir. 6100 sayılı HMK’da düzenlenen

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Bireysel Başvuru İstatistikleri (23/9/2012-30/9/2020), <https://www.anayasa.gov.tr/yayinlar/istatistikler/bireysel-basvuru/>, (Erişim Tarihi: 26.04.2021).

hükümlerden yola çıkarak, bireysel başvuru sonucunda verilen ihlal kararının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kanunda sayılmaması (1), 6216 sayılı Kanunda yeniden yargılama için başvurucu yönünden süre kaydı öngörülmemiş olması (2) ve bireysel başvuru sonucunda verilen kararın ihlale neden olan kararı iptal etmemesi (3) nedeniyle bireysel başvuru sonucunda verilen yeniden yargılama kararının teknik anlamda yargılamanın yenilenmesi sayılamayacağı fikri ileri sürülmüştür.⁴⁸ Ek olarak, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin kendiliğinden sonuç doğurmadığı ve usul kanunlarında sebeplerin gerçekleşmesi halinde yargılamanın yenilenmesi için belirli usul işlemlerinin öngörüldüğü (4) diğer kabul etmeme gerekçeleri olarak ifade edilmektedir.⁴⁹

Doktrindeki görüşlerin yanı sıra Anayasa Mahkemesi de 6216 sayılı Kanun m. 50/2 gereği, bireysel başvuru sonucunda verilen ihlal kararı üzerine dosyanın yeniden yargılama yapma üzere gönderildiği merciin yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği yönünden takdir yetkisi bulunmadığı (5) gerekçesiyle, bu iki kurumun birbirinden ayrı olduğu kanaatine sahiptir.⁵⁰ Anayasa Mahkemesi sonraki tarihli kararlarında da bu yaklaşımını yinelemekte ve 6216 sayılı Kanun m. 50/2’de zikredilen yeniden yargılamanın bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolu olduğu değerlendirmesinde bulunmaktadır.⁵¹ Bu noktada Anayasa

⁴⁸ Korkut KANADOĞLU, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 241-242.

⁴⁹ Ramazan GÜMÜŞAY, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda İhlal Kararlarının İcrası* Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, 2018, s. 53.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi 07.06.2018 tarihli 2014/8875 başvuru no.lu (R.G. Tarih ve Sayı: 01.08.2018-30496) *Mehmet Doğan* Başvurusu’nun ilgili kısmı şu şekildedir: “6216 sayılı Kanun’un 50. maddesiyle işaret edilen yeniden yargılama kavramı, ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan belli yönlerden farklılık taşımaktadır. **Kuşkusuz ki Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılamaya hükmettiği durumlarda da derece mahkemesi kesin hükme bağlanmış bir uyuşmazlığı yeniden ele almaktadır. Bu yönüyle ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi müessesesi ile Anayasa Mahkemesince yeniden yargılamaya hükmedilmesi arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesinin, tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hallerde, ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hallerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür.” (Para. 59.) (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26.04.2021)**

⁵¹ Anayasa Mahkemesi 07.11.2019 tarihli 2016/12506 başvuru no.lu (R.G. Tarih ve Sayı: 6/12/2019-30970) *Aligül Alkaya ve Diğerleri (2)* kararının ilgili bölümü şu şekildedir: “Anayasa Mahkemesi, ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. **Anılan yasal düzenleme, usul hukukumuzdaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen**

Mahkemesi'nin, 6216 sayılı Kanun m. 50/2'de belirtilen yeniden yargılama kavramını, yargılamanın yenilenmesi kurumundan ayırıştırıran ve temel hak ve özgürlüklerinin korunması yönünden daha güçlü konumda değerlendiren bir yaklaşıma sahip olduğu çıkarımı yapılabilecektir.

6216 sayılı Kanun m. 50/2'de yer alan yeniden yargılamayı, yargılamanın yenilenmesi olarak kabul etmeyen görüşe dayanak kılınan, tespit edebildiğimiz beş gerekçe yukarıda sayılmış bulunmaktadır. Zikredilen gerekçelerde, hukuki kurumun getiriliş amacı ve sonuçlarından ziyade prosedürel farklılıklara dikkat çekildiği görülmektedir. Ancak yargılamanın yenilenmesi, farklı yargılama hukuku alanlarında isim, süre veya başvuru usulü gibi yönleriyle farklılaşabilmesine rağmen idari, medeni ve ceza yargılama hukuku alanlarının tümünde aynı işleve sahip bir hukuki kurum olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, prosedürel farklılıklar üzerinden temellendirilen gerekçelerin eksik olduğu kanaatindeyiz.

B. Bireysel Başvuru Neticesinde İhlal Kararı Verilmesinin Yargılama Hukuku Bağlamında Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olmadığını Savunan Görüşün Eleştirisi

Yeniden yargılama ve yargılamanın yenilenmesi, kavramsal terkip açısından farklılaşsa da içerik ve sonuçları itibariyle aynı denecek düzeyde benzer hukuki sonuçlar ortaya çıkaran hukuki kurumlardır. Tartışma bağlamında bu yaklaşımı benimseyen diğer görüşe göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru neticesinde ihlal kararı verilmesi bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda, 6216 sayılı Kanun m. 50/2'de ifade edilen “*yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi*” ifadesi ile kastedilen yargılamanın yenilenmesinden başka bir hukuki kurum değildir.⁵² Bu yaklaşımı destekler mahiyette, HMK'da açıkça sayılmamış olsa bile, Anayasa Mahkemesinin ilgili mahkemeye yeniden yargılama yapılmak üzere gönderme kararı aslında bir tür olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi/iadesine⁵³ benzediği belirtilmektedir.⁵⁴ İdari yargılama hukuku özelinde de çeşitli

bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar üzerine ilgili mahkemenin yasal yükümlülüğü, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (Para. 57) (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26.04.2021)

⁵² Süha TANRIVER, **Tabî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı**, TBB Dergisi, Sayı 104, 2013, s. 32.

⁵³ 6100 sayılı HMK'nın m. 374 ve hükümlerinde yargılamanın yenilenmesi kurumu “yargılamanın iadesi” başlığı altında düzenlenmiş bulunmaktadır. 2577 sayılı İYUK ve 5271 sayılı CMK'da ise aynı kurum yargılamanın yenilenmesi olarak ifade edilmiştir. Kanun metinlerindeki terminolojik farka rağmen işaret edilen aynı kanun yoludur.

⁵⁴ PEKCANITEZ vd., s. 2338-2339.

yazarlar 6216 sayılı Kanun m. 50/2 hükmünde geçen yeniden yargılama ibaresini esas alarak, Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru üzerine ihlal kararı verilmesini diğer bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak değerlendirmektedir.⁵⁵

6216 sayılı Kanun m. 50/2 hükmü gereği yapılan yeniden yargılamayı teknik manada yargılamanın yenilenmesi olarak kabul etmeyen görüş ağırlıklı olarak başvuru usulü, süre veya yargılama usulü kanununda bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak sayılmama gibi nedenlere dayanarak iki kurumu farklılaştırma yoluna gitmektedir. Ancak karşılaştırmanın hukuki kurumun getiriliş amacı, ortaya çıkan etki ve netice üzerinden yürütülmesi daha esaslı bir tartışmaya kapı aralayacaktır. Nitekim, 6216 sayılı Kanun m. 50/2 uyarınca yapılan yeniden yargılamanın, yargılamanın yenilenmesinden ayrı bir hukuki kurum olarak değerlendirilmesi halinde, önceki yargılama sürecinde elde edilen usuli kazanılmış hakların yitirilmesi nedeniyle, lehine hüküm kurulan kişinin zarara uğrayacağı ve bu durumun hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği vurgulanmaktadır.⁵⁶ Bu noktada, kazanılmış hakların yitimi yönünden yapılan haklı uyarı özellikle dikkate alınmalıdır.

Yine bu minvalde doktrinde, AİHM tarafından verilen ihlal kararının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesine karşılık, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru sonucunda verilen ihlal kararının bu kapsamda değerlendirilmemesinin çelişki yaratacağına işaret edilmektedir.⁵⁷ Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların kapsam itibarıyla AİHM'e yapılan bireysel başvurular ile özdeş olduğu hatırlanırsa, çelişki daha net görülebilir.

6216 sayılı Kanunda yer alan yeniden yargılamayı, yargılamanın yenilenmesi kapsamında kabul etmeyen görüşe dayanak kılınan iddialara dönecek olursak, yukarıda belirtildiği gibi tespit edebildiğimiz ilk gerekçe, **Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı verilmesinin yargılama usulü kanunlarında (İYUK, CMK ve HMK) bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak sayılmamasıdır (1)**. İYUK m. 53 özelinde bakıldığında, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin sınırlılığına ilişkin açıklamalarda yer verdiğimiz üzere, İYUK m. 55/3 hükmüne göre yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin herhangi bir kanunla düzenlenmiş olması yeterlidir. Madde hükmünde münhasıran “bu kanun” ibaresi yer almadığı için, “kanunda” ibaresinin

⁵⁵ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 1076-1077; CANDAN, s. 1272.

⁵⁶ İbrahim ERMENEK, **Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar**, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi, Cilt 9, Sayı 26, 2013, s. 19, dn. 32.

⁵⁷ HAMDEMİR, s. 353.

İYUK’la sınırlı tutulmayacak şekilde anlaşılması gerekmektedir. Yargılamanın yenilenmesi sebepleri yargılama usulü kanunları dışında farklı kanunlarla da düzenlenebileceğinden, yargılama usulü kanununda sayılmama gerekçesine katılmak mümkün değildir.⁵⁸

İleri sürülen bir diğer gerekçe, **6216 sayılı Kanunda yeniden yargılama yapılması için herhangi bir süre öngörülmemiş olmasıdır (2)**. Oysa, idari, medeni ve ceza yargılaması kanunları arasında da süreye ilişkin farklılıklar bulunmaktadır. İdari ve medeni yargılama kanunlarının ilgili hükümlerinde (İYUK m. 53 ve HMK m. 377) belirtilen süreler birbirinden farklıdır. Hatta aynı kanunda farklı yargılamanın yenilenmesi sebepleri için farklı başvuru süreleri öngörülmüştür. Mesela İYUK m. 53/3’te farklı sebepler yönünden yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru için 10 yıl, 1 yıl ve 60 günlük üç farklı süre bulunmaktadır. Bununla birlikte doktrinde, AİHM tarafından ihlal kararı verilmesi hali hariç, ceza yargılaması açısından yargılamanın yenilenmesi için herhangi bir süre şartı öngörülmediği hatırlatılmaktadır.⁵⁹ Dolayısıyla, farklı başvuru sürelerinin öngörülmesi veya herhangi bir başvuru süresinin bulunmaması bir hukuki kurumun niteliğini belirleyici etkiye sahip değildir. Bu sebeple, 6216 sayılı Kanun m. 50’de yeniden yargılama için süre öngörülmemesi, “yeniden yargılama” ile yargılamanın yenilenmesinin birbirinden ayırıştırma gerekçesi olarak kabul görmeyecektir.

Zikredilen diğer bir gerekçe ise **Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının, ihlale neden olan mahkeme kararını kaldırmaya etkisi bulunmamasıdır (3)**. Yargılama usulü kanunlarında sayılan diğer sebepler yönünden inceleme yapmaya gerek kalmaksızın dahi, AİHM tarafından ihlal kararı verilmesinin bir yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılması karşısında bu sebep geçersiz kalmaktadır. Zira, AİHM tarafından verilen ihlal kararları da iç hukukta doğrudan etki doğurmamakta ve ihlale neden olan mahkeme kararını kaldırmamaktadır. Bu durum, ikincil başvuru olmanın sonucudur. Her ikisinin de ikincil nitelikte başvuru olması sebebiyle,⁶⁰ AİHM tarafından ihlal kararı verilmesini yargılamanın yenilenmesi sebebi kabul ederken aynı kapsamda bir inceleme yaparak ihlal tespitinde bulunan Anayasa Mahkemesi kararını bu kapsam dışında tutmak tutarlı gözükmemektedir.

⁵⁸ İdari yargılama hukuku açısından yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin İYUK dışında da bir kanunla düzenlenebileceğine ilişkin detaylı açıklamalar için “Yargılamanın Yenilenmesi Sebeplerinin Sınırlılığı” başlıklı bölüme tekrar göz atılabilir.

⁵⁹ Güçlü AKYÜREK, *Yargılamanın Yenilenmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 58; AYDIN, s. 55.

Bu bağlamda Akyürek, ceza yargılaması bağlamında yargılamanın yenilenmesi kurumunun adli hataların ortadan kaldırılmasını amaçladığı için yapısı gereği herhangi bir süre şartına bağlı kılınmamasının gerekliliğine vurgu yapmaktadır.

⁶⁰ KARAMAN, s. 433.

Doktrinde belirtilen bir diğer kabul etmeme gerekçesi, *usul kanunlarında yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru için belirli usul kuralları öngörül-müş olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararı üzerine 6216 sayılı Kanun m. 50/2 uyarınca dosyanın re'sen ilgili mahkemeye gönderilmesidir (4)*. Kanaatimizce, 6216 sayılı Kanunda yer alan ilgili düzenleme Anayasa m. 153/1 hükmü gereği Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olması kuralından bağımsız ele alınmamalıdır. Doktrinde işaret edildiği gibi türü fark etmeksizin tüm Anayasa Mahkemesi kararları, Anayasa m. 153/6 ve m. 138/4 hükümleri gereği bağlayıcıdır.⁶¹ Dolayısıyla, madde hükmünde re'sen ilgili mahkemeye gönderim usulüne yer verilmesinin, Anayasa Mahkemesi kararının iç hukuktaki etkisini güçlendirmeye yönelik bir düzenleme olduğu düşünülebilir. Buna ek olarak doktrinde, re'sen gönderimin usul ekonomisi yönünden olumlu bir düzenleme olduğu ve hak sahibinin yargılamaya devam etmemek istemesi halinde bu davadan feragat edebileceği değerlendirilmesinde bulunmaktadır.⁶² Diğer taraftan, hak ihlaline uğrayan kişiler, yeniden yargılama kararı verilme ihtimalini bilerek Anayasa Mahkemesine başvuru yapmaktadır. Bu yönüyle, 6216 sayılı Kanun m. 50/2'de belirtilen yeniden yargılama esasında, tıpkı diğer yargılamanın yenilenmesi taleplerinin ilgili mercie yöneltilmesinde olduğu gibi, bir başvuru ve ardından gelen sürecin sonunda gerçekleştirilmektedir. Kanaatimizce, anılan kabul etmeme gerekçesi, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru sürecinde takip edilen usulü başlangıçtan itibaren bir bütün halinde değerlendirmediği için eksiklik taşımaktadır.

Tespit edebildiğimiz son gerekçe ise, *bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı verilen durumlarda dosya gönderilen yargı mercilerine yeniden yargılamayı kabul yönünden bir takdir yetkisi tanınmamış olmasıdır (5)*. İleri sürülen bu gerekçenin, sayılan diğer gerekçelerden daha ciddi bir iddiaya sahip olduğunun hakkı teslim edilmelidir. Bütünlüklü bir bakış sunabilmek için bu gerekçe, bir önceki gerekçeyle belirtilen re'sen gönderme kuralıyla birlikte değerlendirilmelidir. Zira, yargılamanın yenilenmesi sebebinin gerekliliğini başvuru ilgililiği mahkeme değerlendirirken, bireysel başvuru üzerine yeniden yargılamanın gerekliliğine Anayasa Mahkemesi karar vermekte ve dosyayı re'sen ilgili mahkemeye göndermektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, yargılamanın yenilenmesi konusunda ilgili mercie takdir yetkisi tanınmadığı değerlendirildiği *Mehmet Doğan* başvurusunda, kesin hükme bağlanmış uyuşmazlığın yeniden ele alınması açısından yargılamanın yenilenmesi ve Anayasa mahkemesince yeniden yargılamaya hükmedilmesi arasında fark olmadığını açıkça belirtmiş bulunmak-

⁶¹ Ece GÖZTEPE ÇELEBİ, *Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı*, Anayasa Yargısı, Sayı 33, 2016, s. 96.

⁶² PEKCANITEZ, s. 84.

tadır.⁶³ Bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı verilen durumlarda diğer mahkemelere yeniden yargılamayı kabul yönünden takdir yetkisi tanınmamasının, Anayasa m. 153/6 gereğince Anayasa Mahkemesi kararlarının tüm yargı organları için bağlayıcı olmasından kaynaklandığı düşüncesindeyiz. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklere müdahale yönünden ihlal tespitinde bulunması halinde, ihlali oluşturan durumu gidermek üzere yeniden yargılama yapılmaması çelişki doğuracaktır. Bu iki durum göz önünde bulundurulduğunda, madde hükmünün mevcut haline göre, 6216 sayılı Kanun m. 50/2’de Anayasa Mahkemesine “yeniden yargılama” kararı yetkisi verilmesi karşısında, dosyanın re’sen yollanması ve ilgili mercie takdir yetkisi tanınmaması bir zorunluluktur. Şayet ilgili mercilere takdir yetkisi tanınmak isteniyorsa, 6216 sayılı Kanun m. 50/2 hükmü değiştirilmeli ve Anayasa Mahkemesine tanınan yeniden yargılama kararı verme yetkisi kaldırılmalıdır. Bu durumda, AİHM kararlarında olduğu gibi Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararı verilmesi bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak usul kanunlarına yazılarak mercilere kabul yönünden takdir yetkisi tanınabilecektir. Fakat yargı mercilerine takdir yetkisi yönünden getirilen kısıtlamanın dosyanın kabulüyle sınırlı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Mevcut durumda, yargı mercilerinin verecekleri karar yönünden yetkileri herhangi biçimde kısıtlanmamaktadır. Yeniden yargılama yapan mahkeme, hak ihlalini giderecek biçimde kendi görüşüne uygun olarak karar verecektir.⁶⁴ Ayrıca esas hakkında karar veren mahkemenin, önceki kararının doğru olduğunu düşünmesi halinde yeniden yargılama sonucunda ilk kararını onayabileceği ve yargılamanın yenilenmesi sebebi yönünden haklı olmakla davanın esası hakkında haklı olmanın birbirinden ayrı durumlar olduğu belirtilmektedir.⁶⁵ Görüldüğü gibi, esas hakkında karar veren mahkeme ihlali gidermek koşuluyla değerlendirme açısından bir takdir yetkisine sahiptir.

⁶³ Anayasa Mahkemesi 07.06.2018 tarihli 2014/8875 başvuru no.lu (R.G. Tarih ve Sayı: 01.08.2018-30496) Mehmet Doğan Başvurusunun ilgili kısmı şu şekildedir: “*Kuşkusuz ki Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılamaya hükmettiği durumlarda da derece mahkemesi kesin hükme bağlanmış bir uyuşmazlığı yeniden ele almaktadır. Bu yönüyle ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi müessesesi ile Anayasa Mahkemesince yeniden yargılamaya hükmedilmesi arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesinin, tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hallerde, ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.*” (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26.04.2021)

⁶⁴ PEKCANITEZ, s. 85.

⁶⁵ PEKCANITEZ, s. 82. Bu bağlamda Pekcanitez, yargılamanın yenilenmesinin varlığına ilişkin inceleme ve uyuşmazlığın esasına ilişkin hukuka aykırılık iddiasının incelenmesinin birbirinden farklı olduğunu ifade etmektedir. Yazar, yeniden yargılama sonucunda mahkemenin eski hükmünü onayarak aynı hükmün geçerliliğini sürdürebileceğini söylemektedir.

Sonuç olarak, bir hukuki kurumun çeşitli hukuk alanlarında ve farklı kanun hükümlerinde süre, başvuru usulü gibi yönlerden farklı kurallara tabi kılınmış olması hukuki niteliğini dönüştürmeyecektir. Mesela, istinaf kanun yoluna başvuru süre ve şartlarının farklı yargılama hukuku kanunlarında (İYUK, CMK ve HMK) birbirinden ayrı süre ve usul kurallarının öngörülmüş olması, bu kanun yolunun hukuki niteliğini değiştirmemektedir. Bir adım daha öteye gidersek, yargı mercilerine takdir yetkisi tanınmaması dahi tek başına hukuki nitelenmenin farklılaşmasına gerekçe gösterilemez. Bu bağlamda, idari ve medeni yargılama hukuku kurallarından farklı olarak ceza muhakemesi hukukunda, CMK m. 272/1 hükmünde re'sen/otomatik istinaf usulüne yer verilmesi diğer bir örnektir. Madde hükmünde, *“onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler; bölge adliye mahkemesince re'sen incelenir.”* ibaresiyle belirli durumlarda ilk derece mahkemesi kararı, diğer yargılama hukuku kanunlarında bulunmayan biçimde, kendiliğinden istinaf edilmekte ve istinaf merciinin bu talebi reddetme yönünde takdir yetkisi bulunmamaktadır.⁶⁶ Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi tarafından ileri sürüldüğü gibi yalnızca başvuru usulündeki farklılaşma ve kabule ilişkin takdir yetkisi tanınmaması, aynı amaca sahip hukuki kurum ve sebeplerin birbirinden ayrıştırılmasının gerekçesi sayılmamalıdır. Bu açıklamayı destekler şekilde doktrinde, 6216 sayılı Kanun m. 50/2'de yargılamanın yenilenmesi yerine “yeniden yargılama” ibaresi kullanılması nedeninin, çalışmanın ilgili bölümlerinde değinildiği gibi, her bir yargılama türünde (idari, medeni ve ceza) yargılamanın yenilenmesinin farklı şart ve usullere tabi kılınması olduğu belirtilmektedir.⁶⁷ Nitekim İYUK m. 53 vd. ve CMK m. 311 vd. hükümlerinde “yargılamanın yenilenmesi” olarak ifade edilen kanun yolunun HMK m. 374 vd. hükümlerde “yargılamanın iadesi” olarak isimlendirildiğine dikkat edilmelidir. Bu sebeple, ismi ve uygulamasına dair farklılıklar tek başına, bir kanun yolunu oluşturan özü dönüştürme gücüne sahip değildir.

Tüm bu tartışmaları nihayete erdirmek için doktrinde ileri sürülen, Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararı verilmesinin yargılama usulü kanunlarında (İYUK, CMK ve HMK) değişiklik yapılarak tıpkı AİHM kararları gibi bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmesi gerektiği görüşüne katılıyoruz.⁶⁸ Kanaatimizce, Anayasa m. 153/6 hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesi kararlarının tüm yargı mercileri tarafından bağlayıcı olduğu dikkate alınarak 6216 sayılı Kanunun m. 50/2 hükmü ile İYUK ve diğer yargılama usulü kanunlarında yer alan yargılamanın yenilenmesi sebepleri birbiriyle uyumlu hale getirilmelidir.

⁶⁶ Muharrem ÖZEN, **Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 65, 2016, s. 2263.

⁶⁷ ERMENEK, s. 19.

⁶⁸ HAMDEMİR, s. 353.

Sonuç

Netice itibariyle, idari yargılama hukuku açısından yargılamanın yenilenmesi sebeplerine ilişkin temel hüküm İYUK m. 53 olmakla beraber, bu sebeplerin sayısı farklı kanuni düzenlemelerle arttırılabilecektir. 6216 sayılı Kanunun m. 50/2’de yeniden yargılamaya ilişkin düzenleme bu bağlamda güncel bir örnektir. Doktrinde kimi yazarlar, çeşitli farklılıklar nedeniyle Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine verdiği ihlal kararı sonucunda gerçekleştirilen yeniden yargılamayı, yargılamanın yenilenmesinden ayrı bir hukuki kurum olarak değerlendirmektedir. Ancak katıldığımız görüşe göre, şekli yönden farklılıklar taşımasına rağmen 6216 sayılı Kanun m. 50/2’de belirtilen yeniden yargılama ile kastedilen yargılamanın yenilenmesidir. Bu kanaate, yargılamanın yenilenmesi ve yeniden yargılamanın getiriliş amacı ve hukuki sonuçları mukayeseye edilerek varılmıştır.

Kanaatimizce, yeniden yargılama ve yargılamanın yenilenmesi arasında çeşitli farklılıklar olmakla beraber, bu farklar hukuki kurumun karakterini belirleyecek düzeyde değildir. Nitekim, gerek farklı yargılama hukuku alanları arasında yargılamanın yenilenmesi sebepleri, başvuru usulü ve sürelerle ilişkin farklılıklar bulunduğu gerekse aynı yargılama hukuku alanı içinde dahi yargılamanın yenilenmesine başvuru şartlarının, bilhassa süre yönünden, farklılaşabildiği hesaba katıldığında, esasa etki etmeyen farklılıkların hukuki kurumun nitelenmesinde ölçüt olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varılmaktadır.

Son olarak, AİHM’e yapılan bireysel başvuru üzerine ihlal kararı verilmesinin İYUK ve diğer yargılama usulü kanunlarında bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, aynı kapsamda bir inceleme yürütülen Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak bu kanunlarda yer almaması eksiklidir. Öte yandan, 6216 sayılı Kanunda yer alan düzenleme yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılma yönünden kanunla düzenleme şartını sağlamaktadır. Yaygın bir başvuru türü yönünden, süregelen tartışmaların net bir sonuç ve net bir çerçeveye kavuşturulması daha iyi bir çözüm olacaktır. Bu sebeple, AİHM kararları gibi Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararı verilmesinin İYUK’a diğer bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak eklenmesinin isabetli olacağını düşünüyoruz.

Kaynakça

- AKSOY RETORNAZ, Eylem; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Uygulanması ve Ceza Yargılaması Hukukuna Yansımaları**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2010, ss. 943-963.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil; *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2018.
- AKYÜREK, Güçlü; *Yargılamanın Yenilenmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ATAR, Yavuz; *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- AYDIN, Hüseyin; **Anayasa Mahkemesi Kararları Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İhlal Kararının, Siyasi Parti Kapatma Davalarında Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olması**, Yasama Dergisi, Sayı 11, 2009, ss. 50-75.
- CANDAN, Turgut; *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan; *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye: Mukayeseli Bir Deneme)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- EKİNCİ, Hüseyin/SAĞLAM, Musa; *66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015.
- ERMENEK, İbrahim; **Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar**, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi, Cilt 9, Sayı 26, 2013, ss. 3-57.
- GÖZTEPE ÇELEBİ, Ece; **Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı**, Anayasa Yargısı, Sayı 33, 2016, ss. 93-118.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut; *İdare Hukuku (Cilt 2)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- GÜMÜŞAY, Ramazan; **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda İhlal Kararlarının İcrası**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, 2018.
- HAMDEMİR, Berkan; *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- KANADOĞLU, Korkut; *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- KARAMAN, Ebru; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk**, İÜHFİM, Cilt 72, Sayı 1, 2014, ss. 411-434.
- KURU, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü (Cilt 5)*, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- ONAR, Sıddık Sami; *İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt 3)*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- ÖZEN, Muharrem; **Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 65, 2016, ss. 2331-2388.

- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet; *Medeni Usul Hukuku*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan; **Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Medenî Yargıya Etkisi**, Anayasa Yargısı, Sayı 35, 2018, ss. 73-104.
- SALDIRIM, Mustafa; **Bireysel Başvuru Açısından Yüksek Mahkeme Kararlarının Uyumlaştırılması Sorunu**, Anayasa Yargısı, Sayı 33, 2016, ss. 159-175.
- TANRIVER, Süha; **Tabî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı**, TBB Dergisi, Sayı 104, 2013, ss. 11-35.
- TANSUÇ, Çağla; *İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ÜNAL, Şeref; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri**, Anayasa Yargısı, Sayı 17, 2000, ss. 63-85.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim; *Medeni Yargılama Hukuku*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1997.
- YOKUŞ, Sevtap; *Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Adalet İstatistikleri 2019**, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2020, https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1092020162733adale t_ist-2019.pdf, (Erişim Tarihi: 26.04.2021).
- Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Bireysel Başvuru İstatistikleri (23/9/2012-30/9/2020)**, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/bireysel-basvuru/>, (Erişim Tarihi: 26.04.2021).

ÖZEL HUKUK

Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış^(*)

An Overview of the Determination of Compensation for Immaterial (Moral) Damage

Arş. Gör. Dr. Kübra DEMİR^(**)

Öz

Kişilerin uğramış olduğu zarar, kişilerin hayatlarında huzursuzluğa sebep olmaktaysa, kişiye elem ve üzüntü vermekte ve kişilik değerlerine yönelikse; zararın konusu manevi olarak nitelendirilir. Bu tür zararlar etkileri itibarıyla kişinin malvarlığı dışında sonuç doğurur. Kişilik hakkını oluşturan birtakım değerlere gerçekleştirilen saldırı ve bu değerlerin hukuka aykırı bir şekilde zedelenmesinin hukuki sonucu manevi zarardır. Ancak manevi zararın hesaplanması her zaman kolay değildir. Çalışma kapsamında ilk olarak manevi tazminatın hukukî niteliği hakkında bilgi verilerek, hukukî nitelik hakkındaki görüşlerin manevi tazminatın belirlenmesini ne şekilde etkilediği açıklanmaya çalışılacaktır. Daha sonra ise manevi tazminatı belirleyen olayın özellikleri, zarar veren ve zarar görene ilişkin özellikler anlatılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Manevi Tazminat, Manevi Zarar, Kişilik Hakkı, Hukuki Koruma, Maddi Zarar.

Abstract

If the damage suffered by a person is not directed to the material values of the person but to the peace of the person, this damage is moral damage. The harm that causes disturbance in people's lives is moral compensation. Moral compensation is not damage to a person's property. Moral compensation occurs when personal rights are damaged. However, moral compensation is not always easy to determine. First of all, the legal characteristic of moral compensation will be explained in the study and then it will be explained how opinions on legal characteristic affect moral compensation. Finally, the characteristic of the event that determined the moral compensation will be explained. Besides, characteristics of the person who caused the damage and the who suffered damage will be explained.

Keywords

Immaterial Compensation, Immaterial Damage, Personal Right, Legal Protection, Material Damage.

(*) [Makale geliş tarihi: 22.01.2021 - Makale kabul tarihi: 20.04.2021.](#)

(**) Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.
[E-posta: koz@cumhuriyet.edu.tr.](mailto:koz@cumhuriyet.edu.tr)
[Orcid No: https://orcid.org/0000-0002-2073-5085.](https://orcid.org/0000-0002-2073-5085)

Giriş

Manevi zarar, hukuk alanının en eski ve tartışmalı konularından birisini oluşturmaktadır. Kişilerin belirli bir yoğunluktaki maddi olmayan, ruhsal veya moral zararı manevi zarar olarak tanımlanabilir. Elem, ızdırıp, üzüntü ve yaşam sevincini kaybetme şeklinde ortaya çıkan bu zarar kişilerin ekonomik ve sosyal görünümünü etkiler. Geniş ve dar anlamda zarar kavramı; maddi ve manevi zarar ayrımı içerisinde ele alındığında, manevi zarar geniş anlamda zarar ve gerçek olmayan zarardır¹.

Kişilik varlığı zararı olarak nitelendirilen manevi zarar; kişisel değerlere yapılan tecavüzler sonucunda kalıcı sonucu olan zararlardır. Kişisel değerlere yönelik bir zarar, tecavüz söz konusu olduğunda ortaya çıkar ve bu tecavüz değerlerin durumunu değiştirir, bu değişim ihlâl adını taşır. Söz konusu ihlâl manevi bütünlüğü etkiliyorsa bu durumda manevi zarardan bahsedilir². Bu zararlar ise manevi tazminat kurumu ile giderilmeye çalışılır.

Manevi tazminat; manevi zararın giderilmesine yönelik kural itibarıyla bir miktar paranın veya para yerine veya para ile beraber başka bir tazminat şeklinin ifa edilmesi olarak tanımlanabilir.³

1. Manevi Tazminat

Kişi varlığı hakları; ekonomik değer taşımayan, manevi nitelikteki haklardır. Kişilik hakkının konusunu oluşturan değerlerin korunması, hukukun merkezinde yer alan kavramlardan birisidir ve bir kimsenin kişilik hakkının hukuka aykırı şekilde ihlali ve ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlali halinde manevi tazminat talebi özel olarak düzenlenmiştir⁴.

Manevi zararın miktarının belirlenmesi hususunda bir tarafta zarar gören kişinin uğramış olduğu zararın telafisi diğer bir tarafta ise kişinin duyduğu ruhsal ve psikolojik çöküntüyü tatmin ederek denkleştirme amacına hizmet söz konusu olduğunda bu durum parayla ölçülemez, yalnızca hâkim tarafından takdir edilebilir. Ancak bu durum hâkimin keyfi olarak karar verebileceği şeklinde yorumlanmamalıdır⁵.

¹ ANTALYA, Gökhan; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt V/1, 2. 2. Bası, Ankara: Seçkin, 2019, s. 207.

² HELVACI, Serap; **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, İstanbul: Beta, s. 94.

³ ANTALYA, Gökhan; **Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması**. İstanbul: Legal, 2017, s. 8.

⁴ ÜNLÜTEPE, Mustafa; **Yargıtay Kararları Doğrultusunda Hukuka Aykırı Fiil Nedeniyle Üçüncü Kişinin Manevi Tazminat Talebi**, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul: Filiz, 2013, s. 1229, 1230.

⁵ ANTALYA, Gökhan; **Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması- Türk Hukukunda Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi**, (Manevi Zararın Belirlenmesi) Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt I, 2016, s. 222.

Tazminat, bireyler arasındaki menfaat dengesinin korunması amacıyla hizmet eden kurumdur. Manevi üzüntülerin ve kayıpların telafisinde manevi tazminat kurumundan yararlanılmaktadır. Tazmin etme borcu bir sözleşmenin konusu olabileceği gibi haksız fiil veya sözleşmeye aykırılıktan da doğabilir⁶.

Manevi tazminat, maddi bir zararın tazmini niteliğini taşımaz. Bu tazminatın amacı; kişilik haklarına yöneltilen saldırı sonucunda, saldırıya uğrayanın manevi zararını, çektiği üzüntüyü ve uğradığı ruhsal sarsıntıyı gidermeye yardımcı olacak ruhsal tatmin yoludur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) vermiş olduğu kararda manevi tazminatın amacının sadece rahatlatmak duygusu vermek olmadığını aynı zamanda zarar veren yanı da, dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla caydırıcı olabilmek, olduğunu belirtmiştir⁷.

Türk Borçlar Kanunu'na⁸ (TBK) göre manevi tazminat talebinde bulunabilmek için belirli şartların bulunması gerekir. Buna göre; kişinin kişilik hakkı hukuka aykırı olarak zarar görmeli, manevi zarar bulunmalı, manevi zarar ile fiil arasında uygun nedensellik bağı bulunmalı, zarar veren tarafın sorumlu olması için kusurunun bulunması ya da kusursuz sorumluluk hallerinden birisinin bulunması gerekir⁹. Manevi tazminat istenebilmesi için maddi zarar doğması aranan şartlardan birisi değildir. Buna karşılık eşyaya yönelik bir tecavüz veya bir edimin yerine getirilmemesi sebebiyle kural olarak manevi tazminata hükmedilemez¹⁰.

TBK md. 56 kapsamında manevi tazminat talebinde bulunabilmesi için yaşama hakkının ihlali ya da beden bütünlüğünün zedelenmesi şartları yer almaktadır. Yaşam hakkının ihlali halinde, ölenin yakınları üzerinde manevi zarar meydana gelmelidir. Beden bütünlüğünün ihlali halinde ise yaralanan kişide manevi zarar meydana gelmeli ve kişilik değerlerinde kendi iradesi dışında eksilme olmalıdır¹¹.

Manevi tazminattan doğan talep hakkı alacak hakkı olduğu için kişiliğe bağlı bir talep değildir. Bu özelliği, mirasçılara intikal konusunda kendisini gösterir. Türk Medeni Kanunu¹² (MK) 25/IV maddesinde manevi tazminat istemi, karşı

⁶ ÜNAL, Mehmet; **Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü**, s. 397, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/307/2942.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2016)

⁷ Yargıtay HGK. 23.06.2004 Tarih ve 2004/370 Karar Sayılı Kararı., REİSOĞLU, Safa; **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Yirminci Bası, İstanbul: Beta, 2008, s. 198.

⁸ RG. 27836, 11.01.2011.

⁹ ANTALYA, s. 208.

¹⁰ "Seyahat acentesinin kusurlu davranışı nedeniyle tatilin yapılamamış olması manevi tazminat hakkı vermez." "Hac seyahati dönüşünde bagajı kaybolan davacı, getirdiği hediyeleri yakın akrabalarına armağan edememiştir. Seyahatin özelliği dikkate alındığında, davalı taşıyıcının sözleşmeye aykırı davranışı sonucu, davacının, koşulları oluşan BK md. 49'a göre manevi tazminata hak kazandığını kabul etmek gerekir." Yargıtay 11 Hukuk Dairesi (HD) 12.11.2001 Tarih ve 2001/8861 Karar Sayılı Kararı.

¹¹ EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Ankara: Yetkin, 2020, s. 790.

¹² RG. 24607, 08.12.2001.

tarafça kabul edilmedikçe devredilemez ve mirasbırakan tarafından ileri sürülmedikçe mirasçılara geçmez¹³.

Manevi tazminatın işlevini açıklayan başlıca üç teori vardır. Bunlar; subjektif, objektif ve karma teoridir. Bu teoriler manevi tazminatın türünün ve miktarın belirlenmesinde etkili olacak görüşler ileri sürmektedir. Subjektif teori, kişinin huzurunun bozulmasını manevi zararın unsuru olarak belirlerken, objektif teori kişilikte meydana gelen objektif eksilmeyi manevi zarar olarak tanımlamaktadır. Karma görüş ise her iki görüşü bağdaştırarak kişilik değerlerinde ve ruhsal bütünlükte meydana gelen eksilmeyi manevi zarar olarak tanımlamaktadır¹⁴.

2. Manevi Tazminatın Hukukî Niteliği

Manevi zararı tazmin etmeyi amaçlayan manevi tazminatın uygulanmasında en temel ilke; zarar gören tarafın malvarlığında artış meydana getirerek kişinin acısını giderecek imkân ve şartlar sağlayabilmektir¹⁵. Manevi tazminatın hukukî niteliği konusunda birtakım görüşler bulunmaktadır. Çalışmanın bu kısmında bu görüşler ele alınacaktır.

2.1. Özel Hukuk Ceza Görüşü

Manevi tazminat bu görüşe göre; özel hukuka ait cezalandırma amacı taşımaktadır. Bu görüşe göre esas olan manevi zararın tazmini değil, zarara kusuru ile sebep olan kişi veya kişilerin cezalandırılmasıdır. Ancak Yargıtay vermiş olduğu kararlarda bu görüşten uzaklaşmış ve manevi tazminatın cezalandırma amacı taşımadığını “... *Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararı karşılamasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir.*” ifadeleriyle belirtmiştir¹⁶.

Görüş mağdurun zararının giderilmesini değil, failin cezalandırılmasını amaçlar ve bu görüş kabul edildiğinde manevi tazminat miktarının yüksek tutulması gerekir. Çünkü cezanın asıl işlevi faile yaptırım uygulamaktır. Her ne kadar bu görüşe göre tazminat hukuken ceza niteliği taşıyorsa da görüş pek çok açıdan eleştirilmiştir. Ceza kavramı, özel hukuka değil kamu hukukuna ait bir kavram olduğu için, manevi tazminat kurumunun amacı zarar vereni cezalandırmak değil, manevi zarara uğrayan mağdurun zararını gidermek esas olmalıdır¹⁷.

¹³ ANTALYA, s. 221, 222.

¹⁴ ATLAN, Hülya. Beden Bütünlüğünün İhlali Halinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi. **AÜHFĐD**. Cilt 65, Sayı 4, 2016, s. 2662.

¹⁵ EREN, s. 886.

¹⁶ Yargıtay 4. HD., 13.10.2005 Tarih, 2004/14567 Esas, 2005/10883 Karar Sayılı Kararı.

¹⁷ KILIÇOĞLU, Ahmet; **Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği**, Ankara Barosu Dergisi, 1984, s. 16

Cezalandırma görüşü özel hukuk ile ceza hukuku arasındaki sınırları ortadan kaldırmaktadır. Bu durumda manevi zararın niteliğine uygun olmayacak şekilde suçta kanunilik ve cezaların şahsiliği ilkeleri gündeme gelmektedir. Yargıtay tarafından verilen kararlarda da manevi tazminatın cezalandırma aracı olamayacağı ifade edilmiştir¹⁸. Ayrıca kusursuz sorumluluk hallerinde manevi tazminat açısından ceza görüşünün de yetersiz olduğu ifade edilmiştir¹⁹.

2.2. Tatmin Görüşü

Manevi tazminat, manevi zarara uğrayan kişinin duyduğu acı, elem, keder gibi duyguları hafifletmek ve dindirebilmek için oluşturulmuş bir kurumdur. Bu nedenle kişilik hakları ihlal edilen kişiye ödenen tazminat ile kişide oluşan hak ihlali duygusunun tatmini ve mağdurun ferahlaması amaçlanmaktadır²⁰. Her ne kadar kişisel değerinde meydana gelen eksilme para ile ölçülemezse de bu görüş mağdurun keder ve üzüntüsünü hukuken korunabilen bir alan içerisine sokmaktadır²¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.05.2008 tarihinde vermiş olduğu bir kararda da manevi tazminatın zarara uğrayan kişiye huzur vermesi, duyduğu elem ve ızdırabın dindirilmesi gerekliliğine değinilmiştir. Bu nedenle manevi tazminatın miktarı belirlenirken, tazminatın bu amacı göz ardı edilmemelidir ve hâkim tarafından takdir edilecek miktar mevcut halde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan miktar kadar olmalıdır²².

Manevi tazminatın belirlenmesinde tatmin görüşünün temel alınmasının isabetli olmadığı savunulmuştur. Buna göre acı ve üzüntü ölçülemez ve tatmin duygusuna herhangi bir sınır konulamaz, insan doğası içerisinde bulunan bu duy-

¹⁸ Yargıtay HGK., 27.11.2018 Tarih, 2017/4-1426 Esas, 2018/1989 Karar Sayılı Kararı., ANTALYA, s. 210, 211.

¹⁹ ÖZÇELİK ÇALIŞ, Gizem; **Aldatılan Eşin Manevi Tazminat Talebi**, Ankara: Seçkin, 2021, s. 25., Manevi tazminatın özel hukuk cezai müeyyidesi olmadığını savunan bir başka görüşte bu hali ile manevi tazminatın kavramsal olarak algılanmanın ve tanımlamanın zor olacağını ifade ederek, manevi tazminatın maddi bir zararın giderilmesini amaçlayan klasik anlamda bir tazminat olmadığını belirtmiştir. SULU, Muhammed; **Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, s. 2740.

²⁰ Manevi tazminatın temeli iki teori üzerine kurulmuştur. Bunlardan bir tanesi manevi tazminatın hukuksal niteliğini ceza teorisine göre ele alırken diğer teori tatmin teorisidir. Manevi tazminatın amacının ceza ile sevinç arasında denge kurmak olduğunu savunan görüşlere göre manevi tazminat, ceza ile tazmin arasında yer alır ve tatmin niteliği taşır. KILIÇOĞLU, Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 24. Bası, Ankara: Turhan, 2020, s. 550.

²¹ ORAL, Tuğçe. **Tüzel Kişilerin Manevi Zararlarının Tazmini**. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2018, s. 66.

²² Yargıtay HGK. 14.05.2008 Tarih ve 2008/13-364 Esas, 2008/373 Karar Sayılı Kararı., ENER, Oğuz Şükrü; **Türk Hukukunda Manevi Tazminatın Niteliği ve Hesaplanması**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 38, 39.

gularla herhangi bir yere varılamaz ve mahkemeler tarafından verilen tazminat kararları arasındaki derin farklılıklar da duygusal çözümün yanlış bir yol olduğunu ortaya koymuştur²³.

2.3. Önleme ve Caydırma Görüşü

Manevi tazminatın hukukî niteliğinin önleme ve caydırma olduğunu savunan görüşlerden bazıları bu niteliği cezalandırma niteliği ile bir arada ele almıştır²⁴. Manevi tazminat kurumunun önleyici bir fonksiyonunun bulunması için, davalının haksız fiil dolayısıyla elde ettiği menfaat, davacının zararından fazla olduğunda; haksız fiilin neticesi olan aradaki farkın iade edilmesi kabul edilmelidir. Bir diğer şart ise davalının malvarlığında haksız bir menfaat artması olmasa dahi davalının yalnızca zararı ödemekle yükümlü kılınması sonucunda, zarar miktarının, davalıya haksız fiil yapmaması yönünde yeterli bir maddi yaptırım oluşturulmaması ihtimali ile ilgilidir²⁵.

Genel itibari ile bakıldığında yaptırımların esas amacı suç işleyenleri cezalandırmak değil, suç işlenmesinin önlenmesini sağlamak olmalıdır. Manevi tazminat kurumu ile de bu durum sağlanabilir. Böyle bir durumda yüksek miktarda tazminat ödeyeceğini düşünen kişi, kişilik haklarına saldırmaktan çekinebilir ve manevi zarar oluşturacak saldırıları gerçekleştirmekten kaçınabilir. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda manevi tazminatın bu yönüne de değinmiş ve gelişmiş ülkelerde manevi tazminatın eski kalıbından kurtularak caydırıcılık unsuruna ağırlık verdiğine değinilmiştir. Gelişen hukukta böyle bir yaklaşım kişi haklarını her şeyden önde tutan bir yaklaşımdır ve kişilik haklarına yönelik haksız bir eylem söz konusu olduğunda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıracak oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır²⁶.

2.4. Sosyal Yardım Görüşü

Maddi zarar ve manevi zarar arasındaki sınırın giderek kaybolduğu savunulan bu görüş doğrultusunda manevi zararın denkleştirme işlevi ön planda tutulmaya ça-

²³ ÖZDEMİR, Erdem; **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, İstanbul: Vedat, 2014, s. 556.

²⁴ Yargıtay kararları ile benimsenmiş olan ve manevi tazminatın "ne bir ceza ne de gerçek anlamda bir tazminattır." Açıklaması Yargıtay HGK tarafından terk edilmiş ve manevi tazminatın caydırıcılık özelliği ön plana çıkarılmıştır. Bu karara göre "... aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ıstırapı hiçbir değerini gidermesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan, sadece zarar görene bir parça olsun rahatlama duygusu vermek değil, aynı zamanda zarar verene daha dikkatli ve özenli davranması, bundan böyle zarar verici eylemlerden sakınması için caydırıcı etki sağlayacak bedel ödettilmesidir." ÇELİK, Ahmet Çelik; Can Zararlarında Manevi Tazminata Ölçü Arayışı, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/can-zararlarinda-manevi-tazminata-olcu-> (Erişim Tarihi: 08.04.2016)

²⁵ KARAYALÇIN, Yaşar; **Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması**, AÜHFĐ, 1962, s. 262.

²⁶ Yargıtay HGK. 23.06.2004 Tarih ve 2004/13-291 Esas, 2004/370 Karar Sayılı Kararı. ÇELİK, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/can-zararlarinda-manevi-tazminata-olcu-arayisi->

lişilmiştir. Buna göre manevi tazminat; manevi zarar karşısında nafaka gibi bir sosyal yardım konumuna geçmektedir. Maddi tazminatın yetersiz kaldığı durumlarda bu tazminatın açığını ve eksikliklerini kapatmak için manevi zararın toplumsal bir işlevi bulunmaktadır. Türk Hukuku'nda manevi tazminatın sosyal yardım niteliği taşıdığını savunan yazarlardan birisi Serozan'dır. Yazara göre manevi tazminata çağdışı bir şekilde hacı veya misillemece olarak bakmak yerine alacaklısı tarafından maddi tazminatı tamamlayan sosyal yardım ve rehabilitasyon işlevi kazandırılmalıdır. Bunun yararı manevi tazminatı manevi tatmin görüşünden ayırarak, bu tazminatı kusursuz risk sorumluluklarında da duraksamadan ter vermek olacaktır. Yazara göre manevi tazminat son çare olarak uygulanmalıdır ve maddi tazminatın amacına ulaşmaması durumunda devreye girmelidir. Manevi tazminatın devreye girmesinin nedeni ise sosyal zorunluluğun doğmasıdır. Sosyal yardım görüşü kabul edildiğinde manevi tazminatın belirlenmesi matematiksel olarak kesin bir şekilde gerçekleştirilemeyeceğinden manevi tazminat denkleştirme programı dışında değerlendirilmemelidir. Manevi tazminatın denkleştirme programı içerisindeki özelliği ise sosyal yardım olarak nitelendirilebilir²⁷.

2.5. Telifi Görüşü

Bu görüş kapsamında manevi tazminat belirlenirken, manevi zararın aynen ve nakden tazmin edilmesi gerekir. Bu anlamda telifi görüşü; ceza ve tatmin görüşünden ayrılır ve kişinin duyduğu elem veya ızdıraba bakılmadan tespiti olmayan bu duyguların ölçümü ile uğraşmadan manevi zararın giderilmesi amacı ile zarar görene bir miktar paranın ödenmesini esas alır. Bu görüş çerçevesinde aynen tazmin mümkünse aynen tazmin yoluna gidilir. Örneğin izinsiz çekilen fotoğrafın imha edilmesi, hastalanan kişinin tedavi ettirilmesi durumlarında olduğu gibi. Aynen tazmin mümkün değilse nakden tazmin yolu işletilir²⁸.

Telifi görüşü, maddi tazminatın doğurduğu mağduriyetleri gidermek fonksiyonu taşır çünkü maddi tazminat önceden belirlenmiş belirli kurallara göre hesaplandığı için bazı durumlarda maddi tazminatın karşılayamadığı mağduriyetler doğmaktadır. Bu durumun en tipik örneğini çocuk ölümlerinde anne ve babaya ödenen tazminatların ödenmesi kısmında ortaya çıkar. Hesaplamalar, çocukların çalışıp kazanç elde edeceği 18 yaşından itibaren başlayarak yapılır, bu hesaplamalarla çok düşük miktarlarda tazminat tutarları ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda çocuğunu kaybeden bir ailenin acısını hiçbir şekilde dindiremeye de yetersiz kalan maddi tazminatın eksikliği uygun miktarda manevi tazminat ile giderilmeye çalışılır²⁹.

²⁷ SEROZAN, Rona; Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 86, 87.

²⁸ EREN, s. 889, 890., ENER, s. 41.

²⁹ ÇELİK, s. 5.

Telafi görüşü, manevi tazminata hükmedilmesi hususunu zorunlu bir şekilde duygu zararlarının ortaya çıkmasına bağlamamaktadır. Zarar gören kişinin elde edeceği tazminat neticesinde yaşama sevincine yeniden kavuşup kavuşmama, bozulan ruhsal dengesini tekrar sağlığa kavuşturma gibi hususlarla ilgilenmediği için manevi zararın yaratacağı ihlali idrak etme gücüne sahip olmayan ayırt etme gücünden yoksun kişilerin ve tüzel kişilerinde manevi tazminat talep etmesine imkân sağlayabilecektir.³⁰

3. Hukukî Niteliğin Manevi Tazminatın Belirlenmesine Etkisi

Manevi zararın giderimi konusunda esas olarak aynen tazminin her zaman mümkün olmaması genellikle manevi zararın nakden tazmin şekliyle giderilmesini sağlamaktadır. TBK 58. maddesi kapsamında manevi tazminat miktarı belirlenirken hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Bu durumda ön plana çıkan durum; manevi tazminat miktarı belirlenirken manevi tazminat kurumunun hangi amacına hizmet edeceğidir. Bu nedenle manevi tazminatın hukukî niteliği konusundaki görüşler, manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmalı ve geniş bir şekilde değerlendirilmelidir. Çünkü hukukî nitelik konusunda benimsenecek her bir görüş manevi tazminatın belirlenmesini değişik açılardan etkileyecektir. Hâkim de manevi tazminatı belirlerken benimsemiş olduğu görüş doğrultusunda hareket edecektir.³¹

Çalışmanın bu bölümünde manevi tazminatın belirlenmesinde hukukî niteliğin etkileri ayrı ayrı ele alınacaktır.

3.1. Özel Hukuk Ceza Görüşünün Değerlendirilmesi

Hukukî nitelik konusunda manevi tazminatın ceza fonksiyonu içerdiği kabul edilirse, zarar vereni cezalandırmak amacı ile tazminat miktarının yüksek tutulması gerekliliği çalışmanın daha önceki bölümünde belirtilmişti. Böyle bir durumda tazminat miktarı, zarar verenin fiilinin ağırlığı doğrultusunda azaltılıp artırılabilir. Ancak bu durum pek çok açıdan eleştiri konusu olmuştur. Zarara uğrayan kişi, zarar veren kişiye manevi tazminat davası yanında ceza davası açma hakkını haizdir. Hal böyle iken zaten cezalandırma amacı taşıyan bir ceza davasının yanı sıra manevi tazminat talebi de cezalandırma amacı ile hareket edilerek istenmesi, zarar veren kimsenin eyleminden dolayı iki kez cezalandırması sonucuna götürür ve böyle bir durum hakkaniyete aykırılık teşkil eder.³²

³⁰ ERLÜLE, Fulya. Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat. Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara: Seçkin, 2015, s. 85.

³¹ ÇETİN, Pınar; **Manevi Tazminat Davasının Hukukî Niteliği ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi**, Gazi Üniversitesi: Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 69.

³² KILIÇOĞLU, Hukuksal Nitelik, s. 16.

Ayrıca ceza hukukunun temel ilkelerinden birisi olan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereği ceza kanunlarında düzenlenmemiş bir suç nedeni ile failin cezalandırılması da kanun ile belirlenmemiş eylemlerden dolayı ceza verme işlemine neden olacak ve böyle bir durum da açıkça hukuka aykırılık teşkil edecektir³³.

Bazı durumlarda manevi tazminatta müteselsil sorumluluk oluşturan hallerde cezaların kişiselliği ilkesi ile çelişecektir. Çünkü manevi tazminatta müteselsil olarak sorumlu tutulan kişiler varsa tazminat borcunun tamamı sorumluluk altına girmiş kişilerin herhangi birinden istenebilir. Ancak cezaların kişiselliği ilkesi gereği hiç kimse bir başkasının cezasından sorumlu tutulamayacaktır³⁴.

Ayrıca bu görüş zarar görenin zararının giderilmesi amacını değil de intikam alma duygusunun tatmin edilmesini amaçladığından öğretilde eleştirilmiştir. Bu görüşe göre her ne kadar tarihsel süreç içerisinde manevi tazminatın amacı cezalandırma düşüncesi çerçevesinde gelişmişse de cezalandırma amacı medeni hukukun değil ceza hukukunun amacıdır³⁵. Manevi tazminatın ceza görüşü ile açıklanması mağduru tamamen değerlendirme dışı tutup zarar vereni esas aldığından eleştirilmiştir. Bu hali ile tazminatın mağdura ödenmesi ile devlete ödenmesi arasında herhangi bir fark olmadığı da ifade edilmiştir³⁶.

3.2. Tatmin Görüşünün Değerlendirilmesi

Bir kimsenin manevi zarara uğradığının kabulü kişinin fiziki ve manevi acı duyması, ruhsal dengesinin bozulması, yaşama sevincini kaybetmesi olarak değerlendiriliyorsa subjektif görüşten bahsedilir. Kısacası ihlal sonucunda duygusal zararın doğması beklenir³⁷.

Tatmin görüşü temelinde subjektif görüşü barındıran bir görüştür ve manevi tazminatın kişinin yaşamış olduğu bu olumsuz duyguların tatmin edilmesi düşüncesine dayandığından eğer subjektif görüş kabul edilmezse tatmin görüşü dayanaksız kalacaktır³⁸. Oysaki manevi zararı, zarar görenin acı, elem, üzüntü gibi duygulardan bağımsız şekilde ele almak gerektiği, bu sebeple objektif bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir³⁹. Ayrıca zarar görenin ayırt etme gücünden yoksun olması ya da tüzel kişi olması halinde tatmin duygusundan

³³ KILIÇOĞLU, Hukuksal Nitelik, s. 16, 17.

³⁴ ÇETİN, s. 69-74.

³⁵ ERLÜLE, s. 82.

³⁶ ORAL, s. 69.

³⁷ ANTALYA, s. 212.

³⁸ ÇETİN, s. 74., Aynı görüşü savunan yazara göre kişinin çekmiş olduğu acı, üzüntü, kederi ve uğramış olduğu haksızlıkları gidermenin yarattığı tatmini yaşartma işlevinin bulunduğu açıklayan tatmin görüşü ancak manevi zararı, subjektif olarak açıklayan görüşün kabul edilmesi halinde uygulanabilecektir. ERLÜLE, s. 82.

³⁹ ERLÜLE, s. 83.

yoksun olacakları için, tatmin görüşü bu gibi örneklerde geçersiz hale gelmektedir. Ayrıca tatmin görüşü, zarar verenin cezalandırılması amacını taşıdığından kusursuz sorumluluk hallerinde de kişi kusuru olmasa dahi manevi tazminat yaptırımı ile karşı karşıya kalabilecektir bu duruma verilebilecek örneklerden birisi de istihdam edenin, istihdam ettiği kişinin verdiği manevi zarardan dolayı kusurlu olmasa da sorumlu tutulmasıdır⁴⁰.

Ayrıca manevi tazminatın tatmin fonksiyonunun kabul edilmesi halinde, zarar gören kişiye yönelik yapılacak olan; manevi zarar nedeni ile başvuracağı ceza davasından çıkacak mahkûmiyet kararının, verilecek olan manevi tazminat talebinin miktarında indirimine sebep olmaması nedeni ile ceza davasının, manevi tazminat hükmünün kesinleşmesinden sonra açılması yönünde tavsiyeler de eleştirilmemelidir⁴¹.

3.3. Önleme ve Caydırma Görüşünün Değerlendirilmesi

Doktrinde önleme ve caydırma görüşünün, ceza görüşü ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Ancak bu durum pek çok açıdan sakıncalı olabilecektir. Manevi tazminatın önleme ve caydırma fonksiyonunun olması için yüksek miktarda tazminata hükmedilmesi gerekecektir. Türk Hukuku'nda bazı Yargıtay kararlarında manevi tazminatın caydırıcılık niteliğine değinilmiş ancak zarar görenin zenginleşmemesi düşüncesi, tazminat miktarlarının yüksek tutulmasına sınır getirmiştir⁴².

3.4. Sosyal Yardım Görüşünün Değerlendirilmesi

Manevi tazminatı, maddi tazminatın tamamlayıcısı olarak gören bu görüş doğrultusunda, manevi tazminatın sosyal yardım niteliği bulunmaktadır ve sosyal açıdan daha güçlü olan taraf, zayıf olan tarafın kişilik değerlerini ihlal etmişse, hâkim zarar gören lehine daha yüksek miktarda tazminata hükmedebilir. Ancak böyle bir durumda idare aynı işlemle, biri diğerinden daha yüksek şartlara sahip iki kişinin manevi değerlerini haksız olarak ihlal etmişse manevi tazminat ne şekilde belirlenecektir sorusu ile karşı karşıya kalınacaktır. Böyle bir durumda objektif bir değerlendirme yapılması hakkaniyete uygun olur ve vatandaşlar kendi aralarında ayrıma tabi tutulmamalıdır. Ya da ekonomik veya sosyal açıdan benzer imkânlarla sahip kimseler birbirlerinin manevi değerlerini ihlal etmişlerse manevi tazminatın belirlenmesinde sosyal yardım niteliği dikkate alınacak mıdır? Böyle bir durumda zayıf olan tarafın, güçlü kimseye karşı korunması söz konusu olmadığı için manevi tazminatın sosyal yardım fonksiyonu dikkate alınmamalıdır⁴³.

⁴⁰ EREN, s. 887., ÇETİN, s. 75.

⁴¹ ÇETİN, s. 76.

⁴² ÇETİN, s. 85, 87.

⁴³ ÇETİN, s. 84, 85.

3.5. Telif Görüşünün Değerlendirilmesi

Manevi tazminatın belirlenmesinde telif görüşü kabul edilecek olursa, tazminatın miktarı belirlenirken zararı telif edip edemeyeceği hususu ön plana çıkar.

Bazı durumlarda zararın nakden tazmini tam anlamıyla kişinin uğramış olduğu tazmini telif etmeyebilir. Örneğin çok önemli bir pul koleksiyonu içerisinde çalınan pul, manevi değerlerin ihlali anlamını taşımaktadır. Bu durumda ortaya çıkan manevi zararın nakden tazmini kişinin zararını tam anlamı ile telif etmeyecektir. Çünkü gerçek anlamda zararın tazmin edilebilmesi nakden tazmin ile değil aynen tazmin ile gerçekleştirilebilecektir. Bu hususta eleştirilen nokta manevi değerler yerine maddi değerlerin konulması kişilerin zararını ne ölçüde telif edebilecektir. Örneğin destekten yoksun kalma tazminatı kapsamında yapılan bir takım hesaplamalar ile yoksun kalınan desteğin maddi olarak hesaplanması, kişilerin zararını ne ölçüde giderebilecektir⁴⁴.

Tatmin fonksiyonu içerisinde subjektif temellere dayandırılan manevi zarar, telif fonksiyonu ile objektif görüş ile temellendirilmeye çalışılmıştır. Objektif görüş çerçevesinde manevi tazminatın amacı giderim olarak kabul edilmiştir. Bu görüşe göre manevi zarar kişiden bağımsız olarak değerlendirilmelidir ve manevi zarar belirlenirken haksız fiil ile kişisel değerleri ihlal edilen zarar görenin, kişi varlığında meydana gelen objektif eksilme veya kayıp dikkate alınır⁴⁵.

Telif görüşünün doğal sonucu olarak, zarar ve tazminat, zarar görenin subjektif özelliklerinden soyutlandırıldığı için kişilerin ayırt etme gücüne sahip olup olmamalarına bakılmaksızın ya da tüzel kişi olup olmamalarına bakılmaksızın bu tazminat istenebilecektir. Kişilik değerlerinde eksilme meydana gelen kişilere ödenecek olan para ceza veya tatmin olarak değerlendirilmemeli, zarar gören ile zarar veren arasında hiçbir husumet kalmasa dahi bu tazminatı istenebileceği dava açılmalıdır⁴⁶.

Telif görüşünde esas alınan zarar verenin kusuru yerine, uğranılan zarar olduğundan miktarın belirlenmesi buna bağlıdır. Ancak bu görüş manevi tazminatın önleme ve caydırma amacına değinmediği için eleştirilmiştir. Çünkü telif görüşü doğrultusunda verilecek tazminat miktarı yeterince yüksek olmayabilir. Dolayısıyla önleme ve caydırma; telif görüşünün bir sonraki basamağını oluşturmaktadır⁴⁷.

Manevi tazminatın fonksiyonu açısından yapılacak değerlendirmede zararın niteliğine yönelik objektif bir yaklaşım tarzı benimsemesinden ötürü ve kişilik

⁴⁴ ÇETİN, s. 81.

⁴⁵ ANTALYA, s. 209, 210., EREN, s. 888., ÖZÇELİK ÇALIŞ, s. 27.

⁴⁶ EREN, s. 889, 890.

⁴⁷ EREN, s. 890.

hakkının ihlal edilmesi halinde kişinin duyduğu elem ve ızdırabın varlığını araştırmaksızın kişilik değerlerinde azalmanın meydana gelmesi ile manevi zararın oluştuğunu kabul etmesi ile telafi görüşünün hakkaniyete daha uygun olduğu açıktır. Ancak bu değerlendirmede kişinin duyduğu acı, üzüntü, keder gibi duyguların para ile ölçülüp giderilemeyeceği başka bir ifade ile hissedilen olumsuz duyguların karşılığının bir miktar parasal değer olmayacağını ifade etmekte fayda vardır yine de bu durum manevi zararın para ile tazmini hususunu reddetmek için yeterli bir sebep değildir. Kişinin duyduğu acının telafisinin uygun bir para ile giderileceği TBK md. 56 ve md. 58’de yer alan hükümlerde de belirtilmiştir. Ancak kanun koyucunun kişilik hakkının ihlali halinde maktu bir miktar belirlemekten kaçındığı da görülmektedir. Dolayısıyla tazminatın miktarı belirlenirken birtakım esasların da göz önüne alınması gerekir. Bu esaslara ilişkin genel bir bilgiye çalışmanın devamında yer verilecektir.

4. Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Esaslar

Manevi tazminatın amacı, kişilik hakkı saldırıya uğramış ve zarar görmüş kimselerin zararlarını en tatminkâr şekilde telafi etmektir. Eski Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinin 2. fıkrasında hâkimin manevi tazminatı belirlerken kişilerin sıfatını, işgal ettikleri makam ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alacağı hususu yer almış, bu hüküm TBK kapsamına dâhil edilmemiştir. Ancak bu düzenlemenin TBK kapsamına dâhil edilmemiş olması, hâkimin manevi tazminat miktarını belirlerken bu durumları göz önüne almayacağı sonucunu doğurmamalıdır. Çünkü tazminat davalarında tarafların ekonomik ve sosyal durumlarından bağımsız olarak verilecek tazminat miktarı, ekonomik durumu çok iyi olan kişiler bakımından etkisiz hatta teşvik edici dahi olabilecektir. Üstelik TBK md. 51 göz önüne alındığında hâkimin tazminat miktarını belirlemesinde genel ilkeler belirtilmiş ve tazminat miktarı belirlenirken durumun gereği, kusurun ağırlığı, tazminat kapsamı ve ödenme biçiminin göz önüne alınması gerekliliği hükümde yer almıştır⁴⁸.

Çalışmanın önceki bölümlerinde de ifade edildiği üzere zarar gören kişinin duyduğu acının uygun miktarda para ile giderileceği hususu TBK md. 56 ve md. 58’de belirtilmişse de kanun koyucunun maktu bir miktar belirlemediği görülmektedir. Somut olayın özellikleri doğrultusunda manevi tazminatın miktarı hâkim tarafından takdir edilecektir⁴⁹.

Çalışmanın bu bölümünde manevi tazminatın miktarına etki eden çeşitli faktörler ele alınacaktır.

⁴⁸ YENİOCAK, Umut; **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, Birinci Bası, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2011, s. 70.

⁴⁹ ANTALYA (Manevi Zararın Belirlenmesi), s. 242.

4.1. Olayın Özellikleri

Hâkim, tazminat miktarını belirlerken durumun hal ve şartlarını değerlendirerek sonuca varmalıdır. Daha önce bahsedildiği üzere TBK md. 58 kapsamında bu durum yer almıyor olsa dahi, durumun gereğini dikkate alma zorunluluğu, manevi tazminatın niteliğinden dolayı, olayın özelliklerini dikkate almayı zorunlu kılar. Hâkim, tazminat miktarını tayin ederken parasal ödeme yerine ek başka bir ödeme verip vermeyeceğini olayın özelliklerine göre değerlendirir⁵⁰.

Olayın özellikleri, kişilik değerlerinin zedelenmesinin şiddeti yönünden iki türlü incelenebilir. Olayın özellikleri dikkate alınırken kişilik hakkının ihlalinin ağırlığı ve zararın ağırlığı göz önüne alınmalıdır. Manevi zararın şiddetinin derecesine göre az veya çok manevi tazminat miktarına hükmedilebilir. Böyle bir durum için olayın bedensel bütünlüğü zedelenenin kendisi ve yakınları ya da ölenin yakınları üzerinde meydana getirdiği etkiye bakmak gerekir. Kişinin yaşamış olduğu elem ve üzüntünün ağırlığına ve süresine bakmak gerekir. Örneğin zarar görenin hastanedeki tedavi süresi, tedavi şekli, yoğun bakım süresi, ihlalin verdiği acı gibi durumlar incelenmelidir. Örneğin zarar sonucu kalıcı bir maluliyet oluşmuşsa manevi zarar miktarı daha fazla tayin edilmelidir. İhlalin ağırlığı konusunda da zarar verenin kişilik hakkını ihlal eden davranışın tarz ve şekli, yoğunluğu, etkilerinin süresi tazminatın belirlenmesinde esas alınmalıdır. Ayrıca ihlalin devam ettiği süre ya da ihlalin etkilerinin devam ediyor olması da tazminatın miktarını belirleyecektir⁵¹.

Uğranılan manevi zararın objektif ağırlığı kişinin hakarete uğramasında ya da iftiraya uğramasıyla daha farklı olabileceken başka bir kişinin yol açtığı trafik kazasında yaralanması nedeniyle çok daha farklı boyutta olabilecektir⁵². Bazı trafik kazaları vardır ki “cinayet gibi kaza” olarak nitelenmekte ve kişilere verilen yüzde yüz kusur oranı kişilerin ya da toplumun öfkesini yatıştırmamaktadır. Kentin en kalabalık caddelerinde otomobil yarışı yaparak insanları ezip geçen, alkolün etkisiyle kaldırılma çıkan ya da durakta bekleyenlerin ölümüne ya da yaralanmasına neden olan veyahut trafik ışıklarına aldırma maksızın aracını insanların üzerine süren bilinçsiz kimselerin neden olduğu kazalarda yüzde yüz (sekizde sekiz) kusurlu olmaları manevi tazminatın belirlenmesinde yeterli olmamaktadır. Bu tür olaylarda tarafların sosyal veya ekonomik durumlarına bakmanın, davalı tarafın ödeme gücünü araştırmanın, bu ödemenin onu yoksullaştıracağı ve davacıyı zenginleştireceği gibi kaygılara düşmenin de hiçbir anlamı olmamalıdır⁵³.

⁵⁰ ANTALYA, s. 238.

⁵¹ ANTALYA, s. 242, 243.

⁵² ÇETİN, s. 92.

⁵³ ÇELİK, s. 14.

4.2. Zarar Görenin Özellikleri

Maddi bir zarar söz konusu olduğunda mağdurun şahsı etkilenmezken manevi zararın söz konusu olduğu durumlarda mağdurun şahsiyeti meseleye hâkim olan temel unsurdur.

4.2.1. Zarar Görenin Fiziksel Özellikleri

Manevi zararda aranması gereken unsurlardan birisini zarar ile birlikte elem, acı ve ızdırap duyulmasıdır. Ancak zararın vermiş olduğu acıyı hissetme gücü kişiden kişiye değişiklik gösterecektir. Yargıtay⁵⁴ vermiş olduğu bir kararda bu unsura da yer vererek “*Manevi tazminatın takdirinde istek sahibinin durumu, hususi ehemmiyeti haizdir. Mahkeme sağlam bir sonuca ulaşmak için, istek sahibinin; sosyal, iktisadi ve ailevi şartlarını olduğu kadar, hissetme gücünü de araştıracaktır. Çünkü istek sahibinin hadiseden duyduğu acının derecesi ancak bu surette anlaşılabilir.*” Ancak manevi tazminatın belirlenmesinde hissetme gücünün tayinine yer vermek, hissetme gücüne sahip olmayanların bu tazminatı talep edemeyeceği gibi bir sonucun çıkarılmamasını gerektirir.

Kişinin vücut yapısı ve dayanıklılığı çerçevesinde yapılacak bir incelemede zarar görenin yaşı ve cinsiyeti dikkate alınmalıdır. Psikolojik sorunları çocuklar veya gençler tarafından atlatılması genel olarak daha kolayken, gençler için bu sorunları aşmanın daha zor olduğu söylenebilir. Ya da zarar ile birlikte mağdurda kalıcı bir iz ortaya çıkmışsa böyle bir durumda duyulacak olan üzüntü erkeğe göre kadınlarda daha fazladır. Ayrıca ihtimali yaşam süreleri hesaplandığında ortaya çıkan kalıcı zararlar yaşlılardan ziyade gençlere göre kabullenilmesi daha zor olan bir durumdur. Bu nedenle manevi tazminat miktarının belirlenmesinde bu gibi özellikler dikkate alınmalıdır⁵⁵.

4.2.2. Zarar Görenin Mesleki ve Sosyal Durumu

Çelik'e göre zarar göreni yatıştırıcı, zarar vereni ise caydırıcı bir tazminat tutarı, sosyal ve ekonomik durumlara göre değil, onların kişisel özellikleri, eğitim ve kültür düzeylerine, davranış biçimlerine, özyapılarına göre belirlenmelidir. Burada anlatılmak istenen kişilerin mevkii, makam, ad veya unvanları değildir. Çünkü manevi tazminattan beklenen yarar, maddi tazminatı tamamlayan ve zarar veren üzerinde caydırıcı olmasıdır⁵⁶.

Kişilerin sosyal ve ekonomik durumları uğramış oldukları manevi zararın etkisini etkilemektedir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de-

⁵⁴ Yargıtay HGK. 08.12.1965 Tarih ve Esas: 65-892, Karar: 450 Sayılı Kararı. TOKBAŞ, Hakan; **Manevi Tazminat Miktarının Tayini**, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1345.htm (Erişim Tarihi: 09.04.2016)

⁵⁵ TOPBAŞ, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1345.htm (Erişim Tarihi: 09.04.2016)

⁵⁶ ÇELİK, s. 14.

ğer yargıları ve kişilerin şeref ve haysiyetlerinin korunması arasındaki dengede sade vatandaş ve politikacı ayırımına gitmektedir. Buna göre siyasi görev üstlenen kişiler tüm karar, söz ve davranışlarının basın ve kamuoyunun devamlı değerlendirmesine ve eleştirisine tabi olduğunu bilerek bu görevi kabul etmiştir. AİHM bir gazetecinin Nazileri koruduğu iddiası ile Avusturya Şansölyesi'ni eleştirisinde kullandığı “oportünizm”, “ahlakdışı”, “haysiyetsiz” gibi ifadeler nedeniyle tazminat ödemeye mahkum edilmesini düşünce özgürlüğüne aykırı bulmuştur. Bizim yargı organlarımızda son zamanlarda verdikleri kararlarda politikacılara ve üst düzey bürokratlara ilişkin yayınlara ilişkin “olay” ve “eleştiri” ayırımını yapmakta ve bu konuda AİHM’de benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Yargıtay’a göre siyasal kişileri eleştirmek basının görevidir ve basında yayın konusu yapılan haller objektifse, doğru olaylara dayanıyorsa ve doğru amaca yönelikse; eleştiri sert, kırıncı ve kişiyi küçük düşürücü olabilir. Böyle durumlarda da hukuka aykırılık ortadan kalkar⁵⁷.

Zarar görenin ekonomik durumunun dikkate alınması gerekliliğine ise eski Borçlar Kanunu döneminde verilmiş olan pek çok Yargıtay kararlarında değinilmiştir. Ancak zarar görenin ekonomik durumuna ilişkin öğretilerde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir kısım görüşlere göre manevi zararın miktarı, zarar görenin serveti ile doğru orantılı olmalıdır çünkü herkesin tatmin olma duygusu sahip olduklarına bağlı olarak farklılık gösterecektir. Diğer bir görüşe göre ise mağdurun ekonomik açıdan zayıf durumda olması, zarar sonrası kişinin aynı şekilde hayatına devam etmesini zorlaştırabilecektir. Bu nedenle tazminat artırıcı unsur olarak ele alınmalıdır. Sonuç olarak kişinin ekonomik görüşü manevi tazminatın hukukî niteliği konusunda hangi görüşün benimsendiği ile ilgili bir durumdur. Tatmin görüşü benimsenecek olursa ilk görüş, telafi görüşü benimsenecek olursa ikinci görüş isabetli olacaktır⁵⁸. Ancak hakkaniyet gereği telafi görüşü dürüstlük kuralına daha uygun görünmektedir.

4.2.3. Zarar Görenin Kusuru

Zarar görenin birlikte kusuru manevi tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Zarar görenin kusuru, zarar verenin kusuruna eşit ya da onun kusurundan daha ağırsa böyle bir durumda hâkim tazminata hükmetmekten kaçınabilecektir. Ayrıca işlenen fiil zarar görenin iyiliği ya da hatırı sebebi ile işlenmişse de manevi zarar daha az miktarda belirlenebilir⁵⁹.

Ancak doktrinde aksini savunan görüşlerde bulunmaktadır. *Eren*'e göre zarar görenin kusuru, zarar verenin kusuruna eşit ya da ondan daha fazla olsa dahi

⁵⁷ Yargıtay 4. HD., 27.06.2006 Tarih ve 2006-7795 Karar Sayılı Kararı., REİSOĞLU, Safa: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yirmi Beşinci bası, İstanbul: Beta, 2014, s. 254.

⁵⁸ TOPBAŞ, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1345.htm (Erişim Tarihi: 09.04.2016)

⁵⁹ ANTALYA, s. 244, 245.

hâkim tazminata hükmetmekten kaçınmamalıdır. Çünkü maddi tazminatta böyle bir ayırım yapılmazken manevi tazminat konusunda böyle bir ayırma gidilmesi anlaşılabilir bir durumdur. Zarar görenin kişisel kusuru ancak illiyet bağına kesecek ya da ortadan kaldıracak nitelikteyse zarar veren sorumluluktan kurtulabilir⁶⁰.

4.3. Zarar Vereninin Özellikleri

Manevi tazminatın belirlenmesinde zarar verenin şahsi özellikleri, her ne kadar zarar görenin özellikleri kadar önemli olmasa da adil bir tazminata hükmedebilmek için bunların da göz önünde bulundurulması gerekir. Çalışmanın bu bölümünde zarar verenin sosyal ve ekonomik durumunun ve zarar verenin kusurunun tazminatın belirlenmesinde önemi anlatılacaktır. Ancak burada unutulmaması gereken bir husus bulunmaktadır. Manevi zarar yalnızca kusur sorumluluklarında söz konusu olmaz aynı zamanda kusursuz sorumluluk hallerinde de manevi tazminata hükmedilebilir. Bu nedenle kusursuzluk hallerinden bahsedilmemesi bu gibi durumlarda bu tazminata hükmedilmeyeceği anlamına gelmemelidir⁶¹.

4.3.1. Zarar Vereninin Sosyal ve Ekonomik Durumu

Zararın, mağdur üzerinde doğuracağı acı ve elemde bunun yapan kişinin şahsiyeti de önem taşımaktadır. Sosyal mevki olarak mütevazı olan bir kimse tarafından yüksek bir seviyede bulunan kimseye karşı kişilik haklarına yapılan tecavüz bu kimseyi pek fazla rahatsız etmeyebilir ancak tam tersi bir durumda mütevazı kimseye karşı yapılacak aynı fiiller o kimseyi daha fazla rencide edebilir⁶².

Manevi zararın oluşumunda birden fazla kişi sorumlu ise, sorumluların bir ya da birkaçının ekonomik anlamda sıkıntı yaşamaları tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmaz. Ayrıca ağır kusurlu bir kimsenin de fakirleşme ihtimali göz önüne alınarak hakkaniyete uygun olmayacak derecede az tazminata hükmedilmesi de uygun değildir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 24.12.2008 Tarihli kararında belirtmiş olduğu üzere "... davacı yararına tarafların ekonomik ve sosyal durumları gözetilerek uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir..."⁶³

4.3.2. Zarar Vereninin Kusuru

TBK 58. maddesinde tazminat davasının şartları arasında zarar verenin kusurundan bahsedilmemiştir. Kusur şartının konulmamış olması bu duruma kusursuz sorumluluk hali getirmemiştir. Haksız fiile ilişkin genel şartları düzenleyen 49. madde de şartlardan birisi de kusur olarak belirtilmiştir. TBK'nın 58. maddesi ise kusur sorumluluğunu düzenleyen 49. maddenin devamı niteliğinde olduğu

⁶⁰ EREN, s. 898, 899.

⁶¹ TOPBAŞ, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1345.htm (Erişim Tarihi: 09.04.2016)

⁶² ENER, s. 98.

⁶³ Yargıtay 15. HD., 24.12.2008 Tarih, Esas: 2007/7062, Karar: 2008/7608 Sayılı Kararı, Ener, s. 98.

için kusur şartı burada da aranan unsurlardan birisidir. Zarar verenin sorumluluğunun doğması içinse her türlü kusur, kast, ağır veya hafif ihmal yeterlidir. Ancak daha öncede belirtildiği gibi kusursuz sorumluluk hallerinde de TBK md. 58'in uygulanmasına yer verilebilir⁶⁴.

Manevi tazminatın belirlenmesinde zarar veren kişinin kusuru, tazminatın tatmin ve telafi fonksiyonlarından ötürü önem kazanmaktadır. Kişinin kusurunun derecesi ile kendisi hakkında hükmedilecek tazminat arasında doğru orantı bulunduğundan zarar verenin artan kusur oranı, manevi tazminatın miktarını da artıracaktır⁶⁵.

Suç ve eylemin kasıtlı veya taksirli oluşuna göre, işleniş biçimine göre, eyleminin sabıkası veya daha önce benzer suç ve eylemleri olup olmamasına bakılarak hükmedilecek tazminata ilişkin değerlendirme yapılır⁶⁶.

5. Manevi Tazminatın Hesaplanması ve Miktarı

Kişilik değerlerindeki eksilmenin para ile ölçülmesi, ekonomik bir değer olarak hesaplanması mümkün değildir. Bu nedenle manevi tazminatın tayininde hâkime geniş ölçüde takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim manevi tazminatı hesaplarırken TBK 51 ve 52. maddelerinde öngörülen indirim sebeplerini uygular. Zarar görenin zarara razı olması da kişisel kusuru indirim sebepleri arasında yer alır⁶⁷.

Manevi tazminat niteliği itibariyle tektir, bölünemez ve bölümler halinde de talep edilemez. Bu nedenle manevi tazminat taleplerinde kısmi dava söz konusu olamaz, ilk davada manevi tazminatın bir kısmı talep edilerek fazlaya ilişkin bölümü saklı tutulamaz⁶⁸.

Manevi tazminat miktarının hesaplanmasında esas alınabilecek birtakım hesaplama yöntemleri vardır.

Tarife yöntemi olarak adlandırılan yöntemde bedensel bütünlüğü söz konusu olduğunda manevi tazminat miktarı belirlenirken maluliyet oranına göre belirlenen bir tarifeden yararlanılmaktadır. Bu yöntemde mahkeme tarafından manevi tazminata karar verilirken özel olarak hazırlanmış olan çizelgede yer alan maluliyet derecelerinin karşılığına denk gelen tazminat miktarları hesaplanacaktır⁶⁹.

⁶⁴ EREN, s. 898.

⁶⁵ YILDIRIM, Erman. **Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi**. Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 69, 70.

⁶⁶ ÇELİK, s. 14.

⁶⁷ EREN, s. 900.

⁶⁸ "Manevi tazminat bölünemez. Açılmamış sayılmasına karar verilen davada istenilen manevi tazminat miktarı bağlayıcıdır. Açılan sonraki davada bu miktarın üzerinde manevi tazminat istenemez." Yargıtay 4. HGK. 25.11.2009 Tarih, Karar: 2009/572 Sayılı Kararı. REİSOĞLU, s. 260.

⁶⁹ ATLAN, s. 2668, 2669.

Tazminat miktarının belirlenmesinde bir diğer yöntem ise somut olay ve emsal karar karşılaştırılması yöntemidir. Bu yöntemde emsal karar karşılaştırması ve iki aşamalı hesaplama yöntemi kullanılmaktadır. Bu yöntem TBK md. 56'da da ifade edildiği üzere hâkimin manevi tazminat miktarına karar verirken somut olayın özelliği doğrultusunda göz önünde bulunduracağı kriterlerden bahsetmektedir. Hâkimin tazminat miktarına karar verirken hangi kriterler göz önünde bulunduracağından bahsedilmişti. Dağınık bir şekilde bulunan bu kriterlerin emsal kararlarla karşılaştırılmak suretiyle sistematize edilmesi bu yöntemin özelliğidir. Hâkim bu yöntemde karar verirken daha önce verilmiş kararlar aracılığıyla tespitte bulunabilecektir⁷⁰.

Türk Hukuku'nun benimsemiş olduğu geleneksel yöntemde manevi tazminat miktarı herhangi bir tarifeye başvurmaksızın tek bir aşamada hâkim tarafından takdir edilmektedir. Bu yöntem ile somut olayın özellikleri esas alınarak manevi tazminatın belirlenmesinde esas alınan değişmez, katı kuralların oluşturulmasına karşı çıkılmakta ve tazminat miktarının önceden belirlenmiş tablolara göre oluşturulamayacağı ifade edilmektedir. Çünkü bu tazminat türü doğası gereği esasen para ile ölçülemez ve hâkimin maddi tazminattan farklı olarak somut olayın özellikleri ve diğer sübjektif olguları göz önünde bulunduracağı oldukça geniş bir takdir yetkisi vardır⁷¹. Ancak Türk Hukuku'nda benimsenen bu sistemde de hâkime tanınan geniş takdir yetkisi nedeni ile benzer olaylara ilişkin farklı hâkimlerce verilen kararlarda miktarlar yönünden farklılık olması eleştirilmiştir⁷². Yargıtay kararlarında da esasen benimsenen sistemin bu olduğu görülmektedir. Bu durumda manevi tazminatın miktarı mahkemelerce tek aşamada somut olayın özellikleri doğrultusunda takdir edilmektedir. Ancak Yargıtay tarafından verilen başka bir kararda manevi tazminatın miktarı belirlenirken önce manevi zararın miktarının sonra ise manevi tazminat miktarının tayin edileceği başka bir ifade ile iki aşamalı bir sistemin olduğu şeklinde karar verilmiştir⁷³. Öğretide Türk Hukuku'nda da manevi tazminatın, maddi tazminat gibi bir değer birimi üzerinden hesaplanması ve uygulamada görülen bu rastgele ve eşitsiz uygulamalardan ziyade ortak ve somut bir ölçü bulunması gerekliliği ifade edilmiştir⁷⁴.

Ekonomik analiz yönteminde yaşam ya da sağlık konusuna ilişkin manevi değerler, risk ortaklığına ödenen primler yoluyla tespit edilebilmektedir. Yüzde yönteminde ise zarar gören ile beraber zarar gören kimsenin yakını lehine hük-

⁷⁰ ATLAN, s. 2670.

⁷¹ ERLÜLE, s. 431, 432.

⁷² ERTAŞ, Şeref. **Manevi Tazminatın Hukukî Niteliği ve Miktarın Tespiti**. Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan. İstanbul, 1990, s. 107.

⁷³ Yargıtay 21. HD., 20.01.2015 Tarih, 2014/12716 Esas, 2015/639 Karar Sayılı Kararı., ATLAN, s. 2670, 2671.

⁷⁴ ÇELİK, s. 50.

medilecek manevi tazminat miktarları karşılaştırılarak manevi tazminatın miktarına hükmedilmektedir⁷⁵.

Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde kullanılan iki aşamalı yöntemde ise objektifleştirilen tüm olguların listesi yapılır ve taban değerle bağlantı kurularak hesaplama yoluna gidilmektedir. Böylelikle manevi zararın objektifleştirilebilen, genelleştirilebilen kriterlerle belirlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Yani zararın bir nevi ispat edilmesi aranmaktadır⁷⁶.

Her ne kadar manevi tazminatın belirlenmesinde objektif kriterlerin geliştirilmesi, miktarın tayinini tespit ederken oluşabilecek takdir farklılıklarını bir nebze olsa da engelleyebilecekse de manevi tazminatı tamamıyla belirli tarifelere bağlamak mümkün değildir. Çünkü karşılaşılan her bir olay kendine özgüdür ve her bir manevi zarar arasında tam bir benzerlik bulunması mümkün değildir. Bu nedenle ülkemizde benzer olaylara ilişkin verilen kararlar da göz önüne alınarak hakkaniyet gereği en uygun tazminat miktarına hükmedilmesi daha yerinde olacaktır.

Manevi tazminat, alacak hakkı olduğu için, davanın açıldığı tarihten itibaren değil, manevi zararın doğduğu ve kişilik değerlerinde objektif eksilmenin meydana geldiği andan itibaren faiz eklenmesi gerekir⁷⁷.

Manevi zararlar, şahıs varlığı zararı olduğu için TBK şahıs varlığı zararlarını “Özel Durumlar” kenar başlığı altında düzenlemiştir. Şahıs varlığı zararı, haksız fiilin ölüm ile sonuçlanması ya da yaralanma ile sınırlı kalmasına göre ayırım yapılarak zarar ve zarar görenler belirlenmiştir⁷⁸.

Maddi tazminatın belirlenmesi hususunda birtakım matematiksel formüllere başvurulmakta iken manevi tazminat taleplerinde başvurulacak formüller bulunmamaktadır. Örneğin iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu zarar gören işçinin ya da yakınlarının manevi tazminatlarının belirlenmesini sağlayacak nesnel ölçütler yoktur. Ancak bu görüş doktrinde eleştirilmiştir⁷⁹. Çelik'e göre manevi tazminatın belirlenmesinde birtakım matematiksel formüller kullanılabilir. Buna göre manevi tazminata taban sınırı konulmalı ve bu taban herkes için eşit, yasal asgari ücretlerin yıllık tutarı olmalıdır ve hâkim manevi tazminata hükmederken bu tutarın altına inmemelidir. Örneğin asgari ücretin yıllık tutarı ile zarar süresi çarpılarak bulunacak rakam öncelikle hesaplanan maddi tazminat tutarı ile karşılaştırılmalı; aradaki eksiklik manevi tazminatla doldurulmalıdır⁸⁰.

⁷⁵ ATLAN, s. 2671.

⁷⁶ ATLAN, s. 3672.

⁷⁷ EREN, s. 900.

⁷⁸ KILIÇOĞLU, s. 560.

⁷⁹ ÖZDEMİR, s. 557.

⁸⁰ ÇELİK, s. 16.

Sonuç

Manevi tazminat kurumu; kişilik değerlerinin ihlaline neden olan ve manevi bütünlüğü etkileyen zararların tazminine yönelik kurumdur. Manevi tazminatın hukukî niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür ve ileri sürülen bu görüşler manevi tazminatın belirlenmesi aşamasında da önem kazanmaktadır. Manevi tazminatın hukuki niteliğine yönelik ileri sürülen görüşlerden birisi bu tazminatın kendine özgü ceza olduğudur. Buna göre manevi tazminatın işlevini yerine getirmesi için yüksek miktarda tayin edilmesi gerekmektedir. Bir diğer görüş ise manevi tazminatın tatmin etme niteliği bulunduğu yönündedir. Manevi tazminat ile amaçlanan; kişilik hakları ihlal edilen kişinin ihlal edilen duygusunun tatminidir. Bu nedenle manevi tazminat belirlenirken kişinin elem ve ızdırabı dindirilmelidir. Manevi tazminatın amacının zarar vereni caydırması olması gerektiğini savunanlar ise bu tazminatın miktarının yüksek tutulması gerekliliğini dile getirmişlerdir. Sosyal yardım görüşü ise zarara uğrayan kişinin maddi tazminat yolu ile karşılanamayan bir zararı söz konusu varsa bu zarar manevi tazminatın denkleştirici işlevi ile tamamlanmalıdır. Telif görüşünde ise zarar sonucu hakkı ihlal edilen kişinin çektiği acıların telif edilmesi gerektiği savunulmuştur.

Manevi tazminatın hukuki niteliğinin yanı sıra belirlenmesi aşamasında dikkate alınması gereken başka özellikler de bulunmaktadır. Bunlar olayın özellikleri, zarar verenin veya zarar görenin şahsi özellikleri ve kusur oranlarıdır.

Manevi tazminatın hesaplanması konusunda çeşitli yöntemler geliştirilmiştir. Yargıtay tarafından benimsenen sistemin ise manevi zararın tayininde somut olayın özellikleri göz önüne alınarak, hakkaniyete uygun bir şekilde karar vermek olduğu görülmektedir. Türk Hukuku'nda manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde herhangi bir ilkeler dizisi ve başvurulabilecek değerlendirme ölçütü bulunmamaktadır. Çünkü manevi tazminat hesaplanabilen bir tazminat olarak değil ancak takdir edilebilen bir tazminat olarak görülmektedir. Manevi zarar doğası gereği her bir kişi açısından oldukça özel bir durumdur ve her bir olay ve her kişi açısından farklı sonuçlar doğuracağından manevi zararın belirlenmesini birebir tarifelere bağlı kalmak suretiyle hesaplamak her zaman hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacaktır.

Kaynakça

- ANTALYA, Gökhan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 2. 2. Bası, Ankara: Seçkin, 2019.
- ANTALYA, Gökhan. Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması. İstanbul: Legal, 2017.
- ANTALYA, Gökhan. Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması-Türk Hukukunda Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi, (Manevi Zararın Belirlenmesi) Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt I, 2016, 221-250.
- ATLAN, Hülya. Beden Bütünlüğünün İhlali Halinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi. AÜHF. Cilt 65, Sayı 4, 2016. 2659-2683.
- ÇELİK, Ahmet Ç. Can Zararlarında Manevi Tazminata Ölçü Arayışı, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/can-zararlarinda-manevi-tazminata-olcu-> (Erişim Tarihi: 08.04.2016)
- ÇETİN, Pınar. Manevi Tazminat Davasının Hukukî Niteliği ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi, Gazi Üniversitesi: Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- ENER, Oğuz Şükrü. Türk Hukukunda Manevi Tazminatın Niteliği ve Hesaplanması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- EREN, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Ankara: Yetkin, 2020.
- ERLÜLE, Fulya. Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat. Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara: Seçkin, 2015.
- ERTAŞ, Şeref. Manevi Tazminatın Hukukî Niteliği ve Miktarın Tespiti. Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan. İstanbul, 1990.
- HELVACI, Serap. Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul: Beta.
- KARAYALÇIN, Yaşar. Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması, AÜHF, 1962.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş Beşinci Bası, Ankara: Turhan, 2005.
- KILIÇOĞLU, Ahmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 24. Bası, Ankara: Turhan, 2020.
- KILIÇOĞLU, Ahmet. Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği, Ankara Barosu Dergisi, 1984.
- ORAL, Tuğçe. Tüzel Kişilerin Manevi Zararlarının Tazmini. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2018.
- ÖZÇELİK ÇALIŞ, Gizem; Aldatılan Eşin Manevi Tazminat Talebi, Ankara: Seçkin, 2021.
- ÖZDEMİR, Erdem. İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul: Vedat, 2014.
- REİSOĞLU, Safa. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yirminci Bası, İstanbul: Beta, 2008.

- REİSOĞLU, Safa. Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmi Beşinci bası, İstanbul: Beta, 2014.
- SEROZAN, Rona. Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990.
- SULU, Muhammed; Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3. 2737-2756.
- TOKBAŞ, Hakan. Manevi Tazminat Miktarının Tayini, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1345.htm (Erişim Tarihi: 09.04.2016)
- ÜNAL, Mehmet. Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/307/2942.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2016)
- ÜNLÜTEPE, Mustafa. Yargıtay Kararları Doğrultusunda Hukuka Aykırı Fiil Nedeniyle Üçüncü Kişinin Manevi tazminat Talebi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul: Filiz, 2013.
- YENİOCAK, Umut. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Birinci Bası, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2011.
- YILDIRIM, Erman. Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi. Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.

En Çok Gözetilen Ulus Kaydının İkili Yatırım Anlaşmalarının Usule İlişkin Hükümleri Üzerindeki Etkisi: *Maffezini* Davası^(*)

The Impact of the Most-Favored Nation Clause on the Procedural Provisions of Bilateral Investment Treaties: The Maffezini Case

Arş. Gör. **Samet SEVGİ**^(**)

Öz

Uluslararası yatırım hukuku, büyük ölçüde iki taraflı ve bölgesel yatırım anlaşmaları üzerine kurulmuş bir hukuk alanıdır. Belirtilen yatırım anlaşmalarının en önemli bölümlerinden biri ise yatırımlara uygulanacak muamele standartlarıdır. Bu standartlardan en çok kullanım alanına sahip olan ve bu çalışmanın konusunu teşkil eden en çok gözetilen ulus muamelesi, ev sahibi devlet topraklarında yatırım yapan yabancı yatırımcılar arasındaki ayrımcılığın önlenmesi amacıyla hizmet etmektedir ve hemen hemen tüm ikili yatırım anlaşmalarında bu muamele standardına yer verilmiştir. Bu muamelenin ne şekilde uygulanacağı ve kapsamı gibi konular ise ikili yatırım anlaşmalarına eklenen en çok gözetilen ulus kayıtları vasıtasıyla düzenlenmektedir. Her ne kadar teorik olarak ifade edilmesi kolay da olsa, uygulamada özellikle bu kayıtların kapsamının ne şekilde yorumlanması gerektiği noktasında pek çok tartışmalar ve çelişkili yargı kararları ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada, anlaşmalarda yatırımlara sağlanacak muamele standardı olarak yer alan en çok gözetilen ulus kayıtlarının usule ilişkin konulara teşmil edilip edilemeyeceği meselesi *Maffezini* kararı bağlamında ele alınmıştır. *Maffezini* kararı, uluslararası yatırım hukuku alanına geniş etkileri olan bir karar olarak dikkat çekmektedir. Amacımız, yatırım tahkiminde bir dönüm noktası olarak bilinen *Maffezini* kararının kendisinden sonra verilen yargı kararları, ikili yatırım anlaşmaları ve doktrin üzerindeki etkilerini ortaya koyarak en çok gözetilen ulus kayıtlarının usuli hükümlere teşmil edilip edilemeyeceği tartışmasının güncel durumunu ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler

En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi, En Çok Gözetilen Ulus Kaydı, Uluslararası Yatırım Hukuku, ICSID Tahkimi, İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları.

(*) Makale geliş tarihi: 24.02.2021 - Makale kabul tarihi: 14.04.2021.

(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.
E-posta: sametsevgi@sakarya.edu.tr.
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-1499-3758>.

Abstract

International investment law is an area of law that is largely based on bilateral and regional investment treaties. One of the most important parts of the mentioned investment agreements is the treatment standards to be applied to the investments. The most-favored nation treatment, which has the most use of these standards and constitutes the subject of this study, serves to the purpose of preventing discrimination between foreign investors investing in the territory of the host state, and this treatment standard is included in almost all bilateral investment treaties. Matters such as how this treatment will be applied and its scope are regulated through the most-favored nation clauses attached to bilateral investment treaties. Although it is easy to express theoretically, many debates and contradictory judicial decisions have emerged in practice, especially about how the scope of these clauses should be interpreted. In this study, the issue of whether or not the most-favored nation clauses, which is included in treaties as the standard of treatment to be provided to investments, can be extended to procedural issues is discussed in the context of the Maffezini decision. The Maffezini decision draws attention as a decision that has broad effects on international investment law. Our aim is to reveal the current state of the debate whether the most-favored nation clauses will be extended to procedural provisions by analysing the effects of the Maffezini decision, which is known as a turning point in investment arbitration; on the judicial decisions, bilateral investment treaties and the doctrine.

Keywords

Most-Favored Nation Treatment, Most-Favored Nation Clause, International Investment Law, ICSID Arbitration, Bilateral Investment Treaties.

Giriş

Dünya genelinde gerçekleştirilen ticari ve ekonomik faaliyetlerin büyük bir kısmını oluşturan yabancı sermaye yatırımlarının teşviki amacıyla, özellikle bu sermayenin yerli sermaye gibi muamele görmesini temin edecek nitelikte, pek çok tedbirler alınmaktadır¹. Günümüzde yatırımların ev sahibi devlete girişinden itibaren korunmasını tüm boyutlarıyla düzenleyen çok taraflı uluslararası bir yatırım anlaşması bulunmadığı için uluslararası yatırım hukukunun en önemli kaynakları; iki taraflı yatırım anlaşmaları (*Bilateral Investment Treaty-BIT*), Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (*North America Free Trading Agreement-NAFTA*) gibi bölgesel anlaşmalar ve Enerji Şartı Anlaşması (*Energy Charter Treaty-ECT*) gibi belirli bir sektörde yapılan yatırımları düzenleyen anlaşmalar olarak sıralanabilecektir. Belirtilen bu enstrümanlardan en etkin olarak kullanılanı ise hiç şüphesiz iki taraflı yatırım anlaşmaları olup² 2021 yılı itibarıyla 3000'e yakın iki taraflı yatırım anlaşması bulunmaktadır³. Çok taraflı bir yatırım anlaş-

¹ ŞANLI, Cemal; Uluslararası Ticari Aktillerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, Beta, 2019, s. 573.

² Bkz., United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 'Recent Developments in International Investment Agreements (2008-June 2009)', IIA Monitor No. 3 (2009), s. 2. <www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf> (son erişim: 17 Temmuz 2018).

³ Güncel yatırım anlaşması sayısı için bkz: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (son erişim: 1 Şubat 2021)

ması yapma konusundaki uluslararası girişimlerin başarısız olması sonucunda da, farklı iki taraflı ve bölgesel yatırım anlaşmaları altındaki yatırımcıların eşit bir düzeyde bir araya getirilebilmesini hedefleyen en çok gözetilen ulus kayıtları (*Most favored nation clause-MFN clause*), var olan yatırım anlaşmalarının yeniden dizayn edilmesi noktasında önemli bir role sahip olmuştur⁴.

Aslen uluslararası ticaret anlaşmalarında uzun yıllardır kullanılmakta olan bu kayıtlar pek çok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Özellikle, usuli nitelikte olan uyuşmazlık çözümüne ilişkin konuların, en çok gözetilen ulus kaydının kapsamında olup olmadığı hususu önemli tartışmaların yapıldığı bir konu olarak dikkat çekmektedir. Bu kayıtların yatırım anlaşmalarına aktararak yaygın şekilde kullanılmaya başlanması, kayıtların kapsamı konusundaki tartışmaların uluslararası yatırım hukuku alanına sıçramasına sebep olmuştur. İşte Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (*International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID*)⁵ hakem heyeti önünde görülen *Maffezini v. İspanya*⁶ davası sonucunda verilen karar, taraflar açıkça aksini kararlaştırmadığı sürece uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerin de kaydın kapsamında olduğu sonucuna varılması nedeniyle bir dönüm noktası olarak kendisinden sonraki süreci önemli ölçüde etkilemiştir.

Çalışmada ilk olarak, *Maffezini* kararının ve sonrasında gerçekleşen tartışmaların daha iyi anlaşılabilmesi için, genel olarak en çok gözetilen ulus muamelesi ve kayıtları üzerinde durulmuştur. Çalışmanın ikinci alt başlığı, *Maffezini* kararının ayrıntılı bir şekilde ele alınarak sonrasında kararın kısaca değerlendirilmesine ayrılmıştır. Çalışmanın devamında ise *Maffezini* kararı sonrasında yaşanan gelişmeler ele alınmakta olup üçüncü başlıkta; doktrinde *Maffezini* kararı sonrası ortaya çıkan tartışmalar, dördüncü başlıkta ise *Maffezini* kararının yatırım anlaşmaları ve yargı kararları üzerindeki etkileri üzerinde durulmuştur. Çalışmamız, *Maffezini* kararı sonrası ortaya çıkan tartışmaların günümüzde yatırım hukuku üzerindeki etkileri konusunda genel bir değerlendirme ile tamamlanmaktadır.

I. En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi ve Kaydı

Uluslararası hukukun ve uluslararası ticaret hukukunun alt dallarından biri olarak kabul edilen uluslararası yatırım hukuku alanında, devletlerin ülkelerinde

⁴ MAUPIN, Julie; MFN-based Jurisdiction in Investor-state Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach?, *Journal of International Economic Law*, V. 2, N. 2, 2011, s. 2-3.

⁵ Bu anlaşma İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan, yabancı sermaye yatırımlarının akışına engel olabilecek nitelikteki sorunların aşılabilmesi amacıyla Dünya Bankası tarafından hazırlanarak yabancı yatırımlarla ilgili uyuşmazlıkların çözümü için özel bir kurumsal tahkim mekanizması getirmekte olup Türkiye de bu konvansiyonu 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamıştır (RG: 6.12.1988-20011). Konvansiyona ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. ŞANLI, s. 574 vd.

⁶ *Maffezini v. İspanya*, ICSID Case No. ARB/97/7.

bulunan yabancı yatırımcılara ve bu yatırımcılarca gerçekleştirilen yatırımlara uygulayacağı muameleler, büyük ölçüde, iki taraflı ve çok taraflı anlaşmalar ve hukukun genel ilkeleri vasıtasıyla düzenlenmektedir⁷. Uluslararası yatırım hukuku, bu anlamda uluslararası ticaretteki gelişmeleri takip ettiği için, bu alandaki bazı temel ilkelerin üzerine kurulduğu söylenebilir. Tarihsel süreç içinde ise ticaret ve deniz taşımacılığına ilişkin uluslararası anlaşmalar bakımından yedi temel ilke ortaya çıkmıştır. Bu ilkeler; en çok gözetilen ulus muamelesi kuralı, ulusal muamele kuralı, benzer muamele kuralı, açık kapı kuralı, hakkaniyete uygun muamele kuralı, tercihli muamele kuralı ve devletler hukukunun asgari esaslarıdır⁸.

Belirtilen bu temel kuralların bazıları günümüzde de benzer şekilde, iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmaları içerisinde muamele standartları olarak, uluslararası yatırım hukuku açısından da varlığını sürdürmektedir. Enerji Şartı Anlaşmasının Yatırımların Teşviki ve Korunması başlıklı III. bölümünde bu temel ilkeler; uluslararası asgari standartlar, adil ve hakkaniyete uygun muamele, kamulaştırmaya karşı koruma ve tazminat, keyfi ve ayrımcı önlemler, tam koruma ve güvenlik esası, ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus muamelesi olarak zikredilmiştir⁹. Görüldüğü üzere, en çok gözetilen ulus muamelesi hem uluslararası ticaret hem de uluslararası yatırım uygulaması bakımından olmazsa olmaz nitelikte olarak varlığını sürdüren en önemli kurallardan birisi olarak dikkat çekmektedir.

A. Tanım ve Genel Kavram

Uluslararası ticaretin temel kurallarından biri olarak kabul edilen en çok gözetilen ulus muamelesi, bir anlaşmada tarafların belirli bir konuda üçüncü devletlere ya da vatandaşlarına tanıdıkları veya tanyacakları daha elverişli muameleleri birbirlerine ya da vatandaşlarına karşı da uygulamayı kabul ettiklerini belirten bir hükümdür¹⁰. 1996 yılında hazırlanan UNCTAD Raporunda bu muamelenin Uluslararası yatırımlar bakımından tanımına yer verilmiştir. Raporda en çok gözetilen ulus muamelesi, ev sahibi devletin bir yabancı devlet yatırımcılarına uyguladığı muamelenin diğer yabancı devlet yatırımcılarını da kapsayacak şekilde uygulan-

⁷ BAKLACI, Pınar; Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2009, s. 14-15.

⁸ TELLİ, Serap; Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991, s. 41.

⁹ Türkiye de bu anlaşmayı 17 Aralık 1994 tarihinde imzalayarak 6 Şubat 2000 tarihinde 4519 sayılı Kanunla (RG., 06.02.2000, S. 23956; 2000/786 sayılı Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi, Enerji Şartı Anlaşması ve Ekini Teşkil Eden Kararlar ile Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolünün Onaylanması Hakkındaki Karar) onaylamıştır. Bu çalışmada yararlanılan Enerji Şartı Anlaşmasının Yatırımların Teşviki ve Korunması başlıklı III. Bölümünün İngilizce metni için bkz., International Energy Charter: Consolidated Energy Charter Treaty with Related Documents, son güncelleme 15 Ocak 2016, s. 53 vd. <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> (son erişim: 1 Şubat 2021).

¹⁰ PAZARCI, Hüseyin; Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 15. Baskı, Ankara, 2016, s. 88.

ması olarak görülerek her türlü yatırım faaliyetinin bu kapsamda olabileceği belirtilmiştir¹¹. Bu muamele, bir görüşe göre devletlerin eşitliği ilkesiyle bağlantılı olarak düşünülse de, baskın görüş ancak bir sözleşme içerisine konan en çok gözetilen ulus kaydı ile yükümlülük haline geleceğini söylemektedir¹². Bu noktada, en çok gözetilen ulus kayıtlarının, devletlerin ekonomik ilişkileri bakımından gerçekleştirebilecekleri ayrımcılık oluşturabilecek muamelelerin engellenmesi ilkesine sözleşmesel bir yükümlülük olarak işlerlik kazandırdığı söylenebilecektir¹³.

En çok gözetilen ulus kayıtları ilk etapta Dostluk, Denizcilik ve Ticaret anlaşmalarında yer almakta iken daha sonraki süreçte iki taraflı yatırım anlaşmalarında da yer almaya başlamış olup 1950'li yıllardan sonra yapılmaya başlanan yatırım anlaşmaları ile kayıtlar önemli bir gelişme göstermiştir¹⁴. Uluslararası ticaret ve yatırımın ayrılmaz bir parçası niteliğinde olan en çok gözetilen ulus kayıtları uzun bir süredir kullanılarak, devletler arasında oluşabilecek ayrımcılıklar engellenmeye çalışılmaktadır. Bu kayıtların uluslararası ticaret açısından öneminin kabul edilmesinin etkisiyle de 1964 yılında Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu (*International Law Commission-ILC*) tarafından, en çok gözetilen ulus kayıtlarına dair taslak maddeleri¹⁵ hazırlanmıştır. Bu taslak maddeler ile, en çok gözetilen ulus kayıtlarına dair genel bir değerlendirme yapılmakla beraber, en çok gözetilen ulus kayıtlarının özellikle yorumlanması noktasında önem arz eden *ejusdem generis*¹⁶ ilkesine ilişkin de bir bakış açısı sergilenmiştir¹⁷. Uluslararası hukuk komisyonunun hazırladığı taslak maddeler, bir anlaşma haline gelmediği için bağlayıcı nitelikte değildir, ancak yine de en çok gözetilen ulus kaydının tanımı ve uygulaması bakımından geçerli olan kuralları düzenlemesi açısından önem taşıdığı ifade edilmektedir¹⁸.

¹¹ UNCTAD, Most Favored Nation Treatment, 1999, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/HT/10 (Vol. III), s. 13.

¹² OECD Working Paper on International Investment 2004/2, Most Favored Nation Treatment in International Law, September 2004, s. 2.

¹³ NIKIEMA, Suzy; The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties, IISD Best Practices Series, 2017, s. 2; UNCTAD, s. 22.

¹⁴ BAKLACI (2009), s. 36-37.

¹⁵ Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1978, vol. II, Part Two, erişim için bkz.: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf (son erişim: 1 Şubat 2021)

¹⁶ *Ejusdem Generis* ilkesi latince bir ifade olup "aynı türden" (*same kind*) anlamına gelmektedir. Bu ifade, hukuki metinlerde sınıflar, kişiler ve diğer şeyler bakımından bir sayım yapılması durumunda ilgili metnin konusu ile aynı türden olan şeylerin kapsandığını ifade etmektedir. *Ejusdem Generis* ilkesinin anlamı için bkz.: https://www.law.cornell.edu/wex/ejusdem_generis (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)

¹⁷ OECD, s. 8 vd.

¹⁸ RADI, Yannick; The Application of the Most-Favored-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse", The European Journal of International Law, V. 18, N. 4, 2007, s. 758.

B. En Çok Gözetilen Ulus Kayıtlarının İşlevi ve Önemi

İki ve çok taraflı anlaşmalar ile ortaya konan muamele standartları, koşullu-bağımlı (*contingent*) ve koşullu-bağımlı olmayan (*non-contingent*) nitelikte olmak üzere iki tür olarak görülmektedir¹⁹. Adil ve hakkaniyete uygun muamele ile tam koruma ve güvenlik ilkeleri diğer kişilere yapılan muamelelerden bağımsız olarak mutlak bir koruma sağlarken; ulusal muamele, en çok gözetilen ulus muamelesi ve ayırım yapmama ilkesi, muamelenin kendisinden ziyade, daha dış kaynaklı bir şekilde diğer kişilere uygulanan muamelelere bağlı olarak belirlenmektedir²⁰. İşte en çok gözetilen ulus muamelesi bu bağımlı niteliği nedeniyle, özellikle iki taraflı yatırım anlaşmaları üzerine kurulması dolayısıyla ikili ilişkilerin esas olduğu uluslararası yatırım hukuku bakımından önemli bir işleve sahiptir. Bu kayıtlar ile hâlihazırda uygulanmakta olan bir temel anlaşma için anlaşmanın normal metninde bulunmayan yeni sözleşmesel yükümlülüklerin eklenmesi söz konusu olup, anlaşma taraflarından birinin, üçüncü bir taraf ile bu tarafın vatandaşlarının daha iyi şartlara tabi tutulduğu bir anlaşma yapması halinde ilk anlaşmanın tarafı olan devlet üçüncü taraf ile yapılan anlaşmadaki ek imkânlardan yararlanmayı talep edebilecektir²¹. İşte en çok gözetilen ulus kayıtlarının, bu işlevi nedeniyle yatırım anlaşmalarının birbirlerine bağlanmasını sağlayarak uluslararası yatırım alanında, daha seçici şekilde ülke bazlı olarak verilecek tavizlerin de önüne geçilmesiyle, genel bir ekonomik liberalleşmenin sağlanmasının da önemli bir aracı haline geldiği ifade edilmektedir²².

En çok gözetilen ulus kayıtlarının en önemli amacı ise, farklı devlet vatandaşları arasında gerçekleştirilebilecek uyrukluk temelli ayrımcılıkların önüne geçilmesiyle, rekabetçi açıdan daha adil bir ortamın oluşturulması olarak kendini göstermektedir²³. Ekonomik açıdan bakıldığında da, bu tarz ayrımcılıkların neden olabileceği piyasa aksaklıklarının önüne geçilmesi ve devletlerin birbirlerine verecekleri tavizler noktasında güvence sağlanması gibi faydaların yanında koruma standardının belirlenmesi noktasında karmaşık ve dolayısıyla masraflı kurallardan uzaklaşarak uluslararası yatırım ilişkileri açısından daha şeffaf bir sistem kurulması sağlanabilecektir²⁴. Uluslararası ilişkiler bağlamında da devletler arasında eşit muamele öngörülmesinin

¹⁹ Bu ayırımın kullanıldığı bazı kaynaklar için bkz: CAMPBELL, McLachlan; *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2010, s. 207 vd.; GATTINI, Andrea / TANZI, Attila / FONTANELLI, Filippo, Brill Nijhoff; *Under the Hood of Investment Arbitration: General Principles of Law*, içinde: *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Ed. GATTINI, Andrea / TANZI, Attila / FONTANELLI, Filippo, Brill Nijhoff, 2018, s. 15.

²⁰ CAMPBELL, s. 207.

²¹ DOLZER, Rudolf / MYERS, Terry; *After Tecmed: Most Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2004, s. 49-50.

²² OECD, s. 2.

²³ UNCTAD, s. 13-14.

²⁴ SCHILL, W. Stephen; *Multilateralization Investment Treaties Through Most Favored Nation Clauses*, *Berkley Journal of International Law*, V. 27, 2009, s. 508.

önemli etkileri bulunmakta olup bu kayıtların yardımıyla, devletlerin birbirleriyle üçüncü devletleri dışlayacak ekonomik ittifaklar kurmaları engellenerek ileride doğabilecek devletlerarası siyasi gerilimlerin de önüne geçilecektir²⁵.

C. En Çok Gözetilen Ulus Kayıtlarının Tarafları ve Kapsamı

En çok gözetilen ulus kaydının uygulaması bakımından bu kaydı içeren bir temel anlaşma (*basic treaty*) bulunması gerekmekte olup bu anlaşma ile muameleyi tanıyan devlet (*granting state*), yararlanan devlet (*beneficiary state*) karşısında üçüncü devletlere sağlanan muameleden daha az elverişli olmayan bir muameleyi sağlayacağı taahhüdü altına girer²⁶. En çok gözetilen ulus kaydının kapsamı denildiğinde hem konu bakımından hem de maddi içerik bakımından kapsamı anlaşılabilir. Bu anlamda en çok gözetilen ulus kayıtlarının kapsamı genel olarak kaydın metninde belirtilmekte olup, bu kayıtlardan yararlanacak kişilerin kimler olduğu, hangi aşamalardaki yatırımların koruma altına alınacağı veya kayda getirilen istisnaların neler olduğu gibi hususlar önem taşımaktadır²⁷.

Belirtildiği üzere en çok gözetilen ulus kayıtları aslen ticaret anlaşmalarında bulunan kayıtlar iken daha sonraki süreçte yatırım anlaşmaları bakımından kullanılmaya başlansa da, yatırım anlaşmalarının kendine has niteliği gereği bu kayıtların kapsamı ticaret anlaşmalarında olduğundan daha farklı anlaşılmıştır. Ticari faaliyetler bakımından ayrımcı muameleler genel olarak devletin sınırlarında gerçekleşen vergilendirme işlemlerine bağlı olarak ortaya çıkarken, yatırım faaliyetlerinde ayrımcı muameleler ev sahibi devlet sınırlarına yatırımlar girdikten sonra da söz konusu olabileceği için bu kayıtların kapsamının yatırım anlaşmaları açısından ticaret anlaşmalarına nazaran çok daha geniş olduğu ifade edilmektedir²⁸. Hatta öyle ki, klâsik iki taraflı yatırım anlaşmaları, yatırımcıları ve yatırımları ilgili faaliyet kurulduktan sonra korurken, bazı tür iki taraflı yatırım anlaşmaları ya da ekonomik işbirliği anlaşmaları, yatırım akışının liberalleşmesi amacıyla daha kurulum öncesi aşamadayken dahi yatırımları koruma kapsamına almaktadır²⁹.

En çok gözetilen ulus kayıtları, ilgili ülkeler arasında hiçbir ayırım olmadan eşitlik sağlamayı ve bu eşitliğin sürdürülmesini amaçladığı için, koşullar arasında benzerlik gibi bazı şartların yerine getirilmesi halinde, sözleşme dengesi bozularak yararlanan devlete, temel anlaşmanın içinde yer almayan yeni haklar verilir³⁰.

²⁵ SCHILL (2009), s. 508.

²⁶ BAKLACI (2009), s. 37-38.

²⁷ UNCTAD, s. 18.

²⁸ KURTZ, Jürgen; The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit?, The Journal of World Investment & Trade, 2004, s. 867-868.

²⁹ UNCTAD, s. 2.

³⁰ STOPPIONI, Edoardo; Jurisdictional Impact of Most-Favored-Nation Clauses, Max Planck Institute Luxembourg, Department of International Law and Dispute Resolution, January 2017, s. 2.

Bu kayıtların kapsamına ilişkin temel prensipler ise Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonunun, en çok gözetilen ulus kayıtları için hazırladığı taslak maddelerden 9. ve 10. maddelerde ortaya konmuştur. Bu maddelerde, yararlanan devletin ancak kaydın çizdiği sınırlar içerisinde ve konu aldığı meselelere ilişkin olarak getirdiği imkânlardan faydalanabileceği belirtilir. Yine, en çok gözetilen ulus kaydı gereği bir üçüncü taraf anlaşmasında bulunan lehe olan hakları edinebilmek için, belirtilen temel ilişkideki kişi veya şeylerin üçüncü tarafla bulunulan ilişkideki kişi veya şeylerle aynı kategoriye ait olması gerektiği açıkça belirtilmektedir. Kaleme alınan bu iki madde, *ejusdem generis* ilkesinin kabul edildiğini göstermekte olup, bu kayıtların, hem kendisinin hem de söz konusu hakların aynı kategoride bulunan meseleler bakımından uygulama bulabileceği sonucunu doğurmaktadır³¹.

Ejusdem generis prensibi gereği en çok gözetilen ulus kayıtları, ancak üçüncü tarafla olan anlaşmadaki daha lehe olan kuralların ilişkin olduğu konunun temel anlaşmada da düzenleme bulması halinde uygulama bulabilecek olup, bu halde en çok gözetilen ulus kaydı gereği bu düzenlemeler temel anlaşmaya da uygulanacak şekilde genişlemektedir³². Ancak prensip olarak bu şekilde ifade edilse de, kayıtların genel kapsamı konusunda pek çok tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Üçüncü tarafla olan anlaşmanın tamamen mi temel anlaşma ile aynı konuya ilişkin olması gerektiği yoksa kısmen dahi aynı konuya ilişkin olma halinin kayıtların uygulanması bakımından yeterli mi olacağı gibi konularda ortaya çıkan tartışmalarda, özellikle en çok gözetilen ulus kayıtlarının farklı anlaşmalarda farklı şekillerde kaleme alınması nedeniyle, kesin bir sonuca ulaşamadığı belirtilmektedir³³.

Uluslararası yatırım hukuku açısından ise en çok gözetilen ulus kayıtlarının kapsamına ilişkin tartışmalar özellikle üçüncü taraflarla olan anlaşmaların korumaya standartları ya da uyumsuzluk çözümü mekanizmalarına ilişkin daha lehte olduğu ileri sürülen hükümlerinin temel anlaşma bakımından uygulanabilmesi üzerinde yoğunlaşmaktadır³⁴. Aslında en çok gözetilen ulus muamelesi ile öncelikle devletlerin organları vasıtasıyla yabancı yatırımcılara karşı aldıkları çeşitli tedbirler kastedilmekte olup, yatırım hukuku bakımından bu tedbirler, belirli bir ekonomik faaliyet veya sektöre girmenin şartlarının ya da sınırlarının değiştirilmesi, şirketlere katılma veya mülk edinme gibi konulardaki gerekliliklerde değişiklikler yapılması gibi hususlardan oluşmaktadır³⁵. Ancak yabancı yatırımcılar,

³¹ Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1978, vol. II, Part Two, s. 30-31.

³² DOLZER, s. 50.

³³ DOLZER, s. 50.

³⁴ UNCTAD, s. 5.

³⁵ UNCTAD, s. 15-16.

en çok gözetilen ulus kayıtları vasıtasıyla, genellikle daha elverişli olduğunu düşündükleri uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümler ya da bir üçüncü taraf anlaşmasında belirtilen maddi hukuka ilişkin hükümlerden faydalanmak istemektedir³⁶. Uluslararası Hukuk Komisyonunun 2007 yılında yayınladığı raporda ise, bu kayıtlara dair temel meselenin ne şekilde yorumlanacakları sorusu olduğu ifade edilerek, bu sorunun, şeklen dar kapsamlı görünmesine rağmen, aslında hem anlaşmaların yorumlanması hem de bu kayıtlar vasıtasıyla devletlerin üstlendikleri yükümlülüklerin niteliği ve kapsamıyla alakalı olduğu için oldukça geniş boyutlu olduğu belirtilmektedir³⁷.

Görüldüğü üzere, en çok gözetilen ulus kayıtları bakımından en tartışmalı konular bu kayıtların kapsamı noktasında ortaya çıkmaktadır. *Maffezini* davasına gelene kadarki süreçte bu kayıtların uyuşmazlık çözümüne ilişkin konularda uygulanabilmesi kabul görmemekte iken *Maffezini* davası bu konuda bir dönüm noktası oluşturmaktadır.

II. *Maffezini* Kararının İncelenmesi

En çok gözetilen ulus kayıtları genel anlamda açıklandıktan ve tartışmalara sebep olan konular belirtildikten sonra, bu çalışmanın asıl konusunu teşkil eden *Maffezini* kararı³⁸ üzerinde durulacaktır. Bu açıdan *Maffezini* ve İspanya Krallığı arasında gerçekleşen tahkim yargılamasında hakem heyetinin en çok gözetilen ulus kaydının kapsamı konusunda yaptığı değerlendirmelerden önce bu uyuşmazlığın ortaya çıkmasına neden olan olayların ve davanın konusunun genel hatlarıyla ortaya konulması yararlı olacaktır.

A. Olayların Özeti ve Tartışma Konusu

Dâva, Arjantin vatandaşı olan *Emilio Agustin Maffezini*'nin 18 Temmuz 1997 tarihinde İspanya Krallığı'na karşı tahkim talebinde bulunmasıyla, "ARB/97/7" numarasıyla Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Konvansiyon (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States - ICSID Convention*)³⁹ uyarınca ICSID nezdinde görülmüştür. Dâvanın temelinde

³⁶ UNCTAD, s. 18.

³⁷ Report of the Working Group on the 'Most-Favoured-Nation Clause', UN Doc. A/CN.4/L.719, 20 July 2007, para 34.

³⁸ *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award (A)(2000).

³⁹ Türkiye bu konvansiyonu 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamış olup 27 Mayıs 1988 tarihinde 3460 no.lu kanunla (R.G., 2.6.1988, s. 19830, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanması Uygun Bulduğuna Dair Kanun) onaylamıştır. Çalışmada ise ICSID konvansiyonunun İngilizce metninden yararlanılmış olup metin için bkz: <https://icsid.worldbank.org/en/documents/icsiddocs/icsid%20convention%20english.pdf> (son erişim: 1 Şubat 2021)

Maffezini'nin İspanya'daki yatırımlarının ihlâl edildiği iddiası olmakla beraber, özellikle en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözümü gibi usuli konulara da uygulanıp uygulanmayacağı noktasındaki tartışmalar bu kararın ayırt edici noktası olmuştur.

Emilio A. Maffezini, 1989 yılında İspanya'nın Galicia bölgesinde, çeşitli kimyasal ürünlerin üretimini gerçekleştirmek üzere *Emilio A. Maffezini S.A.* (EAMSA) isimli şirketi kurmuştur. Kuruluş esnasında *Maffezini*, sermayenin %70'ine denk gelen 35 milyon İspanyol Pesetası taahhüt edip, bu miktarın %66.36'sını öderken, sermayenin kalan %30'luk kısmı olan 15 milyon peseta ise *Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia* (SODIGA) tarafından taahhüt edilmiştir. Ayrıca, SODIGA, yeni kurulan EAMSA'ya 40 milyon peseta kredi vermiştir⁴⁰.

EAMSA, İspanyol hükümetinin çeşitli kurumlarından, yatırımlarıyla ilgili olarak olası pazarlar hakkında bilgi istemiştir. EAMSA, ayrıca, özel bir danışma firması olan CODECSO ile anlaşarak alınabilecek arazi, muhtemel inşaat masrafları ve şirketin üretime başlayabilmesi için gerekebilecek diğer hususlar hakkında rapor da istemiştir. EAMSA, söz konusu rapora göre bir arazi satın alarak çeşitli firma ve tedarikçilerle sözleşmeler yapmıştır⁴¹.

1991 yılının Haziran ayında, İspanya tarafından Çevresel Etki Değerlendirmesi (Environmental Impact Assessment-EIA) başlatılarak EAMSA'dan çeşitli bilgiler talep edilmiştir. 1992 yılının Ocak ayında EIA raporu tamamlandığında, inşaat çoktan başlamıştır. Hatta EAMSA şirketinin yaşadığı maddî sıkıntılar nedeniyle sermaye artırımı kararı alınmış, yeni krediler istenmiş ve son olarak da *Maffezini*'nin şahsi hesabından EAMSA'ya 30 milyon peseta transfer edilmiştir⁴².

1992 yılının Mart ayında *Maffezini*, inşaatın durmasına ve EAMSA çalışanlarının işten çıkarılmalarına karar vererek, avukatını SODIGA'ya gönderilmiş, EAMSA ve *Maffezini*'nin bütün borçlarını EAMSA'nın mallarına karşılık olarak silmelerini teklif etmiştir. SODIGA ise, *Maffezini*'nin bu teklifini ancak ilave olarak 2 milyon peseta ödeme yapması halinde kabul edebileceklerini belirterek reddetmiştir. *Maffezini*'nin Arjantin Büyük Elçiliğine giderek girişimde bulunması sonrasında SODIGA, 1996 yılında *Maffezini*'nin ilk teklifini kabul ettiklerini bildirmiştir. Ancak, bu kez de, *Maffezini* kendisine yapılan teklifi reddederek, ICSID tahkim sürecini başlatmıştır⁴³.

Tahkim talebinde *Maffezini*'nin ileri sürdüğü ilk husus, SODIGA'nın bir kamu kurumu niteliğinde olması nedeniyle, yapacağı işlemlerin İspanya Krallığı'na yüklenebilmesi gerekliliğidir. *Maffezini*'ye göre, projenin başarısız

⁴⁰ *Maffezini* (A), para. 39.

⁴¹ *Maffezini* (A), para. 40.

⁴² *Maffezini* (A), para. 41.

⁴³ *Maffezini* (A), para. 43.

olmasının sebebi SODIGA'nın muhtemel masraflara dair verdiği yanlış tavsiyeler olup doğan zararlar İspanya Krallığı tarafından tazmin edilmelidir. SODIGA, ayrıca, EIA süreci sonucu oluşan ekstra masraflardan da sorumlu tutulmalıdır. Son olarak da, *Maffezini*, EAMSA'ya 30 milyon pesetalık bir kredi vermeyi kabul etmediğini, gerçekleşen bu transferin usulüne uygun olmadığını ileri sürmüştür⁴⁴.

İspanya Krallığı ise, SODIGA'nın bir özel kuruluş olduğunu, işlemlerinin devlete izafe edilmesinin mümkün olmadığını ve her halde kamu kurumlarına karşı olan istemlerin 1 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde yapılması gerektiğini iddia etmektedir. Davalı İspanya Krallığı, fizibilite çalışmasından *Maffezini*'nin sorumlu olduğunu, SODIGA'nın tespitlerinin yalnızca kendisinin yatırımlara ne ölçüde katılacağına karar vermek için olduğunu ileri sürmüştür. Davalı, *Maffezini*'nin EIA gerekliliklerinden haberdar olmasına ve çalışan ve danışmanlarının kendisine yaptığı uyarılara rağmen, yatırıma başlama kararı aldığını iddia etmiştir. Davalıya göre, para transferi tamamen yasal bir şekilde SODIGA'nın EAMSA'daki temsilcisinin *Maffezini* tarafından yetkilendirilmesi sonucu gerçekleştirilmiştir. Son olarak, İspanya Krallığı, *Maffezini* tarafından 1994 yılında yapılan teklifin bir sözleşmeye davet olduğunu ve sonrasında geri çekilmediği için 1996 yılındaki SODIGA kabulünün geçerli olarak sözleşmeyi kuracağını iddia etmiştir⁴⁵.

B. ICSID'in Yargılama Yetkisine İlişkin İnceleme⁴⁶

İspanya Krallığı, söz konusu uyuşmazlığın görülmesi noktasında ICSID'in yetkisinin bulunmadığını ileri sürmüş, yetki itirazı hakem heyeti tarafından, ICSID Konvansiyonunun 41. ve ICSID Tahkim Kurallarının 43. maddeleri gereğince, esasa ilişkin incelemenin ertelenmesine neden olacak bir ön sorun olarak ele alınmıştır. Aşağıda, İspanya Krallığı'nın yetkiye ilişkin itirazları, *Maffezini*'nin İspanya Krallığının iddialarına verdiği cevap ve son olarak da hakem heyetinin bu itirazların her biri ile ilgili verdiği kararlar ele alınacaktır.

1. Yerel Çarelerin Tüketilmediği İtirazı

İspanya Krallığı'nın bu itirazı, Arjantin-İspanya arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasının 10. maddesinde belirtilen şartların⁴⁷ öncelikli olarak tüketilme-

⁴⁴ *Maffezini* (A), para. 44.

⁴⁵ *Maffezini* (A), para. 45.

⁴⁶ *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction (J)(2000).

⁴⁷ Arjantin-İspanya iki taraflı yatırım anlaşmasının Uyuşmazlık Çözümü başlıklı 10. maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir:

"2. Where a dispute within the meaning of paragraph 1 cannot be settled within six months from the date on which one of the parties to the dispute instigated it, it shall, at the request of either party, be submitted to the competent tribunals of the Party in whose territory the investment was made.

3. The dispute may be submitted to an international arbitral tribunal in any of the following circumstances:

si gereken yerel çareler içerdiği ve bu şartların yerine getirilmemesi nedeniyle de ICSID'in yetkisiz olduğu yönündedir. Hakem heyeti, bu itirazı 10. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları açısından ele almıştır.

a. Arjantin-İspanya Arasındaki İki Taraflı Yatırım Anlaşmasının 10. Maddesinin Üçüncü Fıkrası Bakımından İnceleme

İspanya Krallığı'nın bu fıkra bakımından iddiası, uluslararası tahkime ancak yerel mahkemenin 18 ay içinde esasa ilişkin bir karar vermemesi halinde gidilebileceği yönündedir. Yani esasa ilişkin bir karar verildiyse, artık uyuşmazlık sonuçlanmış olacağı için tahkim yoluna gidilemeyecektir. Somut uyuşmazlıkta ise, *Maffezini* yerel mahkemeye çözüm imkânı vererek belirtilen 18 aylık süreyi geçirmedeği için hakem heyetinin yargılama yetkisi bulunmayacaktır⁴⁸.

Maffezini ise, söz konusu madde hükmünün devamında, esasa ilişkin bir karar verilse dahi taraflar arasında uyuşmazlığın devam etmesi halinde uluslararası tahkime gidilebileceğinin düzenlendiğini belirterek, uluslararası tahkime gidilebilmek için yerel mahkeme önünde 18 aylık bir süre geçirilmesinin şart olmadığını iddia etmiştir⁴⁹.

ICSID hakem heyeti, yerel çarelerin tüketilmesi konusunda ilk olarak ICSID Konvansiyonunun 26. maddesine⁵⁰ bakılmasının gerekli olduğunu ortaya koymuş, söz konusu maddeye göre, tahkim yoluna başvurulmasında tarafların rızası bakımından yerel çarelerin tüketilmiş olmasının gerekli olmadığına karar vermiştir. Heyete göre, yine de istisnaen, ev sahibi devlet öncelikli olarak idari ya da yargısal bazı yerel çarelerin tüketilmesini şart koşabilir. Ancak somut olay bakımından yerel çarelerin tüketilmesini teminen İspanya Krallığı, ICSID Konvansiyona herhangi bir kayıt koymamıştır. Bu nedenle, İki taraflı yatırım anlaşmasının 10. maddesinin Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin (*Vienna Convention on the Law of Treaties-VCLT*)⁵¹ 31. maddesi doğrultusunda yorumlanmasına ihtiyacı bulunmaktadır⁵².

(a) At the request of either party to the dispute, when no decision has been reached on the substance 18 months after the judicial proceeding provided for in paragraph 2 of this article began or When such a decision has been reached, but the dispute between the parties persists;

(b) When both parties to the dispute have so agreed."

Anlaşmanın İngilizce tam metni için bkz: [https://www.investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0008%20-%20Argentina-Spain%20\(1991\)%20\[english%20translation\]%20UNTS.pdf](https://www.investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0008%20-%20Argentina-Spain%20(1991)%20[english%20translation]%20UNTS.pdf) (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)

⁴⁸ *Maffezini* (J), para. 25.

⁴⁹ *Maffezini* (J), para. 26.

⁵⁰ ICSID Konvansiyonunun 26. maddesi şu şekildedir: "Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention."

⁵¹ Viyana Sözleşmesinin Türkçe metni için bkz: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Okuma/Viyana%20Andlasmalar%20Hukuku%2069.pdf> (son erişim: 1 Şubat 2021)

⁵² *Maffezini* (J), para. 27.

Hakem heyeti kararında, ilgili fıkra bakımından uluslararası hukukta kastedilen anlamda bir çarenin bulunmadığını, sadece esasa ilişkin bir karardan bahsedildiğini, bu kararın nihai karar bile olmasının gerekli olmadığını, madde lafzından, esasa dair karar verildiyse tahkime gidilemeyeceği gibi bir anlamın çıkarılamayacağını ifade etmiştir⁵³. Heyete göre, söz konusu maddede vurgulanmak istenen husus, esasa dair karar verilse dahi uyuşmazlığın devam etmesi halinde tahkime gidilebilmesinin mümkün olduğudur. Hakem heyeti, söz konusu maddede, uyuşmazlığın ne zaman sonlanacağına dair objektif bir kriter bulunmadığı için tarafların bu hususta özgürce karar vermesinin mümkün olduğu görüşündedir⁵⁴. Heyete göre; İspanya'nın iddiası sadece yerel mahkemenin dâvaya bakmaktan kaçınması halinde uluslararası tahkime gidilebileceği olsa da, bu tarz bir kabul, karşı tarafın yerel mahkeme kararına itiraz hakkının elinden alınması sonucunu doğuracağı için ilgili iki taraflı yatırım anlaşmasının uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemesinin lafzına ve yatırımcıların uyuşmazlıklarını uluslararası tahkime götürebilme imkânı sağlama amacına aykırı niteliktedir⁵⁵. Nitekim ilgili Anlaşmanın 10. maddesinin üçüncü fıkrasının iki temel fonksiyonu olduğu ifade edilmiştir. Heyete göre, bunlar; tarafların yerel mahkemeye gitmesine izin vermek ve yerel mahkeme sonucu ne olursa olsun bu sonucun uluslararası tahkim yoluna gidilebilmesine engel olmayacağını göstermektedir⁵⁶. Bu bakımdan ilgili maddenin belirtilen kısmına aykırılık yerel çarelerin tüketilmesi zorunluluğunun ihlali anlamına gelmemektedir.

b. Arjantin-İspanya Arasındaki İki Taraflı Yatırım Anlaşmasının 10. Maddesinin İkinci Fıkrası Bakımından İnceleme

İspanya Krallığı, 10. maddenin ikinci fıkrası bakımından, madde lafzından da anlaşıldığı üzere, uyuşmazlığın öncelikle yerel mahkemelere götürülmesi gerektiğini iddia etmiştir. *Maffezini* ise, madde devamında sonuç ne olursa olsun taraflara uluslararası tahkime gitme imkânı verildiği için, aslında amaçlanan anlamın yerel mahkemeye öncelikli gidilmesi olmadığını iddia etmektedir.

Bu noktada, hakem heyeti, söz konusu maddenin ikinci fıkrasında yer alan bazı kelimelerin İspanyolca ve İngilizce dillerindeki karşılıklarının “zorunluluk” ifade edip etmediği hususu üzerinde durarak, hükmün lafzının bu zorunluluğu içerdiğini kabul etmiştir⁵⁷. Böylelikle, iki taraflı yatırım anlaşması ile yatırımcıya sağlanan hakları yerel mahkemenin de garanti altına alması sağlanmış olacak, ancak yatırımcı yerel mahkeme kararından tatmin olmaz ise uluslararası tahkim

⁵³ *Maffezini* (J), para. 28.

⁵⁴ *Maffezini* (J), para. 32.

⁵⁵ *Maffezini* (J), para. 31.

⁵⁶ *Maffezini* (J), para. 33.

⁵⁷ *Maffezini* (J), para. 34-35.

yoluna gidebilecektir⁵⁸. Sonuç olarak, *Maffezini*'nin yorumunun, 10. maddenin ikinci fıkrasındaki hükmün amacına aykırı nitelikte olduğu sonucuna varılarak *Maffezini*'nin bu fıkra ile ilgili savunması yetersiz bulunmuş ve *Maffezini*'nin ileri sürdüğü tek dayanak bu olsaydı yerel mahkemeye gidilmediği hususu göz önüne alınarak rıza eksikliği nedeniyle yetkisizlik kararı verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁹.

Ancak bu noktada *Maffezini*'nin alternatif olarak ileri sürdüğü, en çok gözetilen ulus kaydı gereği yerel mahkemeye gidilmesinin şart olmadığına ilişkin savunması da söz konusu olduğu için, Hakem Heyeti bu konuda da incelemesini yaparak, çalışmamızın temel konusunu oluşturan değerlendirmesini gerçekleştirmiştir.

2. En Çok Gözetilen Ulus Kaydı Gereği Yetki Bulunduğu Savunması ve Hakem Heyetinin Kararı

Maffezini'nin diğer bir dayanağı en çok gözetilen ulus kaydıdır. Arjantin-İspanya iki taraflı yatırım anlaşması, tahkime gitmeden önce yerel mahkemeye gitmeyi ve 18 ay süre geçmesini öngörürken, Şili-İspanya iki taraflı yatırım anlaşması böyle bir şart içermemekte, 6 aylık müzakere sonucunda yatırımcıya tahkime gitme imkânı vermektedir. Bu açıdan bakıldığında, İspanya Krallığı, ev sahibi devlet olarak Şili'li yatırımcılara daha iyi bir muamele sağlamaktadır. *Maffezini*'ye göre de, Arjantin-İspanya iki taraflı yatırım anlaşmasının 4. maddesinin ikinci fıkrası⁶⁰ gereği, İspanya'da bulunan Arjantinli yatırımcılara da aynı imkânların sağlanması gerekmektedir⁶¹.

İspanya Krallığı en çok gözetilen ulus kaydının sadece esasa ilişkin, maddî konular bakımından kullanılabileceğini iddia etmiştir. Yani usule ilişkin ya da yargısal konular *ejusdem generis* ilkesine göre aynı türden sayılamayacakları için bu kaydın kapsamı dışındadır. Zaten en çok gözetilen ulus kayıtların hedeflediği ayrımcılığın önlenmesi amacı da, ancak maddî olarak gerçekleşen ekonomik muameleler bakımından gerçekleşebilir. Diğer bir deyişle, İspanya Krallığına göre, yerel mahkemeye gitme zorunluluğu somut olay bakımından objektif olarak bir dezavantaj oluşturmadığı sürece ayrımdan söz edilemeyecektir⁶².

⁵⁸ *Maffezini* (J), para. 36.

⁵⁹ *Maffezini* (J), para. 37.

⁶⁰ Arjantin-İspanya iki taraflı yatırım anlaşmasının Muamele başlıklı 4. maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir:

"1. Each Party shall guarantee in its territory fair and equitable treatment of investments made by investors of the other Party.

2. In all matters governed by this Agreement, such treatment shall be no less favourable than that accorded by each Party to investments made in its territory by investors of a third country."

⁶¹ *Maffezini* (J), para. 40.

⁶² *Maffezini* (J), para. 41-42.

İspanya Krallığı'nın tezi pek çok farklı dâvada da dile getirilmiş olup⁶³, Hakem Heyeti bu konuda karar verilebilmek için temel olarak iki meselenin üzerinde durmuştur. İlk olarak ilgili kayıttan yararlanacak yatırımcının hakları bakımından hangi temel anlaşmaya bakılacağına karar verilmelidir. Buna göre, bakılması gereken anlaşma ilgili kaydı içeren anlaşma olup, bağımsız bir üçüncü taraf anlaşmasının içinde bulunan en çok gözetilen ulus kayıtlarının bir etkisi olamayacaktır. Dolayısıyla hangi konularda bu kaydın etkin olacağı, temel anlaşma olarak Arjantin-İspanya arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına göre belirlenecek olup, eğer başka bir ülke ile olan anlaşmada daha avantajlı hükümler bulunmaktaysa bunlar temel anlaşmanın yararlananını da kapsayacaktır⁶⁴. İkinci mesele olarak, üçüncü ülkeye verilen uyuşmazlık çözümüne ilişkin hakların, *ejusdem genesis* ilkesi gereği mantıksal olarak, en çok gözetilen ulus kayıtlarının ticaret anlaşmaları bakımından uygulama gösterdiği adil ve hakkaniyete uygun muamele kavramıyla aynı türden sayılıp sayılamayacağı üzerinde durulmuştur. Bu konuda geçmişte de pek çok tartışmalar yaşanmış ve farklı kararlar ortaya çıkmıştır. Hakem heyetinin, muhakemesini üzerine bina ettiği *Ambatielos*⁶⁵ dâvasında, bu konuda geniş bir yorum yapılmıştır. Buna göre, adalet mekanizmasının işletilmesinin, ticaret ile doğrudan ilgisi olmadığı düşünülse de, konuya tacirlerin haklarının korunması bağlamında yaklaşıldığı takdirde bu iki konu arasında bağlantı kurulabileceği kabul edilmiştir.⁶⁶ Bu açıdan bakıldığında, hükmün lafzen yorumlanması sonucunda aksi belirtilmemişse ya da her türlü konunun ilgili kayıt kapsamında olduğu ifade ediliyorsa uyuşmazlık çözümüne ilişkin hususların da bu kaydın kapsamında sayılması gerekecektir.

Hakem heyeti incelemesinde ilk olarak, bazı iki taraflı yatırım anlaşmalarında, şüpheye yer bırakmamak amacıyla, uyuşmazlık çözümüne dair maddelerin de en çok gözetilen ulus kaydının kapsamında olduğu açıkça belirtilirken bazı anlaşmalarda açıkça bir ifadeden ziyade “bağlantılı tüm haklar”, “bütün meseleler” gibi ifadelerin tercih edildiği tespitinde bulunmuştur⁶⁷. Sonuç olarak da, ana sözleşmenin açıkça yönlendirmede bulunmadığı durumlarda, uyuşmazlık çözümü düzenlemelerinin tacirlerin haklarının korunmasıyla ayrılmaz şekilde bağlı olduğunun göz önüne alınması gerektiğini ifade ederek, üçüncü taraf ile olan anlaşma ile temel anlaşma aynı konuyla alakalı ise, bu düzenlemelerin de en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında olduğu kabul edilmiştir⁶⁸.

⁶³ Örnek olarak Avrupa Adalet Divanı'nda görülen *Anglo Iranian Oil Co. Kararı*, *Fas'daki Amerika Birleşik Devletleri Vatandaşları Hakları ile İlgili Karar* ve *Ambatielos Kararı* verilebilir.

⁶⁴ *Maffezini* (J), para. 44.

⁶⁵ *Ambatielos Davası* (*Greece v. United Kingdom*), International Court of Justice, Karar: 19 Mayıs 1953.

⁶⁶ United Nations, Reports of International Arbitral Awards, *The Ambatielos Claim* (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), 6 Mart 1956, S. XII, s. 107.

⁶⁷ *Maffezini* (J), para. 52-53.

⁶⁸ *Maffezini* (J), para. 54.

Hakem heyeti, en çok gözetilen ulus kaydının hangi konular ile sınırlandırıldığı konusuna da kamu düzeni mülahazalarını ele alarak değinmiştir. Bu bağlamda, hakem heyeti, sırasıyla; ICSID Konvansiyonu uyarınca rıza bakımından konulmuş bir yerel çarelerin tüketilmesi şartı bulunması, uyuşmazlık çözümü konusunda birden çok seçenek bulunması halinde yatırımcı sunulan seçeneklerden birini tercih etmiş ise diğerlerine gidemeyeceği anlamına gelen “*fork in the road*” durumunun söz konusu olması ve ilgili yatırım anlaşması ile özellikle belirli bir mahkeme ya da mekanizmanın yatırımcıya sunulması hallerini sayarak bu hallerde en çok gözetilen ulus kaydı sebebiyle yetki tesis edilemeyeceğini ifade etmiştir⁶⁹. Sonuç olarak, hakem heyeti, ev sahibi devletin rızasıyla ilgili olarak bu sınırlamalardan herhangi birisinin mevcut olmadığını belirterek, en çok gözetilen ulus kaydı gereği yerel mahkemeye gitmeden tahkime gidilebilmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir⁷⁰.

C. Maffezini Kararının Değerlendirilmesi

Daha önce de belirtildiği üzere *Maffezini* kararı, uluslararası yatırım hukukunda en çok gözetilen ulus kayıtlarının usule ilişkin konular bakımından da uygulanabileceğini kabul eden ilk hakem kararı olması açısından büyük bir öneme sahiptir. Söz konusu kayıt içerisinde geçen “bu anlaşmaya ilişkin bütün meseleler” ifadesi bakımından kaydın kapsamının ne şekilde anlaşılması gerektiği konusunda hakem heyeti iki hususun incelenmesi yoluna gitmiştir. İlk olarak, bazen uygulamada en çok gözetilen ulus kaydından yararlanan devletin hakkının kaynağının, hakkı tanıyan ev sahibi devlet ile üçüncü taraf arasında daha avantajlı muameleyi içeren anlaşma olduğu düşünülse de, *Maffezini* kararında doğru bir şekilde temel anlaşmanın esas alınması gerektiği kabul edilerek hem ILC taslak maddelerinden 8. maddeye, hem hukukun genel kabul gören bir kuralı olarak sözleşmelerin nisbî etkisi prensibine uygun bir sonuca varıldığı görülmektedir⁷¹.

Hakem Heyeti tarafından ikinci incelenen husus, uyuşmazlık çözümüne ilişkin meselelerin ayrılmaz bir şekilde yatırımcıların korunmasıyla ilgili olup olmadığı, dolayısıyla bunların *ejusdem generis* ilkesi bakımından farklı nitelikte olup olmadığı meselesidir. Bu noktada, söz konusu koruma yollarının farklı nitelikte sayılması Hakem Heyeti tarafından kabul edilmemiştir. Gerçekten de yatırımcılar açısından, kendilerine iki taraflı yatırım anlaşmaları ile tanınan maddi hakların ev sahibi devlet tarafından ihlal edilmesi riski bulunduğu için bu hakların kullanılabilmesini temin etmek için getirilen uyuşmazlık çözümü mekanizmalarının yatırımcıların korunması konusuyla arasındaki çok yakın ilişkisi gözetildiğinde aynı

⁶⁹ *Maffezini* (J), para. 63.

⁷⁰ *Maffezini* (J), para. 63

⁷¹ CALAMITA, N. Jansen / ZELAZNA, Ewa; Most-Favoured Nation Clauses and the Centrality and Limits of General Principles, içinde: General Principles of Law and International Investment Arbitration, Ed. GATTINI, Andrea / TANZI, Attila / FONTANELLI, Filippo, Brill Nijhoff, 2018, s. 398-399; RADİ, s. 759.

türden olduğu söylenebilecektir⁷². Sonuç olarak, en çok gözetilen ulus kayıtlarının bu şekilde geniş yorumlanmasıyla ev sahibi devletler karşısında yatırımcıları koruyan bir yaklaşımın kabul edildiği görülmektedir.

Hakem Heyetinin önem verdiği diğer bir husus, uyumsuzluk çözümüne ilişkin konuların en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında olması konusunda tarafların iradesinin olup olmadığını ortaya koymaktır. Bu kayıtların kapsamı açısından sayılan sınırlamalara bakıldığında, ileri sürülen sınırlamaların tümünün tarafların açıkça ortaya koymuş oldukları iradelerine dayandığı görülmektedir. Diğer bir deyişle, tarafların açıkça ifade edilmemiş niyetlerinin, ifade edilen niyetlerine üstün tutularak, en çok gözetilen ulus kaydı vasıtasıyla esas alınmasına izin verilmemektedir. Hakem heyeti, İspanya Krallığı ve Arjantin'in geçmiş anlaşma pratiğine de bakarak, İspanya Krallığı'nın akdettiği anlaşmaların çoğunun tahkim yoluna başvurmadan önce bekleme süresine yer vermemesi nedeniyle, tarafların bu konuda kesin bir niyetinin bulunmadığı sonucuna varmıştır. Hakem heyeti, nihayetinde, somut olay açısından, öngörülen bu tarz bekleme sürelerinin, belirtilen ev sahibi devletin kamu düzenini ihlal edecek nitelikte olan sınırlamaları arasında olmadığı sonucuna varmıştır. Bu noktada haklı olarak ileri sürülen bir eleştiri ise, kaydın kapsamının sınırlandığı bu istisnaî hallerin objektif kriterlere dayanan bir şekilde açıkça belirtilmemiş olmasıdır⁷³. Gerçekten de, daha sonra verilen hakem kararlarına bakıldığında bu belirsizliğin eleştirildiği, bu çalışmada da ele alınan *Tecmed* kararı gibi değişik hakem kararları göz önüne alındığında, hakemlerin bu istisnaların sayısını artırma ya da azaltma yönünde farklı eğilimler içinde bulunabileceği görülmektedir.

Sonuç olarak *Maffezini* kararında, tarafsız bir dille kaleme alınan en çok gözetilen ulus kayıtlarının uyumsuzluk çözümüne ilişkin anlaşma maddelerini de kapsadığı ve bu kayıtların yatırımların korunmasıyla bağlantılı olduğu ortaya konmuştur. Bunun aksinin kabul edilmesini gerektiren bir teamülün bulunmaması da, *Maffezini* kararında kabul edilen bu anlayışın uluslararası yatırım hukuku uyumsuzluklarında geniş etkiler yaratmasını kolaylaştırmıştır. *Maffezini* kararı sonrasında, doktrinde olumlu ve olumsuz pek çok görüş ortaya konmuştur. Ayrıca, bu kararın, uluslararası tahkim uygulamasında daha sonra verilen yatırım uyumsuzluklarının karara bağlandığı hakem kararları üzerinde etkili olduğu gibi, ikili yatırım anlaşmalarının en çok gözetilen ulus kaydı ve uyumsuzlukların çözümüne ilişkin hükümlerinin kaleme alınışında da etkili olduğu ifade edilmektedir⁷⁴.

⁷² VESEL, Scott; Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence; Most Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties, Yale Journal of International Law, V. 32, 2007, s. 158.

⁷³ DOLZER, s. 54.

⁷⁴ BAKLACI (2009), s. 66; FİGANMEŞE, İnci Ataman; The Impact of the *Maffezini* Decision on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties, Ankara Law Review, V. 8, N. 2, 2011, s. 229; VESEL, s. 184-185.

III. En Çok Gözetilen Ulus Kayıtlarının Yargısal Etkisi Konusundaki Tartışmalar

A. En Çok Gözetilen Ulus Kayıtlarının Yorumlanması

Uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kayıtları, belirsiz ve sınırları net olarak çizilmemiş olduğu takdirde bu kayıtların amacından hareketle yapılacak olan yorum büyük önem taşır. Bu kayıtların temel amaçları ise; ev sahibi devletin üçüncü bir devlet yatırımcılarına verdiği daha avantajlı muamelelerden faydalanılması, ev sahibi devletin üçüncü taraf olan bir devlet ile arasında yaptığı ayrı bir anlaşma nedeniyle bu devlet yatırımcısına tanınan daha avantajlı olan maddi hukuka ilişkin korumalardan faydalanılması ve üçüncü taraf anlaşmasındaki daha avantajlı nitelikte olan uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerin temel anlaşmaya aktarılması şeklinde de özetlenmektedir⁷⁵. İşte bu son halde, hakem heyetinin yetkisi temel anlaşmadaki hükümlerden değil de bir üçüncü taraf anlaşmasındaki uyuşmazlık çözümünü hükümlerine dayanacağı için bu durum en çok gözetilen ulus kaydına dayanan yetki (*MFN-based jurisdiction*) olarak da adlandırılmaktadır⁷⁶.

İki taraflı yatırım anlaşmalarında bulunan en çok gözetilen ulus kayıtlarının uyuşmazlık çözümüne dair hususları da kapsayıp kapsamadığı bakımından farklı şekillerde kaleme alındığı ifade edilmektedir. Bu kayıtlar; uyuşmazlık çözümüne ilişkin hususların da söz konusu kaydın kapsamında olduğunu veya olmadığını açıkça ifade eden, hangi hususların kapsamında olduğunu tek tek sayarak belirten ve son olarak uyuşmazlık çözümüne ilişkin hususların kendi kapsamında olduğuna ya da dışlandığına dair açık bir ifadeye yer vermeden çok genel bir ifade tarzı ile yazılan kayıtlar olarak kendini göstermektedir⁷⁷. Kaydın kapsamı konusunda olumlu ya da olumsuz açık düzenlemeler bulunan ya da tek tek sayım yapılan durumlarda herhangi bir tartışma yaşanmamakla beraber, uygulama alanının açıkça belirtilmediği ve genel ifadelerle kaleme alınan kayıtlar en çok gözetilen ulus kayıtlarının yargısal etkisi bakımından tartışmalara yol açmaktadır.

Kapsamı bakımından tartışmaya neden olan son kategoride yer alan en çok gözetilen ulus kayıtları çok soyut ve genel kayıtlar olduğu için, bunlar vasıtasıyla uyuşmazlık çözümüne ilişkin konuların temel anlaşmaya eklenip eklenmediğinin anlaşılabilmesi için bunları sadece lafzen yorumlamak yeterli değildir. Bu sebeple, tıpkı diğer anlaşma hükümlerinin yorumlanmasında olduğu gibi, VCLT'nin 31. ve 32. maddeleri uyarınca metnin lafzı ve anlamı esas alınarak yorumlanması gerekir⁷⁸. Burada hareket noktası, usule ilişkin konuların yatırımların korunma-

⁷⁵ MAUPIN, s. 3.

⁷⁶ MAUPIN, s. 3.

⁷⁷ FİGANMEŞE, s. 226.

⁷⁸ RADI, s. 760; DOUGLAS, Zachary; The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails, *Journal of International Dispute Settlement*, V. 2, N. 1, 2011, s. 101; THULASIDHASS PR; Most-Favored-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the Limits through Interpretation, *Amsterdam Law Forum*, V. 7, 2015, s. 14.

sı kapsamında olup olmadığına karar verilmesi ya da esasa ilişkin hükümlerin temel anlaşmadaki korumanın seviyesini arttırıp arttırmayacağı değil, tarafların iradesinin ortaya konulabilmesi için akılcı ve doğru bir yorum yapılabilmesidir⁷⁹. O halde, en çok gözetilen ulus kayıtlarının kapsamını tespit edebilmek için öncelikle, kaydın ne şekilde kaleme alındığına bakılması gerekmektedir. Gerçekten de, bu kayıtların ne şekilde uygulanacağı konusunda, henüz bir yerleşik içtihat oluşmadığı için, doktrinde de, her bir anlaşmada yer alan kaydın, lafzen ne şekilde formüle edildiği gözetilerek ele alınması ve durumun özelliklerine göre karar verilmesi gerektiği savunulmaktadır⁸⁰. ILC'nin en çok gözetilen ulus kayıtlarıyla ilgili olarak kurduğu çalışma grubu da, 2015 yılında hazırladığı son raporunda benzer bir sonuca vararak, bu kayıtların yargısal etkisinin öncelikle anlaşmayı müzakere eden tarafların iradesine bağlı olduğunu ve sorunun çözümü için kaydın bulunduğu anlaşmanın ilgili maddelerinin lafzı bakımından her bir olay için ayrı ayrı analiz edilerek yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir⁸¹.

Uygulamada da genel olarak bu yöntem kabul görmektedir; bununla birlikte doktrinde her bir somut olay bakımından her bir kaydın ayrı ayrı ele alınarak yorumlanmasının pek çok olumsuz sonuçlara yol açacağı da belirtilmektedir. Bu kayıtların farklı şekilde kaleme alınması hususunu da göz önüne aldığımızda her kaydın ayrı ayrı yorumlanması sonucunda benzer konularda tutarsız ve uyumsuz kararların ortaya çıkması ve dolayısıyla da uluslararası yatırım hukuku bakımından istikrarsız bir gelişim sergilenmesi riski ortaya çıkabileceği için de kayıtların yorumlanmasında uluslararası hukukun genel ilkelerinden ayrılmamanın en uygun çözüm yolu olacağı savunulmaktadır⁸². Öte yandan, her bir kaydın sadece olağan kelime anlamları dikkate alınarak yorumlanması, yargı kararlarının yerleşik içtihat oluşturma işlevinin ortadan kalkmasına da yol açabileceği gibi, genel sorunlara karşı genel çözümler üretilebilme şansı da azalacak; dolayısıyla konuya ilişkin kararlar arasında yeknesaklık olmayacaktır ve verilecek kararlar üzerinde hakemlerinin kim olduğunun etkisi daha da artacaktır⁸³. Sonuç olarak, özellikle bu yorum farklılıklarının ve dolayısıyla da ortaya çıkabilecek farklı yargı kararlarının önüne geçebilmek için en basit yöntemin bu kayıtların tarafların gerçek iradesinin ortaya çıkarılabilmesine imkân verebilmek için olabildiğince açık şekilde

⁷⁹ RODRIGUEZ FAYA, Alejandro; The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?, *Journal of International Arbitration*, V. 25, N. 1, 2008, s. 98; THULASADHASS PR, s. 15-16.

⁸⁰ STOPPIONI, s. 4.

⁸¹ Study Group on the Most-Favoured-Nation Clause, Final Report, Annex to the Report of the ILC, UN doc. A/70/10, 14 Ağustos 2015, para. 162-163.

⁸² SCHILL, W. Stephen; Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction: A Reply to Zachary Douglas, *Journal of International Dispute Settlement*, V. 2, N. 2, 2011, s. 355-357; THULASADHASS PR, s. 23.

⁸³ DOUGLAS, s. 101.

kaleme alınması ve mümkünse çeşitli şerhler gibi iradeyi daha belirli hale getiren belgelerle desteklenmesi gerektiği söylenebilecektir⁸⁴.

B. En Çok Gözetilen Ulus Kaydına Dayanan Yargılama Yetkisini Destekleyen Yaklaşım

Doktrinde, en çok gözetilen ulus kayıtlarına dayanan yetkiyi destekleyen anlayış söz konusu olduğundan bu kayıtların olabildiğince geniş yorumlanmasıyla temel anlaşmada belirtilen yetkinin genişletilebilmesi gerektiğini düşüncesi ortaya çıkmaktadır. Buna bakımdan, yatırım anlaşmalarındaki en çok gözetilen ulus kayıtları, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında hakemlerin yetkisine kaynak teşkil edebilir ve yargılama yetkisinin ihdası etkisini doğurabilir. ILC taslak maddelerinde de, en çok gözetilen ulus kayıtlarının yargı yetkisini farklı uyuşmazlık çözümü mekanizmaları arasında paylaşırma işlevine sahip olduğu ileri sürülmektedir⁸⁵. Bu görüş bakımından, daha avantajlı olan muamelenin temel anlaşmaya eklenmesinin kendiliğinden gerçekleşeceği; böylelikle, ev sahibi devlet tarafından verilen daha lehe olan rızanın da *ipso iure* olarak temel anlaşmaya teşmil edilebileceği ileri sürülmektedir⁸⁶.

Bu bağlamda anlaşmalardaki kayıtların yorumlanmasında, uyuşmazlık çözümüne ait hükümlerin kaydın kapsamında olmadığı açıkça ifade edilmediği sürece, bu kayıtların sıradan anlamları göz önünde bulundurularak yapılacak yorumlarda bu hükümlerin de kaydın kapsamında olduğu kabul edilmelidir⁸⁷. Yine amaçsal olarak bir yorum yapılması halinde, bu kayıtların kelime yapıları farklı olsa da genel anlamda eşdeğer olarak aynı amaca sahip olmaları (yani bu kayıtların temel amacının ayrımcılığı önleyerek yatırımcıların korunması olması) nedeniyle tarafların aksi yöndeki iradesine dair çok açık ifadeler bulunmadığı sürece uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerinin dışlanması uygun olmayacaktır⁸⁸.

En çok gözetilen ulus kayıtlarının usul kuralları üzerindeki etkisi, çok taraflılık-iki taraflılık çekişmesinden hareketle de desteklenmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, yatırım hukuku alanını düzenleyen çok taraflı bir anlaşma bulunmaması nedeniyle bu alan temel olarak iki taraflı anlaşmalar üzerine bina edilmekteydi. Ancak bu iki taraflı yapı sonucunda özellikle her devletin hassasiyetlerine göre farklılaşma ihtimali yüksek olan koruma standartları bakımından çok karmaşık ve düzensiz bir hukuk sistemi ortaya çıkmaktadır. İşte bu noktada,

⁸⁴ AYDOĞMUŞ, Yasemin; İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı, Public and Private International Law Bulletin, V. 29, N. 1-2, 2009, s. 76.

⁸⁵ SCHILL (2011), s. 353-356.

⁸⁶ SCHILL (2011), s. 370.

⁸⁷ RADI, s. 768.

⁸⁸ RADI, s. 769; RODRIGUEZ FAYA, s. 92.

iki taraflı yatırım anlaşmaları içerisindeki en çok gözetilen ulus kayıtlarının, iki taraflı anlaşmaları birbirine bağlayarak bir anlamda çok taraflı bir hale gelmelerini ve yabancı yatırımcıların korunmasına dair standartları daha uyumlu hale getirerek ortak bazı prensiplerin ortaya çıkmasını sağladığı ve maddi anlamda birçok taraflılığın oluşmasına yardım ettiği ileri sürülmektedir⁸⁹. Uluslararası yatırım hukuku bakımından bu şekilde çok taraflı kuralların kabul edilmesi ise devletlerin uyruklu temeline dayanan ayrımcılık yapması ve kendilerini dünyanın kalanından soyutlayarak bloklar oluşturmasının da önüne geçilmesine yardım edeceği için hem küresel ekonominin istikrarını sağlayacak hem de uluslararası çatışma ve gerilimleri azaltacaktır⁹⁰.

Belirtilen bütün bu sebeplerle de en çok gözetilen ulus kayıtlarının kapsamının olabildiğince geniş tutulmasıyla bu kayıtlara dayanan yargılama yetkisinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülebilmektedir. Ancak belirtilmesi gerekir ki, uygulamaya bakıldığında çok yaygın olarak kullanılan en çok gözetilen ulus kayıtlarının varlığına rağmen parçalanmış yapının devam ettiği görülmektedir. Gerçekten de uygulamada ne devletlerin koruma standartlarına dair düzenlemeleri, ne de yargı mercilerinin yatırım uyumsuzluklarının yorumlanması noktasında verdikleri kararlar uyumlu niteliktedir⁹¹.

C. En Çok Gözetilen Ulus Kaydına Dayanan Yetkiyi Eleştiren Yaklaşım

En çok gözetilen ulus kayıtlarının yorumlanmasında genel anlayışın, *Maffezini* kararının da etkisiyle, yatırımcıların korunması düşüncesiyle, koruma düzeyinin artırılması için kaydın kapsamının olabildiğince geniş tutulması olduğunu söylenebilecektir. Ancak kaydın kapsamının bu şekilde genişletilmesinin yatırımcılara sağlanan hukuki korumayı arttıracığı kabul edilse dahi, bu kayıtların asıl amacının farklı olduğunu ileri sürenler de vardır. Bu anlayışa göre, amaç, her anlaşmanın istenilen hükümlerinin seçilmesi imkânıyla yatırımcıların esasa ve usule ilişkin haklarının harmonize edilmesinden ziyade, özellikle gerçek anlamda bir zarara yol açma ihtimali daha fazla olan rekabet şartları bakımından yatırımcılar arasındaki eşitliğin sağlanmasıdır⁹². Hukuki standartlara ilişkin hükümler söz konusu olduğunda ise ifade edilen muamelenin daha avantajlı olması hususu belirsizlik arz etmekte, genellikle taraflara yönelik haklar ve yükümlülükler içeren maddi meselelerin ve daha çok bu hak ve yükümlülüklerin icra edilmesine yönelik olarak mahkemeleri ilgilendiren usule ilişkin meselelerin birbirine karıştırılmaması gerektiği ifade edilmektedir⁹³. Bu bakış açısı, en çok gözetilen

⁸⁹ SCHILL (2009), s. 499-505.

⁹⁰ SCHILL (2009), s. 500 -501.

⁹¹ THULASIADHASS PR, s. 3-4.

⁹² RODRIGUEZ FAYA, s. 100.

⁹³ THULASIADHASS PR, s. 19; DOUGLAS, s. 104.

ulus kayıtlarının uygulama amacının daha çok tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin maddi konular ile ilgili olduğunu, yargılama yetkisi gibi usuli konuların bu kayıtlar kapsamında ele alınmasının hatalı olacağını ileri sürmektedir. Yine, maddi ve usuli konulara dair ayırımın daha net bir şekilde ortaya konması *ejusdem generis* ilkesi bakımından da kaydın kapsamının daha dar ele alınmasını gerektireceği için önemli bir farklılığa yol açmaktadır.

En çok gözetilen ulus kayıtlarının geniş yorumlanmasına karşı diğer bir eleştiri ise, bu kayıtlar vasıtasıyla üçüncü taraf anlaşması hükümlerinin kendiliğinden temel anlaşmaya eklenmediği anlayışına ilişkindir. Bu kayıtlar vasıtasıyla bir anlamda, temel anlaşmanın tarafı olan devletler dışında kalan yatırımcı tarafından anlaşmanın yeniden yazılması ve hatta bu durumun anlaşmanın tarafı olan devletlerin dahi onayı olmadan kendiliğinden gerçekleşmesi gibi bir durum ortaya çıktığı için, bu durumun kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir⁹⁴. Diğer bir ifadeyle, en çok gözetilen ulus kayıtlarının tarafların öngörüsüzlükleri nedeniyle beceriksizce akdedilmiş uluslararası anlaşmalar bakımından bir güvence olarak görülmemesi gerektiği vurgulanmaktadır⁹⁵. İfade edilen diğer bir sorun ise davacının en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak daha avantajlı bir muamele talep edebilmesi için öncelikle temel anlaşmadaki değiştirilmek istenen hükümlere göre talepte bulunarak bir yargılama süreci başlatmasının gerekmesinin kendi içinde de bir tutarsızlık oluşturacağıdır⁹⁶.

Her ne kadar yatırımcıların korunması amacı önem arz etse de, bu kayıtlar vasıtasıyla, tarafların farklı şartlar ve ilişkiler nedeniyle ortaya koydukları iradelerinin suiistimal edilmesiyle, öngörülemeyen durumlarla karşılaşma riskleri de oluşabileceğinden, bu imkâna istisnai olarak yer verilmesi gerektiği de savunulabilecektir⁹⁷. Sonuç olarak, bu tarz eleştiriler göz önüne alındığında, en çok gözetilen ulus kayıtlarının sadece maddi konularda uygulama bulmasını savunan klasik anlayışın da doktrinde savunulduğu görülmektedir.

IV. Maffezini Davasının Müteakip Anlaşmalar ve Yargı Kararları Üzerindeki Etkisi

A. Maffezini Davasının Yatırım Anlaşmalarına Etkileri

Maffezini davasıyla, geniş ifade biçimine sahip en çok gözetilen ulus kayıtlarının uyuşmazlık çözümüne ilişkin hususları da kapsayacağını kabul edilmesi sonucunda pek çok devlet, çıkması muhtemel uyuşmazlıklarda ön-görmedikleri yargı süreçlerinin başlatılabilmesi riskiyle karşı karşıya kalmıştır.

⁹⁴ DOUGLAS, s. 105.

⁹⁵ SCHWARZENBERGER, Georg; 'The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice' (1945) 22 BYBIL 96, s. 99'dan aktaran: DOUGLAS, s. 106.

⁹⁶ DOUGLAS, s. 108.

⁹⁷ AYDOĞMUŞ, s. 81-82.

Bu sebeple, yatırım anlaşmalarının tarafı olan devletler, mevcut anlaşmalarının yeniden dizayn edilmesi ve gelecekte yapacakları anlaşmalar bakımından *Maffezini* kararını dikkate almaya başlamış ve söz konusu anlaşmalarda yer alan en çok gözetilen ulus kayıtlarının kapsamını olabildiğince belirli bir hale getirmeye yönelmiştir⁹⁸. Örnek olarak Orta Amerika Serbest Ticaret Anlaşmasında⁹⁹ (*Central America Free Trade Agreement-CAFTA*) kaydın kapsamında hangi konuların olduğu açıkça sayılmak suretiyle uyuşmazlık çözümüne ilişkin konular dışlanmıştır. Kaydın en çok gözetilen ulus kaydı başlıklı düzenlemesine göre:

“1. Her bir taraf diğer tarafın yatırımcısına yatırımların kuruluşuna, devralınmasına, genişlemesine, idaresine, yürütülmesine, satışına ve tasfiyesine taraf olan ya da olmayan diğer ülkenin yatırımcısına benzer durumda uygulanan muameleden daha az elverişli muamele uygulamayacaktır.

*2. Her bir taraf diğer tarafın yatırımlarının kuruluşuna devralınmasına, genişlemesine, idaresine, yürütülmesine, satışına ve tasfiyesine taraf olan ya da olmayan diğer ülkenin yatırımcısının yatırımlarına benzer durumda uygulanan muameleden daha az elverişli muamele uygulanmayacaktır.”*¹⁰⁰

Amerikalararası Serbest Ticaret Anlaşmasında¹⁰¹ (*Free Trade Area of Americas-FTAA*) da en çok gözetilen ulus kaydının kapsamı ile ilgili olarak benzer bir düzenlemeye yer verilmesinin yanında ayrıca delegelerden biri tarafından metnin kesinleşmesi halinde silinecek olmak üzere, taslak metnine bir dipnot eklenerek *Maffezini* davasının da etkisiyle en çok gözetilen ulus kaydının neden olabileceği riskler aşılmaya çalışılmıştır. Böylece ilgili anlaşma bakımından en çok gözetilen ulus kaydının kapsamının, *Maffezini* kararında ifade edilenin aksine, sadece ilgili maddede sayılan konular yani yatırımların kuruluşu, devralınması, genişlemesi, idaresi, yürütülmesi, satışı ve tasfiyesi ile sınırlı olduğu ve uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemeleri kapsamadığı açıkça belirtilmiştir¹⁰².

⁹⁸ FİGANMEŞE, s. 221.

⁹⁹ http://www.sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR_e/CAFTADRin_e.asp (son erişim: 1 Şubat 2021)

¹⁰⁰ Türkçe maddelerin alındığı kaynak: BAKLACI, Pınar; En Çok Gözetilen Ulus Kaydı ve Uyuşmazlık Çözüm Yollarına İlişkin Kurallar, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 5, S. 20, Aralık 2009, s. 67-68.

¹⁰¹ http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Index_e.asp (erişim: 1 Şubat 2021)

¹⁰² BAKLACI (2009), s. 68; Madde 5, dipnot 13 için bkz: http://www.ftaaalca.org/FTAADraft03/ChapterXVII_e.asp (son erişim: 1 Şubat 2021)

B. Maffezini Davasında Verilen Kararın Sonrasındaki Hakem Kararlarına Etkisi

1. En Çok Gözetilen Ulus Kayıtlarının Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanmasını Kabul Eden Kararlar

a. Siemens v. Arjantin Davası¹⁰³

Siemens kararı, pek çok açıdan *Maffezini* kararının tekrarı niteliğinde olup, karara konu olan anlaşmada daha dar kapsamlı olarak formüle edilmiş bir en çok gözetilen ulus kaydı bulunmasına rağmen, aynı gerekçeler ileri sürülerek *Maffezini* yaklaşımının kabul edilmiş olması bakımından önem arz eder¹⁰⁴. Bu dava bakımından da, tıpkı *Maffezini* davasında olduğu gibi, ilgili yatırım anlaşmasında tahkim yoluna gidilebilmesi için öncesinde yerel mahkemede belirli bir süre geçirilmesi koşulu bulunmakta olup, en çok gözetilen ulus kaydı vasıtasıyla bu tarz bir koşula sahip olmayan bir üçüncü taraf anlaşması hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmiştir.

Siemens kararı bakımından önem arz eden bir diğer husus ise hakem heyetinin değerlendirmesinde, en çok gözetilen ulus kaydı vasıtasıyla daha lehe olan üçüncü taraf anlaşmasının sadece lehe olan hükümlerinin temel anlaşma bakımından uygulama bulacağını kabul etmesidir¹⁰⁵. Ancak, *cherry-picking* olarak da ifade edilen bu şekilde üçüncü taraf anlaşmasının sadece daha avantajlı olan hükümlerinin kendi metninden soyutlanarak temel anlaşmaya eklenmesi pek çok açıdan eleştirilmiştir. Bu eleştirileri ileri sürenler, temel anlaşma hükümlerinden daha lehe olan üçüncü taraf anlaşmasının sağladığı imkânların uygulanmasının değil, ilgili devletlerin hiç kimseye karşı uygulamaya rıza göstermediği yeni bir anlaşmadan kaynaklanan daha lehe muamelenin uygulanmasının söz konusu olduğunu iddia etmektedir¹⁰⁶. Örnek olarak, temel anlaşmanın uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemelerinin uluslararası tahkim yoluna gitmeden önce yerel mahkemeler önünde belirli bir süre geçirilmesini öngörmesi hali ele alınabilir. Bu halde, bir üçüncü taraf anlaşmasının uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemelerinin bekleme süresi olmaksızın doğrudan tahkime gitmeye izin vermesi ancak bunun yanında tahkim yargılaması sonrasında tekrardan yerel mahkemelere gitmeye izin verilmemesi yani bir *fork in the road* halinin bulunması söz konusu olabilir. Eğer hakem heyeti bu tarz bir durumda yapacağı değerlendirmesiyle, bu anlaşma hükmüne dayanarak bekleme süresini kaldırırsa ancak *fork in the road* kuralını işletmezse, yararlanılan anlaşmanın sadece avantajlı kısımları alındığı için çok daha avantajlı yepyeni bir anlaşma ortaya koymuş olacaktır. İşte eleştiri-

¹⁰³ Siemens A.G. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction (2004).

¹⁰⁴ *Siemens*, para. 103.

¹⁰⁵ *Siemens*, para. 108-109.

¹⁰⁶ VESEL, s. 168-169.

rilen bu durumda aslında, bekleme sürelerinin bulunmaması nedeniyle tarafları caydırıcı başka mekanizmalar öngörülmüş olabileceği için, daha lehe muamele edildiği iddia edilen üçüncü taraf anlaşması bile sadece avantajlı hükümlerin eklenmesiyle ortaya çıkarılan yeni anlaşmanın sahip olduğu tarzda bir imkâna sahip olmamış olacaktır.

b. Gas Natural v. Arjantin Davası¹⁰⁷

Gas Natural davası, bu kez İspanya vatandaşı bir yatırımcının Arjantin ve İspanya arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasından daha lehe olduğunu iddia ettiği bir üçüncü taraf anlaşmasının hükümlerinin uygulanmasını talep etmesi bakımından *Maffezini* davasının yansıması gibidir. Bu dava bakımından, taraflar yer değiştirmiş de olsa, hakem kararı aynı yönde şekillenerek, tahkime erişimin yabancı doğrudan yatırımların korunması rejimi açısından önemli bir unsur olduğu vurgulanarak bu doğrultuda bir karar verilmiştir¹⁰⁸.

Hakem kararında, yerel mahkemelerde getirilen bekleme sürelerinin uluslararası hukukta kabul edilen tarzda bir yerel çarelerin tüketilmesi şartı sayılamayacağı belirtilerek, söz konusu sürelerin en çok gözetilen ulus kayıtları vasıtasıyla daha lehe olarak bu tarz bir zorunluluk içermeyen başka bir anlaşmanın hükümlerinin uygulanmasıyla geçersiz kılınabileceği sonucuna varılmış ve en çok gözetilen ulus kayıtlarının uyuşmazlık çözümüne ilişkin hususlarda da uygulanacağı kabul edilmiş olmaktadır¹⁰⁹.

c. Suez v. Arjantin Davası¹¹⁰

Suez kararında, uyuşmazlık çözümüne ilişkin hususların da en çok gözetilen ulus kayıtları kapsamında olduğu sonucuna varılırken farklı bir gerekçeye dayanılmıştır. Hakem heyeti, tartışma konusu mesele bakımından genel bir prensip ya da varsayıma ulaşmanın hatalı olduğunu belirterek, bunun yerine her olayın somut özellikleri dikkate alınarak, uluslararası hukukun anlaşmaların yorumlanmasına ilişkin genel kurallarının uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır¹¹¹. Bu bağlamda, uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerin diğer anlaşma hükümlerinden farklı bir muameleye tâbi tutulmaması gerektiğini ileri süren¹¹² hakem heyeti, en çok gözetilen ulus kayıtlarının kapsamının dar şekilde yorumlanmasına karşı çıkmıştır¹¹³.

¹⁰⁷ Gas Natural SDG v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/1 0, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction (2005).

¹⁰⁸ Gas Natural, para. 29.

¹⁰⁹ Gas Natural, para. 49.

¹¹⁰ Suez et al. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Jurisdiction (2006).

¹¹¹ Suez, para. 65-66.

¹¹² Suez, para. 57.

¹¹³ Suez, para. 59.

Görüldüğü üzere, *Suez* kararında, hakem heyeti, vardığı sonuç itibarıyla en çok gözetilen ulus kayıtlarının yargısal etkisini kabul etmiş olsa da, uyuşmazlık çözümüne ilişkin hususların kaydın kapsamında olup olmadığı hususunda lehte veya aleyhte genel bir sonuca varılmaması, dolayısıyla, meseleye anlaşmaların yorumlanması açısından yaklaşılarak ilgili hükümlerin anlamının, metnin amacı ışığında yorumlanarak ortaya çıkarılması gerektiğini vurgulamıştır.

d. *RosInvest v. Rusya Davası*¹¹⁴

RosInvest davası da, yetki konusu incelenirken en çok gözetilen ulus kaydının tartışıldığı davalardan biri olarak dikkat çekmektedir. Bu dava, incelenen diğer davalardan farklı olarak, ICSID değil Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (SCC) çatısı altında karara bağlanmış olup en çok gözetilen ulus kaydına dayanan yetkinin en geniş şekilde kabul edildiği dava olması nedeniyle önem arz etmektedir¹¹⁵. *RosInvest* kararında, *Maffezini* kararını destekleyen diğer kararlardan farklı olarak, sadece basit prosedürleri aşmak için değil, tarafların tahkime rızasının ikame edilmesi amacıyla da en çok gözetilen ulus kaydından yararlanılabileceği kabul edilmiştir¹¹⁶.

RosInvest davasında, Birleşik Krallık vatandaşı olan bir yatırımcı, Rusya Federasyonu karşısında iki ülke arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak bir tahkim süreci başlatmıştır. Ancak ilgili yatırım anlaşması, sadece kamulaştırma sonrası ödenecek tazminat miktarı konusundaki ihtilaflarla sınırlı olarak tahkim yoluna gitmeye izin vermekte olup, kamulaştırmanın varlığı ya da geçerliliği gibi konuları kapsamı dışında bırakmaktadır¹¹⁷. İşte bu noktada, en çok gözetilen ulus kaydı vasıtasıyla, daha lehe olan hükümler içermekte olan Sovyetler Birliği ve Danimarka arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasındaki tahkim yoluna ilişkin maddeden yararlanılması konusu gündeme gelmiştir. Hakem heyeti ise, en çok gözetilen ulus kayıtlarından uyuşmazlık çözümüne ilişkin konular gibi usule ilişkin konularda da koruma sağlamak amacıyla yararlanılabileceğini ileri sürerek, yargılama yetkisinin bu kayıtlar vasıtasıyla temel anlaşmaya eklenen üçüncü taraf anlaşması hükümlerine dayanabileceğini kabul etmiştir¹¹⁸.

¹¹⁴ RosInvest Co. (U.K. v. Russia), Arb. V07/2005, Award on Jurisdiction (SCC 2007).

¹¹⁵ United Nations Conference on Trade and Development, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA Monitor No. 1 (2008) International Investment Agreements, UNCTAD/WEB(ITE/IIA/2008/3), s. 6, bkz. https://unctad.org/system/files/official-document/iteia20083_en.pdf (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)

¹¹⁶ RosInvest, para. 130-135.

¹¹⁷ İlgili iki taraflı yatırım anlaşmasının orijinal metni ve "Kamulaştırma" başlıklı 5. Maddesi için bkz: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2235/download> (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)

¹¹⁸ RosInvest, para. 137-139.

2. En Çok Gözetilen Ulus Kayıtlarının Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Konularda Uygulanmasını Reddeden Kararlar

a. *Plama v. Bulgaristan Davası*¹¹⁹

Plama davasına konu olan uyuşmazlık, Bulgaristan kamu otoritelerinin Güney Kıbrıs Kesimi uyrukluğunu taşıyan bir şirkete ait petrol rafinerilerine ilişkin gerçekleştirdiği muameleler sonucunda ortaya çıkmıştır¹²⁰. Davacı taraf, uyuşmazlığı, ev sahibi devletin yerel mahkemeleri yerine uluslararası tahkim yoluna giderek çözmek istemiştir. Ancak, Bulgaristan yatırım anlaşmaları, genel olarak sadece yerel yargı mercilerince yapılan yargılama sonucunda kamulaştırma yapıldığının tespit edilmesi halinde tazminatın miktarı konusunda ortaya çıkan ihtilafların giderilmesi amacıyla uluslararası “Ad-Hoc” tahkim yoluna gidilebilmesine izin vermektedir¹²¹. Yine de ilgili yatırım anlaşmasındaki kurallara rağmen, davacı taraf, en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak uyuşmazlığı ICSID tahkimine götürmek istemiştir.

Plama davası bakımından, söz konusu en çok gözetilen ulus kaydı, pek çok diğer davada olduğu gibi, devletin sınırları içinde yatırımda bulunan diğer yabancı yatırımcılara gösterilenden daha az elverişli bir muamele gösterilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak, her ne kadar kayıt diğer davadaki gibi de olsa, hakem heyeti bu kaydın yorumlanması noktasında farklı bir tutum izleyerek, kaydın kapsamını oldukça dar bir şekilde ele almıştır. Hakem heyeti kararına göre, taraflarca hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıkça kabul edilmediği sürece, başka anlaşmaların uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerinin en çok gözetilen ulus kaydının kapsamında olduğu kabul edilemeyecektir¹²².

Hakem heyeti, somut olay bakımından gerçekleştirdiği değerlendirmelerinde ise ilgili kaydı VCLT'nin 31. maddesine göre yorumlayarak, “muamele” kavramının sıradan anlamının, uyuşmazlık çözümüne ilişkin hususların da en çok gözetilen ulus kaydının kapsamında olup olmadığı konusunda net bir sonuca varmak için yeterli olmadığını belirtmiştir¹²³. Dava konusu iki taraflı yatırım anlaşmasının amacı bakımından, somut olayda âkit tarafların uyuşmazlık çözümüne ilişkin hususları da kaydın kapsamına dâhil etme niyetleri olmadığı için, *Maffezini* davasında ileri sürülen şekilde uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerin yatırımcıların korunması ile ayrılmaz şekilde bağlantılı olduğu yönündeki bir genellemenin bu davada yapılamayacağı sonucuna varılmıştır¹²⁴.

¹¹⁹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (2005).

¹²⁰ *Plama*, para. 21.

¹²¹ *Plama*, para. 26.

¹²² *Plama*, para. 223.

¹²³ *Plama*, para. 189.

¹²⁴ *Plama*, para. 193.

Plama kararında hakem heyetinin eleştirisi yönelttiği bir konuda en çok gözetilen ulus kayıtları ile dayanılmak istenen hükümlerin daha elverişli olması var sayımının çoğu zaman belirsizlik içermesidir¹²⁵. Ancak bu noktada belirtilmelidir ki, özellikle uyuşmazlık çözümüne ilişkin mekanizmalar arasında tercih yapılması bakımından çoğu zaman haklı bazı sebepler bulunabilir. Örnek olarak, ICSID hakem kararlarının, daha kolay icra edilebilme imkanına sahip olması nedeniyle, diğer tahkim mekanizmalarının çoğuna nazaran ICSID'in daha elverişli bir mekanizma olduğu söylenebilecektir¹²⁶.

En çok gözetilen ulus kayıtlarının kapsamının geniş şekilde yorumlanması, iki taraflı yatırım anlaşmaları arasındaki uyumluluğu arttıracığı yönündeki yaklaşımlara karşı ise, özellikle farklı yatırım anlaşmalarından lehe olan hükümlerin seçilerek tarafların hiçbir devlete karşı üstlenmeye rıza göstermedikleri yeni anlaşmalar oluşturulması ihtimaline dikkat çekilerek, bu durumun anlaşmaların uyumlulaştırılmasından ziyade kaotik bir duruma sebep olacağı ileri sürülmüştür¹²⁷. Gerçekten de *Maffezini* davası sonrasında aynı yönde verilen kararlardan biri olarak ele alınan *Siemens* kararında belirtilen şekilde lehe olan farklı anlaşma hükümlerinin birleştirilerek karma bir şekilde uygulanması mümkün görülmemektedir.

Son bir husus olarak, *Maffezini* davasında ileri sürülen kamu düzenine ilişkin sınırlamaların objektif bir kritere dayanmıyor oluşu da hakem heyetince eleştirilmiştir¹²⁸. Bu tespit bakımından da, daha sonra ele alınacak olan *Tecmed* davasında, en çok gözetilen ulus kaydının kapsamına ilişkin yeni bir sınırlama ortaya konması tahkim mahkemesinin eleştirisindeki haklılık payını göstermektedir. Gerçekten de bu kayıtların suiistimal edilmesiyle, tarafların iradelerinin hilafına olabilecek durumların ortaya çıkmasının önüne geçilebilmesi için bu kayıtların sınırlarının olabildiğince net şekilde çizilmesi gerektiğini söylemek daha doğru olacaktır.

b. Salini v. Ürdün Davası¹²⁹

Salini kararında, en çok gözetilen ulus kayıtlarının uyuşmazlık çözümüne ilişkin meseleler bakımından da uygulama bulabilmesi için tarafların bu yöndeki niyetlerinin açıkça gösterilmesinin gerektiği kabul edilmiştir¹³⁰. Dolayısıyla, en çok gözetilen ulus kayıtlarının çoğunda tarafların niyetlerine dair daha açık ifadelere yer verilmeyip, sadece “muamele” ifadesine yollama yapıldığı için en çok

¹²⁵ *Plama*, para, 208.

¹²⁶ VESEL, s. 178.

¹²⁷ *Plama*, para. 219.

¹²⁸ *Plama*, para. 221.

¹²⁹ *Salini Costruttori S.p.A. v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction (2004).

¹³⁰ *Salini*, para. 103.

gözetilen ulus kayıtlarının yargısal etkisi oldukça sınırlanmaktadır¹³¹. Sonuçta, bu davadan çok kısa bir süre önce verilen *Siemens* kararının¹³² aksine, “muamele” ifadesinin başlı başına yargı yetkisine kaynak olamayacağı kabul edilmektedir¹³³.

Salini davasında varılan sonuç bakımından, en çok gözetilen ulus kayıtlarının uyuşmazlık çözümüne ilişkin hususlarda uygulama bulabilmesi tartışmasından ziyade, uluslararası hukukun temel kurallarından birisi olarak uluslararası mahkemelerin yargılama yetkisinin tarafların rızasına dayanması prensibi esas alınarak bir değerlendirme yapıldığı söylenmektedir¹³⁴. Bu noktada ise *Maffezini* davasında kabul edilen yaklaşımın desteklenmesinin, gelecek uyuşmazlıklar açısından belirsizlikleri ve “anlaşma alışverişi” (*treaty shopping*) riskini arttıracığına dikkat çekilmektedir¹³⁵.

c. *Telenor Mobile v. Macaristan Davası*¹³⁶

Telenor davasında da hakem heyeti, *Plama* kararıyla aynı sonuca varmıştır. Bu davada yatırımcı taraf, sadece kamulaştırmadan kaynaklı iddiaların tahkime götürülebileceğini öngören temel anlaşmanın kapsamını en çok gözetilen ulus kaydı vasıtasıyla genişletmek istemiştir. Ancak hakem heyeti, en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak daha lehe olan bir yatırım muamelesinin uygulanmasının istenmesi ile tarafların bu konuda herhangi bir açık niyetleri olmadığı halde kayıt vasıtasıyla kaydın bulunduğu anlaşmadaki sınırlamaların kaldırılmasının istenmesinin farklı şeyler olduğunu¹³⁷, burada esasen ilgili iki taraflı yatırım anlaşmasının uluslararası hukukun genel yorum ilkelerine göre yorumlamasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Hakem heyeti, yatırımcıların korunması amacını taşıyan hükümlerin taraflarca müzakere edilmemiş mekanizmalarla değiştirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır¹³⁸.

d. *Tecmed v. Meksika Davası*¹³⁹

Tecmed davası bakımından en çok gözetilen ulus kaydına dair tartışmalar merkezî bir öneme sahip olmayıp sadece sözlü savunmaların ileri sürülmesi aşamasında dile getirilmiştir. Buna rağmen, *Tecmed* kararı, özel olarak müzakere edilmesi gereken anlaşma hükümlerinin en çok gözetilen ulus kayıtları vasıtasıyla değiştirilemeyeceğini kabul etmesi bakımından önem arz etmektedir.

¹³¹ VESEL, s. 171.

¹³² Siemens, para. 106.

¹³³ Salini, para. 117.

¹³⁴ VESEL, s. 172.

¹³⁵ Salini, para. 115.

¹³⁶ Telenor v. Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award (2006).

¹³⁷ Telenor, para. 92.

¹³⁸ Telenor, para. 95.

¹³⁹ Tecmed v. Mexico, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 43 I.L.M. 133 (2003).

Tecmed davasında davacı taraf, *Maffezini* davasını da referans göstererek, Avusturya-Meksika arasındaki yatırım anlaşmasında bulunan, anlaşmanın geriye etkili şekilde uygulanacağına dair hükmün daha lehe olduğundan bahisle uygulama bulması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁴⁰. Hakem Heyeti ise, anlaşmanın zaman bakımından geriye etkili olarak uygulanmasının, koruma rejiminin esasına ilişkin bir mesele olması nedeniyle tarafların ilgili anlaşmayı imzalaması noktasında belirlenmesi ve taraflarca özel olarak müzakere edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴¹. Diğer bir ifadeyle, anlaşmanın kabulü bakımından esaslı nitelikte olduğu için taraflarca özel olarak müzakere edilmesi gereken bu tarz hususların en çok gözetilen ulus kayıtları vasıtasıyla değiştirilmesi mümkün görülmemiştir.

Ancak belirtilmesi gerekir ki, *Siemens* davasında bu yaklaşım reddedilerek, en çok gözetilen ulus kayıtları ile amaçlanan şeyin zaten bu şekilde özel olarak müzakere edilen hükümlerin önüne geçilmesiyle farklı devlet yatırımcıları arasında eşit muamelenin sağlanması olduğu ileri sürülmüştür¹⁴². Diğer taraftan, meselenin özüne ilişkin konuların ne olduğu noktasında objektif bir kriter belirtilmediği için *Maffezini* davasında belirtilen sınırların net olmadığına ilişkin sorunun *Tecmed* davası bakımından da devam ettiği ifade edilmektedir¹⁴³. Yine de, *Tecmed* kararında benimsenen, tarafların iradesini esas tutan anlayışın, bu kayıtların kötüye kullanılmasının ve anlaşmaları imzalayan tarafların öngöremeyecekleri durumlarla karşılaşmaları riskinin önüne geçilebilmesi adına önem arz ettiği söylenebilecektir.

3. En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Konulara Uygulanmasına Dair Verilen Kararların Değerlendirilmesi

Çalışmada ele alınan kararlar bakımından davaların içerdiği farklılıklara rağmen çok genel bir çerçeveden bakıldığında, *Maffezini* ve *Siemens* davalarında, *Plama* ve *Salini* davalarından farklı olarak, ev sahibi devletin ICSID tahkimi yoluna gitmek noktasında rızası bulunmakta iken sorun sadece yerel mahkeme önünde geçirilmesi gereken 18 aylık bekleme süresinin *by-pass* edilmesi noktasında kendini göstermektedir. Karşı bloğu oluşturan davalardan *Salini* davasında yalnızca anlaşmaya ilişkin iddialar bakımından ICSID tahkimine gidilmesine rıza gösterilmekte iken, *Plama* davasında ilgili yatırım anlaşmasında ICSID tahkimine hiçbir şekilde rıza gösterilmemektedir¹⁴⁴. Bu bakımdan, tarafların uluslararası tahkim yoluna gitme noktasında açık rızalarının bulunması halinde, geniş bir şekilde kaleme alınan en çok gözetilen ulus kayıtları vasıtasıyla basit usuli engel-

¹⁴⁰ *Tecmed*, para. 69.

¹⁴¹ *Tecmed*, para. 69.

¹⁴² *Siemens davası*, para. 50.

¹⁴³ DOLZER, s. 58.

¹⁴⁴ VESEL, s. 177.

lerin kaldırılmasının mümkün olabileceği söylenebilir. Diğer taraftan, tarafların açık bir rızası bulunmuyorken bu rıza eksikliğinin en çok gözetilen ulus kayıtları vasıtasıyla ikame edilmesi büyük oranda kabul görmeyecektir. Gelineen noktada, *RosInvest* kararı ile geniş şekilde kaleme alınmış en çok gözetilen ulus kaydı vasıtasıyla tarafların rızasının yokluğunun dahi ikame edilebileceğinin kabul edilmesi ile konuya ilişkin genelleyici bir açıklama getirme çabaları sarsılmaktadır. *RosInvest* kararının, tartışmanın seyrine nasıl bir etkide bulunacağı henüz belirsizliğini korumakla beraber, bu kararın en çok gözetilen ulus kayıtlarına dayanan yetkinin kabul edildiği yeni bir dönemin habercisi olduğunu iddia edenler de bulunmaktadır¹⁴⁵.

Ancak iki farklı anlayışı temsil eden bütün bu kararlara rağmen, her bir davanın somut özellikleri doğrultusunda konu ele alındığında, en çok gözetilen ulus kayıtlarının uygulanmasının ne zaman nasıl olacağı ve hangi hallerin istisna teşkil edeceği noktasında henüz tutarlı bir sonuca varılmadığı ifade edilmektedir¹⁴⁶. Gerçekten de, en çok gözetilen ulus kaydına dayanan yetki konusunda verilen kararların gerekçelendirilmesinde en çok başvurulan yöntem, VCLT'nin 31. ve 32. maddelerinde metnin amacının dikkate alınmasını öngören yorum yöntemi olsa da, kararlarda varılan sonuçların yine de pek çok açıdan farklılık göstermesi dikkat çekmektedir.

Maffezini kararı sonrası verilen kararların değerlendirilmesi bakımından ifade edilebilecek farklı bir yaklaşım, en çok gözetilen ulus kaydına dayanan yetki konusunda verilen kararlarda varılan sonuçların temel olarak mahkemenin kaydı yorumlarken kabul ettiği yorum metoduyla alakalı olduğunu iddia etmektedir¹⁴⁷. Bu yaklaşım, kararlarda görülen “söz ve amaç” ya da “dar ve geniş” yorum metotları arasındaki tercihlerin, uluslararası hukuk ilkelerince objektif bir değerlendirmeden ziyade somut yorum faaliyetini gerçekleştiren mahkeme eğilimleriyle ilgili olduğunu ileri sürerek, devletlerin bu kayıtlarla oluşturulacak yetkiyle bağlı olma niyeti hakkında hakem mahkemesini ikna etmesini temel mesele olarak görmektedir¹⁴⁸. Örnek olarak *Maffezini* kararında hakem heyeti, ilgili anlaşmanın hükümlerinin yorumlanması sonucunda bu yetkinin kabul edildiğinin makul bir şekilde anlaşılmasını yeterli görülürken; *Plama* kararında devletin bu yolla yetki tesis edilmesi konusundaki niyetinin daha kesin bir şekilde bulunması gerektiği kabul edilmiştir. Sonuç olarak da; *Maffezini* davasında kamu düzenine aykırılık bulunmaması nedeniyle somut duruma bağlı (*provisional*) bir yaklaşım sergilenirken, *Plama* davasında kesinlikçi (*definitive*) bir yaklaşımla niyetin açıkça

¹⁴⁵ FİGANMEŞE, s. 235.

¹⁴⁶ DOLZER, s. 59.

¹⁴⁷ MAUPIN, s. 17.

¹⁴⁸ MAUPIN, s. 20.

ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılması gerektiği kabul edilerek, ikna eşiğinin (*burden of persuasion*) ilgili mahkeme tarafından hangi ölçüde kabul edildiğine göre farklı kararlar verilmiştir¹⁴⁹. Bu değerlendirmeler sonucunda yazarın kendi görüşüne yer vermesi faydalı olabilir. En çok gözetilen ulus kayıtları Maffezini kararında olduğu gibi geniş bir şekilde mi yorumlanmalı yoksa dar mı yorumlanmalı? Geniş veya dar yorumlanmasının gerekçeleri nelerdir?

Sonuç

Uluslararası yatırım hukukunda, gerçekleşebilecek ayrımcılıkların önlenmesi amacıyla önemli bir role sahip olan en çok gözetilen ulus muamelesi ilkesi, yatırım anlaşmalarına konan en çok gözetilen ulus kayıtlarıyla uygulama bulmaktadır. Yatırımların gerçekleştirilmesi sırasında ortaya çıkan maddi konular bu kayıtların esas kapsamını oluşturmakla beraber, yatırım anlaşmalarında bulunan uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümler gibi usule ilişkin konularda bulunan farklılıkların bu kayıtların kapsamına girebilecek bir ayrımcılık oluşturması hususu ise pek çok tartışmaya neden olmaktadır. *Maffezini* kararı ise bu konuda bir dönüm noktası olarak, usule ilişkin kayıtların en çok gözetilen ulus kayıtlarının kapsamında görülmemesi anlayışının yavaş yavaş değişmesine neden olduğu için önem arz etmektedir.

En çok gözetilen ulus kayıtlarının usuli konulardaki etkisi bakımından tartışmalar, bu kayıtlara dayanılarak mahkemelerin yetkilendirilebilmesi noktasında yoğunlaşarak, kayıtların ne şekilde yorumlanması gerektiği noktasında nihayete ermektedir. *Maffezini* davasında da vurgulanan, uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerin yatırımcının korunmasıyla bağlantılı olarak ele alınması düşüncesinin, taraf iradesinin ötesinde yatırımların korunması düşüncesiyle ortaya konan kararlara yol açtığı söylenebilecektir. *Maffezini* kararından *RosInvest* kararına doğru ise bu anlayışın etkisini giderek arttırdığı ve en çok gözetilen ulus kayıtlarının bekleme süreleri gibi bir takım basit usuli engelleri aşmanın ötesine geçerek mahkemelerin yetkilendirilmesi noktasında tarafların rızalarını dahi ikâme edebilecek bir araç haline geldiği görülmektedir. Sonuç olarak, geline nokta bu tartışma henüz bağlayıcı bir sonuca kavuşamamış olsa da, ibrenin uluslararası ticaretin ve yatırımların korunması yönüne kaydığını söylemek yanlış olmayacaktır.

¹⁴⁹ MAUPIN, s. 21-22.

Kaynakça

I. Kitaplar ve Makaleler

- AYDOĞMUŞ, Yasemin; İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı, *Public and Private International Law Bulletin*, V. 29, N. 1-2, 2009, s. 21-84.
- BAKLACI, Pınar; En Çok Gözetilen Ulus Kaydı ve Uyuşmazlık Çözüm Yollarına İlişkin Kurallar, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 5, S. 20, Aralık 2009.
- BAKLACI, Pınar; *Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi*, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2009.
- CALAMITA, N. Jansen / ZELAZNA, Ewa; Most-Favoured Nation Clauses and the Centrality and Limits of General Principles, içinde: *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Ed. GATTINI, Andrea / TANZI, Attila / FONTANELLI, Filippo, Brill Nijhoff, 2018.
- CAMPBELL, McLachlan; *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2010.
- DOLZER, Rudolf / MYERS, Terry; After Tecmed: Most Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2004, s. 49-60.
- DOUGLAS, Zachary; The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails, *Journal of International Dispute Settlement*, V. 2, N. 1, 2011, s. 97-113.
- FİĞANMEŞE, İnci Ataman; The Impact of the *Maffezini* Decision on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties, *Ankara Law Review*, V. 8, N. 2, 2011, s. 221-237.
- GATTINI, Andrea / TANZI, Attila / FONTANELLI, Filippo, Brill Nijhoff; *Under the Hood of Investment Arbitration: General Principles of Law*, içinde: *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Ed. GATTINI, Andrea / TANZI, Attila / FONTANELLI, Filippo, Brill Nijhoff, 2018.
- KURTZ, Jürgen; The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit?, *The Journal of World Investment & Trade*, 2004, s. 861-886.
- MAUPIN, Julie; MFN-based Jurisdiction in Investor-state Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach?, *Journal of International Economic Law*, V. 2, N. 2, 2011, s. 357-392.
- NIKIERNNA, Suzy; *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, 2017.
- PAZARCI, Hüseyin; *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, 15. Baskı, Ankara, 2016.
- RADI, Yannick; The Application of the Most-Favored-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse", *The European Journal of International Law*, V. 18, N. 4, 2007, s. 757-774.
- RODRIGUEZ FAYA, Alejandro; The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?, *Journal of International Arbitration*, V. 25, N. 1, 2008, s. 89-102.

- SCHILL, W. Stephen; Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction: A Reply to Zachary DOUGLAS, *Journal of International Dispute Settlement*, V. 2, N. 2, 2011, s. 353-371.
- SCHILL, W. Stephen; Multilateralization Investment Treaties Through Most Favored Nation Clauses, *Berkley Journal of International Law*, V. 27, 2009, s. 496-569.
- STOPPIONI, Edoardo; Jurisdictional Impact of Most-Favored-Nation Clauses, Max Planck Institute Luxembourg, Department of International Law and Dispute Resolution, January 2017.
- ŞANLI, Cemal; Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, Beta, 2019.
- TELLİ, Serap; Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991.
- THULASADHASS PR; Most-Favored-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the Limits through Interpretation, *Amsterdam Law Forum*, V. 7, 2015.
- VESEL, Scott; Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence; Most Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties, *Yale Journal of International Law*, V. 32, 2007, s. 125-189.

II. Diğer Kaynaklar

- Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. II, Part Two, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf (son erişim: 1 Şubat 2021)
- OECD Working Paper on International Investment 2004/2, *Most Favored Nation Treatment in International Law*, September 2004, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_2.pdf (son erişim: 1 Şubat 2021).
- Report of the Working Group on the 'Most-Favoured-Nation Clause', UN Doc. A/CN.4/L.719, 20 Temmuz 2007, <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.719> (son erişim: 1 Şubat 2021)
- Study Group on the Most-Favoured-Nation Clause, Final Report, Annex to the Report of the ILC, UN doc. A/70/10, 14 Ağustos 2015, http://legal.un.org/ilc/sessions/67/a_70_10_advance_unedited.pdf (son erişim: 1 Şubat 2021)
- UNCTAD, Most Favored Nation Treatment, 1999, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/HT/10 (Vol. III), http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf (son erişim: 1 Şubat 2021)
- United Nations, Reports of International Arbitral Awards, The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), 6 Mart 1956, S. XII http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/83-153_Ambatielos.pdf (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)
- United Nations Conference on Trade and Development, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA Monitor No. 1 (2008) International Investment Agreements, UNCTAD/WEB(ITE/IIA/2008/3) https://unctad.org/system/files/official-document/iteia20083_en.pdf (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)

III. Hakem ve Mahkeme Kararları

- Ambatielos Davası (Greece v. United Kingdom)*, International Court of Justice, Karar: 19 Mayıs 1953, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/15/015-19520701-JUD-01-00-EN.pdf> (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)
- Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (2005), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf> (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)
- Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award (2000), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0481.pdf> (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)
- Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction (2000), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf> (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)
- Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 43 I.L.M. 133 (2003), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf> (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)
- RosInvest Co. (U.K. v. Russia)*, Arb. V07/2005, Award on Jurisdiction (SCC 2007), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf> (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)
- Salini Costruttori S.p.A. v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction (2004), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf> (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)
- Gas Natural SDG v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction (2005), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf> (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)
- Suez et al. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction (2006), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0819.pdf> (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)
- Telenor v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award (2006), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0858.pdf> (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)
- Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction (2004), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf> (son erişim tarihi: 1 Şubat 2021)