

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



Erzincan Law Review

CİLT/VOL: 26

SAYI/NO: 1

HAZİRAN/JUNE 2022

KAMU HUKUKU ♦AKTAŞ, Kriminalizasyon (Suçlaştırma) Açısından Ceza Adaleti Felsefesine Genel Bir Bakış♦DÖNER, Bilgi Edinme Hakkının Sınırı Olarak Özel Hayatın Gizliliği ve Kişisel Veriler ♦ERECE/METİN, Covid-19 Pandemisi ve Bireyin Sağlık Verilerinin Mahremiyeti Hakkı ♦EROĞLU DURKAL/OTKAN, E.2019/115 Numaralı Anayasa Mahkemesi Kararının İdari Yargılama Hukukunda Usuli Kazanılmış Hak İlkesinin Uygulanışı Bakımından Değerlendirilmesi ♦CİN KARAGÖZ, İdari Yargıdaki Güncel Menfaat Kavramının Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi ♦ARSLAN, Çevre Ceza Hukukunda Nedensellik Bağının Tespiti Sorunu ve Çözüm Önerileri ♦GÖKŞEN, Bir İşlev Olarak Yurtaşlık ♦İNCE, 1924 Anayasasında Anayasanın Üstünlüğü İlkesi: Sınırlamayan Sınırlar.

ÖZEL HUKUK ♦EMİNOĞLU/KORKMAZ, Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği ♦UYSAL, Türk ve Alman Medeni Usul Hukukunda Tanık İfadelerinin Değerlendirilmesinde Tecrübe Kuralları ♦ERCEVAHİR, İstinaf Yeni Bir Temyiz Mahkemesi Midir?

ERZİNCAN - 2022

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD)
Erzincan Law Review (ErLR)

Sahibi / Owner

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager
Yılmaz ÖZKER

Dizgi ve Mizanpaj / Typesetting and Layout

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR
Arş. Gör. Ogün USTA
Arş. Gör. Maide POLAT

İletişim Bilgileri / Contact Information

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Mimar Sinan Mah.
24070 - Merkez / Erzincan
Telefon / Phone: +90 (446) 225 17 41-42-43
Faks / Fax: +90 (446) 225 17 45
E-mail: dergihukuk@erzincan.edu.tr
<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/> - <https://dergipark.org.tr/pub/ebyuhfd>

Baskı / Printed by

Doğu Ciltevi Dijital Baskı Merkezi, İnönü Mah. 14. Sokak No: 8, 24180 - Merkez /
Erzincan

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

Tüm hakları saklıdır. EBYÜ-HFD, Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir. Yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca'dır. Dergide ileri sürülen görüşlerin hukuki sorumluluğu yazarlara aittir.

All rights reserved. ErLR is a scholarly, national, peer-reviewed and open-access journal published twice a year, in June and December. The publication languages of the journal are Turkish, English, German and French. The legal responsibility for the opinions expressed in the articles belongs to the authors.

Derginin eski ismi "Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi"dir.
Former name of the journal is "Erzincan University Law Review".

Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "EBYÜ-HFD" kısaltmasının kullanılması önerilir. For citations please use the abbreviation: "ErLR"

Baş Editör* / Editor-in-Chief**

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Editörler* / Editors****Özel Hukuk Alan Editörü / Private Law Editor**

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR (*anar@erzincan.edu.tr*)

Kamu Hukuku Alan Editörü / Public Law Editor

Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI (*ikokusari@erzincan.edu.tr*)

Yabancı Dil Editörü / Foreign Language Editor

Dr. Öğr. Üyesi Melih SÖNMEZ (*melihsönmez@erzincan.edu.tr*)

Editör Yardımcıları* / Co-Editors**

Dr. Öğr. Üyesi Ercan YAŞAR (*ercan.yasar@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ogün USTA (*ogun.usta@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ahmet Töresin ODLUYURT (*ahmet.odluyurt@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Elif ÖZDEMİR (*elif.ozdemir@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ensar ERCAN (*ensar.ercan@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Erdoğan KESKİN (*erdogan.keskin@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Maide POLAT (*maide.polat@erzincan.edu.tr*)

Yayın Kurulu/ Editorial Board

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Cem BAYGIN (*cbaygin@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*ibrahim.ozbay@gop.edu.tr*)

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Tokat, Türkiye

Tokat Gaziosmanpaşa University, Faculty of Law, Tokat, Turkey

Prof. Dr. Şafak NARBAY (*safaknarbay@sakarya.edu.tr*)

Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye

Sakarya University, Faculty of Law, Sakarya, Turkey

Doç. Dr. Zülküf AYRANGÖL (*zayrangol@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR (*fatih.aydemir@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Ercan SARICA OGLU (*esaricaoglu@trabzon.edu.tr*)

Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Trabzon, Türkiye

Trabzon University, Faculty of Law, Trabzon, Turkey

* Yukarıda adları geçen baş editör, editörler, yabancı dil editörü ve editör yardımcıları halen Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editor-in-chief, editors, foreign language editor and co-editors listed above currently work at Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law.

Danışma Kurulu* / Advisory Board**

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*akendigelen@istanbul.edu.tr*)
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*acbudak@ticaret.edu.tr*)
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan CEYLAN (*aceylan@ticaret.edu.tr*)
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Fatih UŞAN (*fusan@ybu.edu.tr*)
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*ilhan.uzulmez@hbv.edu.tr*)
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Melikşah YASİN (*meliksah.yasinistanbul.edu.tr*)
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat DOĞAN (*murat.dogan@erciyes.edu.tr*)
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, Türkiye
Erciyes University, Faculty of Law, Kayseri, Turkey

Prof. Dr. Nihat BULUT (*nihat.bulut@medipol.edu.tr*)
İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Medipol University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*ramazan.caglayan@hbv.edu.tr*)
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*vahitdogan@aydin.edu.tr*)
İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Aydın University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

* Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

** The academics in the Advisory Board are listed in alphabetical order.

Yayın İlkeleri

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD), bilimsel, hakemli ve ulusal bir dergidir.
2. Dergi'nin yayın dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.
3. Dergi, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Dergi'nin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 30 Nisan; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 31 Ekim'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek çalışmalar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.
4. Dergi'ye gönderilen çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın Dergi'ye gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
5. Dergi'de, makale, karar incelemesi, çeviri, yasal kurallar değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi çalışmalara yer verilir. Bu tür çalışmaların yayımlanıp yayımlanmayacağına, Yayın Kurulu tarafından karar verilir. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
6. Çalışmaların, dergipark üzerinden Microsoft Word yazılımlı formatında (*.doc, *.docx) ve dergi-nin yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış bir şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
7. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, makalede değil kapak yazısı dosyasında akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü, ORCID kimliği ile yazarın kurumsal e-posta adresine yer verilmelidir.
8. Çalışmaların ilk değerlendirilmesi editör tarafından yapılacak ve daha sonra Yayın Kuruluna sunulacak olup; nihai raporunu sonucunun yayın kurulunca belirlenen oranı aşması, olağanın dışında yazım yanlışlarının bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yayın ilkelerine uygun hazırlanmadığının tespit edilmesi, çalışmanın Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Gönderilen çalışmaların yayınlanmasında nihai takdir Dergi Yayın Kuruluna aittir.
9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen çalışmalar, “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca ilgili olduğu alanda, yazara göre daha üst bir akademik unvana sahip en az iki hakemin incelemesine sunulur. Yazarlara çalışmanın hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Dergi'de yayımlanacak çalışmalar, çift kör hakemlik esasına göre hakem incelemesinden geçirilerek hakemlerden gelen rapor doğrultusunda çalışmanın yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakeme gönderilip gönderilmemesi yayın kurulunun takdirindedir. Üçüncü hakem incelemesine gönderilmeyen veya üçüncü hakem raporunun da olumsuz olması durumunda çalışma yayımlanmayacaktır. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda, yazar, hakem tarafından belirtilen düzeltmeler dışında esaslı değişiklikler yapamaz. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra, hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Yayımlanmayan çalışmalar, yazarına geri gönderilmez, yazara sadece durum hakkında bilgi verilir.
11. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça Dergi'nin bir sonraki sayısı için değerlendirilir.
12. Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiş sayılır.
13. Dergi'de yayımlanan çalışmalardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.

Publication Principles

1. Erzincan Law Review (ErLR) is a scientific, peer-reviewed and national journal.
2. The publication language of the journal is Turkish, English, German and French.
3. The journal is published twice a year, in June and December. The latest deadline for submission of the June issues of the Journal is at 31st of April; and the latest deadline for submission of the December issue is at 31st of October. The studies submitted after these dates will be contained in the publication evaluation list for the next issue.
4. Studies submitted to the Journal should be related to the public law, private law or economy-finance fields and should not be published in any other Journals or sent for the publication. Any works that have been sent to the Journal will be accepted as the commitment of the author on this matter.
5. The Journal contains studies, such as article, case analysis, translation, evaluation of legal rules and book criticism. Whether all these submitted studies will be published or not is decided by the Editorial Board. A copy of the translations in the original language should be sent. In translations, it is also essential to get a writing permission from the rights holders on the original work in accordance with the Intellectual Property Law for the translating authors.
6. The papers should be sent via dergipark as the Microsoft Word format and should be prepared in accordance with the writing rules of the Journal. The submitted paper should not contain any statement that would identify the author. In the e-mail the author should indicate his/her name, academic title (if any), the ORCID number, the institution he/she works for, contact details, telephone number and e-mail address.
7. In the file of cover page only the name of the author, academic title, the university, the faculty, department, ORCID number and the official e-mail address should be indicated respectively.
8. The first examination of the papers will be completed by the Editor and then submitted to the Editorial Board. If the result of the plagiarism report exceeds the rate determined by the Editorial Board; if there are unusual and major spelling and writing mistakes; if the submitted study is non-compliance with the scientific criteria; if it is determined that the work does not match with the publication principles, the submitted study will be rejected by the Editorial Board. The final discretion about the publication of the submitted works belongs to the Editorial Board of the Journal.
9. In accordance with “the objective evaluation principle”, after the initial examination of the submitted works that is completed by the Editor, all of the studies are submitted to the review of at least two referees in the relevant interested areas, who have a higher academic degree than the author. The authors are not informed about the peer-reviewed process. The studies to be published in the journal are subject to the double blind refereeing. According to the referees report, the submitted works can be published or can have minor/major corrections or can be rejected. The authors are informed as soon as possible about the referees report.
10. If one of the reports from the referees is negative and the other is positive, the Editorial Board has a discretion on whether to send it to a third referee or not. The study shall not be published if the third referee report is also negative. In case the referees request corrections in their reports, the author cannot make any substantial changes other than the corrections that are specified by the referees. After these corrections are completed by the author, peer review can be applied again in accordance with the recommendations of the referees. Unpublished works shall not be sent back to the authors.
11. Papers, the peer review process of which are not completed within the time limit, may be published in the next issue of the Journal, unless the work is not withdrawn by the author.
12. If the papers are accepted for the publication, Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law will have all copyrights on the submitted works including publishing them as full text in any format. It is deemed to be accepted by the authors that no royalties will be paid.
13. Responsibilities for the views and opinions in the published studies of the Journal belong to the author or authors.

Yazım Kuralları / Citation and Writing Rules

1. Gönderilecek çalışmaların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto; dipnotların 10 punto olarak hazırlanması ve 50 sayfayı (bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot metni, iki yana yaslı ve 3 nk aralıkla yazılmalıdır. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The manuscripts to be submitted should be in Times New Roman, 1.5 lines spacing of the main text and 12-type size. Footnotes should be prepared in 10-font size and the papers should not be exceed 50 pages (this number of pages is valid for the specified format, it may increase after the layout). Footnotes should be indicated at the bottom of the page. Footnote text should be justified and written with 3 pt spacing. At the end of the submitted article, there should be a bibliography, where all the sources used in the study are listed according to the surnames of the authors.

2. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, hem Türkçe hem de İngilizce olmak üzere çalışma başlığı (title), en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan öz (abstract) ve en az 5 en fazla 10 sözcük veya sözcük grubundan oluşan anahtar kelimeler (keywords) belirtilmiş olmalıdır.

In the papers submitted to the Journal, both Turkish and English titles, abstracts consisting of at least 100 and maximum 200 words, and key words consisting of at least 5 and maximum 10 words must be indicated.

3. Metin iki yana yaslı olarak yazılmalıdır. Çalışmalarda Microsoft Word otomatik başlıklarını kullanılmamalıdır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar, tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Virgül, nokta ve diğer noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

The text should be written as justified on both sides. Automatic titles of Microsoft Word should not be applied in the studies. Direct or abbreviated quotations should be italics and indicated in quotation marks. One character space should be left after all punctuation marks.

4. Giriş, Sonuç/Değerlendirme ve Kaynakça başlık numarası verilmeksizin bold (kalın) ve tümü büyük harfle yazılır. Metin içerisinde başlıklar bold (kalın) olmak üzere düzenlenmelidir.

The introduction, conclusion and bibliography should be written in bold and with the all capital letters without numbering.

ÖZ

ABSTRACT

GİRİŞ

I. TÜM HARFLER BÜYÜK

A. Sadece İlk Harfler Büyük

1. Sadece İlk Harfler Büyük

a. Sadece İlk Harfler Büyük

1) Sadece İlk Harfler Büyük

a) *İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük*

SONUÇ

KAYNAKÇA

ABSTRACT

ÖZ

INTRODUCTION

I. ALL LETTERS CAPITALIZED

A. First Letters Capitalized

1. First Letters Capitalized

a. First Letters Capitalized

1) First Letters Capitalized

a) *First Letters Capitalized and Italicized.*

CONCLUSION

REFERENCES

VIII

Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda Chicago atıf sistemi takip edilmelidir. Dergi'nin bütünselliği açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır. Daha fazla örnek için EBYÜ-HFD Yazım Kuralları (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/writing-rules>)'na bakılabilir.

In cases where there is no rule in the citation method detailed below, the Chicago citation system should be followed. For the integrity of the Journal, the examples shown below should be followed. For more examples, see ErLR Writing Rules (<https://dergipark.org.tr/en/pub/ebyuhfd/writing-rules>).

Tek Yazarlı Kitap / Book with a Single Author

1. Dipnotta / In the Footnote

Ad **Soyad**, Eser Adı, Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir yayım yılı, sayfa numarası.

Ayhan **Döner**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

2. Tekrar eden atıflarda / Repetitive citations

Yazarın **Soyadı**, Sayfa Numarası.

Döner, s. 24.

3. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda / Cites to different works of the same author

Döner, İnsan Hakları, s. 24.

4. Kaynakçada / In the Bibliography

Soyad, Ad. Eser Adı. Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir ve yayım yılı.

Döner, Ayhan. İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

İki Yazarlı Kitap / Book with Two Authors

İbrahim **Özbay**/Taner Emre **Yardımcı**, Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 60.

Üç Yazarlı Kitap / Book with Three Authors

Bihlerin **Vural Dinçkol**/Mehmet **Akad**/Nihat **Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 34.

Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap / Book with More than Three Authors

Cem **Baygın ve diğerleri**, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları – III (Eşya Hukuku), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 10.

Makale / Article

Dergi adı uzun yazılabileceği gibi, standart ve yaygın bir kısaltma tercih edilebilir.

Sururi **Aktaş**, "Hukuk Kavramının Analizi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 67, S. 2, Y. 2018, (227-252), s. 25.

Tez / Thesis

Muhammet Emin **Ruhi**, 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s. 79.

Yargı Kararları / Judicial Decisions

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Esas numarası, Karar numarası, Karar Tarihi, (Kararın Yayın Yeri)

Yarg. 4. HD., E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, (Erişim kaynağı ya da bağlantısı) AYM, E. 2015/17, K. 2015/20, 05.03.2015, (RG., 19.6.2015, S. 29391).

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Kriminalizasyon (Suçlaştırma) Açısından Ceza Adaleti Felsefesine Genel Bir Bakış

A General View on the Philosophy of Criminal Justice in Terms of Criminalization 1–21

Araştırma Makalesi / Research Article

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Bilgi Edinme Hakkının Sınırı Olarak Özel Hayatın Gizliliği ve Kişisel Veriler

Personal Data and Right to Privacy as a Limitation for Right to Receive Information 23–60

Araştırma Makalesi / Research Article

Arş. Gör. Burak ERECE/Prof. Dr. Yüksel METİN

Covid-19 Pandemisi ve Bireyin Sağlık Verilerinin Mahremiyeti Hakkı

The Covid-19 Pandemic and the Right to the Privacy of the Individual's Health Data 61–92

Araştırma Makalesi / Research Article

Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL/Arş. Gör. Fatma OTKAN

E.2019/115 Numaralı Anayasa Mahkemesi Kararının İdari Yargılama Hukukunda Usuli Kazanılmış Hak İlkesinin Uygulanışı Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of the Constitutional Court Decision Numbered E:2019/115 in Terms of the Application of the Principle of Procedural Vested Rights in Administrative Procedure Law 93–121

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Emine CİN KARAGÖZ

İdari Yargıdaki Güncel Menfaat Kavramının Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi

Evaluation of the Concept of Actual Interest in the Administrative Judiciary in the Light of the Decision of the Constitutional Court 123–151

Araştırma Makalesi / Research Article**Av. Dr. Uğur ARSLAN**

Çevre Ceza Hukukunda Nedensellik Bağının Tespiti Sorunu ve Çözüm Önerileri

The Problem of Determining Causality in Environmental Criminal Law and Solution Proposals 153–195**Araştırma Makalesi / Research Article****Arş. Gör. Sündüs GÖKŞEN**

Bir İşlev Olarak Yurttaşlık

Citizenship as a Function 197–232**Araştırma Makalesi / Research Article****Av. Abidin Kadir İNCE**

1924 Anayasasında Anayasanın Üstünlüğü İlkesi: Sınırlamayan Sınırlar

The Principle of Constitutional Supremacy in 1924 Constitution: Ineffective Borders 233–290**ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW****Araştırma Makalesi / Research Article****Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU/Arş. Gör. Cansu KORKMAZ**

Marka Hakkına Tecavüzdən Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği

Eligibility of Disputes for Mediation Arising from Trademark Infringement 291–328**Araştırma Makalesi / Research Article****Öğr. Gör. Dr. Merve UYSAL**

Türk ve Alman Medeni Usul Hukukunda Tanık İfadelerinin Değerlendirilmesinde Tecrübe Kuralları

The Principles Derived from the Experiences in Assessment of Witness Statements in Turkish and German Civil Procedural Law 329–366**Araştırma Makalesi / Research Article****Mine ERCEVAHİR**

İstinaf Yeni Bir Temyiz Mahkemesi Midir?

Is the Appeal Court a New Supreme Court? 367–412

Kamu Hukuku / Public Law



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 26 Sayı/No: 1 Haziran/June 2022

**Kriminalizasyon (Suçlaştırma) Açısından Ceza Adaleti
Felsefesine Genel Bir Bakış**

**A General View on the Philosophy of Criminal Justice in terms of
Criminalization**

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ*

ÖZET

Bu çalışmada ceza adaleti sisteminin etkililiği ve koruması gereken temel hukuki değerler ana hatlarıyla ele alınmıştır. Özellikle, doğru bir ceza hukuku kavramı bakımından yaptırım-hukuk normu ilişkisi üzerinde durulmuştur. Yaptırımın, hukuk kavramının bir unsuru olmadığı, onu uygulamada etkili kılan bir araç olduğu vurgulanmıştır. Ceza hukukuna da bu çerçevede yaklaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bunların yanında kriminal eylemler (suç) alanının mümkün oldukça dar tutularak, görece daha hafif bazı haksızlıkların kabahatler alanına taşınması gereğine vurgu yapılmıştır. Yine özel hukuk alanının kamu hukuku alanı lehine daraltılmaması gerektiği belirtilmiştir. Özellikle modern çağın niceliksel olarak büyük topluma sahip olması ve dayanışmanın da daha çok gönüllülük ek-

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

E-posta: saktas@erzincan.edu.tr. ORCID: 0000-0001-6513-0525.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 12.04.2022 / Kabul/Accepted: 21.04.2022.

Atıf/Cite as: Sururi Aktaş, “Kriminalizasyon (Suçlaştırma) Açısından Ceza Adaleti Felsefesine Genel Bir Bakış”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 1, Haziran 2022, (1-21).

seninde organik dayanışma biçiminde cereyan etmesi karşısında özel hukuk alanının mümkün oldukça geniş tutulması gereği üzerinde durularak buna göre bir ceza hukuku kavramının geliştirilmesine dikkat çekilmiştir. Ayrıca ceza hukukunun ve adli sistemin titizlikle koruması gereken temel hukuki değerlerin önemi belirtilerek alan bakımından dar, ancak etkililik bakımından güçlü bir ceza hukuku kavramının gereği üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Yaptırım, ceza adaleti, suçlaştırma, cezaların caydırıcılığı, cezanın etkililiği.

ABSTRACT

In this study the efficacy of criminal justice system and the basic legal values required to be protected were handled with. Especially the sanction-legal norm relation in terms of a true concept of criminal law was discussed. It was stressed on that the sanction is not an element of the concept of law, but a device that makes it effective in practice. It was paid attention to that criminal law should be understood in this context. Besides these, it was emphasized that the area of criminal acts (felonies) should be narrowed as possible and some relative light injustices should be transferred to the area of misdemeanors. It was also emphasized that the area of private law should not be narrowed in favor of public law. Accordingly, it was suggested to have a criminal law concept by emphasizing the necessity of keeping the area of private law as wide as possible especially in the face of the modern age having a large society quantitatively and the solidarity that is taking place in the form of organic solidarity on the principle of volunteerism. Additionally, the importance of the basic legal values that the criminal law and the judicial system should protect rigorously was stressed on. It was also laid stress upon the necessity of a concept of criminal law which is narrow in terms of area but strong in terms of efficacy.

Keywords: Sanction, criminal justice, criminalization, deterrence of penalties, efficacy of penalties.

GİRİŞ

Hukuk sistemi içerisinde ceza adaleti sistemi önemli bir yere sahiptir. Bir sosyal düzenin etkili bir şekilde inşası ve korunmasında cezai yaptırımlar kaçınılmazdır. Ancak diğer yaptırımlar gibi cezalar da, suç kavramının unsuru değil, zaten suç olması gereken haksızlıkların önlenmesini sağlayan ya da suç niteliğindeki fiillerin etkililiğini sağlayan yardımcı (te-

nit edici) bir kuvvettir. Bundan dolayı, öncelikle neyin suç olması gerektiğinin belirlenmesi önemli bir meseledir. Doğru bir suç tanımının ardından, suçların ağırlığı ile orantılı bir ceza sisteminin belirlenmesi, ceza adaletinin gereğidir¹. Ancak, çağımızın büyük toplumlarının iş bölümü ahlaki gereği, öncelikle mümkün oldukça özel hukuk alanının geniş tutulması gerekir. Ceza hukuku alanı daha dar tutularak tazminata dayalı özel hukuk alanının korunması, toplumun çeşitli veçhelerindeki inkişaflar için elzem bir durumdur. Daha az, ama daha etkili bir ceza sistemini amaçlayan bir hukuk politikasına ihtiyaç vardır. Kriminal eylemler alanını (suçları) geniş tutup etkisiz kalmaktansa, daha az kriminal alana, ancak daha etkili bir adalet sistemine sahip olmak tercihe şayan olmalıdır. Özellikle ceza hukukunun, insanın maddi ve manevi varlığına ilişkin temel hukuki değerleri daha etkili koruması gerekir. Bundan dolayı, cezaların etkililiğini sağlayacak politikaların geliştirilmesi önemli bir mesele olarak ceza hukuku bilimcilerinin ve yasa koyucuların gündemini meşgul etmelidir.

I. YAPTIRIM-HUKUK NORMU İLİŞKİSİ

İnsanın, hemcinsleriyle ahenkli bir yaşam sürdürmesi halinde, toplumsal düzen mümkün hale gelir. Belirli bir toplumda yaşamak durumunda olan insanın davranışları, uyum içerisinde bulunan bir düzen halinde bulunur. Toplumsal düzeni sağlayan sadece hukuk değildir. Din, ahlak, örf-adet ve nezaket kuralları da davranışların uyum içerisinde bulunmasını sağlayarak toplumsal düzenin varlığına katkı sağlar². Ancak hukuk kuralları, diğer davranış kurallarından farklıdır. Genel olarak hukuk, bazı

¹ Cesare **Beccaria**, Suçlar ve Cezalar Hakkında, İtalyanca Aslından Çev. Sami Selçuk, 8. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara 2019, s. 45; bkz. Andrew von **Hirsch**, "Proportionality in the Philosophy of Punishment", Crime and Justice, The University of Chicago Press, Vol. 16, 1992, s. 68 vd; Thomas A. **Balmer**, "Some Thoughts on Proportionality", Oregon Law Review, Vol. 87 (3), 2008, s. 783-787.

² Hans **Kelsen**, General Theory of Law and State, (General Theory), Translated by Andres Wedberg, Third Printing, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1949, s. 20; Harrison **Watts**/Cliff **Roberson**, Law and Society: An Introduction, CRC Press, Taylor & Francis Group, 2014, s. 37 ve 39 vd; Mathieu **Deflem**, Sociology of Law, (Vision of Scholarly Tradition), Cambridge University Press, 2008, s. 101; Michael A. **Cretacci**, "Religion and Social Control: An Application of a Modified Social Bond on Violence", Criminal Justice Review, Vol. 28 (2), 2003, s. 254 vd; Din ve örf adet gibi sosyal kontrol araçlarını değerlendirilmesi hususunda bkz. Roscoe **Pound**, "Law and Morals. Part I. The Historical View", The Journal of Social Forces, Vol. 1, No. 4, 1923, s. 356 vd.

davranışların zor yoluyla düzenlenmesi olarak karşımıza çıkar³. Bazı hukuk kuralları, yetki verici nitelikte olsa da, kişiler, verilen bu yetkiyi kullandıklarında, bunun sonuçları yine zor yoluyla (maddi yaptırımla) yerine getirilir. Dolayısıyla bazı insanlar yaptırımı düşünmeden hukuka itaat et-seler de⁴ bütün insanların her zaman kendi istekleriyle (gönüllü olarak) hukuka itaat etmeyeceklerine göre, yaptırım, hukukun etkililiğini ve dü-zeni sağlayan gerekli bir araçtır⁵.

Ancak “bazı davranış kurallarını hukuk yapan, yaptırım mıdır (müey-yide midir), yoksa, yaptırım, sonradan gelen ve zaten hukuk hüviyeti bu-lunan kuralları destekleyen ek bir kuvvet midir” soruları önem arz et-mektedir. Bunların yanıtlanması, derin felsefi tartışmaları gerektirecek mese-lelerdir. Doğal hukuk penceresinden baktığımızda, hukuku meşru kılan, zora dayalı yaptırım değildir. Bu ekol açısından hukukun meşruiyeti genel olarak ahlaki değerlere dayanır. Ancak genelde hukuku, diğer davranış kurallarından ayıran özelliğin zora dayalı yaptırım olduğu kabul edilir⁶. Hukuku diğer sosyal kurallardan ayıran özellik, zora dayalı yaptırım olsa da, bu, hukuk kavramının kurucu unsuru değildir⁷. Eğer zora dayalı yap-tırım veya cebir, hukuk kavramının kurucu unsuru olsaydı, “kaba güç kul-lanarak başkasının malını zapt eden kişi ona malik olur” biçimindeki bir davranış kuralına yaptırım bağlanarak hukuk kuralı haline getirilmek istendiğinde, bu girişim sağduyuya veya insanlığın ortak adalet hissine ters düşmezdi. Yaptırım hukuk kurallarının uygulanmasını teminat altına alan ikincil bir özelliktir. Başka bir anlatımla yaptırım, meşru sayılan davranış kurallarının etkililiğini garanti etmeye dönük ek nitelikteki bir kuvvettir⁸. Böyle olması yaptırımın, önemsiz olduğu anlamına gelmez. Ancak, önce-

³ **Kelsen**, s. 18 vd.

⁴ Abdullah **Dinçkol**, Hukuka Giriş, Genişletilmiş 4. Basım, Der Yayını, İstanbul 2007, s. 158.

⁵ Yasemin **Işıktaç**, Hukuk Başlangıcı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 174.

⁶ Bkz. John **Austin**, The Province of Jurisprudence Determined, (Edited By Wilfrid E. Rumble), Cambridge University Press, 2001, Lecture I, s. 24; **Kelsen**, s. 18-20; Kemal **Gözler**, Hukuka Giriş, 15. Baskı, Ekin Yayını, Bursa 2018, s. 33-34 ; Russel **Hardin**, “Sanction and Obligation”, The Monist, Vol. 68 (3), July 1985, s. 403-418.

⁷ Orhan Münir **Çağıl**, Hukuk Başlangıcı Dersleri, Birinci Kitap, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1961, s. 82 vd.

⁸ Tarık **Özbilgen**, Eleştirisel Hukuk Başlangıcı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976, s. 18 vd.

likle adalet ve hakkaniyete dayalı ahlaki meşruiyeti bulunan veya en azından temel adalet kurallarıyla çelişmeyen bir hukuk kavramına ihtiyaç vardır. Pozitif hukuk kurallarının uygulanmasından önce, bu kuralların içerik (maddi) bakımından adil/meşru olmaları gerekir⁹. Ahlaki meşruiyetinde sorun olmayan kuralların uygulamada etkililiğini sağlamak için yaptırıma (müeyyideye) ihtiyacı vardır. O halde doğal hukuk açısından yaklaştığımızda, yaptırım, hukukun etkililiği için gerekli olmakla birlikte onun kurucu unsuru değildir. Başka bir deyişle, yaptırım, hukuka meşruiyet kazandırmak yerine, ona uygulamada etkililik kazandıran bir kuvvettir. Diğer yandan hukuk, yaptırım gücünü veya zorlayıcılığını, sadece yasanın arkasındaki güçten değil, aynı zamanda içeriğinin değerli oluşundan da almalıdır¹⁰. Hukukun öncelikle kabul edilebilecek, üzerinde görece bir ittifak sağlanabilen adalet ve diğer ahlaki değerlerle çatışmaması gerekir. Vahiy geleneğinin getirdiği temel ilkeler, insan doğası (fitratı), doğal/ahlaki haklar, billurlaşmış tarihsel tecrübe, karşılaştırmalı (mukayeseli) hukuk ve hukuk tarihi, hukukun adli ve ahlaki meşruiyetini kavramada bize yol gösterecek kaynaklar olarak görülebilir. Öncelikle, ceza yaptırımından önce hangi eylemlerin suç sayılmaları gerektiği, toplumsal ihtiyaçlar göz önünde bulundurularak bu adli ve ahlaki meşruiyet bağlamında tartışılabilir. Ayrıca modern çağın organik dayanışma ahlakına uygun olarak mümkün oldukça suç sayılan eylem alanının sınırlı tutulması, sosyal düzenin daha çok sözleşme temelinde özel hukuk şeklinde cereyan etmesi, bireyin gerek iktisadi faaliyetinin verimliliği ve gerekse düşünsel ve sanatsal kabiliyetinin gelişimi bakımından önemli görünüyor. Dolayısıyla, salt bir eyleme ceza tayin etmek, onu suç haline getirmede yeterli olmamalıdır. Öncelikle bir eylemin suç sayılmasının haklılaştırılması gerekir. Bu haklılaştırma ölçütlerinde tam bir mutabakat sağlanamasa bile, hiç değilse ahlak, adalet ve hukukun temel ilkeleriyle çatışmayan bir haklılaştırmanın yapılabilmesi akla yatkın görünmektedir.

Hukukun düzenleme alanı içerisinde bulunan her davranış, hukuk bakımından aynı derecede değildir. Ceza hukukunda suç sayılan eylemlerin ihlalleri, hukukun diğer alanlarındaki davranış kurallarının ihlallerine göre daha sert yaptırımlara bağlanır. Bu, bazı davranış kurallarının sosyal düzen bakımından diğerlerine göre daha hayati olduğuna işaret eder. İnsanın maddi ve manevi varlığının idamesi için, bazı davranış kurallarının cezai

⁹ Gülriz **Uygur**, "Adalet ve Hukuk Devleti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 3, 2004, s. 30.

¹⁰ Yasemin **Işıқтаç**, Hukuk Felsefesi, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 443.

nitelikteki sert yaptırımlarla teyit edilmesi gerekir. Şüphesiz bir toplumsal düzen sadece cezalarla sağlanamaz. Din, ahlak ve eğitim toplumsal düzeni sağlayan en önemli etkenlerdir. Cezalandırmaya başvurmadan önce, eğitim ile suçların önlenmesi esas olmalıdır. Ancak, eğitim ve diğer toplumsal normlar, suç işlenmesini tamamen önleyemez. Dolayısıyla toplumsal hayatın mümkün olabilmesi için bazı eylemlerin (fiillerin), suç derecesinde yasaklanması ve karşılığında hukukun diğer alanlarındaki yaptırımlardan daha güçlü yaptırımların, yani cezaların öngörülmesi kaçınılmaz olacaktır. Özellikle hukukun, başta can, vücut bütünlüğü, cinsel dokunulmazlık, namus, şeref, mahremiyet ve mal emniyeti gibi kişilerin maddi ve manevi bütünlüğünü koruyabilmek için şiddeti yasaklaması ve söz konusu değerleri titizlikle koruması gerekir. Kural olarak kişilerin ihkak-ı hakta bulunmaları ve diğer amaçlarla şiddete başvurmaları kesin olarak yasaklanmalı ve cezai nitelikli yaptırımlarla teyit edilmelidir. Sözleşmelerin yerine getirilmesinin garanti edilmesinde olduğu gibi Hart, şiddetin sınırlandırılmasını da insan doğasının asgari bir gereği olarak sunmuştur¹¹. Dolayısıyla bir suç tanımına yer vermeyen politik bir düzen, adaletin asgari içeriğini sağlayamaz. Çünkü suç işleyen, hemcinslerinin ve toplumun maddi ve manevi bütünlüğüne (en azından toplumun sosyal ahlakına) zarar vererek toplumun diğer üyeleri aleyhine bir dengesizliğe neden olur. Suç işleyen ile toplumun diğer üyeleri arasında tekrar bir dengenin sağlanması adaletin asgari bir gereği olmalıdır.

En sert ve şiddetli yaptırımlar, suç niteliğinde fiiller alanında (kriminal alanda) kendisini gösterir. Haksızlığın yoğunluğu veya haksızlığın derecesi yaptırımların niceliğini de belirler. Bir hukuk sisteminin dengeli ve adil bir yaptırım düzenine sahip olması gerekir. Bunun için toplumun ortak (milli) değerlerine olduğu kadar hukuk devleti ve adalet ölçütlerine de taban tabana ters düşmeyecek bir hukuk politikasına ihtiyaç vardır. Tutarlı bir hukuk politikası, fiillerin ahlaka aykırılığı, haksızlık dereceleri, devlet, toplum ve bireyler bakımından taşıdığı zarar ve tehlikeleri göz önünde bulundurarak bir suç ve ceza sistemi oluşturması gerekir. Bir ceza adaleti sisteminin kendi içerisinde tutarlı olmasının yanında hukuk ve adaletin temel ilkelerine de ters düşmemesi gerekir. Her ülkenin kendi milli ve ahlaki değerlerinin bir gereği olarak benimsediği hukuk politikası, suçlar ve ce-

¹¹ H.L.A. **Hart**, *The Concept of Law*, Second Edition, (With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz), Clarendon Press, Oxford 1994, s. 194; Şule **Şahin Ceylan**, *H.L.A Hart'ın Hukuk Kavramı*, 1. Baskı, XII Levha Yayını, İstanbul 2014, s. 204.

zalar bakımından diğer ülkelerin hukuk sistemine göre farklılık arz edebilir. Ancak bu farklılığın, hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle tutarlı olması gerekir. Suçlar ve cezalar arasındaki oranı adillik açısından değerlendirirken, her hukuk sisteminin kendi değerleri ve ölçütlerinin de dikkate alınması gerekir. Sadece Batı hukuk sisteminin normatif ölçütlerine dayanmak doğru bir yaklaşım değildir.

Suçların önlenmesi açısından cezalar belirlenirken, genel ahlaktan, ilgili toplumun ahlaki değerlerinden, karşılaştırmalı (mukayeseli) hukuktan, kriminolojiden, suç sosyolojisinden, istatistiklerden ve ceza hukuku felsefesinden yararlanılması gerekir. Sadece cezaların niceliksel boyutlarını artırarak suçların önlenmesi sağlanamayabilir; ceza sisteminin etkinliği (uygulamanın kesinliği) de önemlidir¹². Doğal adalet ve adil yargılama ilkeleri çerçevesinde cezaların kesin ve tavizsiz uygulanacağına ilişkin inancın, suçların önlenmesi bakımından cezaların şiddetinden daha etkili olacağını klasik ceza hukuku felsefecilerinin öğretileri arasında görüyoruz¹³.

¹² **Beccaria**, s. 129 vd; Jeremy **Bentham**, *The Theory of Legislation*, Translated From French of Etienne Dumont by R. Hildreth, Seventh Edition, Kegan Paul, London 1891, s. 326.

¹³ **Beccaria**, s. 129 vd; **Bentham** s. 326; Beccaria'nın yaklaşımının değerlendirilmesi için bkz. Raymond **Paternoster**, "How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 100 (3), 2010, s. 769 vd; Klasiklerle aynı yöndeki çalışmalar için bkz. Daniel S. **Nagin**, "Deterrence in the Twenty-First Century", *Crime and Justice*, (Crime and Justice in America 1975–2025), Vol. 42, No. 1, 2013, s. 199-263; Aksi yöndeki farklı analizler için bkz. Murat C. **Mungan**, "The Certainty versus the Severity of Punishment, Repeat Offenders, and Stigmatization", *Economics Letters*, 150 (2017), s. 126-129; Lana **Friesen**, ekonomik suçlarla ilgili yaptığı bir deneysel çalışmada, Beccaria gibi klasik cezacıların görüşünün aksine, suçların önlenmesinde cezanın şiddetinin kesinliğinden daha etkili olduğu sonucuna varmıştır. Yazar vardığı sonuçların, deneysel suç literatürüyle de çeliştiğini ifade etmektен kaçınmamıştır. (Lana **Friesen**, "Certainty of Punishment versus the Severity of Punishment: An Experimental Investigation", *Southern Economic Journal*, Vol. 79 (2), 2012, s. 399-421).

II. CEZA ADALET SİSTEMİNİN GENEL AMACI ve DÜZENLEME ALANI

Ceza adaleti sisteminin amacı, suçların işlenmesini önleyerek¹⁴ sosyal düzenin inşasına ya da devamına katkıda bulunmaktır. Sosyal düzenin inşası veya devamını sağlama bakımından, ceza hukukuyla hukukun diğer alanları işlevsel olarak aynı amaca yönelirler. Küçük ölçekli toplumlarda toplumsal bütünlüğün veya dayanışmanın büyük çoğunlukla sert yaptırımlar içeren kurallar yoluyla sağlandığı düşünülür¹⁵. Bu sosyolojik analizi esas alırsak, ilkel (küçük ölçekli) toplumlarda sosyal düzenin daha çok cezai yaptırımlarla sağlandığını söyleyebiliriz. Ancak bu analitik bir indirgemedir. İkel toplumlarda özel hukuka dayalı tikel düzen alanlarının olmadığı kesin olarak söylenemez. Modern toplumlarda sosyal düzenin sağlanmasında cezai yaptırımların rolü kısmidir. Günümüzde hukuk düzenin önemli bir kısmı, iade ve tazminata dayalı özel hukuk yoluyla sağlanmaktadır. Toplumlar niceliksel olarak karmaşık hale geldikçe iş bölümünün gelişmesi ve bireyin tebarüz etmesi olgusu ortaya çıkmıştır. Bu gelişme, büyük ölçüde bireylerin tercih ve seçimlerinin egemen olduğu özel hukuk alanının gelişmesine neden olmuştur. Özel hukukun gelişmesi insanın birey olarak inkişaf etmesiyle neticelenmiştir. Bu gelişme modern toplumun dayanışmasında, ceza hukukunun yanında özel hukukun temayüz emesini sağlamıştır.

Modern ceza hukuku, büyük toplumun epistemik ve ahlaki doğasını dikkate alarak, özel hukukun temin ettiği özgül düzen alanlarını, kendi düzenleme alanına dâhil etmemelidir. Mümkün oldukça sözleşme özgürlüğünden kaynaklanan sorumluluğun yerine getirilmesi, ceza hukuku yoluyla değil, iade ve telafiye dayalı özel hukuk mantığıyla temin edilmelidir. Husak, özel hukuk haksızlıklarının (private wrongdoing) ceza hukuku

¹⁴ Hakan **Hakeri**, Ceza Hukuku, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 2-3; Hamide **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Yayını, İstanbul 2019, s. 6-7.

¹⁵ Ülker **Yükselbaba**, “Èmile Durkheim’a Göre Toplum, Düzen ve Hukuk: Hukukun ve Cezanın Evrimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXV, S. 1, 2017, s. 203; Leon Shaskolsky **Sheleff**, “From Restitutive Law to Repressive Law: Durkheim’s The Division of Labor in Society re-visited”, European Journal of Sociology/Archives Européennes de Sociologie/Europäisches Archiv für Soziologie, Vol. 16 (1), 1975, s. 19 ve 22.

mantığı ile suç haline getirilerek cezalandırılmasını, hak edilmemiş cezalandırma olarak görmektedir¹⁶. Liberalizmin atomize olmuş bireyini toplumsal dayanışma ekseninde yeniden inşa eden girişimler, özel hukuk alanının kamu hukuku lehine daralması sonucunu doğurmaktadır. Ancak bu tür girişimler ahlaki açıdan savunulabilirse de, bunların, kolektivizme yol açacak derecede abartılması yöntem açısından başlangıçta arzu edilen amaçlara hizmet etmez. İnsan fitratının gerektirdiği ahlaki düzeni koruma, çevrenin ve doğal kaynakların tahribini önleme, kamu düzenini sağlama amaçlarıyla ters düşmemek koşuluyla özel hukuk alanının mümkün oldukça geniş tutulması, gerek insanın ahlaki tekâmülü ve gerek sanatsal, bilimsel ve ekonomik etkililik ve verimlilik açısından önem arz etmektedir. İnsanın potansiyel kabiliyetlerinin ortaya çıkması ve bunların sanatsal, bilimsel, ekonomik ve diğer alanlarda üretime dönüşmesi, özel hukuk alanının geniş tutulmasıyla yakından ilgilidir. İşbölümünün gereği olan büyük toplum ahlakı, organik dayanışmanın cezai nitelikteki sert yaptırımlarıyla değil, daha çok özel hukuk yaptırımlarıyla sağlanmasını gerektirmektedir. Çeşitli meslek ve üretim alanlarında birikmiş bilginin devam ettirilip nesillere aktarılabilmesi için, dayanışma aktörlerinin sözleşmeden kaynaklı sorumluluklarının, özel hukuk mantığının gerektirdiği tazminata dayalı hukuk yoluyla düzenlenmesi gerekir.

Ayrıca haksızlığı görece daha hafif olan suçların, karşılığında idari para cezasının ve diğer idari yaptırımların verildiği kabahatlere dönüştürülüp tavizsiz uygulanması, hem bu tür fiillerin önlenmesi ve hem daha az kriminalize edilmiş eylem alanı oluşturma bakımından daha uygun görünmektedir¹⁷. Suçların önlenmesi bakımından şiddetli cezalar öngörüp uygulamamak ya da uygulayamamaktansa, daha hafif yaptırımlar öngörüp tavizsiz uygulamak daha etkili olabilir. Ayrıca, toplumda suç işlemekle damgalanmış az kişinin bulunması, “zaten suçluyum yeni bir suç daha işleyebilirim” psikolojisiyle işlenebilecek suçların da önlenmesini sağlayabilir. Suç sosyolojisindeki “damgalanma teorisi”nin¹⁸ analizleri bu açıdan

¹⁶ Douglas **Husak**, *Overcriminalization: the Limits of Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, s. 83.

¹⁷ Eylemler alanını aşırı kriminalize etmenin/suçlaştırmanın (overcriminalization) aşırı cezalandırmaya yol açtığı hususunda bkz. **Husak**, *Overcriminalizations*, s. 3 vd.

¹⁸ Bkz. Michael **Petrunik**, “The Rise and Fall of “Labelling Theory”: The Construction and Destruction of a Sociological Strawman”, *The Canadian Journal of Sociology/Cahiers canadiens de sociologie*, Vol. 5, No. 3 (Summer, 1980), s. 213-233; Hasan **Dursun**, “Damgalanma Teorisi ve Suç”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 3-

yol gösterici olabilir. Görece hafif suçların kabahat haline dönüştürülerek kriminal alandan idari alana aktarılıp¹⁹ karşılıklarında idari yaptırım öngörülmesi, bu yaptırımların da tavizsiz uygulanması toplumsal düzenin sağlanması açısından daha elverişli olabilir. Özellikle bu tür görece hafif haksızlıklar (kabahatler) karşılığında öngörülen idari para cezalarının kesin bir şekilde uygulanması, ödemeyenlerin sıkı bir şekilde takip edilmesi ve af gibi uygulamalarla bu cezaların etkisizleştirilmemesi, söz konusu nitelikteki eylemler için kriminal cezalar öngörüp fiiliyatta bunları uygulamaktan daha etkili olabilir. Kesinleşen idari para cezalarının ödenmesi, sağlık gibi hayati hizmetler hariç bazı kamu hizmetlerinden yararlanmanın ön şartı haline getirilebilir. Örneğin idari para cezalarını ödemek, sürücü belgesi alınmasının ön şartı olarak belirlenebilir. Ödeme gücü olmayanlar için karşılığında alternatif idari yaptırımlar da getirilebilir. Böyle bir hukuk politikası, bir taraftan kriminalize edilmiş eylemler alanının azalmasını sağlarken diğer taraftan yaptırımın etkililiğini artırır. Zira hukuka aykırı bir fiili ihlal eden kişinin, bunun karşılığında idari bir para cezası ödeyeceğinin kesin olması, bu fiilin suç olarak belirlenip, ancak karşılığında belirlenen cezanın çeşitli nedenlerle uygulanmamasından daha etkili olabilir. İleri sürdüğümüz bu teze karşı, adli para cezalarının da aynı işlevi göreceği, dolayısıyla görece hafif nitelikteki suçları kabahat haline getirmek yerine, bunların karşılığında adli para cezası öngörmenin aynı amaca hizmet edebileceği ileri sürülebilir. Bu düşüncenin haklılık payı olmakla birlikte, karşılığında adli para cezası öngörülen fiiller, yine kriminal alanda kaldıkları için hem adli sistemin yükünün azaltılması ve hem de ceza mahkûmiyetiyle karşılaşmış bireylerin sayısının azaltılması amaçlarına hizmet etmez. Her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi, mahkûmiyeti engelleyip damgalanma psikolojisini azaltsa da, yine de kişilerin görece daha hafif haksızlıklar için bir ceza soruşturması ve kovuşturmasıyla karşı karşıya kalmalarının yarattığı suçluluk psikolojisi ve travmasını engelleyemeyecektir. Özellikle çocukların ceza soruşturma ve kovuşturmasından olumsuz yönde etkilenip

4, 1997, s. 309. vd; Robert F. Meier, "Perspective on the Concept of Social Control", Annual Review of Sociology, Vol. 8, 1982, s. 47-48; Dilara Buket Tatar, "Uyma Davranışı" Hukuk Sosyolojisi, (Editör: Yaşar Salihpaşaoğlu), Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2018, s. 95; Deflem, s. 230 vd.

¹⁹ Bkz. Selçuk Gişi, "Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, -İnÜHFD- C. 8, S. 1, Y. 2, s. 129-152.

damgalanmamaları için daha dikkatli olmak gerekir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu bu amaç doğrultusunda daha da geliştirilebilir.

Modern büyük toplumun doğası gereği, özel hukuk alanının mümkün oldukça geniş tutulması, yine bunun yanında görece hafif haksızlıkların idari yaptırımlarla düzenlenmesi ve bunlardan daha ağır haksızlıkların ceza hukuku yaptırımlarıyla karşılanması gerekir²⁰. Görece hafif sayılan haksızlıklar kişilere karşı işlendiğinde, bunların haksız fiilden mütevellit tazminat hukukuyla yaptırımılandırılması; yine bu tür görece hafif haksızlıklar topluma karşı işlendiğinde idari yaptırımlarla karşılık verilmesi düşünülebilir. Ancak her hâlükârda bu tür hafif haksızlıklar topluma karşı bir örgüt marifetiyle işlendiğinde, bunların mutlak anlamda suç fiilleri olarak telakki edilip yegâne çare olarak ceza hukukuna başvurulması tartışmasız bir seçenektir. Yine kuşkusuz adam öldürme ve cinsel suçlar gibi ağır haksızlıklarda doğrudan ve tek çare olarak ceza hukuku yaptırımlarına başvurmak esastır²¹. Ceza hukuku yaptırımlarının yegâne çare olarak uygulandığı ağır haksızlık alanları hariç, bireyin üretkenliği ve ahlaki bir özne olarak özgürlüğü çerçevesinde tekâmülü için mümkün oldukça ceza hukukunun alanının daha dar tutulması tercih edilebilir. Ceza hukuku, *ultima ratio* ilkesi gereği en son başvurulması gereken bir yol olarak telakki edilmesi gerekir²². Zayıfların ve çevrenin korunması bakımından devletin müdahale edici işlevi gereği kapitalizmin erken devirlerine göre kamu hukukunun özel hukuk aleyhine genişlemesi genelde olumlu karşılanmıştır. Ancak, kamu hukukunun sürekli genişleyerek bireyin üretim gücünü yok etmesi ve karar verme otonomisini büsbütün ortadan kaldırması, insanın maddi ve manevi tekâmülü için engelleyici olabilir. Kuşkusuz kapitalizmin, insan, çevre ve doğal kaynaklar üzerinde olumsuz etkileri inkâr edilemez. Bu anlamda sürdürülebilir kalkınma günümüz ekonomik düzenleri

²⁰ Bkz. Krizstina **Karsai**, “Avrupa Ceza Hukukunda Ultima Ratio ve Katmanlı Yetki”, Çev. Tuba Keleş Pekmez, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3 (1), 2015, s. 341 ve 317.

²¹ **Karsai**, s. 316.

²² Bkz. Ozan Ercan **Taşkın**, “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2016, s. 59-91; Soner **Demirtaş**, “Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21 (2), 2019, s. 493 vd; Nils **Jareborg**, “Criminalisation as Last Resort (Ultima Ratio)”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 2 (2), 2005, s. 523; Douglas **Husak**, “Criminal Law as Last Resort”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24 (2), 2004, s. 202-235; **Karsai**, s. 313-315.

için kaçınılmazdır. Ancak diğer taraftan da sözleşme özgürlüğü ve doğal gereklerinin, kollektivist anlayışlara karşı üstünlüğü bariz bir olgusal durumdur. Sürdürülebilir kalkınma mantığıyla ters düşmeyen sözleşme özgürlüğü, ekonomik, bilimsel ve kültürel gelişimin temel dinamiğini oluşturur. Bu dinamiğin idamesi, sağlam ve iyi işleyen özel hukuk mantığıyla mümkün olur. Bilgi birikimi (know-how) ve üretici becerilerin korunması, özel hukuk ihlallerinin, iadevi ve telafi edici yaptırımlarla sağlanması gerekir. Hukuktan beklenen, kişilere yeniden şans vererek onların içtimai ve hukuki düzenle yeniden uyumlu hale gelmelerinin önünü açmaktır. Hukuk politikası gereği bazı çok ağır suçlarda bu mümkün olmayabilir. Ancak, çok istisnai bu tür durumlar hariç, gerek ceza hukukunda olsun, gerek kamu hukukunun diğer alanlarında olsun, hukuki yaptırımlarla karşılaşan kişi, içtimai ve hukuki düzenle yeniden uyumlu hale gelme fırsatına sahip olmalıdır. Özel hukuk alanlarında bu durum daha ehemmiyetlidir. Bundan dolayı mümkün oldukça özel hukuk alanının geniş tutularak, bilim, sanat, kültür ve sürdürülebilir ekonomik gelişme dinamikleri felç edilmemelidir.

III. CEZA ADALET SİSTEMİNİN TİTİZLİKLE KORUMASI GEREKEN TEMEL DEĞERLER

Ceza hukuku, toplumsal düzenin inşasını veya devamını temin etme yolunda suç olarak tanımlanan fiiller karşılığında öngörülen yaptırımlar vasıtasıyla birçok hukuki değeri korur²³. Başka bir ifadeyle, suç ihdası yoluyla hukuki değerlerin korunması, aynı zamanda toplumsal düzenin korunmasını sağlayarak insanların güven ortamında yaşamlarını idame ettirecek imkânları teminat altına alır. Ancak ceza hukukunun korumayı amaçladığı hukuki değerler arasında bazıları daha temel ve asli niteliktedir. Bu temel hukuki değerleri beş temel başlığa indirirsek, bunları “insan hayatı ve beden bütünlüğü”, “cinsel dokunulmazlık”, “insanın şeref ve haysiyeti”, “özgürlük” ve “mülkiyet hakkı” olarak belirleyebiliriz. Genel olarak siyaset felsefesi bu değerlerin önemli bir bölümünü daha soyut olarak *hayat*, *hürriyet*, *mülkiyet* olarak sıralar²⁴. Aynı zamanda bu değerlerin bir kısmı kadim kültürümüzde, *can*, *mal*, *ırz/namus* emniyeti olarak kutlanır. Kanaatimizce, özgürlük, şeref ve haysiyet değerleri de kadim kültürümüzdeki bu değerlerde mündemiçtir. Bu beş değer, bazı suç tiplerinin doğrudan, diğer bazı suçların ise dolaylı olarak konusunu oluşturduğu için

²³ Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayını, Ankara 2003 (Tümüne); Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Seçkin Yayını, Ankara 2008, s. 28-29.

²⁴ John Locke, Çev. Aysel Doğan, 3. Baskı, İlya İzmir Yayınevi, İzmir 2011, s. 111

bir hukuk düzeninin ana eksenini oluşturur. Başka bir anlatımla bu beş temel hukuki değer, bu başlıklar altında düzenlenen suçlarla doğrudan korunduğu gibi, diğer bazı suç tipleriyle de dolaylı olarak korunur. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap, İkinci Kısım, Birinci Bölümdeki suçlar doğrudan insan hayatını korurken, İkinci Kitap, Üçüncü Kısımındaki "topluma karşı suçlar" başlığı altındaki Birinci Bölüm madde 172'de yer alan "Radyasyon yayma" suçu da dolaylı olarak insan hayatını ve beden bütünlüğünü koruyan bir suçtur. Yine TCK m. 134'de düzenlenen "Özel hayatın gizliliğini ihlal" suçu, dolaylı olarak insan şeref ve haysiyetinin korunmasıyla da ilgilidir. Aynı şekilde cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, dolaylı olarak insanın beden bütünlüğü, özgürlüğü, şeref ve haysiyetinin korunmasıyla da yakından bağlantılıdır. Bu itibarla yukarıda zikrettiğimiz beş temel hukuki değeri koruyan suçlarla, sadece bu başlıklar altında işlenen suçları değil, bu değerleri dolaylı olarak koruyan suçları da kast ediyoruz. Dolayısıyla söz konusu değerler, hukuk sistemlerinin esasını oluşturan maddi nitelikteki temel hukuki ilkeler olarak bazı suç tiplerinin doğrudan, bazılarının ise dolaylı olarak konusunu oluşturduğu için, ceza adaleti sisteminin bu değerleri koruma konusunda daha titiz bir biçimde kurgulanması gerekir. Bu değerlerin korunmasında başarısız olan veya yetersiz kalan bir ceza hukuku politikası ve adalet sistemi, uzun vadede toplumsal düzenin korunmasında güven telkin edemez. İnsan hayatı ve beden bütünlüğünü, cinsel dokunulmazlığı, insanın şeref ve haysiyetini, özgürlüğünü ve mülkiyet hakkını tavizsiz ve titiz bir biçimde koruyan bir ceza hukuku ve adalet sistemi, inşa ettiği sosyal düzen ve emniyet ortamı sayesinde, toplumun her alanda gelişmesinin ön koşullarını sağlamış olur.

Yukarıda sıraladığımız beş temel değerın korunması bakımından ehemmiyet arz eden hususların başında, hukukun, şiddet kullanımını yasaklaması gelir. Şiddet, güce (kuvvete) dayanır. Salt güç ise, tek başına hakkı temsil etmez. Sadece güce dayanmak, meşruluk iddiasını dışta bırakır. Hakların korunmasında güç önemlidir. Ancak, salt güç, hakkın bir unsuru değildir. Hak iddiaları meşru olduğu için güçle (yaptırımla) korunur. Hakları korumaya dönük güç kullanımı ise kural olarak devletin tekeline aittir. Devlet tekeli dışında güç kullanmak, şiddeti temsil eder. Bir hukuk düzeni, kural olarak bireylerin şiddet kullanmasını dışlayarak meşru güç kullanımını devletin tekeline bırakmalıdır. Devletin meşru güç kullanımı dışında, bireylerin şiddete başvurmaları, hukuk özneleri arasındaki hukuki ilişki ve dengeyi haksız bir şekilde bozarak adaletsizliğe neden olur. Bun-

dan dolayı bir hukuk sistemi ve özellikle bunun bir parçası olan ceza adaleti sistemi, toplumda devletin hukuki iradesi dışında şiddet kullanımının yasaklanması konusunda başarılı olması gerekir. Başka bir anlatımla ceza adaleti sistemi, bireylerin birbirlerine karşı hukuk dışı kaba güç kullanmalarını engelleme ve bu konuda caydırıcı olma bakımından etkili olması gerekir. Bireylerin birbirlerine karşı kaba güç ve şiddet kullanmalarının engellenmesi ya da önlenmesi için sadece bu tür fiillerin suç olarak tanımlanması yeterli değildir. Aynı zamanda bu tür suçların gerek adli sistem ve gerekse infaz sürecinde etkili bir biçimde takip edilip karşılığında verilen cezaların uygulanması gerekir.

Yukarıda saydığımız beş temel hukuki değer arasında özellikle insan hayatı, beden bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlığının korunması, bir hukuk düzeninin ya da ceza adaleti sisteminin en temel amaçları arasında olması gerekir. İnsan hayatının, beden bütünlüğünün ve cinsel dokunulmazlığının korunması konusunda yetersiz kalan bir adalet sistemi, istikrarlı bir sosyal düzenin korunması veya idamesi konusunda başarılı olması düşünülemez. Çünkü toplumsal düzenin istikrarlı bir şekilde devam etmesi, bu düzenin asli özneleri olan insanların hayat ve beden bütünlüklerinin ve cinsel dokunulmazlıklarının titiz bir şekilde korunmasına bağlıdır. Bu konudaki yetersizlikler cezaların azlığından değil, genelde uygulama ve infaz aşamasındaki eksikliklerden kaynaklanmaktadır. Özellikle insan hayatını, beden bütünlüğünü ve cinsel dokunulmazlığını koruyan ağır suçların, erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi müesseselerle veya infaz rejimine ilişkin birtakım düzenlemelerle etkisizleştirilmesi gerekir. Ancak ceza normlarının uygulamada ve infaz aşamasında etkililiğini sağlamak yerine, sadece cezaların şiddet ve miktarını artırmak uygun bir yaklaşım gibi görünmüyor.

İnsanın maddi varlığının yanında şeref ve haysiyet dediğimiz manevi varlığı da yer alır. İnsan kişi olarak onurlu bir yaşam sürdürürse, manevi tatminini sağlamış olur. Bundan dolayı insanın, salt insan olması hasebiyle hemcinslerinden saygınlığını zedeleyecek davranışlardan kaçınmaları beklentisi vardır. Şeref ve haysiyeti zedeleyecek ihlallerin korunması özel hukuku ilgilendirdiği gibi ceza hukukunu da ilgilendirir. Şeref ve haysiyeti ihlal eden bazı fiiller sadece özel hukuk yaptırımlarıyla korunabilir. Ancak bu değerleri ağır derecede ihlal eden fiiller yine ceza hukukunun koruma alanında bulunması gerekir. Dolayısıyla bir ceza adaleti sistemi, insanın şeref ve haysiyetini ağır derecede zedeleyecek ihlalleri önlemede etkili araçlara sahip olmalıdır. Özellikle çağımızda iletişim ve sosyal medya araçlarıyla insanın şeref ve haysiyetini zedeleyecek eylemlerin çok

kolayca işlenebildiğine şahit olmaktayız. Bireylerin mahremiyet alanları, bilgi çağının iletişim ve yayın araçlarının potansiyel tehdidi altında bulunmaktadır. Bireylerin mahremiyet alanlarının kolayca ihlal edilir olması, manevi hayatlarına bir tehdit oluşturmaktadır. Bundan dolayı Türk Ceza Kanunu İkinci Kitap, İkinci Kısım Sekizinci Bölümde düzenlenen şerefe karşı işlenen suçlardan ayrı olarak bir de İkinci Kitap, İkinci Kısım Dokuzuncu Bölümde *Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçları* düzenlenmiştir. Bireylerin mahremiyet alanlarının ve dolayısıyla şeref ve haysiyetlerinin ağır ihlallerinin etkili ceza hukuku ve yargılama normlarıyla engellenmesi, hassasiyetle üzerinde durulması gereken adli bir meseledir. Bu amaca dönük olarak yine sadece cezaları artırmak yeterli değildir. Aynı zamanda hızlı işleyen bir ceza muhakemesi mekanizmasına ihtiyaç vardır. Özellikle mahremiyet alanlarına, şeref ve haysiyete yönelik saldırı ve ihlallerin önlenmesi için gerekli olan tedbir kararlarının ivedilikle alınmasını kolaylaştıracak yargısal ve idari mekanizmalara sahip olunması gerekir. Ceza adaleti sistemi, çok kolay olarak işlenebilen bu tür ihlalleri önleyici araçlarla mücehhez kılınması önemli bir ihtiyaçtır. Mahremiyet, şeref ve haysiyetin ağır ihlaline ilişkin suçlar günümüzde çok kolay ve çok etkili bir şekilde işlenebildiği için, bu tür ağır ihlalleri yargılayacak ceza muhakemesi sisteminin çok çabuk işlemesi ve verilen tedbir ve nihai kararların kesinleşmesini müteakip tavizsiz ve titiz bir şekilde uygulanması bir ceza adalet felsefesi olarak benimsenmesi gerekir.

İnsanın fitratını ihlal etmeyen ve diğer hemcinslerinin özgürlükleriyle uyum içinde bir özgürlük kavramı da korunması gereken bir değerdir. İnsanın ahlaki ve hukuki sorumluluğunun temeli, kararlarında özgür olmasına bağlıdır. Özgürlük aynı zamanda insan onuruyla da yakından alakalıdır. Ancak kanaatimizce özgürlük, insan doğasıyla ya da fitratıyla tutarlı olmalıdır. İnsan doğasıyla çelişen karar ve eylemler, uzun vadede insanın yararına değildir. Özgürlüğün diğer bir sınırı, toplumdaki diğer insanların özgürlük alanlarıdır²⁵. Bir toplumsal düzenin sağlanması, bireylerin özgürlüklerinin uyumlu birlikteliği ile mümkündür. İşte ceza adaletinin korunması gereken temel hukuki değerlerden birisi de özgürlüktür. Etkili ceza normlarıyla korunan bireysel özgürlük, toplumun bilim, sanat ve maddi üretim bakımından gelişmesinin temel şartıdır. Özellikle düşünce ve ifade özgürlüğünün bir başka görünüm şekli olan bilim özgürlüğü, toplumların

²⁵ Yusuf Şevki **Hakyemez**, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 57 (2), 2002, s. 20 vd.

hikmet ve epistemik bakımından inkişaf etmeleri için gerekli bir değerdir. Hakikat ve gerçeğin perdelenmemesi özgürlüğe bağlıdır. Yargılama süreçleri sonunda adaletin galebe gelmesi de yine hukuk tarafından garanti edilmiş özgürlüklerle yakından alakalıdır. Bireyler korkmadan tanıklık yapabilirse, adalet açığa çıkar. İnsan onurlu bir varlık olarak üzerinde az çok mutabık kalınan ahlaki sınırlar içerisinde kendi tekâmülünü gerçekleştirecek karar ve eylemlerde bulunması, ceza adaleti sistemiyle etkili bir şekilde korunan özgürlük kavramıyla mümkündür. Özgürlüklerin ihlal edilmesinin önlenmesinin yollarından en önemlisi, bu ihlalleri suç olarak tanımlamaktır. Özgürlüklerin ihlali çeşitli suç tiplerine konu olabilir. Türk Ceza Kanun’da özgürlüklerin ihlal edilmesiyle ilgili suç tipleri İkinci Kitap, İkinci Kısım Yedinci bölümde *Hürriyete Karşı Suçlar* başlığı altında düzenlenmiştir. Adı geçen Kanunu’nda hürriyete (özgürlüğe) karşı işlenen suçlardan en önemlilerinden biri 115. maddede düzenlenen “*İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme*” suçudur. Bu suç tipi kişinin, manevi ve düşünsel dünyasını özgürce şekillendirmesini ve bunların korunmasını amaçlar.

Mülkiyet hakkının korunması ya da mal emniyeti de yine ceza adaleti sisteminin en önemli amacını oluşturur. Mülkiyet hakkının, hukuk ve ceza normları tarafından korunması, bir toplumun iktisadi bakımdan gelişmesinin ön koşulu niteliğindedir. Bir toplumda üretimin artması ve buna bağlı olarak refah düzeyinin yükselmesi, hukukun, mülkiyet hakkına verdiği önemle yakından alakalıdır. İnsanların çalışma ve üretime teşvik edilmesi, elde ettikleri maddi zenginliklerini muhafaza edebilmeleri ve bunları mirasçılara aktarmalarıyla mümkündür. Mülkiyet hakkının korunması, hem özel hukuk ve hem de ceza hukuku yoluyla mümkün olabilmektedir. Kişilerin mülkiyet hakları konusunda, hukuka tam bir güvenlerinin olması gerekir. Ceza hukuku ve adli sistem, mülkiyet haklarının ihlalini etkili ceza normlarıyla, usul ve infaz kurallarıyla engelleyebilmelidir. Yine vurgulayalım ki, burada sadece cezaların şiddetine değil, kesinliğine ve cezalandırmanın çabukluğuna da odaklanmak gerekir²⁶.

Liberal felsefe muhalifleri için özel mülkiyet, daha az korumaya layık görülebilir. Bu manada mülkiyet hakkı ihlallerinin büyük bölümü özel hukuk yaptırımlarıyla (aynen iade ve tazminat gibi) önlenebilir. Ancak yine de mülkiyet hakkının bir hukuki değer olarak bazı ağır ihlallere maruz kalması, ceza hukukunun ilgi alanında kalmaya devam etmelidir. Çünkü özel

²⁶ Beccaria, s. 102.

mülkiyetin etkili bir biçimde korunması dolaylı olarak bütün toplumun refahına hizmet eder. Mal emniyetinin sağlandığı bir toplumda bireysel iktisadi girişimcilik ve bireysel üretimler artacak; sonuçta bireysel zenginliklerin toplamı, o toplumun ortalama refahını artıracaktır. Hukuka güvenen yeni girişimciler yeni üretim alanları açacak ve bunun sonucunda istihdam ve meta üretimi artmış olacaktır. Mülkiyet haklarının ihlalinin korunmasında küçük bir dikkatsizlik güven kaybına neden olacaktır. Dolayısıyla sınırları ve unsurları çeşitli kanunlarda iyi tanımlanmış, etkili hukuk ve ceza normlarıyla da iyi korunan mülkiyet hakları ve bu haklarla bağlantılı olarak iktisadi ve ticari girişimcilik kurumları, bireyin ve dolayısıyla bütün bir toplumun refahı için kaçınılmazdır.

SONUÇ

İnsanın, onurlu bir varlık olarak hukukun koruması altında yaşamını idame ettirmesi gerekir. Hukuk, bir taraftan insan davranışlarını düzenlerken, diğer taraftan onu, hemcinslerinden gelecek zarar, tehlike ve saldırı ve diğer hak ihlallerine karşı korur. Bu bağlamda hukuk, hakka dayanan ve hakları koruyan bir niteliğe sahiptir. Doğal haklar (moral haklar) öğretisi açısından insan doğuştan haklara sahip olduğu için, bu haklar pozitif hukuka takaddüm eder. Pozitif hukuk düzenleri, insanın doğuştan tabii olarak temellük ettiği bu hakları tanımak ve korumak için vardır. Dolayısıyla pozitif hukuka meşruluk kazandıran, kuvvet/güç (yaptırım) değil, bu haklara dayanması ve bunları korumasıdır. Haklara dayanan bir hukuk düzenine sahip olmak ne kadar önemli ise, bu sistemin etkili bir biçimde işletilmesi de en az o kadar önemlidir. Ceza hukuku ve ceza adaleti sistemi de bu hakların korunmasında zorunlu bir unsurdur. Ancak sadece ceza kanunlarına sahip olmak yeterli değildir. Aynı zamanda etkili ve hızlı işleyen usul ve infaz kanunlarına da ihtiyaç vardır. Özellikle kriminal eylemler alanını (suç sayılan fiilleri) geniş tutup, uygulamada zafiyet göstermek yerine, bu alanı görece daha dar tutup, ancak normları etkili bir şekilde uygulamak ceza hukukunun amacına ve felsefesine daha fazla hizmet edebilir. Görece hafif sayılan suçları, kabahatler alanına aktararak, ama etkili uygulamak, hem bu tür fiillerin önlenmesini sağlamada daha müessir olabilir, hem de suçla damgalanan daha az bireylerin oluşturduğu bir toplum imgesine hizmet edebilir²⁷.

Hayat, hürriyet ve mülkiyet olarak sloganlaşan ya da can, mal, ırz-namus emniyeti olarak kutsanan hukuki değerlerin somut ifadesi olarak,

²⁷ Gişi, s. 132.

“insan hayatı ve beden bütünlüğü”, “cinsel dokunulmazlık”, “insanın şeref ve haysiyeti”, “özgürlük” ve “mülkiyet hakkı” ve bunların türevleri olan diğer hukuki değerlerin korunması konusunda hassasiyet, ceza hukuku politikasına yön veren bir düşünce (ide) olmalıdır. Çalışmanın içerisinde belirttiğimiz gibi sıralanan söz konusu değerler, sadece bu başlıklar altında düzenlenen suç tipleriyle değil, dolaylı olarak diğer bazı suç tipleriyle de korunmaya çalışılır. Dolayısıyla bu değerleri doğrudan veya dolaylı olarak koruyan suçların uygulamada etkililiğinin zayıflatılmaması gerekir. Söz konusu değerler aynı zamanda maddi hukuk devletinin içeriğini de oluşturur. Bu temel değerler ile bunların kapsamındaki diğer hukuki değerleri korumada zaafa düşen ya da ara sıra tökezleyen bir normlar sistemini hukuk devleti olarak tanımlamak zordur. Bu değerlerin ihlalini suç olarak tanımlamamak ile suç olarak tanımlayıp, ancak uygulamada zafiyet göstermek arasında çok fazla fark yoktur. Maddi anlamda hukuk devletinin gereği olarak, söz konusu değerlerin sıkı bir şekilde muhafazasının, çeşitli kural ve müesseselerle sağlanması gerekir. Dolayısıyla ceza hukuku ve ceza adaleti sisteminin, maddi anlamda hukuk devletinin uygulamada etkililiğini sağlayan en önemli araçlarıdır. Daha genel bir ifadeyle hukuk devleti idealinin gerçekleşmesi, diğer unsurlar yanında önemli ölçüde adil bir suç politikası ve ceza sistemine bağlıdır.

KAYNAKLAR

- Austin**, John. The Province of Jurisprudence Determined, Lecture I. (Edited By Wilfrid E. Rumble), Cambridge University Press, 2001.
- Balmer**, Thomas A.. "Some Thoughts on Proportionality". Oregon Law Review. Vol. 87 (3), 2008, s. 783-818.
- Beccaria**, Cesare. Suçlar ve Cezalar Hakkında. İtalyanca Aslından Çev. Sami Selçuk, 8. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara 2019.
- Bentham**, Jeremy. The Theory of Legislation. Translated From French of Etienne Dumont by R. Hildreth, Seventh Edition, Kegan Paul, London 1891.
- Cretacci**, Michael A.. "Religion and Social Control: An Application of a Modified Social Bond on Violence". Criminal Justice Review. Vol. 28 (2), 2003, s. 254-277.
- Çağıl**, Orhan Münir. Hukuk Başlangıcı Dersleri, Birinci Kitap. İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1961.
- Deflem**, Mathieu. Sociology of Law. (Vision of Scholarly Tradition), Cambridge University Press, 2008.
- Demirtaş**, Soner. "Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 21 (2), 2019, s. 491-515.
- Dinçkol**, Abdullah. Hukuka Giriş. Genişletilmiş 4. Basım, Der Yayını, İstanbul 2007.
- Dursun**, Hasan. "Damgalanma Teorisi ve Suç". Türkiye Barolar Birliği Dergisi. S. 3-4, 1997, s. 309-322.
- Friesen**, Lana. "Certainty of Punishment versus the Severity of Punishment: An Experimental Investigation". Southern Economic Journal. Vol. 79 (2), 2012, s. 399-421.
- Gişi**, Selçuk. "Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi Ve Kabahatler Kanunu". İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. -İnÜHFD- C. 8 (1), Y. 2, s. 129-152.
- Gözler**, Kemal. Hukuka Giriş. 15. Baskı, Ekin Yayını, Bursa 2018.
- Hakeri**, Hakan. Ceza Hukuku. 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Hakyemez**, Yusuf Şevki. "Temel Hak Ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları". Ankara Üniversitesi SBF Dergisi. C. 57 (2), 2002, s. 17-40.

Hardin, Russel. "Sanction and Obligation". *The Monist*. Vol. 68 (3), July 1985, s. 403-418.

Hart, H.L.A.. *The Concept of Law*. Second Edition, (With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz), Clarendon Press, Oxford 1994.

Hirsch, Andrew von. "Proportionality in the Philosophy of Punishment". *Crime and Justice*. The University of Chicago Press, Vol. 16, 1992, s. 55-98.

Husak, Douglas. "Criminal Law as Last Resort". *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 24 (2), 2004, s. 202-235.

Husak, Douglas. *Overcriminalization: the Limits of Criminal Law*. Oxford University Press, 2008.

İşıқтаç, Yasemin. *Hukuk Felsefesi*. 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.

İşıқтаç, Yasemin. *Hukuk Başlangıcı*. Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

Jareborg, Nils. "Criminalisation as Last Resort (Ultima Ratio)". *Ohio State Journal Of Criminal Law*. Vol. 2 (2), 2005, s. 521-534.

Karsai, Krizstina. "Avrupa Ceza Hukukunda Ultima Ratio ve Katmanlı Yetki". Çev. Tuba Kelep Pekmez, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*. C. 3 (1), 2015, s. 313-328.

Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. (General Theory), Translated by Andres Wedberg, Third Printing, Harvard University Press, Cambridge-Massachussets 1949.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 1. Baskı, Seçkin Yayını, Ankara 2008.

Locke, John. *Hükümet Üzerine İkinci Tez*. Çev. Aysel Doğan, 3. Baskı, İlya İzmir Yayınevi, İzmir 2011.

Meier, Robert F. "Perspective on the Concept of Social Control". *Annual Review of Sociology*. Vol. 8, 1982, s. 35-55.

Mungan, Murat C.. "The Certainty versus the Severity of Punishment, Repeat Offenders, and Stigmatization". *Economics Letters*. 150 (2017), s. 126-129.

Nagin, Daniel S.. "Deterrence in the Twenty-First Century". *Crime and Justice*. (Crime and Justice in America 1975–2025), Vol. 42, No. 1, 2013, s. 199-263.

Özbilgen, Tarık. Eleştirel Hukuk Başlangıcı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976.

Paternoster, Raymond. “How Much Do We Really Know About Criminal Deterrence”. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 100 (3), 2010, s. 765-823.

Petrunik, Michael. “The Rise and Fall of "Labelling Theory": The Construction and Destruction of a Sociological Strawman”. *The Canadian Journal of Sociology/Cahiers canadiens de sociologie*. Vol. 5 (3), 1980, s. 213-233.

Pound, Roscoe. “Law and Morals”, Part I. The Historical View. *The Journal of Social Forces*. Vol. 1, No. 4, 1923, s. 350-359.

Sheleff, Leon Shaskolsky. “From Restitutive Law to Repressive Law: Durkheim's The Division of Labor in Society re-visited”. *European Journal of Sociology/Archives Européennes de Sociologie/Europäisches Archiv für Soziologie*. Vol. 16 (1), 1975, s. 16-45.

Şahin Ceylan, Şule. H.L.A Hart'ın Hukuk Kavramı. 1. Baskı, XII Levha Yayını, İstanbul 2014.

Taşkın, Ozan Ercan. “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 15 (1), 2016, s. 59-91.

Tatar, Dilara Buket. “Uyma Davranışı” içinde Hukuk Sosyolojisi, (Editör: Yaşar Salihpaşaoğlu), Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2018, s. 95, s. 73-101.

Ünver, Yener. Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer. Seçkin Yayını, Ankara 2003.

Watts, Harrison/**Roberson**, Cliff. Law and Society: An Introduction. CRC Press, Taylor& Francis Group, 2014.

Yükselbaba, Ülker. “Èmile Durkheim'a Göre Toplum, Düzen ve Hukuk: Hukukun ve Cezanın Evrimi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. C. LXXV (1), 2017, s. 191-226.

Uygur, Gülriz. “Adalet ve Hukuk Devleti”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 53, S. 3, 2004, s. 29-38.

Zafer, Hamide. Ceza Hukuku Genel Hükümler. 7. Baskı, Beta Yayını, İstanbul 2019.



Bilgi Edinme Hakkının Sınırı Olarak Özel Hayatın Gizliliği ve Kişisel Veriler

Personal Data and Right to Privacy as a Limitation for Right to
Receive Information

Prof. Dr. Ayhan DÖNER*

ÖZ

Bu çalışmamızda demokratik hukuk devletinin ayrılmaz parçası olan şeffaflığın bir unsuru olarak bilgi edinme hakkı ile bu hakkın istisnalarından özel hayatın ve kişisel verilerin gizliliği ve korunması meseleleri ele alınmıştır. Çalışmada öncelikle bilgi, bilgi edinme ve bilgiye erişim kavramları ortaya konulmuştur. Buna paralel olarak da bilgi edinme hakkı ile bilgi edinme özgürlüğü, birbirinden ayrılarak ve her iki kavramın hüküm ve sonuçları bakımından farkları da dikkate alınarak inceleme yapılmıştır. Daha sonra asıl konumuz olan bilgi edinme hakkı ile özel hayatın ve kişisel verilerin gizliliği ve korunması meseleleri incelenmiş; özel hayatın ve kişisel verilerin korunması hakkının, bilgi edinme hakkının sınırlarından biri olduğu ortaya konulmuştur.

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: adoner@erzincan.edu.tr. ORCID: 0000-0003-4731-4421.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 27.04.2022 / Kabul/Accepted: 02.06.2022.

Atıf/Cite as: Ayhan Döner, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırı Olarak Özel Hayatın Gizliliği ve Kişisel Veriler”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 1, Haziran 2022, (23-60).

Anahtar Kelimeler: Bilgi, Bilgi Edinme, Bilgi Edinme Hakkı, Özel Hayatın Gizliliği, Kişisel Veriler.

ABSTRACT

In this study, the right to information as an element of transparency, which is an inseparable part of the democratic state of law, and the privacy and protection of private life and personal data, which are exceptions to this right, are discussed. In the study, first of all, the concepts of knowledge, acquiring knowledge and access to information were introduced. Parallel to this, the right to information and freedom of information have been separated from each other and the differences between the two concepts in terms of terms and consequences have been taken into account. Then, our main subject, the right to information, and the privacy and protection of private life and personal data were examined; it has been revealed that the right to protect private life and personal data is one of the limits of the right to information.

Keywords: Information, Obtaining Information, Right to Information, Privacy of Private Life, Personal Data.

GİRİŞ

Modern anayasal devletin iki temel unsuru demokrasi ve hukuk devletidir. Anayasal devlette, diğer ifadeyle demokratik bir hukuk devletinde birey, yalnızca pasif bir referans objesi değil, aksine gerçek ve aktif bir özne olarak kabul edilmektedir¹. Bu sebeple gerek demokrasi gerekse hukuk devleti aktif bir özne olarak kabul ettiği bireye devlet yönetiminde söz sahibi olma, yani katılım imkânı verir². Devlet yönetiminde söz sahibi olabilmek ise, bu hakka sahip olanlar açısından devlet faaliyetlerinin aleniliğini (publizitaet) ve şeffaflığını (transparenz) şart koşar. Demokrasi ve hukuk devleti şeffaflıkla ayrılmaz bir bütün oluşturur³. Demokratik hukuk

¹ Matthias **Jestaedt**, “Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit”, Archiv des öffentlichen Rechts, 126 (2001), s. 215.

² Gerd **Schulte-Hillen**, Transparenz in der Informationsgesellschaft, in: Informationsfreiheit, Die "gläserne Bürokratie" als Bürgerrecht? (Hrsg. Thomas Hart, Carolin Welzel, Hansjürgen Garstka), Bielefeld 2004, s. 11.

³ **Schulte-Hillen**, s. 11.

devleti şeffaflıkla ortaya çıkar ve onunla varlığını devam ettirir⁴. Bireye, devlet yönetimiyle ilgili iradesini oluşturabilmesi ve kararlarını alabilmesi için uygun bir vasatın sağlanması gereklidir. İşte demokratik hukuk devleti bu amaçla şeffaflığı üretir, onun oluşmasına imkân verir ve onu garanti altına alır. Bu ortam içerisinde de bireyler, devletle ilgili iradelerini sağlıklı bir şekilde oluşturarak kararlarını alabilirler⁵. Özgür bireylerin olduğu demokrasilerde şeffaflık bireyler açısından tıpkı nefes alıp vermeye benzer ve devlet kararlarının tartışılması, eleştirilmesi ve en doğrunun bulunması açısından bir şifre gibidir⁶.

Durum böyle olmakla birlikte demokratik hukuk devletinin şeffaflık olmaksızın var olamayacağı olgusundan, bu devlet şekli ile gizlilik, kapalılık ve sırların telif kabul etmeyeceği sonucu da çıkarılamaz. Demokratik hukuk devletinde gizlilik ve kapalılık, mutlak bir şekilde gayri meşru olarak kabul edilemez. Çünkü hiçbir devlet mutlak anlamda şeffaf olamaz. Aksine, haklı sebeplerin varlığı halinde demokratik hukuk devletinde de gizlilik ve kapalılığa ihtiyaç vardır. Diğer bir ifadeyle demokratik hukuk devletinde de gizlilik ve kapalılık haklı sebeplerin bulunması halinde meşru olarak kabul edilebilir. Demokratik hukuk devleti uygulamalarına bakıldığında haklı gizlilik sebeplerinin esas olarak iki alt grupta toplandığı, bunların da kendi içerisinde başkaca alt gruplara ayrıldığı görülmektedir.

Demokratik hukuk devletlerinde birinci grupta yer alan gizlilik sebepleri, devletin varlığı, ülkesi ve milletinin birliği ve bütünlüğüne tehdit oluşturan tehlikelere karşı, bunların savunulması ve korunmasının aracı olarak hizmet etmektedir. Burada gizlilik, dışarının vukufiyetinin engellenmesi ile devletin kendi bağımsızlığına, birlik ve bütünlüğüne yönelik, dışarıdan gelecek saldırı, baskı, müdahale, ihlâl ve benzeri olumsuz etkilere karşı bir koruma aracı olarak karşımıza çıkmaktadır⁷.

4 Dieter **Kugelman**, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers: Grundlagen und verwaltungsrechtliche Grundstrukturen individueller Rechte auf Zugang zu Informationen der Verwaltung, Mohr-Siebeck, Tübingen 2001, s. 7.

5 **Jestaedt**, s. 215-216.

6 Otto **Depenheuer**, Zur Dialektik eines demokratischen Lebensgesetzes Öffentlichkeit und Vertraulichkeit, Die Politische Meinung, Nr. 391, Juni 2002, s. 17.

7 **Jestaedt**, s. 238.

İkinci grupta yer alan gizlilik sebepleri ise devlet dışındaki gerçek ve tüzel kişilerin kimlik ve kişiliğinin korunmasına hizmet eder. Demokrasinin bir gereği olan şeffaflık, elbette ki toplum ile devlet arasındaki ayrımı varsaymakta, diğer ifadeyle genel ile özeli birbirinden ayırmaktadır. Bu düşünce yapısında ancak kamusal işler, fakat sadece bunlar, şeffaflık ve açık tartışma kuralına tabidir⁸. Kendini bireyden ayıran demokratik hukuk devleti, kişilerin hukuken korunmaya değer maddi ve manevi varlıklarını ve bütünlüklerini alenilik karşısında korumak ve gerekli hallerde elinde bulundurduğu kişilere ait bilgi ve belgeleri gizli tutmak zorundadır. Burada korunan değer bireyin bireyselliği ve kişiliği, diğer ifadeyle özel hayatının dokunulmaz alanıdır. Gizliliğin bu anlamda korunması, bugün “kişisel verilerin korunması” başlığı adı altında ele alınmaktadır⁹.

Özel hayatın ve kişisel verilerin korunması gereği, bütün demokratik rejimlerin tartışmasız kabul ettiği bir olgudur¹⁰. Özel hayat ve kişisel veriler, kişinin sadece kendisini ilgilendiren, toplumsal olmayan kişisel ilişkileri ve varlığıdır¹¹. Bireyin toplum içerisinde kişiliğini oluşturabilmesi¹² ve bağımsız bir varlık olarak yaşayabilmesi için, onun özel hayatına ve kişiliğine ilişkin bilgilerin korunmasına, diğer ifadeyle gizliliğe ihtiyaç bulunmaktadır. Bugün modern devletler, kişilerin özel hayatları ve kişiliklerine yönelik birçok bilgiyi ellerinde bulundurmaktadırlar. Bu bilgilerin üçüncü kişilerin eline geçmesi bireyin temel hak ve özgürlükleri ile özel hayatına büyük bir tehdit oluşturabilmekte veya bunların zarara uğramasına yol açabilmektedir¹³. İşte bu noktada şeffaflığın maddi bir istisnası olarak genel olarak gizlilik, özel olarak da kişisel verilerin korunması, özel hayatın ve kişiliğin korunmasının bir aracı olarak hizmet etmektedir. Kişilerin, dini ve siyasi görüşleri, aile hayatına ilişkin durumu, sağlık durumu, malvarlığı durumu, vergi ve mali işleri ile şirket ve işletmelerin üretim teknik ve stratejileri, mali ve ticari bilgileri gibi ekonomik ve sınai bilgiler bu kapsamda değerlendirilmekte ve devlete bunları gizli tutma yükümlülüğü getirilmektedir.

⁸ Depenheuer, s. 18.

⁹ Jestaedt, s. 241.

¹⁰ Aynı yönde bkz., Ramazan Şengül, “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Türk Kamu Yönetimini “Camdan Eve” Dönüştürür Mü?”, AÜSBFD, C. 60, S. 3, 2005, s. 229.

¹¹ Musa Eken, Yönetimde Şeffaflık (Teori-Uygulama), Adapazarı 2005, s. 10.

¹² Depenheuer, s. 24.

¹³ Eken, Yönetimde Şeffaflık, s. 10-11.

Çalışmamızda demokratik hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olan şeffaflığın bir unsuru olarak bilgi edinme hakkı ile bunun bir istisnası olarak kişisel verilerin gizliliği ve korunması meselesi ele alınacaktır. Çalışmada öncelikle bilgi, bilgi edinme ve bilgiye erişim kavramları ortaya konulacak, buna paralel olarak da bilgi edinme hakkı ile bilgi edinme özgürlüğü birbirinden ayrılarak incelenecektir. Daha sonra asıl konumuz olun bilgi edinme hakkı ile bunun istisnası olarak kişisel verilerin gizliliği ve korunması meselesi değerlendirilecektir.

I. BİLGİ VE BİLGİ EDİNME/BİLGİYE ERİŞİM

Latince “information” kelimesinin karşılığı olarak bilgi, Türkçede muhakeme yapabilmek ve bir yargıya ulaşabilmek için gerekli unsurların her birini, bir şeyi bilme durumunu ifade etmektedir¹⁴. Bu açıdan bakıldığında bilgi, bir nesne ya da enerji değil; sosyal hayatta kişiler arası iletişimi sağlayan, algılanabilen, aktarılabilen, öğrenmeyi ve tanımayı arttıran bilincin ham maddesidir¹⁵. Hayatın temel unsurlarından biri olarak bilgi, sosyal hayatta kişiler arası iletişimi sağlayan, algılanabilen, aktarılabilen bir olgudur. O halde, bilgi, algılanabilen ve böylece kişiler arası aktarılabilen her şeyin toplamı veya bu toplamın herhangi bir parçasıdır. Bilgilenme ve bilgi verme anlamında günlük hayatta, belirsizliği azaltan ya da ortadan kaldıran şey ise “algı”dır¹⁶. Türk Dil Kurumunun Büyük Türkçe Sözlüğü’nde “bilgi” kelimesinin birçok anlamı verilmekle birlikte, kelime, konumuzla alakalı olarak şu şekilde tanımlanmaktadır¹⁷: “1. İnsan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü, bili, malumat. 2. Öğrenme, araştırma veya gözlem yolu ile elde edilen gerçek, malumat, vukuf. 3. Öğrenme, araştırma ya da gözlem yolu ile edinilen gerçekler.”

Bilgiler faaliyetlerin ürünüdür fakat aynı zamanda faaliyetleri de etkiler¹⁸. Bilgi, yorumlar ihtiva eder. Sosyal iletişim sürecinde asla tarafsız

¹⁴ Emre **Atalay**, “Bilgi Edinme Özgürlüğü”, Manisa Barosu Dergisi, S. 62-63, Y. 16, Temmuz/Ekim 1997, s. 17; Gürsel **Özkan**, Demokratik Yönetimin Birinci Adımı Bilgi Edinme Hakkı, Ankara 2004, s. 37.

¹⁵ Bahtiyar **Akyılmaz**, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 159; **Özkan**, s. 37.

¹⁶ **Akyılmaz**, s. 151.

¹⁷ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, E.T. 22.10.2009.

¹⁸ **Kugelmann**, s. 17.

olmaz; daima bir amaca yönelik ve belli bir yorum yüklenerek oluşturulur¹⁹. Hukuki açıdan insan zihninin içindeki bilgi herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Bilginin hukuken bir anlam ifade edebilmesi için, kayıt altına alınması gerekir ki, bu durumda karşımıza bilgi kaynağı veya belge olarak adlandırılan kavram çıkmaktadır²⁰. Bilgi kaynağı/belge, bilginin somutlaştırıldığı, kayıt altına alındığı, tespit edildiği maddi bir objeyi ifade etmektedir.

Geniş anlamda belge, bilginin kayıt altına alındığı kamusal makamların elinde olsun veya olmasın, gazete, dergi, kitap, film, fotoğraf, teyp, bilgisayar, VCD, DVD, flash disk gibi her türlü yazılı, basılı, görsel ve işitsel bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını ifade etmektedir. Dar anlamda belge ise, kamusal makamların ellerinde bulunan bilgilerin kayıt altına alındığı her türlü yazılı, basılı, görsel ve işitsel bilgi, haber ve veri taşıyıcılarıdır. Nitekim Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 3. maddesinin (d) bendinde belge kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu, “*kurum ve kuruluşların sahip oldukları bu Kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plan, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcıları...*” şeklinde ifade edilmiştir.

Bilgi edinme kavramına gelince, bilgi edinme, bireyin gerek bir birey gerekse yaşadığı toplumun bir parçası olarak hayatını devam ettirme sürecinde, zorlukları aşma ve kolaylığı yakalama konusunda belli bir düşünce ve kanaate ulaşabilmesi için gerekli olan verileri çevresinden toplamasıdır. Bireyin elde edeceği verilerin kaynağı olan çevre, sadece kamu kurum ve kuruluşları olmadığı gibi, içinde yaşadığı toplumla da sınırlı değildir. Bilim ve teknoloji alanındaki gelişmeler, siyasi sınırların anlamsızlaşmasına, ülke sınırlarını ortadan kaldıran sosyal ve ekonomik faaliyetlerin hızla artmasına yol açmış, kitle iletişim araçlarının dünyayı küçük bir köy haline getirmesi ve buna paralel olarak da bilgi akışının bütün insanlığa yönelmesi, sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçiş sonucunu doğur-

¹⁹ Kugelman, s. 17.

²⁰ Özkan, s. 37.

muştur. Bu açıdan bakıldığında bireyin hayatını kolaylaştırmak için gerekli olan bilgiler, sadece devletin elinde ve içinde yaşadığı toplumda mevcut olan verilerle sınırlı değildir²¹.

Bireyin kendisine gerekli olan bilgiler, başta devletin elindeki veriler olmak üzere, içinde yaşadığı toplum ve hatta onu aşan bir çevre olunca, bilgi edinme olgusunu da buna göre dar ve geniş anlamda ele almak mümkündür. En dar anlamda bilgi edinme, hakkında işlem yapılmış/yapılacak veya karar alınmış/alınacak kimsenin idareden işlem dosyasındaki bilgileri öğrenebilmesini ifade ederken, geniş anlamda, devlet ve onun adına hareket eden kişi, kurum ve kuruluşların kararları, eylem ve işlemleri ile ilgili bilgi ve belgelerin elde edilebilmesi olgusudur²². En geniş anlamıyla ise, bireyin başta içinde yaşadığı toplum olmak üzere bütün dünyayı kapsayacak bir şekilde çevresinden veriler toplayabilmesidir.

II. HAK VE ÖZGÜRLÜK AYIRIMI AÇISINDAN BİLGİ EDİNME

A. Genel Olarak

Doktrinde, bilgi edinme olgusunu, diğer ifadeyle bireyin çevresinden gerek bir birey gerekse yaşadığı toplumun bir parçası olarak hayatını devam ettirme sürecinde, zorlukları aşma ve kolaylıkları yakalama konusunda belli bir düşünce ve kanaate ulaşabilmesi için gerekli olan verileri toplaması olgusunu ifade etmek üzere “*bilgi edinme hakkı*” ve “*bilgi edinme özgürlüğü*” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Durum böyle olmakla birlikte, bilgi edinmenin bir hak veya özgürlük olarak ifade edilmesi sorunu, basit bir ifade farklılığı sorunundan öte, hukuk açısından bazı önemli ve farklı sonuçlar doğuracak bir konudur.

Gerçekten bilgi edinmenin bir hak olarak kabul edilmesi durumunda bu hak, hak sahibi olan bireye devlet ve diğer kişilerden bilgileri isteme ve bu istemin muhataplarına da bu bilgi ve belgeleri verme yükümlülüğü getirir. Çünkü hak, hak sahibinin kendi fiilinden çok karşıdaki kişilerin fiilleriyle gerçekleşen bir durumu ifade etmekte ve hak sahibi bireye, isteme yetkisini vermekte, karşıdaki muhataplarına da saygı gösterme ve

²¹ N. İlker Çolak, “Bilgi Edinme Hakkı, Önemi ve Bilgi Verme Yükümlülüğü”, e-akademi, S. 39, (Mayıs 2005), prg, 13, <http://www.e-akademi.org/makaleler/nicolak-1.htm>, E.T. 03.05.2009.

²² Musa Eken, “Bilgi Edinme Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan, C. 17-18, S. 1995-1996, s. 63; Eken, Yönetimde Şeffaflık, s. 64.

hakkın gerçekleşmesi için gerekli edimlerde bulunma yükümlülüğünü getirmektedir. Bundan başka bu edimlerin yerine getirilmemesi veya bireyin bilgi edinme hakkına saygı gösterilmemesi halinde de, bireye hakkını yargı organları önünde talep etme yetkisini verecektir.

Bilgi edinme olgusunun bir özgürlük olarak kabul edilmesi durumu ise bizi farklı sonuçlara götürür. Çünkü özgürlükler, devlete ve diğer kişilere, olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğünden çok hareketsiz kalma, pasif durumda bulunma, diğer ifadeyle kişinin özgürlüğüne müdahale etmeme yükümlülüğü getirmektedir. Bilgi edinme olgusunun özgürlük olarak kabul edilmesi durumunda, bilgi edinme, kişinin kendi eylemiyle gerçekleşeceği için, bireye, devlet veya başkalarından bilgi edinme özgürlüğünün gerçekleşmesi için herhangi bir isteme yetkisi vermeyecektir. Bu durumda da devlete ve diğer kişilere özgürlüğün gerçekleşmesi açısından olumlu bir davranışta bulunma yükümlülüğü ortaya çıkmayacak, buna paralel olarak da yargı organları önünde talep edilememe sonucu doğacaktır.

Kanaatimizce bilgi edinme olgusunun hak veya özgürlük olarak nitelendirilmesi bilgi, belge ve bilgi edinme kavramlarına verilecek anlamlarla yakından alakalıdır. Bu kavramlara verilecek anlamlara paralel olarak, bilgi edinme hem hak hem de özgürlük olarak nitelendirilecek bir olgudur. Gerçekten de yukarıda açıklandığı üzere bilgi, belge ve bilgi edinme kavramları geniş anlamda kullanıldığında bu kavramlar, kamusal makamların elindekiler dahil, her türlü veriyi, bu verilerin kayıt altına alındığı belgeleri ve bunların elde edilmesini kapsar. Bu durumda da bireyin elde edeceği verilerin kaynağı olan çevre, sadece kamu kurum ve kuruluşları olmadığı gibi, içinde yaşadığı toplumla da sınırlı değildir. Bu kavramları geniş anlamda ele aldığımızda, birey açısından bilgi edinme olgusunun bir özgürlük olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Halbuki bu kavramlar dar anlamda ele alındığında ise, sadece kamusal makamların ellerindeki genel olarak erişilebilir olmayan bilgi, belge ve bunların elde edilmesi yetkisini içermesi ve kamu makamlarının da bu bilgi ve belgeleri verme yükümlülüğü altında olması bakımından bir hak olarak değerlendirilmesi lazımdır.

Çalışmamızın ana konusu bilgi edinme hakkı ve onun sınırı olarak kişisel veriler olunca, bilgi edinme olgusunun bizi esas itibariyle hak boyutu ile ilgilendirmektedir. Ancak şeffaflık, devletin herhangi bir talebe bağlı olmaksızın aktif şeffaflık şeklinde kendini görülebilir kılmasını da içermesi

açısından²³, özgürlük olarak bilgi edinme şeffaf devlet kavramıyla yakından alakalıdır. Bilgi edinme özgürlüğü, şeffaf devletin vazgeçilmez bir unsurudur. Bu nedenle burada bilgi edinme özgürlüğü hakkında da kısaca bilgi vermekte fayda bulunmaktadır.

B. Bilgi Edinme Özgürlüğü

Bilgi edinme özgürlüğü bilgi edinme hakkından farklı olarak, kişinin herkes tarafından ulaşılabilir, kamuya açık kaynaklardan bilgi edinebilmesini garanti altına alan bir özgürlüktür²⁴. Özgürlük olarak bilgi edinme, düşünce ve ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, kitle iletişim özgürlüğü, haberleşme ve bilim ve sanat özgürlüğü gibi özgürlüklerle iç içe geçmiştir²⁵. Nitekim Birleşmiş Milletler Genel Kurulu da 14 Aralık 1946'da yayımlanmış olduğu bildirisinde *“bilgi edinme özgürlüğü temel insan hakkıdır ve Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği bütün özgürlüklerin mühenk taşıdır.”* demek suretiyle bilgi edinme özgürlüğünün diğer hak ve özgürlükler açısından önemine vurgu yapmıştır²⁶.

23 Şeffaflık kavramını çeşitli açılardan sınıflandırarak türlere ayırmak mümkün ise de en önemli sınıflandırmalardan biri aktif şeffaflık-pasif şeffaflık ayrımıdır. Aktif şeffaflık, devlet organları ve idari makamların vatandaşların herhangi bir talebi olmaksızın kendiliğinden bilgi vermesi, kendini görülebilir kılması demektir. Pasif şeffaflık ise vatandaşın talebi üzerine gerçekleşen şeffaflıktır. Pasif şeffaflık kamu makamlarının bilgiye erişim talebini beklediği şeffaflık şekli olduğundan, bazen *“başvuru üzerine şeffaflık”* olarak da ifade edilmektedir²³. Aktif şeffaflık, adından da anlaşılacağı üzere faal olarak devletin kendi girişimiyle *“başvuru olmaksızın”* gerçekleşen şeffaflıktır. Diğere ifadeyle aktif şeffaflık devletin bilgi verme ödevini, pasif şeffaflık ise vatandaşın bilgi edinme hakkını ifade etmektedir (Bu konuda bkz., Ayhan **Döner**, Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 22-32).

24 Marion **Albers**, “Verfassungsrechtliche Grundlagen einer transparenten Verwaltung”, in: Bettina Sokol (Hrsg): Symposium Informationsfreiheit, Duesseldorf 2004, s. 39; **Atalay**, s. 17.

25 **Çolak**, Bilgi Edinme Hakkı, prg. 13. Bilgi edinme özgürlüğünün çeşitli hak ve özgürlükler ile ilişkisi konusunda bkz., **Atalay**, s. 21 vd; Nihan **Yancı**, Çevresel Bilgilenme Hakkı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004, s. 23 vd.

26 **Atalay**, s. 23.

Bilgi edinme özgürlüğünün başta Anayasamız olmak üzere birçok anayasa ve uluslararası metinde düşünce özgürlüğünün içinde düzenlendiğini görülmektedir²⁷. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 19. maddesine göre, “Herkesin düşünce ve ifade özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan araştırmak, elde etmek ve yaymak hakkını gerekli kılar.” Bu özgürlük Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde daha güçlü bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, “Herkes görüşlerini açıklama ve ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.” Özgürlük, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 19. maddesinde ise, “Herkesin, bir müdahale ile karşılaşmaksızın fikirlere sahip olma hakkı vardır. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak bir kimsenin ülke hudutlarıyla sınırlanmaksızın sözlü, yazılı veya basılı veya sanatsal ürün şeklinde veya kendi tercih ettiği başka bir iletişim vasıtasıyla her türlü bilgi ve düşünceyi arama, edinme ve ulaştırma özgürlüğünü de içerir.” ifadeleriyle yer almıştır.

Bilgi edinme özgürlüğüne 1982 Anayasası da 26. maddesinde, “haber veya fikir alma” serbestliği şeklinde düşünce özgürlüğünün içerisinde yer vermiştir. Maddeye göre, “herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar.”

Gerek Anayasamız gerekse uluslararası metinlerde bilgi edinme özgürlüğüne düşünce özgürlüğünün içinde yer verilmesinin en önemli sebeplerinden biri, düşünce oluşumu ile bilgi edinme özgürlüğü arasındaki

²⁷ Düşünce özgürlüğünü ifade etmek üzere doktrinde çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. Bunlar ifade özgürlüğü, düşünce özgürlüğü, düşünme ve tartışma özgürlüğü, söz (konuşma) özgürlüğü ve düşünme özgürlüğü şeklinde sıralanabilir. Ayrıca düşünmenin kişinin iç dünyasına dönük olduğu, bu nedenle hukukun ilgi alanına girmediği, ifade ve açıklamanın ise dışa dönük olduğu ileri sürülerek bu özgürlüğün düşünce ve düşünceyi açıklama (ifade) özgürlüğü şeklinde ifade edildiği de görülmektedir. (Bu konuda bkz., Reyhan Sunay, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001, s. 5-6).

ilişkinin diğer özgürlükler arasındaki ilişkiden çok daha belirgin olmasından kaynaklanmaktadır. Düşünce özgürlüğü ile bilgi edinme özgürlüğü arasında mutlak bir ilişki bulunmaktadır ki, yeterli ve doğru bilgi edinemeyen birey ve toplumlar yeterli düşünce özgürlüğü güvencesine de sahip olamazlar²⁸. Bilgi edinme özgürlüğü, düşünceye ham madde sağlar; bilginlenme, düşünme imkânlarını geliştirir²⁹. Düşünce özgürlüğü bilgi edinmeyi içermezse anlamsızlaşır. Bu sebeple bilgi edinme özgürlüğü düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünün sonucu değil vazgeçilmez bir ön koşulu ya da temel unsurudur³⁰. Çünkü düşüncenin serbestçe oluşabilmesi için, bireyin bilgi edinme imkânlarının kısıtlanmamış olması gerekir. Bireyin bilgi kaynaklarından bilgi edinebilmesi mümkün olmazsa, doğasına aykırı olarak olağanüstü dar sınırlara mahkûm edilmiş olur³¹.

Bilgi edinme özgürlüğü ile düşünce özgürlüğü arasındaki bu sıkı ilişkiye rağmen, bilgi edinme özgürlüğü düşünce özgürlüğünden bağımsız bir özgürlüktür³². Gerçi klasik eğilim bilgi edinme özgürlüğünü bağımsız bir özgürlük olarak tanımak yerine, düşünce özgürlüğünün bir boyutu olarak kabul etme şeklindedir. Ancak yeni eğilim, düşünce özgürlüğü ile bilgi edinme özgürlüğü arasındaki ilişkiyi göz ardı etmeksizin bilgi edinmeyi ayrı bir özgürlük olarak görmek yönündedir³³. Nitekim düşünce özgürlüğü, bireyin serbest bir şekilde düşünce oluşturma ve oluşturmuş olduğu bu düşünceyi başkalarına serbest bir şekilde yayma hakkını garanti altına alırken, bilgi edinme özgürlüğü, bireyin kendini bilgilendirmesi hakkını garanti altına almaktadır³⁴.

Bilgi edinme özgürlüğünün devletin müdahalesi olmaksızın genel bilgi kaynaklarından istediği konularda doğrudan veya dolaylı bilgi ve haberleri araştırma ve elde etme özgürlüğü ile bunları iletme özgürlüğünden

28 **Yancı**, s. 24.

29 İbrahim Ö. **Kaboğlu**, *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 336; **Atalay**, s. 21; **Yancı**, s. 26.

30 **Kaboğlu**, s. 336; **Yancı**, s. 26.

31 **Atalay**, s. 21.

32 **Atalay**, s. 21.

33 **Yancı**, s. 28.

34 **Atalay**, s. 21.

oluşan iki temel unsuru bulunmaktadır³⁵. Bilgi edinme özgürlüğü açısından bilgi kaynağı, bilgi ve haberleri ifade etmeye ve iletmeye yarayan, yazılı, görsel ve işitsel her türlü kamuya açık diğer ifadeyle genel olarak erişilebilir bilgi aracını ifade etmektedir. Bu mânada gazete, dergi, radyo, televizyon, film, bilgisayar ve internet gibi kitle iletişim araçları ile el ilanları, reklam ve propaganda broşürleri, müze, sergi, kütüphane, kamuya açık konuşmalar, ilan panoları, belgeseller, uçaklardan atılan ticari ve siyasi içerikli bildiriler vb. bilgi kaynakları arasında sayılmakta ve bilgi edinme özgürlüğünün kapsamında kabul edilmektedir³⁶.

Bilgi edinme özgürlüğü, bireylerin kamuya açık bilgi kaynaklarından müdahale olmaksızın bilgi edinebilmesinin yanı sıra, edinilmiş olan bilgilerin saklanması hakkını da ihtiva etmektedir. Buradaki saklama, yazıyla, arşivleme, video veya ses bandı ya da bilgisayar gibi elektronik araçlarla saklamayı içermektedir³⁷.

Bilgi edinme özgürlüğü yalnızca bireysel bir hak değil, aynı zamanda toplumun bir bütün olarak kitle iletişim araçlarından serbest bir şekilde bilgi edinebileceği kolektif bir haktır³⁸. Bu nedenle bilgi edinme özgürlüğünün korumasından öncelikle, basın, haber ajansları ile meslekleri gereği bilgi araştırma durumunda olan muhabir, fotoğrafçı ve diğer medya mensupları yararlanmaktadır. Bu meslek grubundaki kişiler açısından bilgi edinme özgürlüğü özel bir öneme sahiptir. Bunların toplumu bilgilendirebilmeleri için devlet müdahalesi olmaksızın, her şeyden önce kendilerinin bilgileri araştırabilmesi ve edinebilmesi gerekmektedir³⁹. Bu açıdan bakıldığında, medya mensuplarının haber toplama hakkı, bilgi edinme özgürlüğünün önkoşulu haline gelmektedir. Bu da devletin bilgi kaynakları konusunda halkı bilgilendirme görevini gerçekleştiren kimseleri engellemeye yükümlülüğünü doğurmaktadır⁴⁰.

Bilgi edinme özgürlüğü, bireyin ve toplumun bilgi kaynaklarına erişimi noktasında sadece devletin müdahale etmemesiyle, bilginin serbestçe

³⁵ **Kaboğlu**, s. 336; **Sabahattin Nal**, “Karşılaştırmalı Hukukta Enformasyon Hakkı”, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 711.

³⁶ **Nal**, s. 711; **Atalay**, s. 18.

³⁷ **Atalay**, s. 18.

³⁸ **Nal**, s. 714.

³⁹ **Atalay**, s. 19.

⁴⁰ **Nal**, s. 721.

dolaşımına karışmamasıyla gerçekleşmez; aynı zamanda bu özgürlüğün etkili bir şekilde kullanılabilmesi için devletin somut bazı olumlu yükümlülükler altına girmesini de gerektirir⁴¹. Diğer ifadeyle devletin bilgi edinme özgürlüğü ile ilgili olarak bilginin serbestçe dolaşımına müdahale etmemenin yanında, bu özgürlüğün etkili bir şekilde kullanılması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu nedenle bilgi edinme özgürlüğünün bir gereği olarak devlet, bir bilgi (enformasyon) ağı kurmak ve kurmuş olduğu bu bilgi ağıyla hem bilgi toplamak, hem de elindeki bilgileri, ilgililere ve kamuoyuna iletmek yükümlülüğü altına sokulmaktadır⁴².

C. Bilgi Edinme Hakkı

Bilgi edinme hakkı, herhangi bir müdahale olmaksızın bireyin ve toplumun herkes tarafından ulaşılabilir, kamuya açık kaynaklardan bilgi edinebilmesini garanti altına alan bilgi edinme özgürlüğünden farklı olarak, başta devletin elindekiler olmak üzere, genel olarak erişilebilir olmayan bilgi kaynaklarından bilgi elde edilmesini garanti altına alan bir haktır. Bu hak, herhangi bir özel yararın ispatına gerek olmaksızın, devletin elindeki bilgileri bireylerin elde edebilmesini garanti altına alır. Demokratik ve şeffaf bir devlet açısından bilgi edinme özgürlüğü devletin aktif şeffaflığının, yani talep olmaksızın devletin kendini vatandaşlar açısından şeffaf kılmasının bir gereği iken, bilgi edinme hakkı ise pasif şeffaflığın yani talep üzerine devletin şeffaflığının bir gereğidir.

Bilgi edinme hakkı, şeffaf devlet, yönetimde şeffaflık veya günışığında yönetim ilkelerinin gelişimine paralel olarak 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren gelişmeye başlamıştır⁴³. Özellikle 20. yüzyılla birlikte teknolojik gelişmelere paralel olarak devletin sosyo-ekonomik ve kültürel alana müdahalesindeki artışlar, devlet yönetimindeki yozlaşma ve yolsuzlukların artışı ile toplumdaki eğitim düzeyindeki yükseliş ve bununla bağlantılı olarak toplumda kamusal sorunlara olan ilginin gelişmesi, şeffaflık düşüncesinin, bu arada da onun bir gereği olarak bilgi edinme hakkının

⁴¹ Nal, s. 721.

⁴² Kaboğlu, s. 337.

⁴³ Eken, Bilgi Edinme Hakkı, s. 61; Ramazan Yıldırım, “İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü”, TC Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu (Ankara, Türkiye, 17-18 Ocak 1998), s. 227.

olgunlaşmasına katkıda bulunmuştur⁴⁴. Bu gelişmelerde, yönetenler-yönetilenler ayırımına dayanan klasik anlayışın terk edilerek, kamu hizmetini sunanlar ve bunlardan yararlananlar ayırımına dayanan anlayışın yerleşmesinin de büyük etkisi olmuştur⁴⁵.

Modern devletin temel özelliklerinden biri çeşitli konularda bilgiler toplamasıdır. Bu durum yönetimin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi amacının yanında, toplumla sağlıklı bir iletişim kurabilmesinin de gereğidir. Ancak vatandaşlar açısından da devletin elindeki bilgilere erişebilmek hayati bir önemi haizdir. Çünkü iletişim ve bilgilenme demokratik süreçlere katılabilmenin şartıdır ve yukarıda da belirtildiği üzere ancak iyi bilgilenmiş olan bireyler demokratik irade oluşumuna katılabilirler. Devletin faaliyetleri hakkındaki bilgilerin bireyler tarafından elde edilebilmesi, kamusal makamların genel olarak gözlemlenmesi ve denetlenmesini mümkün kılar. Devletin elindeki bilgileri elde edebilen bireyin hukuki güvenliğine de katkıda bulunur⁴⁶.

Bilgi edinme hakkının temel unsurunu, bireylerin, devletin/idarenin elindeki bilgilere erişimi oluşturmaktadır. Bu temel unsur dikkate alınarak bir tanım yapılacak olursa, bilgi edinme hakkı, devletin/idarenin tek taraflı iradesiyle, kişilerin ve toplumun hukuki durumunda değişiklik oluşturan eylem, işlem ve kararlarına ilişkin bilgilerin herhangi bir özel yararın ispatına gerek olmaksızın, bireyler tarafından elde edilebilmesini garanti altına alan bir insan hakkı olarak tanımlanabilir.

Her hak, hakkın sahibine olumlu veya olumsuz bir talepte bulunma, diğer ifadeyle devletten veya diğer kişilerden hakka saygı gösterilmesi ve hakkın gerçekleştirilmesi için gerekli edimlerde bulunmalarını isteme yetkisi verir. Bilgi edinme hakkı da hakkın sahibi kişilere bir yandan başta devlet olmak üzere bilgiyi elinde bulduran kişi, kurum ve kuruluşlardan bilgi elde edebilme, diğer bir ifadeyle bilgi ve belge talebinde bulunabilme yönünde bir isteme yetkisi verirken, diğer taraftan muhataplarına da bilgi verme ödevi yüklemektedir. Bu sebeple bilgi edinme hakkının temelde *bilgi ve belgeleri elde etme hakkı ve bilgi verme ödevi* şeklinde iki yönü bulunmaktadır.

44 **Eken**, Bilgi Edinme Hakkı, s. 61; **Eken**, Yönetimde Şeffaflık, s. 59.

45 **Yıldırım**, s. 227; **Özkan**, s. 46.

46 Alexander **Erdelt**, "Informationszugang und das Recht auf Information", DuD, (2003) 8, s. 465.

Kişilerin elde etmek isteyeceği bilgiler, çevresindeki kamusal veya özel farklı kişi, kurum veya kuruluşlarda bulunabilir. Esasen bilgi edinme hakkı kişinin çevresindeki bütün kişi, kurum ve kuruluşlardaki bilgileri talep edebilme ve bunları elde edebilme imkânını ifade etmekle birlikte, bilgi edinme hakkı denildiğinde, öncelikle kişilerin resmi bilgileri diğer ifadeyle devletin elindeki bilgi ve belgeleri elde etme hakkı anlaşılmaktadır. Nitekim başta bizim Bilgi Edinme Hakkı Kanunumuz olmak üzere, birçok devlet, bilgi edinme kanunlarında, kişilerin, devletin elindeki bilgi ve belgeleri elde etme hakkını düzenlemiştir. Bu sebeple bilgi edinme hakkının en önemli boyutunu, devletin elinde bulunan bilgilere kişilerin erişme imkanına sahip olması oluşturmaktadır. Bu yüzden bilgi edinme hakkından bahsedilirken bilgi edinme özgürlüğünün aksine akla esas itibariyle, devletin elindeki bilgi ve belgeleri elde etme gelmektedir.

III. GENEL OLARAK BİLGİ EDİNME HAKKININ SINIRLARI

Temel hak ve özgürlükler ancak toplumsal düzen içerisinde bir anlam ve değere sahiptir. Hiçbir toplum sınırsız bir özgürlük anlayışıyla varlığını sürdüremez. Çünkü sınırsız özgürlük toplumsal hayatta anarşiyi, anarşi de özgürlüklerin yaşanamayacağı bir ortamı doğurur. Bu nedenle, devlet ve toplum hayatının var olabilmesi ve sürekliliğinin sağlanabilmesi bakımından temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kaçınılmazdır. Bu yüzden en geniş özgürlük anlayışına sahip olan rejimler dahi, özgürlüklerle kamu yararının gerektirdiği devlet ve toplum düzeninin gereklerini bağdaştıracak tedbirleri almak durumundadır⁴⁷.

Hak ve özgürlüklerin sınırlanması toplum hayatı ve kamu düzeni açısından zorunlu olduğu kadar, kişilerin kendi menfaatleri açısından da gereklidir. Çünkü sadece genel ilkeler şeklinde ilan edilen, fakat sınırları ve nasıl kullanılacağı tespit edilmeyen özgürlüklerin kişiler bakımından pratik bir değeri bulunmamaktadır⁴⁸. Bu sadece bir özgürlük vaadidir. Bu vaatlerin bireyler açısından bir anlam ifade edebilmesi, yani hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için, devletin kanunlarla özgürlükleri düzenlemesi; herkesin hak ve özgürlüklerinin nerede başlayıp nerede bittiğinin ve

⁴⁷ Münci **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981, s. 228; Hayati **Hazır**, Anayasa Hukuku, Alter Yayınları, Ankara 2004, s. 101; Halil **Kalabalık**, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 121.

⁴⁸ **Kapani**, s. 229; **Hazır**, s. 101.

bunların kullanılma usullerinin açıkça belirlenmesi, diğer ifadeyle sınırlanmaları gerekmektedir⁴⁹.

Bu durumda hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki amaç, onları kullanılamaz hale getirmek değil, kamu düzeninin sürekliliğini ve bu düzen içerisinde herkesin hak ve özgürlüklerinden faydalanabilmesini sağlamak olmaktadır⁵⁰. Sınırlamada bu iki amacın bir arada gerçekleştirilmesi, karşımıza özgürlük-otorite arasında hassas bir dengenin kurulması sorununu çıkarmaktadır. İlk bakışta birbirinin zıddı gibi görünen bu iki kavram aslında birbirini destekleyen kavramlardır. Bu bakımdan özgürlüklerin kullanılabilmesi için zorunlu olan kamu düzenini sağlamanın aracı olarak otoritenin özgürlüklere, özgürlüklerin de otoriteye feda edilmemesi gerekmektedir.

Gerek kamu düzeni gerekse hak ve özgürlüklerin kullanımı açısından bakıldığında, dış dünyaya yansıyan bütün hak ve özgürlüklerin sınırlanması zorunlu olduğu gibi, bilgi edinme hakkının da sınırlanması bir zorunluluktur. Belirtilen sebeplerle dış dünyaya yansıyan hiçbir hak sınırsız olamayacağı gibi, bilgi edinme hakkı da sınırsız olamaz; üstün bir yararın bulunması halinde sınırlanması kaçınılmazdır. Bireylerin her türlü bilgi ve belgeyi elde etme hakkına sahip olması, hem kamu yararı hem de diğer kişilerin hak ve özgürlükleri açısından bakıldığında mümkün değildir. Bireylerin bilgi edinme haklarının yanında kamu yararı ve diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin de korunması gereklidir. Bu nedenle, bireylerin bilgi edinme haklarından kaynaklanan kişisel yararları ile kamu yararı ve diğer kişisel yararlar arasında adil bir dengenin kurulması zorunludur.

Tabiidir ki bu denge kanunla sağlanacaktır. Bugün hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabileceği, insan hakları hukukunun en temel ilkesidir⁵¹. Bununla birlikte, bilgi edinme hakkının ancak kanunla sınırlandırılabilmesini kabul etmek, bilgi edinme hakkının sınırlandırılmasında hak sahibinin kişisel yararıyla, bununla çatışan diğer yararlar arasında adil bir dengenin kurulması açısından gerekli, ama yeterli değildir. Bilgi edinme hakkı sınırlamalarının kanunla yapılmasının yanında, *meşru* bir amaca da-

⁴⁹ **Kapani**, s. 228; **Hazır**, s. 101; **Kalabalık**, s. 121.

⁵⁰ **Kapani**, s. 233; **Kaboğlu**, s. 88.

⁵¹ **Kaboğlu**, s. 90.

yanması ve demokratik bir toplum bakımından *zorunlu olması* gerekmektedir⁵². Kamu yararı ve diğer kişisel yararların bilgi edinme hakkını sınırlamayı zorunlu kıldığı sebepler, aynı zamanda bu sınırlamanın amacını oluşturur. Bu durumda bilgi edinme hakkına getirilecek olan sınırlar, ancak toplum düzeninin sürekliliğini sağlamak ve diğer kişilerin hak ve özgürlüklerini yani kişisel yararlarını korumak amaçlarına yönelik olmalıdır. Bu amaçları aşan sınırlamalar, gereksiz ve aşırıdır; dolayısıyla da meşru değildir.

Bilgi edinme hakkının sınırlanması sırasında onunla çatışan ve yarışan yararlar arasında hangisinin öncelikli olduğunun belirlenmesi, bu hakkın hayata geçirilmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Bilgi edinme hakkının kullanılmasıyla elde edilecek yarar ile kamu yararı ve diğer kişisel yararların çatışması durumunda nasıl hareket edileceğinin belirlenmesi halinde, ortaya çıkacak kargaşa, hakkın kullanılamaması, dolayısıyla ortadan kalkması sonucuna yol açabilir. Bilgi edinme hakkının adil bir denge içerisinde kullanılması, bu hakkın sınırlarının ve sınırlama ölçütlerinin belirlenmesiyle yakından ilişkilidir. Bilgi edinme hakkının sınırlarının nerede sona erdiği bilinmeden hakkın anlamlı bir şekilde kullanılması mümkün değildir. Devletin elindeki bilgi ve belgelerin elde edilmesinden kaynaklanan yarar ile gizli tutulmasından kaynaklanacak kamusal ve özel yarar arasındaki dengenin kurulması, bu doğrultuda da bilgi edinme hakkının sınırlanması konusunda dikkate alınacak kriterlerin bilinmesi büyük önem taşımaktadır⁵³. Bu önem hem bireysel yararlar hem de kamusal yarar açısından söz konusudur.

Bireylerin bilgi edinme hakkından kaynaklanan yarar ile kamusal yarar ve diğer kişisel yararlar arasında kurulacak hassas dengeyi sağlamak amacıyla ve bu denge gereğince bilgi edinme hakkının sınırlanmasında meşru amaç olarak kullanılan kriterler temelde üç grupta toplanabilir⁵⁴: a)

⁵² Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Sözleşmeyle tanınmış hak ve özgürlüklere müdahalenin Sözleşmeye uygunluğunu denetlerken *meşru amaç* ve *zorunluluk* ölçütlerini göz önünde bulundurmaktadır. Bu konuda bkz., **Kaboğlu**, s. 91 vd.

⁵³ N. İlker **Çolak**, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Sınırlama Ölçütleri”, e-akademi, S. 39, (Mayıs 2005), prg, 2-6, <http://www.e-akademi.org/makaleler/nicolak-1.htm>, E.T. 03.05.2009.

⁵⁴ **Eken**, Yönetimde Şeffaflık, s. 73-74; **Eken**, Bilgi Edinme Hakkı, s. 66. Aynı yönde **Yıldırım**, s. 235; Dietmar **Bleyl**, “Allgemeines Informationszugangsrecht und Recht auf informationelle Selbstbestimmung”, DuD, 22 (1998) 1, s. 33-34. Şengül, bilgi

Devletin ve kamunun güvenliğine ilişkin bilgiler, b) Özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin bilgiler ve c) İşletmelerin serbest rekabetini sağlamaya ilişkin bilgiler.

Bilgi edinme hakkının sınırı olan bu üç gruptan birinci grubu, devletin ve kamunun güvenliğini sağlamak amacıyla milli güvenlik, dış politika, mali politikalar, soruşturma ve kovuşturmayla ilişkin bilgiler gibi konular oluşturmaktadır.

Bilgi edinme hakkının sınırlandırıldığı ikinci istisna alanı, kamusal gizliliğin değil, özel hayatın gizliliğinin korunmasına yöneliktir⁵⁵. Toplumsal hayatın sağlıklı bir şekilde sürdürülebilmesi için özel hayata ve mahremiyetlere saygı gösterilmesi bir zorunluluktur. Aksi halde özel hayatı ve mahremiyetleri bulunmayan bireylerin sağlıklı ve iyi ilişkiler içerisinde bir arada yaşayabilmeleri düşünülemez. Kişinin rıza gösterdiği hal-ler hariç olmak üzere, kişilerin sağlık, özel ve aile hayatına, şeref ve hay-siyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine ilişkin bilgiler kişisel veri ola-rak değerlendirilmekte ve bilgi edinme hakkının istisnaları arasında kabul edilmektedir.

Nihayet üçüncü grubu, işletmelerin serbest rekabeti açısından vazge-çilmez olan ve rakipleri tarafından ele geçirilmeleri halinde olumsuz reka-bet şartlarını doğuracak işletmelerin ticari ve sınai sırları, üretime ilişkin sırları gibi bilgiler oluşturmaktadır. İşletmelerin ekonomik ve mali durum-larını ve pazar stratejilerini içeren bilgilerin üçüncü kişiler tarafından elde edilmesi, bu işletmelere zarar verme ihtimaline binaen engellenebilmek-tedir⁵⁶.

IV. BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNUNA GÖRE BİLGİ EDİNME HAKKININ SINIRLARI

A. Genel Olarak

Yukarıda belirtildiği üzere, hiçbir devlet tamamen şeffaf olamayacağı gibi, dış dünyaya yansıyan hiçbir hak da sınırsız yani mutlak olamaz. En liberal demokratik hukuk devletlerinde dahi, devletin mutlaka dışarının vukufiyetine kapalı, gizli alanları bulunmaktadır. Bu alanların dışarıya

edinme hakkının sınırlarını iki grupta ele almakta işletmelerin serbest rekabetini sağlamaya ilişkin bilgileri özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirmektedir. **Şengül**, s. 228-229.

⁵⁵ **Şengül**, s. 229.

⁵⁶ **Eken**, Yönetimde Şeffaflık, s. 75; **Eken**, Bilgi Edinme Hakkı, s. 67.

karşı gizli ve kapalı tutulması, kamusal yararın bir gereğidir. Aynı şekilde kişisel yararlar da bazen gizliliği gerekli kılabilir. Gerek kamusal gerekse kişisel yararlar, bilgi edinme hakkının da diğer haklar gibi sınırsız olmaması, hakkın belli sınırlar içerisinde kullanılması zorunluluğunu doğurmaktadır. Bireylerin bilgi edinme hakkından kaynaklanan yararı ile kamusal yarar ve diğer kişisel yararlar arasında çatışma olması kaçınılmazdır; bunlar arasında bir denge kurulması, üstün ve meşru bir yararın bulunması halinde bilgi edinme hakkının da sınırlanması zorunludur. Meşru bir amaca dayanan bu sınırlama zorunluluğu, bilgi edinme hakkının temelde üç grup altında sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Bu gruplar şunlardan oluşmaktadır: a) Devletin ve kamunun güvenliğine ilişkin bilgiler, b) Özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin bilgiler ve c) İşletmelerin serbest rekabetini sağlamaya ilişkin bilgiler.

Bilgi Edinme Hakkı Kanununda da bilgi edinme hakkının sınırları düzenlenmiştir. Kanunun 4. bölümünün 15 ila 28. maddeleri, bilgi edinme hakkının istisnalarına ayrılmıştır. 4. bölüme bakıldığında on üç adet istisnanın öngörüldüğü görülmektedir. Bilgi edinme hakkının sınırlarını oluşturan bu istisnalar şunlardan oluşmaktadır: Yargı denetimi dışında kalan işlemler (m. 15), devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler (m. 16), ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi veya belgeler (m. 17), istihbarata ilişkin bilgi veya belgeler (m. 18), idari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler (m. 19), adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler (m. 20), özel hayatın gizliliği (m. 21), haberleşmenin gizliliği (m. 22), ticari sır (m. 23), fikir ve sanat eserleri (m. 24), kurum içi düzenlemeler (m. 25), kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiyeler (m. 26), tavsiye ve mütalaa talepleri (m. 27).

Temelde yukarıda belirttiğimiz üç grup altında toplanabilecek istisnaların, Kanunda on üç başlığa ayrılarak düzenlenmesi, hakkın sınırlarının net olarak belirlenmesi açısından yerindedir. Ancak düzenlemelere bakıldığında, bazı istisnalar açısından oldukça muğlak ifadelerin kullanıldığı ve bu şekilde de kurum ve kuruluşlara geniş bir takdir alanının bırakıldığı görülmektedir⁵⁷. Bu istisnaların, kimsenin tereddüt etmeyeceği, herkesin istisnaya dahil olup olmadığı konusunda aynı kararı vereceği bir şekilde

⁵⁷ Aydın **Gülân**, İdare ve Ceza Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı Paneli (5 Mayıs 2004), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 62, Ankara 2004, s. 107.

ayrıntılı ve net olarak düzenlenmesi yerinde olurdu⁵⁸. Bu şekilde düzenlenmemiş olması sebebiyle, istisnalara ilişkin Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu ve yargı mercilerine önemli görevler düşmektedir. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu ve yargı mercilerinin, yapacakları yorumlarda her zaman Kanunun temel amacının demokratik ve şeffaf devletin gerçekleştirilmesi olduğunu; hak ve özgürlükler açısından serbestliğin kural, sınırlamaların ise istisna olduğunu göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.

B. Özel Hayat, Kişisel Veri Kavramları ve Bunlar Arasındaki İlişki

Görüleceği üzere bilgi edinme hakkının belki de en haklı ve meşru sınırını “özel hayatın gizliliği” oluşturmaktadır. Bu sınır bilgi edinme hakkının bir istisnası olarak, Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Çalışmamızın konusunu oluşturan “bilgi edinme hakkının istisnası olarak kişisel veriler” meselesinin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından “özel hayat”, “kişisel veri (bilgi)” kavramları ile bu kavramlar ve bu kavramların korunması arasındaki ilişkinin kısa da olsa açıklanmasında fayda bulunmaktadır.

1. Özel Hayat Kavramı

Kişilerin özel hayatı farklı alanlardan oluşmaktadır. Doktrinde bir kişinin özel hayat alanı genellikle üçe ayrılarak incelenmektedir⁵⁹. Buna göre, kişilerin özel hayat alanları, kamuya açık (ortak) alan, özel alan ve sır (gizli, giz) alan olmak üzere üç alandan oluşmaktadır⁶⁰. Kişinin herkesle paylaştığı, başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı hayat alanı

⁵⁸ **Gülan**, s. 107.

⁵⁹ Bkz., Sultan **Üzeltürk**, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 3 vd.; Oğuz **Şimşek**, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 140 vd.; Hayrunnisa **Özdemir**, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 115-117; Nesibe **Kurt Konca**, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 269 vd.; M. Ali **Zengin**, Türk Hukukunda Bilgi Edinme Hakkının Sınırları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2007, s. 69 vd.

⁶⁰ **Üzeltürk**, s. 3; **Kurt Konca**, s. 270; **Şimşek**, s. 140; **Zengin**, s. 69 vd. Özbudun, kişinin hayat alanlarını iç içe geçmiş birtakım bölgelere veya çemberlere benzetmektedir. “‘Çekirdek benlik’ (core self) denilebilecek olan en iç çember, kişinin normal

kamuya açık (ortak) hayat alanıdır⁶¹. Bu alanın dışı açık olması sebebiyle, bu alana müdahale tamamen serbest değilse de sıkı olmayan şartlara bağlıdır⁶². Bu alana, kişinin adı, mesleği, telefon numarası ve adresi dahil sosyal ilişkilerle ilgili olan bilgileri örnek verilebilir. Kişinin özel alanı, ailesi ve arkadaşları gibi yakın çevresindeki belli kimselere açık olan alanıdır⁶³. Bu alan içerisinde kişi, toplumdan izole olmuş olarak değil, aksine topluma ait ve topluma bağlı bir öz olarak kabul edilmekte ve kendi çevresiyle ilişki ve iletişim içerisinde olabilmektedir⁶⁴. Kamuya açık (ortak) alanın aksine özel hayat alanında, kişilerin hayat alanı sadece belli kişiler tarafından bilinir ve kişiler bu alana giren ilişkilerini kamudan hep saklı tutar⁶⁵. Bu alana ancak, ölçülülük ilkesi dairesinde, kamu yararı nedeniyle ve çok sıkı şartlar altında müdahale edilebilmektedir⁶⁶. Kişinin özel alanına ilişkin verilebilecek tipik örnek, aile ve ev hayatıdır. Nihayet kişinin çoğu zaman, sadece kendisine ait olan, yalnızca çok güvendiği kişilerle paylaştığı, başka kişilerin öğrenmesinden rahatsızlık duyduğu alan ise sır alanıdır⁶⁷. Bu alan, kişilik hakkının özüdür; insan haklarının ve özellikle özel hayatın gizliliği hakkının kamusal müdahaleye kapalı, bireylerin dokunulamayan son alanını oluşturur⁶⁸. *Özbudun*'un ifadesiyle bireyin “*çerkişirdek benliği*” denilen bu alana, zorla veya psikolojik yöntemlerle girilmesi, mutlak sınırlarının başkalarının öğrenilmesi onun için en büyük tehdittir. Bu duruma muhatap olan kişi, kendisini toplum karşısında çıplak

durumlarda hiçbir kimseye paylaşmadığı mutlak sınırları, onun en gizli duygularını, düşüncelerini, ümitlerini, korkularını, dileklerini içine alır. Bu çember bireyin tam anlamıyla kendisiyle baş başa kalacağı bir alan, onun kişiliğinin nihai sınığıdır. İkinci çemberde, kişinin kural olarak ancak en yakınlarına açacağı nisbi sınırlar vardır. Daha sonra, arkadaş ve dostlar çevresiyle paylaşılan duygu ve düşünceler çemberi gelir. En dışta, kişinin herhangi bir kimseye açıklamaktan veya kamunun bilgisine sunmaktan çekinmediği konular bulunmaktadır.” Ergun **Özbudun**, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1977, C. I, AÜHF Yayınları No. 406, Ankara 1977, s. 266.

61 **Üzeltürk**, s. 3; **Kurt Konca**, s. 270.

62 **Şimşek**, s. 141.

63 **Üzeltürk**, s. 3; **Kurt Konca**, s. 270; **Özdemir**, s. 115.

64 **Şimşek**, s. 141.

65 **Özdemir**, s. 115.

66 **Şimşek**, s. 141.

67 **Üzeltürk**, s. 3; **Kurt Konca**, s. 270; **Özdemir**, s. 117.

68 **Şimşek**, s. 140.

kalmış, alay ve ayıplama konusu olmuş, sırlarını öğrenenlerin elinde oyuncak haline gelmiş hisseder ve ruhsal bozukluklar yaşar⁶⁹. Bu alanın tipik örnekleri arasında, kişinin dini verileri, ırkı kökenine ilişkin bilgiler, sağlık verileri, cinsel hayatı, hatıra defteri, özel mektupları, meslek ve banka sırları sayılabilir.

Kişinin özel hayatının bir parçasını oluşturan kamusal alanda gerçekleşen hayatı, özel alan ve sır alanındaki kadar korunmamakla birlikte, bu husus, kişinin sosyal ve kamusal alanda özel hayatın gizliliği hakkının olmadığı ve kişisel verilerinin korumasız olduğu anlamına gelmemektedir⁷⁰. Örneğin kamuya açık bir alanda kişinin rızası dışında ve hukuka aykırı olarak fotoğrafının çekilmesi, sesinin veya video görüntüsünün kaydedilmesi suretiyle kişisel verilerinin elde edilmesi, özel hayatın gizliliği hakkının ihlali anlamına gelebilecek bir durumdur.

Özel hayatın farklı alanlardan oluştuğu kabul edilmekle birlikte, kapsamı tam olarak belirlenerek kesin bir tanımlanamamaktadır. Çünkü özel hayat, zamana, mekâna ve hatta kişiden kişiye değişmektedir⁷¹. Yine teknolojik gelişmelere paralel olarak kişilerin özel hayat alanlarına giren konular da değişime uğramakta ve kavrama yeni anlamlar yüklenmektedir⁷². Mesela önceleri kişilerin mektupları özel hayat kavramı içerisinde kabul edilirken, bugün büyük ölçüde mektupların yerini alan elektronik postalar ve telefon mesajları kavram içerisinde korunmaktadır. Bu nedenle günün değişen şartlarına göre şekillenen böylesine dinamik bir kavramın tanımlanması, kavramın kapsamını kısıtlamadan öte bir şey de değildir⁷³.

2. Kişisel Veri (Bilgi) Kavramı

Kişisel veri veya Bilgi Edinme Hakkı Kanunundaki ifadesiyle kişisel bilgi, belirli veya belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgiyi

⁶⁹ **Özbudun**, Haberleşmenin Gizliliği, s. 266.

⁷⁰ **Şimşek**, s. 142. Kişisel verilerin korunması hakkında ayrıca bkz., Nilgün **Başalp**, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 21 vd.

⁷¹ **Kalabalık**, s. 199.

⁷² **Kurt Konca**, s. 270; **Üzeltürk**, s. 3.

⁷³ Ergun **Özsunay**, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İÜHF Yayınları No: 2610, İstanbul 1979, s. 127; Cemil **Kaya**, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 265. Bununla birlikte doktrinde özel hayat çeşitli açılardan tanımlanmaya çalışılmıştır. Çeşitli tanım örnekleri için bkz., **Kaya**, s. 265; **Zengin**, s. 71.

ifade etmektedir. Kavram ulusal ve uluslararası birçok hukuki düzenlemede de benzer şekilde tanımlanmaktadır. Nitekim 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 3/d maddesinde kişisel veri kavramı, “*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanırken, Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 2 (a) maddesinde de kişisel verilerin, “*kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi (ilgili kişi) hakkındaki tüm bilgileri*” ifade edeceği belirtilmiştir⁷⁴.

Anayasa Mahkemesine göre de kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmekte ve Mahkemenin yerleşik kararlarına göre de “*...adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler...*” kişisel veri olarak kabul edilmektedir⁷⁵.

3. Özel Hayatın Gizliliği ile Kişisel Verilerin Korunması Arasındaki İlişki

Gerek özel hayat gerekse kişisel veri kavramlarına ilişkin açıklamalardan da anlaşılacağı üzere bu iki kavram birbiriyle iç içedir. Özel hayat kavramı kişisel veri kavramını da içine alan daha geniş bir kavramdır. Kişisel veri kavramı, kamuya açık (ortak) alan, özel alan ve sır (gizli, giz) alandan oluşan daha geniş bir kavram olan özel hayatın her alanında karşımıza çıkabilmektedir. Bu sebeple kişisel verilerin korunması hakkının özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının en iyi biçimde geliştirilmiş şekli olduğu kabul edilmektedir⁷⁶.

⁷⁴ Çeşitli ulusal ve uluslararası tanım örnekleri için bkz., Aydın **Akgül**, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 7-10.

⁷⁵ AYMK, E. 2018/73, K. 2019/65, 24.07.2019; E. 2013/122, K. 2014/74, 09.04.2014; E. 2014/149, K. 2014/151, 02.10.2014; E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014; E. 2014/180, K. 2015/30, 19.03.2015; E. 2015/32, K. 2015/102, 12.11.2015, www.anayasa.gov.tr, E.T. 11.04.2021.

⁷⁶ **Akgül**, s. 85.

Özel hayatın gizliliği hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı arasındaki bu ilişki nedeniyle her iki hakkın birçok ülkede özel hayatın gizliliği başlığı altında düzenlendiği görülmektedir⁷⁷. Nitekim bizde de Anayasanın ilk halinde açıkça düzenlenmeyen kişisel verilerin korunması hakkı, 2010 Anayasa değişikliğiyle özel hayatın gizliliğinin düzenlendiği 20. maddeye eklenmiş, bu suretle her iki hak arasındaki iç içelik ve ilişki açıkça ortaya konulmuştur. Kişisel Verilerin Korunması Kanununa bakıldığında da bu ilişkinin açık bir şekilde vurgulandığı tespit edilebilmektedir. Kanunun amacının düzenlendiği 1. maddesine göre, “*Bu Kanunun amacı, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir.*”

Anayasa Mahkemesi de birçok kararında özel hayatın gizliliği hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkının iç içe olduğunu, kişisel verilerin korunması hakkının özel hayatın gizliliği kavramının kapsamında bulunduğunu ve özel hayat içerisinde kişisel verilerin özel bir yer tuttuğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında bu hususu şöyle ifade etmektedir⁷⁸: “*Özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı, temel hak ve özgürlükler arasında önemli bir yer tutar. Özel hayatın gizliliğinin korunması, bu hayatın başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatının, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kişiler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde de yer almış; demokratik ülkelerin mevzuatında açıkça*

⁷⁷ Akgül, s. 85-86.

⁷⁸ AYMK, E. 2017/16, K. 2019/64, 24.07.2019, www.anayasa.gov.tr, E.T. 11.04.2021. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin bir başka kararında iki hak arasındaki bağı şu şekilde ortaya koymuştur: “*Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; üçüncü fıkrasında da 'Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.'* denilerek kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında güvenceye kavuşturulmuştur.” AYMK, E. 2015/32, K. 2015/102, 12.11.2015, www.anayasa.gov.tr, E.T. 11.04.2021.

belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. Kişisel verilerin korunması hakkı ise özel hayatın gizliliği hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır.”

V. ÖZEL HAYATIN VE KİŞİSEL VERİLERİN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

Yukarıda belirtildiği üzere özel hayat kavramının dolayısıyla da onunla iç içe olan kişisel veri kavramının kapsamını belirlemek, kişiden kişiye, zamana ve mekâna göre değişiklik göstermesi sebebiyle oldukça zordur. Bununla birlikte, özel hayatın ve kişisel verilerin gizliliği ve gizliliğinin korunması konusunda genel bir uzlaşma bulunmaktadır. Gerçekten de özel hayatın gizliliği (dolayısıyla da kişisel verilerin korunması) bir hak olarak bütün demokratik anayasalarda olduğu gibi uluslararası alanda da koruma altına alınmıştır. Uluslararası alanda özel hayatın gizliliği ilk olarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesinde düzenlenmiş, daha sonra bunu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 8) ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (m. 17) takip etmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesine göre, *“Kimsenin özel hayatına, ailesine, konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz.”* Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesine göre de, *“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”*

Türk hukukunda da özel hayat ve onunla iç içe olan kişisel verilerin gizliliği, anayasal ve yasal düzeyde garanti altına alınan temel bir haktır. 1982 Anayasasında “Özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında 20 ila 22. maddeler arasında “özel hayatın gizliliği”, “konut dokunulmazlığı” ve “haberleşme hürriyeti” düzenlenmiştir. 20. maddenin birinci fıkrasında *“herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”* hükmü yer almaktadır. Yine aynı maddenin 3. fıkrasına göre de *“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”*

Kanuni düzeyde de, Türk Medeni Kanunu 23-25. maddelerinde “Kişiliğin korunması” başlığı altında; Türk Ceza Kanununun ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde 132 ve devamı maddelerinde “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanlarına Karşı Suçlar” başlığı altında, özel hayatın gizliliği koruma altına alınmıştır. Keza Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 12. Maddesine göre de, “*Veri sorumlusu; a) Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, b) Kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek, c) Kişisel verilerin muhafazasını sağlamak, amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır.*” Aynı Kanunun 17. maddesinin 1. fıkrasına göre ise, “*Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ıncı madde hükümleri uygulanır.*”

Anayasa Mahkemesi de bir kararında özel hayatın gizliliği hakkında şunları söylemektedir⁷⁹: “*Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini istemek hakkı, kişinin temel haklarından biridir. Bu niteliği sebebiyledir ki, özel hayatın gizliliğine dokunulmaması, insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde korunması istenilmiş, ayrıca tüm demokratik ülke mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında bu hak devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. İnsanın mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı onun kişiliği için temel bir hak olup yeteri kadar korunmadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşamaları mümkün değildir. Bu nedenlerle söz konusu gizliliği çeşitli biçimde ihlal eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımlarına bağlanmıştır.*”

Özel hayatın gizliliği hakkı, kişinin rızası dışında özel hayatına girilmesini korumaktadır. Özel hayatın gizliliği hakkı dairesinde, kişinin rızası dışında, özel hayatına girilmesi ve bu suretle de kişisel verilerine ulaşılması, hakkın ihlali anlamına gelmektedir. Özel hayatın gizliliğini ihlal eden fiilin zarara sebebiyet vermesi zorunlu değildir. Kişinin özel hayat alanını ortadan kaldıran fiil doğrudan doğruya hukuka aykırı fiil olarak nitelendirilir.

⁷⁹ AYMK, E. 1986/24, K. 1987/8, 31.03.1987, www.anayasa.gov.tr, E.T. 11.03.2010.

VI. BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNUNUN İSTİSNASI OLARAK ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KİŞİSEL VERİLER

Devletin elinde, nüfustan sağlığa, iç güvenlikten dış güvenliğe, eğitimden maliyeye kadar, gerçekleştirmek zorunda olduğu kamu hizmetlerinin bir gereği olarak kişilerin özel hayatıyla ilgili birçok bilgi, diğer ifadeyle kişisel veri bulunmaktadır. Kurum ve kuruluşların ellerinde bulunan kişilerin özel hayatları ile ilgili bu bilgi ve verilerin, bilgi edinme hakkının bir sonucu olarak açıklaması, kişilerin özel hayatlarının ihlal edilmesi riskini de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle demokratik hukuk devletinin gereği olan bilgi edinme hakkı ile yine demokratik hukuk devletinin diğer bir gereği olan kişilerin özel hayatının gizliliği hakkı arasında bir çatışma bulunması kaçınılmazdır. Her ikisi de demokratik hukuk devletinin vazgeçilmezi olan bu iki hak arasında kabul edilebilir hassas bir denge kurulması zorunludur. Demokratik bir hukuk devleti, bir taraftan bilgi edinme hakkını tanıırken, diğer taraftan da kişilerin özel hayatları ile ilgili bilgileri güvence altına alacak gerekli kanuni ve idari tedbirleri almak zorundadır.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, bilgi edinme hakkı ile özel hayatın gizliliği hakkı arasında kurulması gereken hassas dengeyi sağlamak üzere, bir taraftan kişilere ilke olarak bilgi edinme hakkını tanıırken, diğer taraftan da 21. maddesiyle de özel hayatın gizliliğine ilişkin belgeleri hakkın istisnası olarak öngörmüştür. Buna göre,

“Kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır.

Kamu yararının gerektirdiği hâllerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir.”

Görüldüğü üzere Kanun, 21. maddesinin 1. fıkrasında, kişinin izin verdiği haller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgelerin bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğunu düzenlemektedir. Buna göre, talep edilen bir bilgi veya belgenin bu madde kapsamında değerlendirilebilmesi için, hem söz konusu bilgi veya belgenin

özel hayatın gizliliği kapsamında kabul edilmesi, hem de açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız bir müdahale oluşturacak olması zorunludur⁸⁰. Ayrıca bir kişinin özel hayatına ilişkin kurum ve kuruluşların ellerindeki bilgi ve belgelerin bilgi edinme hakkının kapsamında olabilmesi için, bu konuda kişinin rıza göstermiş olması gerekmektedir. Medeni Kanunun 16/1. maddesine göre de, ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün veya bir kısıtlının, özel hayatının gizliliği kapsamındaki bir bilgi veya belgenin açıklanması ise yasal temsilcisinin rızasına bağlıdır⁸¹.

Maddenin ikinci fıkrasında ise kamu yararının gerektirdiği hallerde, bilgi edinme hakkı doğrultusunda herhangi bir talep üzerine veya devletin aktif şeffaflığının bir gereği olarak bir talep olmaksızın, kişilerin özel hayatına ilişkin bilgi veya belgelerin açıklanması hali düzenlenmiştir. Bu gibi hallerde, kişinin özel hayatına ilişkin bilgi veya belgelerin açıklanabilmesi veya talep eden kişilere verilebilmesi için ortada kamu yararının gerektirdiği bir hal olması ve ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızasının alınması gerekmektedir. Örneğin bulaşıcı hastalık taşıyan birinin kimliğinin açıklanmasında kamu yararı olduğu düşünülüyorsa, bunun açıklanabilmesi için en az yedi gün önce ilgiliye haber verilerek yazılı izninin alınması zorunludur. Aynı şekilde sosyal yardıma ihtiyacı olan kişilerin isimleri ve adreslerinin talep eden hayırseverlere yardım etmek üzere verilebilmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir⁸². Kanun koyucu bu düzenlemeyle, kişisel yararları kamu yararının üzerinde tutmuştur⁸³.

Burada şunu belirtmek gerekir ki, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, bireyin kurum ve kuruluşlardan bilgi edinmesini sağlaması bakımından çok önemli olmakla birlikte, bireyin özel hayatına ilişkin kişisel verilerinin korunması bakımından sınırlı bir işleve sahiptir. Çünkü Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel ilkeleri ve ilgilinin haklarını düzenleyen özel bir kanun değildir. Bu açıdan bireylerin kişisel

⁸⁰ BEDK, KS. 2005/309, 06.05.2005.

⁸¹ Tamer İnal, "Bilgi Edinme Hakkı ve Özel Hayata, Haberleşmeye, Ticari Sırlara, Fikir ve San'at Eserlerine İlişkin Sınırlamalar", Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, S. 3, Ekim 2004, s. 19, 20.

⁸² Eken, Yönetimde Şeffaflık, s. 120.

⁸³ Yüksel Hız/Zekeriya Yılmaz, Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 111; Aynı yönde Eken, Yönetimde Şeffaflık, s. 120.

verilerinin korunmasının tüm boyutlarını kapsamamaktadır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin başta temel ilkeler olmak üzere tüm boyutları kapsayan, örneğin verilerin kanuni bir temele dayanması, verilerin hukuka uygun ve dürüstlük kuralına göre işlenmesi, veri işleme sorumlularının bilgilendirme yükümlülüğü, ilgililerin hakları gibi konuları tek başına karşılayacak bir kanun, hukuk sistemimizde “*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*”dur.

Kişisel Verilerin Korunması Kanununa göre, “*Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir*” (m. 4) ve “*...ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez*” (m. 5). Kanunun 6. maddesine göre de kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri “*özel nitelikli kişisel veri*”dir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, istisnalar hariç, özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.

Bilgi Edinme Hakkı Kanununun başta özel hayatın gizliliğine ilişkin 21. maddesi olmak üzere hükümleri ile Kişisel Verilerin Korunması Kanununun hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, her iki kanunun hükümlerinin genel olarak özel hayatın gizliliği, özel olarak da kişisel verilerin korunması hakkı bakımından uyum içerisinde olduğu ve özel hayatın gizliliği dolayısıyla da kişisel verilerin korunması hakkını güvence altına aldığı görülmektedir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kural olarak kişilerin açık rızası olmaksızın kişisel verilerin işlenemeyeceğini güvence altına alırken, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu da kişinin açık rızası olmaksızın özel hayatın gizliliği kapsamındaki bilgilerin, dolayısıyla da kişisel verilerin bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğunu öngörmek suretiyle kişisel verilerin gizliliğini güvence altına almaktadır. Yine Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 21. maddesinin 2. fıkrasının, “*Kamu yararının gerektirdiği hâllerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir.*” düzenlemesiyle de özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması bakımından ek bir güvence getirmektedir.

Bir bilgi veya belgenin Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 21. maddesinin gerek 1. fıkrası bağlamında özel hayatın gizliliği kapsamında olup olmadığına, gerekse 2. fıkrası bağlamında kamu yararının gerektirdiği hal-

lerden birinin mevcut bulunup bulunmadığına, öncelikle bu bilgi veya belgeleri elinde bulunduran kurum ve kuruluşlar karar verecektir. Özel hayatın gizliliği kavramı, kapsamı belirlenip tam olarak tanımı yapılamayan, zamana, mekâna ve hatta kişiden kişiye değişen bir kavram olunca, bu durumda kurum ve kuruluşlar, her bir somut olayın özelliklerine göre, bir hususun bilgi edinme hakkı kapsamında olup olmadığını tespit etmek durumundadır. Tabiidir ki kurum ve kuruluşlar bu belirlemeyi yaparken, Kanunun temel amacının demokratik ve şeffaf yönetimi gerçekleştirmek olduğunu; yine demokratik hukuk devletinde özel hayatın gizliliğinin esas olduğunu gözden kaçırmamaları; bilgi edinme hakkından kaynaklanan yarar ile özel hayatın gizliliği hakkından kaynaklanan yarar arasında hassas bir denge kurmaları gerekmektedir. Bu dengenin her bir kurum ve kuruluş tarafından sağlıklı bir şekilde kurulabilmesi oldukça güç olacağı için, burada da Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu ve yargı mercilerine önemli görevler düşmektedir.

Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu çeşitli kararlarında somut olayın özelliklerine göre nelerin özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaya çalışmıştır. Kurula göre, öncelikle, *“4982 sayılı yasa uyarınca talep edilen bir bilgi veya belgenin bu madde kapsamında değerlendirilebilmesi için hem söz konusu bilgi veya belgenin özel hayatın gizliliği kapsamında kabul edilmesi hem de açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız bir müdahale oluşturacak olması gerekmektedir.”*⁸⁴.

Kurulun kamu çalışanları açısından özel hayatın gizliliği kavramını daha dar yorumladığı görülmektedir. Gerçekten de Kurul, kamuda çalışan kişilerin kamu görevleri ve meslek hayatı ile ilgili olan bazı bilgi ve belgelerin, her ne kadar kişilerin meslek hayatı ve ekonomik değerleriyle alakalı olsa da, özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatinde⁸⁵. Kurul 07.09.2005 tarih 2005/619 sayılı kararında bu konudaki görüşünü *“...Burada kastedilen bilgi ve belgeler kişilerin “özel hayatı” ile ilgili olan bilgiler olup, kişilerin ‘kamusal görevleri’ ile ilgili bilgi ve belgeler değildir. Kişilerle ilgili olsa bile kamusal nitelikteki bilgi ve belgelerin ise 4982 sayılı Kanun çerçevesinde bilgi edinme taleplerine açık olacağı aşikârdır. Bu çerçevede, talep edilen bilgi ve belgelerin, ki-*

⁸⁴ BEDK, KS. 2005/309, 06.05.2005.

⁸⁵ BEDK, KS. 2005/619, 07.09.2005.

şilerin üniversitedeki görevleri ve meslek yaşamı ile ilgili olması durumunda bunların kamusal bilgi niteliğinde kabul edilerek açıklık ilkesi doğrultusunda bilgi edinme istemlerine açık olmasının gerektiği, neticede, üniversitenin akademik kadrolarına atanmak için düzenlenen jüri raporlarının, yayın listesinin, öğretim üyeliğine Yükseltme ve Atama İlkelerine göre hesaplanan toplam puanlarının ve bu konularla ilgili diğer bilgi ve belgelerin başvuruda bulunan herkesin erişimine açılmasının 4982 sayılı Kanunun ruhuna uygun düşeceği... ” şeklinde ortaya koymuştur. Yine Kurula göre, bir bilgi veya belgenin, sadece kişinin özlük dosyasında yer alıyor olması nedeniyle, üçüncü kişilere kapalı tutulması Bilgi Edinme Hakkı Kanununa uygun değildir. Kişinin özlük dosyasından talep edilen bilgi ve belgeler, hakkındaki kişinin özel hayatına haksız bir müdahale doğuracak nitelikte değilse, başvuru sahibinin kişisel haklarını yakından ilgilendirecek, sözgelimi yapmış olduğu bir şikâyetin haklılığını kanıtlamasını sağlayabilecek nitelikte ise, kamuoyunu ilgilendiren çeşitli ihmallerin, kusurların veya suçların ortaya çıkmasını sağlayabilecek nitelikte olduğundan, açıklanması kamu yararını gereğidir⁸⁶.

Bu bağlamda, kamu çalışanlarının ücret bordroları⁸⁷, kadro karşılığı sözleşmeli statüye geçen personelin isimlerinin ve işlemlerinin hangi makam tarafından onaylandığı⁸⁸, arsa dağıtım sonuçları ve listeleri⁸⁹, kişinin görevi sırasında ticaret yaptığı iddiası ile ilgili bilgiler⁹⁰, şikâyete konu kişilerin görevleri sırasında başvuru sahibine karşı tutumları ile ilgili bilgiler⁹¹, usulsüzlüklere iştirak etmiş olan kişilerin işbu eylemlerinin açıklanması⁹², kişinin teşekkür veya takdirname almış olduğu bilgisi⁹³, mesleğe tekrar kabulüne dair karar, bir idari işlem olup olmadığı bilgisi⁹⁴, bazı kadrolara öğretmenler tarafından yapılan atanma talepleri ve bunlardan ata-

⁸⁶ BEDK, KS. 2005/76, 11.02.2005.

⁸⁷ BEDK, KS. 2004/217, 20.12.2004.

⁸⁸ BEDK, KS. 2006/53, 08.08.2006.

⁸⁹ BEDK, KS. 2005/946, 28.12.2005.

⁹⁰ BEDK, KS. 2005/665, 21.09.2005.

⁹¹ BEDK, KS. 2005/666, 21.09.2005.

⁹² BEDK, KS. 2005/754, 09.11.2005.

⁹³ BEDK, KS. 2005/760, 09.11.2005; BEDK, KS. 2006/63, 01.02.2006.

⁹⁴ BEDK, KS. 2005/817, 23.11.2005.

ması yapılan ve yapılmayanlarla ilgili kurum kayıtlarındaki bilgi ve belgeler⁹⁵, ataması yapılan yöneticilere ilişkin bilgiler⁹⁶, kamu sağlığı ve güvenliğini yakından ilgilendirdiği açık olan ticari işletmelere bir kamu kurumunca verilmiş olan ruhsatlara dair bilgiler⁹⁷, mahkeme kararıyla tazminat ödenmesi halinde varsa işlemde sorumlu olan ve kendisine rücu edilen devlet memurunun açıklanması bilgisi⁹⁸, idari işlem veya eylemden dolayı idareye hükmedilen tazminatın Anayasa hükmü gereğince ilgili kamu görevlilerine rücu edilip edilmediği bilgisi⁹⁹, Kurul tarafından, kamuda çalışan kişilerin kamu görevleri ve meslek hayatı ile ilgili olan bilgi ve belgeler olarak kabul edilerek, kişilerin meslek hayatı ve ekonomik değerleriyle alakalı olmasına rağmen bilgi edinme hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.

Buna karşılık Kurul tarafından, kamuda çalışan kişilerin kamu görevleri ve meslek hayatı ile ilgili olan bilgi ve belgeler olmalarına rağmen, müfettiş ve sicil raporlarının ilgisine karşı açık olacağı ancak üçüncü kişilere karşı gizliliğinin muhafaza edileceği¹⁰⁰, bordrolarda yer alan “ad, soyad, sicil numarası” gibi kişisel bilgiler çıkarıldıktan sonra söz konusu belgelerin başvuru sahibinin erişimine açılması gerektiğine¹⁰¹ karar verilmiştir. Aynı şekilde Kurul, soruşturmada muhakkik olarak görev yapan kişilerin kimlik bilgilerinin ve matematik öğretmenlerinin almış oldukları sevk, izin ve sağlık raporlarının¹⁰², ataması yapılan hekimin tıp fakültesini hangi tarihte bitirdiği, uzmanlık eğitimini hangi hastanede yaptığı, uzmanlık eğitimini hangi tarihte nerede yaptığı, mecburi hizmet yaptı ise hangi tarihte nerede yaptığı bilgilerinin özel hayatın gizliliği kapsamında olduğuna, diğer ifadeyle kişisel veri olduğuna karar vermiştir¹⁰³.

⁹⁵ BEDK, KS. 2005/905, 14.12.2005.

⁹⁶ BEDK, KS. 2006/63, 01.02.2006.

⁹⁷ BEDK, KS. 2006/415, 24.05.2006.

⁹⁸ BEDK, KS. 2006/498, 28.06.2006.

⁹⁹ BEDK, KS. 2007/221, 07.03.2007.

¹⁰⁰ BEDK, KS. 2004/135, 11.10.2004; BEDK, KS. 2004/140, 25.10.2004; BEDK, KS. 2004/182, 22.11.2004; BEDK, KS. 2005/713, 04.10.2005.

¹⁰¹ BEDK, KS. 2006/84, 15.02.2006.

¹⁰² BEDK, KS. 2006/159, 15.03.2006.

¹⁰³ BEDK, KS. 2007/480, 16.05.2007.

Yukarıda belirtildiği ve Kurul kararlarından da anlaşılacağı üzere, özel hayatın gizliliği kavramı tam olarak tanımlanamayan ve içeriği tespit edilemeyen bir kavramdır. Bu sebeple somut olayın özelliğine göre, kurum ve kuruluşların ellerindeki bilgi veya belgelerin özel hayatın gizliliği içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla da bilgi edinme hakkının istisnaları arasında yer alıp alamayacağına karar verilmelidir. Ancak bu yapılırken, Bilgi Edinme Hakkı Kanununun temel amaçlarından birisinin demokrasi ve yönetimde şeffaflık olduğu ve bilgi edinme hakkı ile anayasal olarak güvence altına alınmış ve çağdaş demokrasilerin bir gereği olan özel hayatın gizliliği hakkı arasında hassas bir dengenin kurulması gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır.

SONUÇ

Demokratik bir hukuk devletinde egemen olan halkın bir unsuru olarak bireylerin, devlet yönetimiyle ilgili iradelerini sağlıklı bir şekilde oluşturarak kararlar alabilmesi için devlet faaliyetlerinin şeffaf olması ve buna paralel olarak da bireylerin başta devletin elindeki bilgiler olmak üzere yaşadığı çevreden bilgi edinebilmesi gerekmektedir. Bu sebeple şeffaflık ve onun bir gereği olarak bilgi edinme, demokratik hukuk devletinin olmazsa olmaz bir unsuru olarak kabul edilmektedir.

Bilgi edinme, hem hak hem de özgürlük boyutu olan bir olgudur. Bu yüzden bilgi edinme hakkı kavramı ile bilgi edinme özgürlüğü kavramlarının birbirinden ayrılması gerekir. Bilgi edinme özgürlüğü, herhangi bir müdahale olmaksızın bireyin ve toplumun herkes tarafından ulaşılabilir, kamuya açık kaynaklardan bilgi edinebilmesini garanti altına alırken, bilgi edinme hakkı ise, başta devletin elindekiler olmak üzere, genel olarak erişilebilir olmayan bilgi kaynaklarından bilgi elde edilmesini garanti altına alan bir haktır.

Dış dünyaya yansıyan her hak gibi bilgi edinme hakkının da sınırlandırılması kaçınılmaz bir zorunluluktur. Zira temel hak ve özgürlükler ancak toplumsal düzen içerisinde bir anlam ve değere sahiptir ve hiçbir toplum sınırsız bir özgürlük anlayışıyla varlığını sürdüremez. Bireylerin demokratik hukuk devleti açısından çok önemli olan bilgi edinme haklarının yanı sıra kamu yararının ve diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin de korunması gereklidir. Bu nedenle, bireylerin bilgi edinme haklarından kaynaklanan kamusal ve kişisel yararları ile kamu yararı ve diğer kişisel yararları arasında adil bir dengenin kurulması zorunludur. Bilgi edinme hakkı sınırlandırılırken bu sınırlamanın, kanunla yapılmasının yanında, *meşru* bir amaca dayanması ve demokratik bir toplum bakımından *zorunlu olması*

gerekir. Bilgi edinme hakkının sınırlanmasında meşru amaç olarak kullanılan kriterler, 1) Devletin ve kamunun güvenliği, 2) Özel hayatın gizliliğinin korunması ve 3) İşletmelerin serbest rekabetini sağlama şeklinde temelde üç grupta toplanmaktadır.

Bilgi edinme hakkının belki de en haklı ve meşru sınırını özel hayatın gizliliği oluşturmaktadır. Kişilerin özel hayatı, kamuya açık (ortak) alan, özel alan ve sır (gizli, giz) alan olmak üzere üç farklı alandan oluşmaktadır. Özel hayatın farklı alanlardan oluştuğu kabul edilmekle birlikte, kapsamı tam olarak belirlenerek kesin bir tanımı yapılamamaktadır. Çünkü özel hayat, zamana, mekâna ve hatta kişiden kişiye değişmektedir. Yine teknolojik gelişmelere paralel olarak kişilerin özel hayat alanlarına giren konular da değişime uğramakta ve kavrama yeni anlamlar yüklenmektedir.

Özel hayat kavramı, belirli veya belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eden kişisel veri kavramını da içine alan geniş bir kavramdır. Kişisel veri kavramı, kamuya açık (ortak) alan, özel alan ve sır (gizli, giz) alandan oluşan özel hayatın her alanında karşımıza çıkabilmektedir. Bu sebeple kişisel verilerin korunması hakkının, özel hayatın gizliliğinin korunmasının en iyi biçimde geliştirilmiş şekli olduğu kabul edilmektedir. Özel hayatın gizliliği hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı arasındaki bu ilişki nedeniyle her iki hakkın uluslararası metinlerde ve birçok ülke anayasasında özel hayatın gizliliği başlığı altında düzenlendiği görülmektedir. Nitekim bizde de Anayasanın ilk halinde açıkça düzenlenmeyen kişisel verilerin korunması hakkı, 2010 Anayasa değişikliğiyle özel hayatın gizliliğinin düzenlendiği 20. maddeye eklenmiş, bu suretle her iki hak arasındaki iç içelik ve ilişki açıkça ortaya konulmuştur.

Özel hayatın gizliliği hakkı, kişinin rızası dışında özel hayatına girilmesini korumaktadır. Bu açıdan bakıldığında kişinin rızası dışında, özel hayatına girilmesi ve bu suretle de kişisel verilerine ulaşılması, özel hayatın gizliliği hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Bilgi edinme hakkının bir istisnası olarak, özel hayatın gizliliği, dolayısıyla da kişisel verilerin korunması hakkı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Buna rağmen Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, bireylerin özel hayatına ilişkin kişisel verilerinin korunması bakımından sınırlı bir işleve sahiptir. Çünkü Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel ilkeleri ve ilgilinin haklarını düzenleyen özel bir kanun değildir. Bu açıdan bireylerin kişisel verilerinin korunmasının tüm boyutlarını kapsamamaktadır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin başta temel

ilkeler olmak üzere tüm boyutları kapsayan kanun, hukuk sistemimizde Kişisel Verilerin Korunması Kanunudur.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile Kişisel Verilerin Korunması Kanununa birlikte bakıldığında, her iki kanunun hükümlerinin genel olarak özel hayatın gizliliği, özel olarak da kişisel verilerin korunması hakkı bakımından uyum içerisinde olduğu görülmektedir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kural olarak kişilerin açık rızası olmaksızın kişisel verilerin işlenemeyeceğini güvence altına almakta, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ise kişinin açık rızası olmaksızın özel hayatın gizliliği kapsamındaki bilgilerinin, dolayısıyla da kişisel verilerinin gizliliğini güvence altına almaktadır.

KAYNAKÇA

Akgül, Aydın. Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması. Beta Yayınları, İstanbul 2016.

Akyılmaz, Bahtiyar. İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü. Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

Albers, Marion. “Verfassungsrechtliche Grundlagen einer transparenten Verwaltung”. in: Bettina Sokol (Hrsg): Symposium Informationsfreiheit. Duesseldorf 2004.

Atalay, Emre. “Bilgi Edinme Özgürlüğü”. Manisa Barosu Dergisi. S. 62-63, Y. 16, Temmuz/Ekim 1997, s. 17-37.

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

Bleyl, Dietmar. “Allgemeines Informationszugangsrecht und Recht auf informationelle Selbstbestimmung”. DuD, 22 (1998) 1.

Çolak, N. İlker. “Bilgi Edinme Hakkı, Önemi ve Bilgi Verme Yükümlülüğü”. e-akademi. S. 39, (Mayıs 2005), prg, 13, <http://www.e-akademi.org/makaleler/nicolak-1.htm>, E.T. 03.05.2009, (Bilgi Edinme Hakkı).

Çolak, N. İlker. “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Sınırlama Ölçütleri”. e-akademi. S. 39, (Mayıs 2005), prg, 2-6, <http://www.e-akademi.org/makaleler/nicolak-1.htm>, E.T. 03.05.2009, (Bilgi Edinme Hakkının Sınırları).

Depenheuer, Otto. “Zur Dialektik eines demokratischen Lebensgesetzes Öffentlichkeit und Vertraulichkeit”. Die Politische Meinung, Nr. 391, Juni 2002.

Döner, Ayhan. Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Eken, Musa. “Bilgi Edinme Hakkı, İnsan Hakları Yıllığı”. Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan. C. 17-18, S. 1995-1996, (Bilgi Edinme Hakkı).

Eken, Musa. Yönetimde Şeffaflık (Teori-Uygulama). Adapazarı 2005, (Yönetimde Şeffaflık).

Erdelt, Alexander. “Informationszugang und das Recht auf Information”. DuD, 27 (2003).

Gölan, Aydın. “İdare ve Ceza Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hakkı”. Bilgi Edinme Hakkı Paneli (5 Mayıs 2004). Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 62, Ankara 2004.

Hazır, Hayati. Anayasa Hukuku. Alter Yayınları, Ankara 2004.

Hız, Yüksel/**Yılmaz**, Zekeriya. Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı. Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

İnal, Tamer. “Bilgi Edinme Hakkı ve Özel Hayata, Haberleşmeye, Ticari Sırlara, Fikir ve San’at Eserlerine İlişkin Sınırlamalar”. Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi. S. 3, Ekim 2004, s. 19-20.

Kaboğlu, İbrahim Ö.. Özgürlükler Hukuku. İmge Kitabevi, Ankara 2002.

Kalabalık, Halil. İnsan Hakları Hukuku. Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

Kapani, Münci. Kamu Hürriyetleri. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981.

Kaya, Cemil. İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

Kugelman, Dieter. Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers: Grundlagen und verwaltungsrechtliche Grundstrukturen individueller Rechte auf Zugang zu Informationen der Verwaltung. Mohr-Siebeck, Tübingen 2001.

Kurt Konca, Nesibe. Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi. Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

Jestaedt, Matthias. “Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit”. Archiv des öffentlichen Rechts. 126 (2001).

Nal, Sabahattin. “Karşılaştırmalı Hukukta Enformasyon Hakkı”. Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan. Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

Özbudun, Ergun. “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”. Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1977. C. I, AÜHF Yayınları No. 406, Ankara 1977.

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

Özkan, Gürsel. Demokratik Yönetimin Birinci Adımı Bilgi Edinme Hakkı. Ankara 2004.

Özsunay, Ergun. Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu. İÜHF Yayınları No: 2610, İstanbul 1979.

Schulte-Hillen, Gerd. "Transparenz in der Informationsgesellschaft", in: Informationsfreiheit. Die "gläserne Bürokratie" als Bürgerrecht? (Hrsg. Thomas Hart, Carolin Welzel, Hansjürgen Garstka), Bielefeld 2004.

Sunay, Reyhan. İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları. Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001.

Sengül, Ramazan. "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Türk Kamu Yönetimini "Camdan Eve" Dönüştürür Mü?". AÜSBFD. C. 60, S. 3, 2005, s. 228-229.

Şimşek, Oğuz. Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması. Beta Yayınları, İstanbul 2008.

Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, E.T. 22.10.2009.

Üzeltürk, Sultan. 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı. Beta Yayınları, İstanbul 2004.

Yancı, Nihan. Çevresel Bilgilenme Hakkı. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004.

Yıldırım, Ramazan. "İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü". TC Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu (Ankara, Türkiye, 17-18 Ocak 1998).

Zengin, M. Ali. Türk Hukukunda Bilgi Edinme Hakkının Sınırları. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2007.



Covid-19 Pandemisi ve Bireyin Sağlık Verilerinin Mahremiyeti Hakkı

The Covid-19 Pandemic and the Right to the Privacy of the Individual's Health Data

Arş. Gör. Burak ERECE*

Prof. Dr. Yüksel METİN**

ÖZ

2019 yılının son aylarında Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkıp kısa sürede dünya geneline yayılan SARS-CoV-2 virüsünün yol açtığı COVID-19 hastalığı, başlangıcından bugüne devletlerin gündemini meşgul eden konuların başında gelmektedir. Bu süreçte hastalık, hemen her ülkede kendisini göstermiş, Dünya Sağlık Örgütü tarafından küresel salgın olarak ilan edilmiş, birçok kişinin ciddi sağlık sorunlarıyla karşılaşmasına ve hayatını kaybetmesine sebep olmuştur. Özellikle hastalığın bulaşma şekli, seyri, uzun dönemli etkileri ile hastalıktan korunma yolları gibi hu-

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.
E-posta: burakerece@gmail.com. ORCID: 0000-0002-2587-9838

** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.
E-posta: yukselmetin@sdu.edu.tr. ORCID: 0000-0002-2551-8661

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article
Geliş/Received: 08.04.2022 / Kabul/Accepted: 23.05.2022.**

Atıf/Cite as: Burak Erece/Yüksel Metin, "Covid-19 Pandemisi ve Bireyin Sağlık Verilerinin Mahremiyeti Hakkı", EBYÜ-HFD, C. 26, S. 1, Haziran 2022, (61-92).

suslarda yaşanan belirsizliğin bilim insanları tarafından açıklığa kavuşturulması için geçen süre dikkate alındığında tehlikenin boyutu giderek artan bir grafik izlemiştir. Bu vahim tabloda devletler en kısa süre içerisinde en etkili tedbirleri araştırma ve hayata geçirmeye gayret sarf etmişlerdir. Söz konusu tedbirlerden bazıları bireyin sağlık verilerinin mahremiyetiyle ilgilidir. Bu kapsamda birtakım faaliyetlerin HES Kodu, PCR testi veya aşı bilgisi gibi sağlık verilerinin paylaşılmasıyla elde edilecek icazete tabi kılındığı ve bu verileri paylaşmayı reddedenlerin hak ve özgürlüklerini istifadeden mahrum bırakıldığı görülmüştür. Çalışmamız, bir yandan bireylerin özel hayatlarının korunması hakkı kapsamında yer alıp elde edilmesi, işlenmesi, muhafazası ve paylaşılması ilgili mevzuatla sıkı şartlara bağlanmış olan sağlık verilerini kavramsal ve teorik yönleriyle ele almayı, diğer yandan Covid-19 pandemisi sürecinde bu verilerin paylaşımının talep edilmesinin bireysel hak ve özgürlükler açısından meşruiyetini tartışmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Covid 19 Pandemisi, Sağlık Verileri, Mahremiyet Hakkı, Ölçülülük İlkesi, Temel Hak ve Özgürlükler.

ABSTRACT

The COVID-19 disease caused by the SARS-CoV-2 virus, which emerged in Wuhan, China in the last months of 2019 and spread throughout the world in a short time, is one of the issues that occupy the agenda of the states since its beginning. In this process, the disease showed itself in almost every country, was declared as a global epidemic by the World Health Organization, caused many people to face serious health problems and die. Considering the time it took for scientists to clarify the uncertainty in matters such as the mode of transmission, course and long-term effects of the disease, and the ways of protection from the disease, the size of the danger has followed an increasing graph. In this grave situation, the states made an effort to research and implement the most effective measures as soon as possible. Some of these measures are related to the privacy of the individual's health data. In this context, it has been observed that some activities are subject to authorization to be obtained by sharing health data such as HES Code, PCR test or vaccination information, and those who refuse to share these data are deprived of their rights and freedoms. Our study aims, on the one hand to deal with the conceptual and theoretical aspects of health data, which is within the scope of the right of individuals to protect their private lives and whose acquisition, processing, preservation and sharing is bound to strict conditions by the relevant legislation;

on the other hand to discuss the legitimacy of demanding the sharing of these data in terms of individual rights and freedoms during the Covid-19 pandemic.

Keywords: The Covid-19 Pandemic, Health Data, Right to Privacy, Principle of Proportionality, Fundamental Rights and Freedoms.

GİRİŞ

2019 yılı sonlarında Çin'in Wuhan kentinde patlak verip kısa sürede dünyayı etkisi altına alarak pandemi haline gelen COVID-19 hastalığı ile mücadelede devletler en kısa süre içerisinde en etkili tedbirleri araştırarak bulmaya ve hayata geçirmeye çalışmışlardır. İnsanların sağlıklarını ve hayatlarını tehdit eden riskleri bertaraf etmeye çalışırken hem insanların iş, eğitim, aile ve sosyal hayatlarını devam ettirebilmelerine imkan sağlamak ve hem de sağlık sistemi üzerindeki hasta yükünü sürdürülebilir bir seviyede tutmak endişeleriyle kapalı ve açık alanlarda maske kullanımı, eğitim ve iş faaliyetlerine uzaktan erişim, sokağa çıkma kısıtlamaları, hasta olan veya hastalık taşıdığından şüphelenen kişileri karantinaya alma, birçok insanın katıldığı büyük çaplı organizasyonlara ara verme, uluslararası seyahat kısıtlamaları, bazı faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde kişilerden hasta olmadıklarına dair test sonucu ibrazını talep etme ve son olarak da kitlesel aşılama gibi çözümlere müracaat etmişlerdir.

Devletlerin başvurduğu tedbirler, insan hayatını birçok yönden etkilemesi sebebiyle, birtakım tartışmaları beraberinde getirmiştir. Her birinin hak ve özgürlüklere müdahale teşkil ettiği açık olmakla birlikte meşruiyetlerini kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde tesis edebilecek derecede ölçülü olup olmadıkları incelemeye değer bulunmaktadır. Geçen süre içerisinde tedbirlere bağlı olarak birçok kişinin ciddi ekonomik kayıplara uğradığı, iş ve eğitim hayatlarına aktif bir şekilde katılmaktan mahrum ve sosyal anlamda izolasyona maruz bırakıldığı dikkate alındığında söz konusu tedbirlerin gereklilik ve orantılılığının tıbbi olduğu kadar hukuki olarak da izaha kavuşturulması ihtiyacı doğmuş bulunmaktadır. Bir yandan toplum sağlığının muhafazası ve sağlık sisteminin ayakta kalması, diğer yandan bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin zedelenmemesi devletleri çetin bir sınavla karşı karşıya bırakmış durumdadır. Kısacası kamusal hayat, genel sağlık ile bireysel hak ve özgürlüklerin birlikte değerlendirilmesinin gerektiği çok yönlü ve hassas bir dengeye ihtiyaç duymuştur.

Ülkemizde 2021 yılının ortalarından itibaren kamuda ve özel sektördeki belirli faaliyetlerde hizmet alan veya hizmet veren olabilmek için yeterli sayıda aşı olunduğuna dair bilgilerin yahut son 48 saatte alınmış negatif sonuçlu PCR belgesinin ibrazının zorunlu tutulmasını emreden bir dizi genelge ilan edilmiştir. Bu kapsamda resmî kurumlarda kurum amirleri, özel işletmelerde işverenler ve genelgelerde sayılan diğer hizmetler açısından da bu hizmetleri veren kişiler aşı ve PCR testi durumlarını sorgulamaya başlamıştır. Bu furyaya Senato kararları ile benzer yükümlülükler getiren kimi üniversiteler de katılmıştır. Bu durum birçoklarına büyük külfetler yüklemiş, netice itibarıyla işini yapmakta, okuluna gidip eğitim almakta, seyahat etmekte veya belirli sosyal ve kültürel etkinliklere katılmakta zorluklarla karşılaşan kitleler ortaya çıkmış ve bu şartları yerine getirmeye yanaşmadığından ötürü işinden ayrılmak zorunda kalan kimseler dahi olmuştur. Buna bağlı olarak da bahsi geçen kişiler açısından çalışma ve sözleşme hürriyeti, eğitim ve öğretim hakkı, yerleşme ve seyahat hürriyeti, özel hayatın gizliliği ve korunması gibi pek çok hak fiilen kullanılamaz hale getirilmiştir. Öte yandan talep edilen verilerin kayıt altına alınabileceği düşünüldüğünde kişisel sağlık verilerinin işlenmesiyle ilgili meşruiyet sorunu ortaya çıkmıştır.

Çalışmamız sırasıyla kişisel veri kavramını teorik ve hukuki yönleriyle ele almayı, kişisel sağlık verilerinin bu sistem içerisindeki yerini tespit etmeyi ve genelgelerle getirilen tedbirlerin hem bahsi geçen çerçevede hem de genel olarak hukuka uygunluğunu incelemeyi amaçlamaktadır.

I. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI

A. Kişisel Verinin Tanımı ve Kapsamı

Kişisel veri kavramı, en basit tabiriyle “*belirli ya da belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgi*”dir.¹ Bu tanım iki unsuru beraberinde getirmekte ve kişisel veriyi diğer verilerden ayırt etmeye yaramaktadır. Buna göre kişisel verilerle ilgili olarak “*bir kişiye ilişkin*” olma ve

¹ Aydın **Akgül**, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2014, s. 7.

“bu kişinin de belirli ya da belirlenebilir nitelikte” olması şartları aranmaktadır.² Anayasa Mahkemesi de konuyla ilgili vermiş olduğu bir kararında kişisel veri kavramını “belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla bir kişiye ilişkin bütün bilgiler” olarak kabul etmiştir.³

Daha geniş bir çerçeveden değerlendirildiğinde, kişisel verilerin kapsamına hangi bilgilerin dahil olduğu hususunda dünyanın çeşitli yerlerinde farklı unsurlara yer verildiğini söylemek gerekir. Sözgelimi Amerika Birleşik Devletleri’nde “bireyin isim ve soyadı; sosyal güvenlik numarası, güvenlik kodu, erişim kodu, kredi kartı numarası, sağlık bilgileri, kişisel uygulamalara ait kayıtlar ve/veya sigorta bilgileri” şeklinde sıralanırken Avrupa Birliği uygulamasında “telefon bilgileri, kimlik bilgileri, adres bilgileri, e-posta adresi, fotoğraflar, vatandaşlık numarası, kurum/öğrenci kimlik numarası, eğitim bilgileri, çevrimiçi kullanıcı hesapları, sosyal paylaşım siteleri üzerinden yapılan gönderiler, banka bilgileri ile sağlık kayıtları” ile “IP adresi, biyometrik bilgiler, genetik bilgileri, yer bilgileri çevrimiçi kimlik ve internet üzerinde ziyaret edilen sitelerden alınan çerezler de kültürel ve sosyal kimliği açığa çıkartan önemli bilgiler” kişisel veriler arasında sayılmıştır.⁴ Anayasa Mahkemesi’ne göre de “bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi sadece kimliğini ortaya koyan bilgileri değil telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, öz geçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, sağlık bilgileri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, alışveriş alışkanlıkları, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır”.⁵

Dolayısıyla kişisel veriler bireye ait şahsi, mesleki ve ailevi bilgiler olup kişiyi diğerlerinden ayırmaya yarayan her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Bu bilgi demetinin içerisinde doğrudan kişiye ait kimlik, görüntü ve ses, etnik köken, fiziksel özellikler, parmak izi, retina, sağlık, öğrenim, ikametgâh, haberleşme, inanç ile ilgili bilgiler yer aldığı gibi kişinin özel hayatının bir parçası olarak görülecek aile üyeleriyle ilgili bilgiler de yer almaktadır. Aynı şekilde emeklilik, vergi numarası, kredi kartı numarası,

² Elif **Küzeci**, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 9.

³ N.B.B., B. No: 2013/5653, 03.03.2016, § 41.

⁴ Türkay **Henkoğlu**, *Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 28-29.

⁵ B.Y., B. No: 2018/30296, 07.09.2021, § 30.

banka bilgileri, kurum sicili vb. ekonomik ve mesleki bilgiler de bu kategoride değerlendirilebilir. Bu ve benzeri kişiyi tanımlayan, görünür kılan ve karakterize eden tüm bilgiler, netice itibariyle kişisel veri olarak değerlendirilmektedir.⁶

B. Kişisel Verilerin Korunması

Günümüzde daha ziyade teknolojiyle birlikte gelen güvensizlik duygusu ekseninde tartışılan kişisel verilerin korunması hususu, kaynağını çok daha eskilerde bulmaktadır.⁷ Tarihin eski dönemlerinden beri çeşitli topluluklar bireylerle ilgili bilgi toplama ve onları gözetlemek için birçok araç geliştirmiş ve bunları kullanmıştır. Ancak bunlar rivayet ve tevatür düzeyinde kalarak insanların hatıralarında saklı tutulmuştur. Günümüzdeki gözetim ve kişisel veriye olan ihtiyaç ise modernite ve modern devlet ile birlikte ortaya çıkmıştır.⁸ Modern devlet, ülke sınırları dahilinde düzeni tesis etme, kural koyma ve bu kurallara riayeti temin etme, vergi alma, ticari, askeri ve diplomatik ilişkiler geliştirme gibi amaçlarını gerçekleştirmede bilgiye ihtiyaç duymuş ve bu ihtiyaç doğrultusunda da vatandaşlara ait bilgileri toplayarak kayıt altına almaya başlamıştır.⁹

Bugün anladığımız manasıyla kişisel verilerin toplanması ve korunması sistemi ise teknolojik gelişmelerin bir ürünü olarak kendisini göstermektedir. Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bilgisayarlar ve veri bankalarının ortaya çıkışıyla birlikte artık çok daha sistematik ve büyük miktarlarda toplanan verilerin hukuki bir statüye kavuşturulması ihtiyacı doğmuştur. 1970'li yıllardan itibaren Almanya, İsveç, İspanya, Avusturya, Portekiz, Kanada, Fransa, Danimarka, Norveç ve Lüksemburg'da konuyla ilgili ilk düzenlemeler hayata geçmiştir.¹⁰ Bahsi geçen düzenlemeler ile devletler, öncelikle vatandaşlara ait verilerin uluslararası anlamda dolaşımını kontrol altında tutmaya çalışmış ve bu verilerin yalnızca yeterli güvenceleri sağlayan ülkelere aktarılmasının önünü açmıştır. Aynı

⁶ Akgül, s. 8-9.

⁷ Sedat Erdem Aydın, AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 9.

⁸ Küzeci, s. 19.

⁹ Akgül, s. 33.

¹⁰ Sabire Sanem Yılmaz, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 28; Henkoğlu, s. 29-30.

amaçla hareket eden bazı uluslararası teşkilatlar da 1980’li yıllardan itibaren konunun üzerine eğilerek devletlerin temin etmesi gereken minimum koruma standartlarını belirleme yoluna gitmiştir.¹¹

Takip eden yıllarda bilgisayar kullanımının yaygınlaşması ve internetin insan hayatına daha fazla girmesiyle birlikte kişisel veri konusunun önemi daha da artmıştır. Kişilerin internette gezerken gerek gönüllü olarak paylaştığı bilgilerinin gerekse gezintilerine ait çerezlerin (cookies) toplanması verilere ilişkin yeni güvenlik sorularını beraberinde getirmiştir.¹² Bu durum karşısında devletler konuya daha yakından yaklaşarak çeşitli düzenlemeler getirme yoluna gitmişler ve sosyal, kültürel, ekonomik, siyasi sebeplerle internetle ilgili faaliyetleri yakın mercek altına almışlardır. Kişisel verilere erişimin kolaylaşması neticesinde bu verilerin hukuka aykırı olarak, yetkisiz ve genellikle kötü niyet taşıyan kimselerin eline geçmesi ihtimali, verilerin illegal şekilde alenileşmesi tehlikesini doğurmuştur.¹³

Bireyin toplum içerisinde küçük düşmesine veya toplumdan dışlanmasına sebep olabilecek yahut hak ve özgürlüklerini dilediği gibi kullanmaktan alıkoyabilecek şekilde veri korumasından mahrum bırakılması, özellikle verilerin dünya genelinde dolaşma hızı, kullanım amacı veya kopyalanabilme tehlikesi dikkate alındığında, telafisi güç zararlara yol açabilecektir.¹⁴ Özellikle, teknolojik gelişmelerin etkisiyle mahremiyet anlayışının geçirdiği değişim ile özel hayatın gizliliği hakkı tarafından korunan alanın daraldığı gerçeği dikkate alındığında etkin denetim mekanizmalarına olan ihtiyacın bir hayli arttığı görülebilmektedir.¹⁵ Sonuç olarak gerek bilgisayar ve internet gerekse insanların verilerini elde etmeye yarayabilecek diğer teknolojilerin kolayca erişilebilir hale gelmesinin, kişisel verilerin hem devlete hem de kötü niyetli üçüncü kişilere karşı korunmasını bir zaruret haline getirdiği söylenebilir.

¹¹ Hüseyin Murat **Develioğlu**, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 6.

¹² **Küzeci**, s. 33-34.

¹³ **Akgül**, s. 41-42.

¹⁴ **Henkoğlu**, s. 19-20.

¹⁵ Oya **Boyar/Sezen Kama Işık**, “Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir Bakış”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, s. 607.

Kişisel verilerin korunmasında farklı yaklaşımların benimsendiği söylenebilir. Amerika menşeli mülkiyet hakkı görüşünde kişisel veriler kişiliğin bir uzantısı olmakla kalmayıp onun bir ürünü olarak da kabul edilmekte ve veri sahibine mülkiyet hakkı temelinde bir koruma sağlanarak bu hakkın getirdiği imkanlardan faydalanma şansı sunulmaktadır.¹⁶ Bu sayede veri sahibi, verilerinin elde edilmesi ve kullanılmasını bir bedel karşılığında veya bedel olmaksızın devredebilecek, veri sahibi olmasından kaynaklanan yetkilerini satış ve kira gibi borç doğuran işlemlerde kullanabilecektir.¹⁷ Bu görüşün ortaya çıkışında verilerin ticari şirketlerin gözünde büyük bir ekonomik önemi haiz bulunması etkili olmuştur. Nitekim söz konusu verilere sahip olan ticari şirketler, olmayanlara nazaran daha isabetli satış stratejileri belirleyebilmekte, hatta bu verileri başka bir şirkete satabilmektedir. Kişisel verilere ekonomik bir değer biçen bu yaklaşım, veri sahiplerini piyasa içerisinde daha etkin bir konuma yükselterek haklarını daha sağlam bir şekilde korumayı hedeflemektedir. Böylece bireyler, verileriyle ilgili pazarlık yapma imkanına kavuşacak, ne tür ticari ilişkilerin yürütüldüğünden haberdar olacak ve ihlallerin de önüne geçilecektir.¹⁸ Bu görüşün güçlü yanı bilgilerin suiistimal edilmesi halinde veri sahiplerine doğrudan dava açma ya da zararının tazminini talep hakkını sağlaması, bu sayede de kişinin rızası olmadan bilgilerin paylaşılmasının önüne geçilmesidir.¹⁹

Amerika’da buna benzer bir diğer görüş fikri mülkiyet hakkı görüşüdür. Buna göre kişisel verilerin korunması, fikri mülkiyetin korunmasıyla benzerlikler taşımakta ve kişisel verilere telif hakkına benzer bir anlayışla yaklaşılmaktadır. Bu görüşün benimsenmesiyle birlikte veri sahibinin verileri üzerindeki hakları, tıpkı eser sahibinin eseri üzerinde sahip olduğu haklar gibi korunacaktır.²⁰ Böylece fikir ürünleri gibi kişisel veriler de “*bilgilerin korunması amacı*”na hizmet edecek şekilde himaye edilmekte, fikir ürünü sahibinin fikrini kamuya arz etme ve değişiklik yapılmasını

¹⁶ **Akgül**, s. 73.

¹⁷ Sinan Sami **Akkurt**, “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, C. 2, S. 1, 2020, s. 22.

¹⁸ **Aydın**, s. 15-16.

¹⁹ **Küzeci**, s. 62.

²⁰ **Akgül**, s. 74.

engelleme şeklindeki yetkileri veri sahibi açısından da söz konusu olabilmektedir.²¹

Avrupa’da hâkim olan yaklaşıma göre ise kişisel verilerin korunması insan hakları ekseninde değerlendirilmektedir. Buna göre bireyin kendi iradesi doğrultusunda hayatını şekillendirmesiyle ilgili olarak kendisine dair bilgileri ne ölçüde ve ne şekilde açıklayacağı genel kişilik hakkının kapsamına girmektedir.²² Zira mahremiyetin bir çeşidi olan “*bilgi mahremiyeti, bireylerin kişisel verilerinin toplanması, kullanılması ve açıklanması şartlarını denetim hakkı*” şeklinde kendisini göstermektedir.²³ Dolayısıyla kişisel verilerin korunması hakkının kişilik hakkı açısından önemli bir yönü teşkil ettiği, kişileri modern veri işleme tekniklerinden doğabilecek tehlikelere karşı muhafaza ettiği, bireylere serbest bir hareket alanı açtığı söylenebilir. Bu sayededir ki mahrem nitelikteki bilgilerin hukuka aykırı bir şekilde ele geçirilip devredilmesinin önüne geçilecek ve herkesin kendi akıbetini serbestçe tayin edebildiği demokratik bir toplum meydana getirilebilecektir.²⁴

Kişisel veriler hem uluslararası hem de ulusal mevzuatla korunmaktadır. 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Genel Kurulunda kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nde kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, bağımsız bir temel hak olarak açıkça düzenlenmiş değildir.

Bununla birlikte özel hayata saygı hakkını düzenleyen Bildiri’nin 12. maddesi, kişisel verilerin korunması hakkının öncüsü olarak görülebilir. Ne var ki, İHEB, hukuken bağlayıcı nitelikte bir belge değildir. Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen diğer insan hakları belgelerinde de kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı spesifik bir temel hak olarak düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte kişisel verilerin korunması, özel hayata saygı hakkı çerçevesinde korunmaktadır. 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren ve taraf devletler açısından hukuken bağlayıcı nitelikte olan Kişisel ve Siyasal Haklara Dair Uluslararası Sözleşme’nin 17. maddesi, özel hayatı korumakta ve hiç kimsenin özel yaşamına keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemeyeceğini öngörmektedir. Söz konusu bu hüküm her ne kadar İHEB’in 12. maddesinden esinlenerek kaleme alınsa

²¹ Aydın, s. 17.

²² Henkoğlu, s. 30.

²³ Akgül, s. 69.

²⁴ Mesut Serdar Çekin, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 13-14.

da ondan farklı olarak kişileri yalnızca keyfi müdahalelere karşı değil, aynı zamanda hukuka aykırı müdahalelere karşı da korumaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 1988 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesine ilişkin genel yorumunda “özel hayat” kavramının göreceli olduğunu, özel hayat-özel olmayan hayat sınırının kesin bir şekilde çizilemeyeceğini söylemekle birlikte, kişisel verilerin korunmasının özel hayata saygı hakkının kapsamında olduğunu vurgulamıştır. Komite, bu konuda şu hususların altını çizmektedir: “*Kamu otoritelerinin, özel kişi veya kurumların bilgisayarlarında, veri bankalarında veya benzeri cihazlarda kişisel bilgileri toplaması veya saklaması hukuki düzenlemeye tâbi olmalıdır. Devletler, bir kimsenin özel hayatına dair bilgilerin hukuken bu bilgilere sahip olma ve kullanma yetkisine sahip olmayanların eline geçmesini ve bu bilgilerin Sözleşme'nin amaçlarına aykırılık teşkil edecek şekilde kullanılmasını engellemek için etkili tedbirler almalıdır. Özel hayatın gizliliğinin en etkili şekilde korunabilmesi için, her birey kişisel dosyalarda veya veri tabanlarında kendisiyle ilgili bilgiler saklanmışsa bu bilgilerin ne tür bilgiler olduğunu ve ne amaçla saklandığını öğrenme hakkına sahiptir. Ayrıca, her birey hangi kamu otoritelerinin, özel kişilerin veya kurumların bu dosyaları kontrol altında tuttuğunu veya tutabileceğini öğrenebilmelidir. Söz konusu dosyaların, yanlış kişisel bilgilere yer vermesi halinde veya bu bilgilerin hukuka aykırı şekilde toplanması veya kullanılması halinde her birey düzeltme veya bilgilerin ortadan kaldırılmasını talep etme hakkına sahiptir.*”²⁵

1980'li yıllardan itibaren uluslararası düzenlemelerde bir hareketlenme olmuştur. Ulusal düzeyde ilk veri koruma düzenlemelerinin kanunlaşmasından itibaren verilerin ülkeler arası aktarımında sorun yaşanmasının önüne geçmek ve muhtelif ülkelerdeki kanunları uyumlu hale getirme ihtiyacına binaen OECD, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, APEC gibi uluslararası teşkilatlar temel ilkeleri belirleyici ve aktarımı düzenleyici metinleri kabul etmeye başlamıştır.²⁶ Bu alandaki ilk gelişme 1980 yılında OECD tarafından kabul edilen “*Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Sınır Ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeleri*” olmuştur.

²⁵ Lema **Uyar**, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016, s. 35-36.

²⁶ **Küzeci**, s. 117.

Sözleşmenin üye ülkeler bakımından bağlayıcı bir niteliği bulunmamaktadır.²⁷ Bunun dışında, Birleşmiş Milletler nezdinde Genel Kurul tarafından 1990 yılında “*Bilgisayara Geçirilmiş Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler*” kabul edilmiştir. Yalnızca bilgisayarla işlenen veriler bakımından uygulama imkânı bulan bu ilkeler, üye devletlerce getirilmesi gereken minimum standartları tespit etmektedir.²⁸ Öte yandan bölgesel nitelikteki uluslararası teşkilatlar da konuya eğilmiş durumdadır. Örneğin Avrupa Konseyi doğrudan kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak 1981 tarih ve 108 sayılı “*Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme*”yi kabul etmiştir.²⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde açıkça kişisel verilere hasredilmiş ifadelerin yer almaması ve kişisel verilerin korunmasının da arz ettiği hassas durumdan dolayı bağımsız bir düzenleme yapma yoluna gidilmiş ve böylece konuya atfedilmesi gereken önemin altı çizilmiştir.³⁰ Avrupa Birliği faaliyetinde ise 7 Aralık 2000 tarihinde kabul edilen “*Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı*” ile çeşitli direktifler yer almaktadır. 24 Ekim 1995 tarih ve 95/46/AT sayılı “*Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi*”, 25 Haziran 2002 tarih ve 2002/58/AT sayılı “*Özel Yaşamın ve Elektronik İletişimin Korunması Direktifi*”, 15 Mart 2006 tarih ve 2006/24/AT sayılı “*İletişim Trafik Verilerinin Saklanması Direktifi*” ve 25 Mayıs 2018 tarihli “*Genel Veri Koruma Tüzüğü*” konuyla ilgili başlıca düzenlemelerdir.³¹ Nihayet Asya Pasifik Ekonomik İşbirliği (APEC)’nin bölgedeki konuya ilişkin farklılıkları asgari seviyeye indirmek ve verilerin korunması açısından gerekli olan standartları tespit etmek için 2004 yılında kabul ettiği “*APEC Çerçeve Belgesi*” bulunmaktadır.³²

Ülkemizde ise konuyla ilgili en temel düzenleme Anayasamızın 20. maddesine 2010 yılındaki değişiklikle ilave edilen üçüncü fıkra olarak

²⁷ Yılmaz, s. 65.

²⁸ Akgül, s. 173-174.

²⁹ Aydın, s. 39.

³⁰ Yılmaz, s. 70.

³¹ Murat Volkan Dülger, “Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti”, Hasta Mahremiyeti, Editörler, İlhan İlkılıç/Cüneyt Kucur/Orhan Önder, 1. Baskı, İsar Yayınları, İstanbul 2020, s. 110; Aydın, s. 42.

³² Küzeci, s. 216.

karşımıza çıkmaktadır. Buna göre “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”.³³ Anayasanın bu amir hükmünün altında en önemli düzenleme 24.3.2016 tarihinde kabul edilen 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’dur. Kanun, kişisel veriyi “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlamakta ve “kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenleme”yi amaçlamaktadır. Bunun dışında 5237 sayılı Ceza Kanunu’nda da kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi, yayılması ve muhafaza edilmesiyle ilgili hükümler bulunmaktadır.

II. KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN KORUNMASI

Sağlık verisi, “hastanın tedavisi dolayısıyla tüm sağlık meslek mensubu ve kurumlar tarafından işlenen ve edinilen her türlü veri” olarak tanımlanmaktadır. Gerek sağlık personeli gerekse doktorlar tarafından, doğrudan tedaviyi ilgilendirmese bile, tedavi esnasında elde edilen bilgiler de bu kapsamda görülmektedir.³⁴ Sözelimi hastanın dosyasına işlenen, rahatsızlığı ile ilgili olarak dile getirdiği ve ailesiyle ilgili aktarmış olduğu

³³ Madde gerekçesi şöyledir: “Anayasada kişisel verilerin korunmasına yönelik dolaylı hükümler bulunmakla birlikte yeterli değildir. Mukayeseli hukukta ve tarafı olduğumuz uluslararası belgelerde de kişisel verilerin korunması önemle vurgulanmaktadır. Maddeyle, herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, anayasal bir hak olarak teminat altına alınmaktadır. Bu bağlamda, bireylerin kendilerini ilgilendiren kişisel veriler üzerinde hangi hak ve yetkilere sahip olduğu ve kişisel verilerin hangi hallerde işlenebileceği hükme bağlanırken, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği öngörülmektedir.” Bkz. Yunus Emre **Yılmazoğlu**/İsmail Emrah **Perdecioğlu** (Hazırlayan), Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), 3. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2021, s. 120.

³⁴ **Yılmaz**, s. 105.

bilgiler ile resmi, adı ve diğer kişisel bilgileri sağlık verisi olarak değerlendirilmektedir.³⁵ Bu türden bilgilerin mahremiyetine atfedilen önem Hipokrat Yemininden beri hekimin sır tutma yükümlülüğü, hasta ve hekim ilişkisi suretlerinde kendisini göstermiştir. Günümüzdeki tedavi ve kayıt tutma teknolojilerindeki ilerleme de dikkate alındığında sağlık verilerinin korunması için gösterilmesi gereken önemin daha da arttığı söylenebilir.³⁶

Sağlık verilerinin mahremiyetine özellikle dikkat edilmesi, sağlık verilerinin özel bir şekilde koruma altına alınması gerekir; çünkü bu veriler hastayla ilgili en gizli bilgileri içermekte olduğundan hastanın bu bilgilerinin üçüncü kişilerce öğrenilmemesinde üstün çıkarı bulunmaktadır. Aksi halde, yani bu bilgilerin kolayca erişilebilir olması durumunda, ihtiyacı olan kişiler sağlık kurumlarına başvururken tereddüt yaşayacak ve bu da toplum sağlığı açısından ciddi sorunlar doğuracaktır. Bu yüzden sağlık verilerinin kaydedilme, işlenme, aktarılma ve imhasında normalden daha özenli usullerin geliştirilmesi gerekmektedir.³⁷ Nitekim konuyla ilgili düzenlemelerde bu hususla ilgili bir farkındalığın mevcut olduğunu ve kişisel sağlık bilgilerinin özel olarak korunduğunu görmekteyiz.

Kişisel verilerin korunması hukukunda birtakım veriler özel bir şekilde koruma altına alınmıştır. “*Hassas Kişisel Veriler*” olarak adlandırılan bu grup, açıklanması durumunda veri sahibinin toplum içerisinde ayrımcılığa uğramasına sebep olabilecek türden veriler olup özel bir kategori altında değerlendirilir ve ancak yeterli güvencelerle otomatik işleme tabi tutulur.³⁸ Bu türden verilerin temel hak ve özgürlüklerle daha yakın bir ilişki içerisinde bulunduğu kabul edilmektedir. Zira bahsi geçen verilerin suiistimali halinde ortaya çıkabilecek zarar, diğerlerine nazaran daha büyüktür.³⁹ Bu türden veriler koruma altına alınırken bir yandan “*insan onurunun korunması ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi*” diğer yandan da böylesi veriler için “*etkin meşru ve geçerli bir yasal himaye mekanizması oluşturmak*” amaçlanmaktadır. Zira hassas kişisel verilerin veri sahibinin kontrolünden çıkarılarak yetkisiz kişilerce erişilebilir hale gelmesi, birey açısından büyük maddi ve manevi zararların doğumuna sebebiyet verme

³⁵ Yılmaz, s. 106.

³⁶ Küzeci, s. 103.

³⁷ Dülger, s. 121.

³⁸ Henkoğlu, s. 28.

³⁹ Dülger, s. 109.

tehlikesini beraberinde getirmektedir.⁴⁰ Kişinin ırkı ve etnik kökeni, ten rengi, politik fikirleri, dini ve felsefi itikatları, sendika üyeliği, sağlık durumu, cinsel hayatı, mahkûmiyet geçmişi gibi veriler hassas veriler arasında kabul edilmektedir.⁴¹ Ancak tartışmalı bir konu olan hassas verilerin bütün düzenlemelerde yer almadığını da söylemek gerekir. Nitekim Avrupa Birliği'nin 95/46/AT sayılı Yönergesi⁴² ile Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde,⁴³ Avrupa Konseyi'nin 1981 tarihli Sözleşmesinde⁴⁴ ve Birleşmiş Milletler'in Rehber İlkelerinde⁴⁵ kategoriye yer verilirken, OECD Rehber İlkeleri ile APEC Çerçeve Belgesi'nde bu türden hakların yer almadığı görülmektedir.⁴⁶ Ülkemizde ise 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesi, “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri*

40 Metin **Bulut**, “Özel Bir Hukuksal Koruma ve Veri Kategorisi Alanı: Hassas Kişisel Veriler”, Ankara Barosu Dergisi, C. 78, S. 3, 2020, s. 122.

41 **Aydın**, s. 6.

42 Madde 8: “*Üye Devletler, sağlık durumuna veya cinsel yaşama ilişkin verilerin işlenmesini ve sendika üyeliğini, dini veya felsefi inançları, siyasi görüşleri, ırk veya etnik kökeni açıklayan kişisel verilerin işlenmesini yasaklayacaktır*”. <https://kisiselveri.com/9546ec-turkce>, E.T. 23.3.2022

43 Madde 9: “*İrk veya etnik köken, siyasi görüşler, dini veya felsefi inançlar ya da sendika üyeliğinin işa edildiği kişisel verilerin işlenmesi ve bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin yapılması amacıyla genetik veriler ile biyometrik verilerin, sağlık ile ilgili verilerin veya bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel eğilimine ilişkin verilerin işlenmesi yasaktır*”. <https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1C4%9FC4%B1.pdf>, E.T. 23.3.2022

44 Madde 6: “*İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, irksal kökeni, siyasi düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel veriler ile sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel veriler, otomatik işleme tabi tutulamaz. Aynı şey ceza mahkûmiyetiyle ilgili kişisel veriler için de geçerlidir*”. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020140848108_tur.pdf, E.T. 23.3.2022.

45 İlke 5: “*6. ilkede sınırlı olarak öngörülen istisna halleri saklı kalmak kaydıyla, ırk veya etnik köken, renk, cinsel yaşam, siyasi görüşler, dini, felsefi ve diğer inançlar ile bir derneğe veya sendika üyeliğine ilişkin bilgiler de dahil olmak üzere yasa dışı veya keyfi ayrımcılığa yol açabilecek veriler derlenmemelidir*”. <https://www.refworld.org/pdfid/3ddcafaac.pdf>, E.T. 23.3.2022.

46 **Küzeci**, s. 230; **Dülger**, s. 111.

özel nitelikli kişisel veri” olarak kabul etmiş ve ilgilinin açık rızası olmaksızın bu türden verilerin işlenmesini yasaklamıştır. Dolayısıyla hangi verilerin hassas veri olduğunun kesin olarak tespiti, öncelikle ilgili düzenlemede bu hususa ilişkin maddelere yer verilmesine ve daha sonra bu maddelerde sayılan veri türlerine bakılarak anlaşılabilir.

Yukarıda bahsi geçen kişisel verilerin korunmasıyla ilgili genel nitelikli metinlere bakıldığında, hassas verilere yer veren düzenlemelerde sağlık verilerinin de dikkate alındığı görülmektedir. Bunun dışında doğrudan hasta haklarını ilgilendiren düzenlemelerde de kişisel sağlık verilerinin mahremiyetine vurguda bulunulduğunu belirtmek gerekir. Örnek olarak Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Hayatının Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi,⁴⁷ 1981 Yılında Dünya Tabipler Birliği Tarafından Yayınlanan Lizbon Bildirgesi,⁴⁸ Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşmesi)⁴⁹ ve Amsterdam Bildirgesi⁵⁰ konuya yer veren uluslararası düzenlemeler arasında bulunmaktadır.⁵¹ Ülkemizde ise Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik,⁵² Kişisel Sağlık

47 Madde 10: “Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir”. <http://hastahakki.org/avrupada-hastahaklarinin-gelistirilmesi-bildirgesi-amsterdam-28-30-mart-1994-copy/>, E.T. 23.3.2022.

48 Madde 8: “Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi ve kişiye özel diğer tüm bilgiler ölümden sonra bile gizli olarak korunmalıdır”. https://istanbulism.saglik.gov.tr/Eklenti/27595/0/lizbonbildirgesi1981pdf.pdf?_tag1=B604E65F9D752DBD1BCFA298D02CC89A4C8DE295#:~:text=Her%20insan%20ay%C4%B1r%C4%B1mc%C4%B1k%20yap%C4%B1maks%C4%B1z%C4%B1n%20yeterli,en%20uygun%20bi%C3%A7imde%20tedavi%20edilmelidir, E.T. 23.3.2022.

49 Madde 6: “Her birey kişisel bilgilerinin; sağlık durumu, yapılan teşhis ve tedavi konularında bilginin yanı sıra teşhis ve tedavi yapılırken veya özel ziyaretlerinin gizliliğinin muhafazası hususunda, gizli tutulmasını talep etme hakkına sahiptir”. [https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm#:~:text=%2D%2035.maddey e%20ilaveten%20Temel%20Haklar,verilen%20korunma%20hakk%C4%B1%20\(made%208](https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm#:~:text=%2D%2035.maddey e%20ilaveten%20Temel%20Haklar,verilen%20korunma%20hakk%C4%B1%20(made%208), E.T. 23.3.2022.

50 Madde 4: “Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel diğer tüm bilgiler, ölümden sonra bile gizli olarak korunmalıdır”. <http://www.saglikhakki.org/amsterdam1.htm>, E.T. 23.3.2022.

51 Gültezer Hatırnaz **Erol**, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 231; **Akgül**, s. 279.

52 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161020-1.htm>, E.T. 23.3.2022.

Verileri Hakkında Yönetmelik,⁵³ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi,⁵⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği⁵⁵ ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları⁵⁶ örnek olarak gösterilebilir.

Günümüzde sağlık hizmetinin doktor ve sağlık personeli çerçevesini aşarak sağlık bilişim teknolojilerindeki gelişmenin etkisiyle başka aktörlerin de devreye girebilmesine imkan tanıdığı dikkate alındığında, yukarıda bahsi geçen metinlerde yer alan sağlık verilerini koruyucu hükümlerin önemi daha iyi anlaşılmaktadır. Zira teknolojik gelişmelerin yol açtığı sağlık verilerine erişim yetkisini taşıyan kişi sayısının artmasının yanında, aynı teknolojiler yetkisiz kişilerin erişimi tehlikesini de doğurmaktadır. Verilerin sayısal hale getirilerek veri tabanlarına aktarılmış olması; ayrıca depolama araçlarının eskiye nazaran daha ucuz, hızlı ve küçük hale gelmesi bu kanıyı kuvvetlendirmektedir. Nihayet yapay zekanın da yeni eklenecek bir aktör olduğu düşünülürse sağlık verilerinin güvenliği konusu güncelliğini her zaman sürdüreceği gibi görünmektedir.⁵⁷ Aynı güvenlik endişesinin pandemi döneminde de kendisini gösterdiği söylenebilir.

⁵³ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/06/20190621-3.htm>, E.T. 23.3.2022.

⁵⁴ Madde 4: “*Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez*”. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf>, E.T. 23.3.2022.

⁵⁵ Madde 21: “*Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir*”. <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=4847&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeli&mevzuatTertip=5>, E.T. 23.3.2022.

⁵⁶ Madde 31: “*Hasta dosyalarındaki bilgilerin geniş bir özeti ile bilgi ve belgelerin örnekleri, isteği durumunda hastaya verilir. Hekim, yasal zorunluluk olmadıkça, bu bilgileri başkasına veremez. Hekim, hastanın kimlik bilgilerini saklı tutmak koşuluyla, bu bilgileri dosya üzerinden yapacağı araştırmalarda kullanabilir*”. https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=65, E.T. 23.3.2022.

⁵⁷ Elif **Küzeci**, “Sağlık Bilişim Teknolojileri ve Yeni Hukuksal Soru(n)lar”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2018, s. 485-486.

III. PANDEMİ SÜRECİNDE ALINAN TEDBİRLERİN MEŞRUIYETİ

A. Pandemi Sürecinde Alınan Tedbirler

Pandemi sürecinde alınan tedbirlere bakıldığında ilk olarak bahsedilmesi gerekenin Hayat Eve Sığar Uygulaması ve HES kodu olduğu söylenebilir. Hastalığa ait ilk vakanın görülmesinden yaklaşık 1 ay sonra hayata geçirilen bu uygulama, konumuzu ilgilendirdiği yönüyle kişileri hastalık taşıyıp taşımadıklarına bakarak riskli ve risksiz olarak ayırmış ve hastalık durumu kodlarına işlenen kişiler belirli faaliyetleri bu kodu ilgililerle paylaşarak icra edebilmiştir. Zaman içerisinde birkaç kez değişikliğe uğramış olmakla birlikte başlangıç itibariyle hastalığı taşıdığı tespit edilenler ile hasta kimselerle temasta bulunan kişiler uygulama nezdinde riskli olarak görülmüş ve bu kişilerin karantina altında tutulması gerekmiştir. Daha sonraları aşılardan devreye girmesiyle birlikte bütün aşılardan yaptırılmış kimseler temaslı olsalar bile karantina altına girme mecburiyetinden muaf kılınmıştır. Uygulamaya gelen son güncellemeler ile birlikte kodda kişilerin aşı ve PCR testi durumları da görülebilir hale getirilmiştir. Uygulamada yer alan bilgilere göre kişilerin kimlik verileri, iletişim verileri, konum verileri, sağlık verileri, meslek verileri, bluetooth verileri, kamera verileri, kişi listesi verileri ve video, ses, görüntü gibi dosya verileri talep edilebilmiş ve işlenebilmiştir.

Bir diğer tedbir, aşı ve PCR testi bilgilerini paylaşma zorunluluğunun getirilmesi olmuştur. İçişleri Bakanlığının illere gönderdiği 20 Ağustos 2021 tarih ve “Bazı Faaliyetler İçin PCR Zorunluluğu” konulu genelge ile 6 Eylül 2021 tarihinden itibaren aşı olmayan veya hastalığı geçirmemiş kişilerin konser, sinema, tiyatro gibi toplu faaliyetlere katılımı ile uçak, otobüs, tren veya diğer toplu ulaşım araçlarıyla gerçekleştirecekleri şehirlerarası seyahatleri için azami 48 saat önce yapılmış negatif sonuçlu PCR testini sunma şartı getirilmiştir. Bu çerçevede işletmeciler veya organizatörler ile seyahat firmalarına PCR testi sorgulaması yapma yetkisi tanınmış ve bu kimselere hastalığı geçirmeyen, aşı olmayan veya negatif sonuçlu PCR testi bulunmayan kişileri etkinliklerden veya seyahatten menetme yetkisi tanınmıştır. Yine valilikler ve kaymakamlıklara da İl/İlçe Hıfzıssıha Kurulları aracılığıyla hastalığı geçirmemiş veya aşısız kimseler için toplu etkinlik ve faaliyetlerden faydalanmada HES kodu üzerinden PCR testi kontrolü zorunluluğu getirebilme yetkisi tanınmıştır. Bunu takiben 31 Ağustos 2021 tarih ve “PCR Zorunluluğu” başlıklı diğer bir genel-

gede ise öğretmenler, eğitim personeli, kantin çalışanları ve öğrenci servisi personelinde aşısız veya hastalığı geçirmemiş olmaları halinde haftada iki kez PCR testi taramasının istenebileceği karara bağlanmıştır. Yine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı da 2 Eylül 2021 tarih ve “İşyerlerinde Covid-19 Tedbirleri” konulu genelgesinde işverenlerin aşı olmayan kişilerden 6 Eylül 2021 tarihi itibarıyla haftada bir kez PCR testi isteyebileceği belirtilmiştir.

Aradan geçen birkaç aydan sonra İçişleri Bakanlığı 15 Ocak 2022 tarih ve “PCR Testi Zorunluluğu” konulu genelge ile toplu taşıma araçlarıyla gerçekleştirilecek seyahatlerden önce; konser, sinema, tiyatro gibi etkinliklere katılmadan önce; Millî Eğitim Bakanlığı okullarında görev yapan personele; tüm kamu ve özel işyeri çalışanları ile kamu ve özel kurumlar tarafından düzenlenen öğrenci kampına katılacak kişilerden PCR testi ile tarama yapılmasına gerek bulunmadığı bildirilmiştir. Ancak bir gün sonra, 16 Ocak tarihinde, “Uçak Seyahatlerinde PCR Testi Uygulanması” konulu yeni bir genelge yayımlanmış ve aşısız veya aşı sürecini tamamlamayan ve son 180 gün içinde hastalığı geçirmemiş kişilerin yurt içinde uçakla gerçekleştirecekleri şehirlerarası seyahatler için azami 48 saat önce yapılmış negatif sonuçlu PCR testi istenilmesine devam edileceği belirtilmiştir. Nihayet 4 Mart 2022 tarih ve “Pandemi Tedbirleri” konulu genelge ile HES kodu uygulaması kaldırılmış ve uçakla seyahatlerde PCR testi uygulamasına son verildiği bildirilmiştir.

B. Tedbirlerin Meşruiyeti

Covid-19 pandemisinin insanların bedenlerinde yarattığı ağır tahribat ve yayılma hızı dikkate alındığında devletlerin salgını önleme hususunda hazırlıksız yakalandığını kabul etmek gerekir. Zaman içerisinde hastalığın etkileri ve bulaşma yollarıyla ilgili çalışmalar yapılmış ve devletler de buna göre tedbirler getirmişlerdir. Bu anlamda maske kullanımı, sokağa çıkma yasağı, aşı olma, sosyal mesafe kurallarını tespit etme gibi reaksiyonlar kısa ve orta vadede hayata geçirilmiştir. Ancak tüm bu tedbirlere rağmen hastalık tamamen ortadan kaldırılamamış ve bulaşma hızı da dönemsel olarak dalgalı bir seyirde ilerlemiştir. Öte yandan salgın insanları yalnızca fiziken değil sosyal, kültürel, ekonomik ve psikolojik olarak da etkilemiştir. Aynı etki hak ve özgürlüklerin kullanımı açısından da söz konusu olmuştur. Genelgelerle öngörülen bilgilerin paylaşılma mecburiyetine tabi tutulması neticesinde bu şartları yerine getirmeyen kişiler açısından çalışma ve sözleşme hürriyeti, eğitim ve öğretim hakkı, yerleşme ve seyahat hürriyeti, özel hayatın gizliliği ve korunması gibi pek çok haktan mahrumiyet sonucu doğmuştur. Bahsi geçen bu altı aylık sürede hak ve

özgürlüklerin birtakım kişisel sağlık verilerinin paylaşılması şartına bağlanması bir hukuki meşruiyet sorununa yol açmıştır.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili genel ilkeleri sıralayan 4. maddesindeki hususlarla çok büyük ölçüde benzerlik taşıyan Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesine göre kişisel sağlık verilerinin işlenmesinde hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma; doğru ve gerektiğinde güncel olma; belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme; işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma; işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme ilkelerine uyma zorunluluğu bulunmaktadır. Genelgelerin yol açtığı problemler, bahsi geçen ilkeler de dikkate alınarak incelenebilir.

1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Şartları Açısından

Pandemi süreci, kitlesel ölümler, sokağa çıkma yasakları, şehirler ve ülkelerarası seyahat kısıtlamaları gibi gündelik hayatın olağan akışımı ciddi şekilde sekteye uğratan birçok neticeyi beraberinde getirmiştir. Buna rağmen ülkemizde olağanüstü hâl ilan edilmemiş ve bahsi geçen neticelerle olağan dönemin hukuki imkanlarıyla mücadele edilmeye çalışılmıştır. Olağan dönemlerde temel hak ve özgürlükleri düzenleyen Anayasamızın 13. maddesine göre “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*”. Madde metninde geçen kanunla sınırlama, sebebe bağlı olarak sınırlama ve ölçülülük ilkesine uygun olarak sınırlama şartları, getirilen tedbirlerin Anayasaya uygunluğu açısından incelenmeye değer görülmektedir.

İlk olarak Anayasamızın 13. maddesi sınırlamanın kanunla yapılması gerektiğini öngörmektedir. Ancak bahsi geçen altı aylık sürede tedbirler, genelgeler ile öngörülen hükümlere göre uygulanmıştır. Bu genelgelere dayanarak İl Hıfzıssıhha Kurulları kararlar almış,⁵⁸ seyahat firmaları yolcu kabul etmemiş, öğrenciler okullarına girememiş, işçiler işlerinin başına geçememiş, birçok kişi sosyal ve kültürel faaliyetlere katılamamıştır.

⁵⁸ Örnek bir karar için bkz: <http://www.antalya.gov.tr/il-umumi-hifzissihha-kurulu-202202-karari>, E.T. 24.3.2022.

Dolayısıyla genelgeler ile temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması, sınırlamanın kanunla yapılmasını öngören Anayasamızın 13. maddesi açısından aykırılık teşkil etmiştir.

İkinci olarak, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için, sınırlamanın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olması gerekir. Ancak salgın hastalık, yukarıda zikrettiğimiz hakların tamamı açısından bir sınırlama sebebi olarak yer almamaktadır. Örneğin Anayasamızın 23. maddesine göre seyahat hürriyeti, yalnızca suç soruşturması ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla sınırlandırılabilir. Oysa genelgelerde yer alan hükümlere göre aşı olduğuna veya PCR testi yaptırdığına dair sağlık verisini paylaşmayan kişiler şehirlerarası seyahat firmalarıyla bir şehirden başka bir şehre gitmekten alıkonulmuştur. Dolayısıyla sebebe bağlılık ilkesi açısından da bir aykırılık söz konusudur.

Son olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için sınırlamanın ölçülü olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre ölçülülük ilkesi üç alt ilkeden meydana gelmekte ve bunlardan elverişlilik, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını; zorunluluk, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasını ve oranlılık da araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini ifade etmektedir.⁵⁹ Ölçülülük aynı zamanda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 4. maddesi ile Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinde zikredilen ilkeler arasında da yer almaktadır. Kişisel verilerin korunması hukuku anlamında verilerin, işleme amacıyla ilgili olarak "yeterli", "ilgili" ve "gerekli olanla sınırlı" olması hususlarına atıfta bulunarak yorumlanabilmektedir.⁶⁰

Aşı ve PCR testi şartlarına ölçülülük ilkesi açısından bakıldığında bu araçların salgını önleme amacına hizmet etmede ne kadar yeterli olduğu şüpheli kalmıştır. Birçok ülkede hedeflenen aşılama oranlarına ulaşılmasına rağmen vaka sayılarında beklenen düşüş yaşanmamış ve çözüm olarak yeni aşılama yapılması önerilmiştir. Kullanılan aşılama hastaları engellemediği gibi hastalığın bulaştırılmasının önüne geçilmesinde de kat'i bir rol oynamadığı kabul edilmiştir. Bu şartlar altında aşı olmayı reddeden kişilerin temel hak ve özgürlüklerini istifadeden alıkonulmaları,

⁵⁹ Ahmet Devlethan, B. No: 2018/11772, 20.10.2021, § 40.

⁶⁰ Nafiye **Yücedağ**, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, C. 1, S. 1, 2019, s. 60

elverişlilik, gereklilik ve zorunluluk alt ilkeleri açısından yeterli tatmini sağlamamıştır. Aynı neticeye PCR testi açısından da varılabilmektedir. Aşı olan kimselerin de bulaştırıcı olduğu dikkate alındığında salgını sona erdirmeye hizmet etmeyen ve eşitsizlik yaratan bir durum ortaya çıkmıştır. Ayrıca aşı olmayan kimselerden sık aralıklarla test istenmesi, kişilere ölçüsüz bir külfet yüklemiştir. Hastalığa dair hiçbir semptom göstermemesine, tamamen sağlıklı hissetmesine rağmen birçok kişi, sırf aşı olmayı reddetti diye, hastanelerde hastalık şüphesi taşıyanlarla aynı sıraları paylaşmak zorunda kalmış, çalışma saatlerinde işinin başında olamamış, derisini veya seyahat vasıtasını kaçırmıştır. Dolayısıyla aşı ve PCR şartı getirmenin ölçüsüz bir tedbiri benimsemek olduğu söylenebilir.

2. Veri Güvenliği Açısından

Kişisel verilerin korunması hukukunda veri güvenliği, verilerin kaza sonucu veya insan kaynaklı olarak ortadan kaldırılması, silinmesi, değiştirilmesi, yayınlanması yahut yetkisiz şekilde verilere erişilmesi gibi tehlikelere karşı her türden teknik ve idari tedbirin alınması amacını taşımaktadır.⁶¹ Bu yönüyle veri güvenliği verilerin korunmasından farklı bir yere oturmaktadır. Zira korumadaki maksat verilerin işlenmesi esnasında kişilerin hak ve özgürlüklerini güvence altında tutmak iken, veri güvenliği doğrudan doğruya verilerin muhafazası ile ilgili olarak alınması gereken tedbirlere işaret etmektedir.⁶² Genelgelerle getirilen yükümlülüklerle baktığımızda aşı ve test bilgilerinin paylaşılması gereken mecralar oldukça geniş bir skalada belirlenmiş durumdadır. Gerek kamu gerekse özel sektörde faaliyet gösterecek, seyahat firması mensupları; konser, sinema, tiyatro gibi toplu faaliyetleri organize edenler; işverenler; okul idarecileri gibi sayısız ve kapsamı tespit edilemeyecek pek çok kişi bizzat veya kendilerine bağlı olarak çalışanlar aracılığıyla sağlık verilerine erişebilir hale getirilmiştir.

Konuyla ilgili olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrasında sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanın planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık

⁶¹ Aydın, s. 121.

⁶² Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, Ankara 2008, s. 94-95.

rızası aranmaksızın işlenebileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla kamu sağlığının korunması amacıyla kişilerin özel nitelikli sağlık verilerinin işlenmesi, rızalarına gerek duyulmaksızın mümkün olabilmektedir. Ancak bu verilerin kimler tarafından işlenebileceği ve verilere kimler tarafından erişilebileceği kritik bir konudur. Kişisel Verilerin Korunması Kurumunun sitesinde yer alan bilgi notunda⁶³ Sağlık Bakanlığı, sağlık kuruluşları veya Sosyal Güvenlik Kurumu örnek olarak gösterilmektedir. Zaten söz konusu verilerin özel bir kategori altında düzenlendiği dikkate alındığında, özel bir koruma altında olmasını beklemek daha doğru olacak ve sağlık hizmetiyle ilgili birimlerin istisnai durumdan yararlanabileceğini düşünmek amaca daha uygun düşecektir. Nitekim Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinde de hiç kimsenin sağlık hizmeti sunumu için gerekli olan durumlar haricinde geçmiş sağlık verilerinin dökümünü sunmaya veya göstermeye zorlanamayacağı belirtilmektedir.

Öte yandan Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 28 Eylül 2021 tarihinde web-sitesinden yaptığı "Covid-19 PCR Test Sonucu ve Aşı Bilgisi Uygulamalarına İlişkin Kamuoyu Duyurusu"nda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliğini sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi halinde kanun hükümlerinin uygulanmayacağını düzenleyen 28. maddesi açısından konuya yaklaşmış ve verilerin işlenmesinin, hastalığın bulaşıcılığının önüne geçilebilmesini teminen kanunla yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşlarınınca yürütülen faaliyetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁴

Bahsi geçen kanun maddesinin metnine bakıldığında kamu düzeni ve güvenliğinin bahsi geçmekle birlikte kamu sağlığına yönelik olarak bir hususun vurgulanmadığı görülmektedir. Bu durum, kamu sağlığı kavra-

⁶³ Madde ve Gerekçesi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, s. 21. <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf>, E.T. 24.3.2022.

⁶⁴ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7055/COVID-19-PCR-TEST-SONUCU-VE-ASI-BILGISI-UYGULAMALARINA-ILISKIN-KAMUOYU-DUYURUSU>, E.T. 24.3.2022.

mının kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramlarını içerecek şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağı şüphesini beraberinde getirmektedir.⁶⁵ Kamu sağlığının kamu düzeni içerisinde görülebilmesi kimi zaman mümkün olmakla beraber, kamu düzeni ibaresinin yer aldığı her hükümde genel sağlığın da kastedildiğini anlamının, her iki kavram açısından ciddi bir belirsizliğe yol açacağı gibi bir neticeyi doğurması muhtemel görülmektedir. Özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının istisnai bir karakter arzemesi hususu dikkate alındığında, belirsizliklerin hak ve özgürlükler lehine ve yetkilerin de dar bir şekilde yorumlanması daha doğru bir yaklaşım olacaktır.⁶⁶

Diğer taraftan Kurumun web-sitesindeki bilgi notunda maddenin yorumuna milli güvenliği ilgilendiren istihbari faaliyetler açısından yaklaşıldığı görülmektedir.⁶⁷ Nitekim milli savunma, milli güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni veya ekonomik güvenlik kavramları birlikte düşünüldüğünde bunlara yer verilmesindeki maksadın art niyetli yıkıcı faaliyetlerin önüne geçmede kolaylık sağlamak olduğu görülebilecektir. Böyle bir yorum benimsendiğinde sadece salgınla ilgili hususlar değil, diğer pek çok konu da bu kavramlardan birine dahil edilebilip istisnadan yararlandırılabilmesi tehlikesi ortaya çıkmakta ve kişisel verilerin korunmasının bir anlamı kalmamaktadır. Kaldı ki Kurumun yorumu bir an için kabul edilse dahi kanun maddesi yetkiyi kamu kurum ve kuruluşlarına vermektedir. Halbuki genelgeler özel sektörde faaliyet gösteren pek çok işletme ve kişiye bu hakkı tanımıştır. Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 28. maddesinin (ç) bendinde düzenlenen ve millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik kişisel veri işleme istisna kapsamına alınmıştır. Bu istisnalar dolayısı ile mezkûr konularda kişisel verilerin işlenmesi halinde Kişisel Verileri Ko-

⁶⁵ Sinan Sami **Akkurt**, “Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesine ve Covid-19 Pandemisi Sürecinde Mobil Uygulamalarla Paylaşılmasına Hukuki Bir Bakış”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Özel Sayısı, S. 38, Y. 19, 2020/2 (Covid-19 Özel Eki), s. 151.

⁶⁶ Atilla **Erkal**, “Koronavirüs (Covid-19) Tedbirlerinin Hukukiliği Sorunu ve Alman Hukukundaki Durum”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 2, 2021, s. 71.

⁶⁷ Madde ve Gerekçesi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, s. 98. <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf>, E.T. 24.3.2022.

ruma Kanunu'nun koruma kapsamının dışına çıkılacaktır. Bununla birlikte kişisel verilerin korunmasının sadece kanunla değil anayasayla düzenlenmiş olduğu da unutulmamalıdır. Kişisel verilerin korunması bir temel haktır ve ancak kanunla sınırlandırılabilir.

Ayrıca bu verilerin ne kadar süre saklanacağı ve ne şekilde imha edileceği ile veri sorumlularının kimler olduğu açıklığa kavuşturulmamıştır. Dolayısıyla özel nitelikteki sağlık verilerinin yetkisiz kişilerce işlenebilmesi tehlikesi ikinci problem olarak ortaya çıkmıştır.

3. Veri Sahibinin Rızası Açısından

Yukarıda da belirtildiği gibi 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrasında sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla genelgeler ile getirilen tedbirler açısından yetkili kimselerin usulüne uygun bir şekilde verileri işlemesi halinde veri sahibinin rızasının aranmayacağı söylenebilir. Öte yandan rıza problemi diğer bir açıdan değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Nitekim genelgeler ile sayılan faaliyetlerde bulunmak için aşı veya test yaptırmak gibi şartlar aranmış, bu şartları yerine getirmeyen kimselere izin verilmemiştir. Aşı ve PCR testi ise mahiyetleri gereği birer tıbbi müdahaledir. Dolayısıyla genelgeler birçok kişi açısından sırf engellerle karşılaşmamak için tıbbi müdahaleye cevaz verme ya da sırf tıbbi müdahaleye rıza göstermediği için hak ve özgürlüklerden mahrum kalma gibi bir neticeyi doğurmuştur. Dolayısıyla konunun tıbbi müdahaleye rıza perspektifinden de incelenmeye değer bir yönü bulunmaktadır.

Tıbbi müdahale, *“kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmadığında hastalığı hafifletmek veya acılarını dindirmek veyahutta rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amaçlarıyla tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyet”* olarak tanımlanmaktadır.⁶⁸ Vücut bütünlüğüne yönelik bu türden müdahaleler, yetkili kimseler tarafından, hastanın rızası alınarak, tedavi

⁶⁸ Erol, s. 122.

amacıyla ve tıp biliminin kurallarına uygun şekilde yapılmaları halinde hukuka aykırılık taşımamaktadır.⁶⁹

Tıbbi müdahaleye rıza, günümüzde tıbbi müdahalenin uluslararası alandaki en önemli geçerlilik şartı olarak görülmektedir.⁷⁰ 1947 tarihli Nürnberg Yasası'ndan bu yana tıp ve sağlık hukukunun önemli bir konusu olan rıza, özellikle 1960'lı yıllardan itibaren yerini sağlamaştırmaya başlamıştır.⁷¹ Bu durumun bir neticesi olarak ilk defa 1981 yılında Portekiz'de Dünya Tıp Birliği'nin gerçekleştirdiği toplantıda ilan edilen Lizbon Bildirisi'nde uluslararası alanda bir kabule kavuşmuştur.⁷² Bu yöndeki kararlılık sonraki yıllarda kabul edilen uluslararası metinlerde de sürdürülmüş ve rıza unsuru modern hukukun ayrılmaz bir parçası haline getirilmiştir. Ülkemizde ise Anayasamızın 17. maddesindeki "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*" hükmü ile en yüksek seviyede benimsendiğini söylemek gerekir. Her ne kadar madde metninde rıza ibaresi sadece bilimsel ve tıbbi deneylere mahsus olarak zikredilmiş ve vücut bütünlüğüne müdahalede bulunabilmek için tıbbi zorunluluk ile kanunda yazılı hallerin bulunması şart koşulmuş ise de mevzuatta yer alan birçok düzenlemede rıza şartının arandığı görülebilmektedir.⁷³ Örneğin 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi "*Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar*" hükmüne yer verirken, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde ise 24-31. maddeleri kapsayan "Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası" başlıklı ayrı bir bölüm bulunmaktadır.⁷⁴

⁶⁹ Abdulkadir **Yılmaz**, Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, 1. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2019, s. 69; Yahya **Deryal**, Sağlık Hukuku Problemleri, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 23-24.

⁷⁰ İlhan **Gülel**, Tıbbi Müdahaleye Rıza, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 43.

⁷¹ Emel **Badur**, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 51; Hakan **Ertin**/M. Kemal **Temel**, "İnsan Üzerindeki Deneyler ve İlgili Etik-Yasal Metinler", Anadolu Kliniği, C. 21, S. 3, Eylül 2016, s. 225.

⁷² **Gülel**, s. 92.

⁷³ Tahsin **Gökcan**, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 203.

⁷⁴ **Deryal**, s. 31.

Tıbbi müdahaleler için rıza aranmasındaki mantık, kişinin “*kendi geleceğini belirleme hakkı*” şeklinde kendisini gösteren “*bireysel özerklik*” ile yakından ilişkilidir.⁷⁵ İnsan onurunun korunmasının bir gereği olarak kabul edilen bireysel özerklik, şahsiyet sahibi bir varlık olarak insanın dokunulmazlığını, tamamiyetini, kutsallığını ve bağımsızlığını temin etmekte; kamu otoritelerine de insanı nev-i şahsına münhasır bir varlık olarak görme ödevi yüklemektedir. Bu anlamda herkes, kendi vücudunun ve hayatının tek sahibi olarak ortaya çıkmakta ve bunlarla ilgili kendi takdir ve kanaatlerine göre hareket edebilme özgürlüğüne sahip olabilmektedir. Liberal doktrinde “*self-ownership*” olarak adlandırılan bu anlayış gereğince bireyler bir yandan kendilerine ait değerleri oluşturma ve kullanmada serbest bırakılmalı, diğer yandan da başkaları tarafından verilebilecek zararlara karşı korunmalıdır.⁷⁶

Konumuzu ilgilendirdiği yönüyle, tıbbi müdahaleyle ilgili olarak kişinin aydınlatılması, kendi geleceğini belirleme anlamında oldukça önemlidir. Müdahalenin tehlike arz eden yahut olumlu veya olumsuz sonuçları ile müdahale sonucunda ortaya çıkması kesin sonuçlarla ilgili olarak bilgilendirmenin yapılması gerekmektedir.⁷⁷ Dolayısıyla modern tıp ve sağlık hukukunda rızanın tek başına yetmediğini ve geçerli bir rıza için aydınlatmanın esas olduğunu belirtmek gerekir. Bu durumu ifade etmek için “*aydınlatılmış rıza (informed consent)*” kavramının yaygın bir şekilde benimsendiği söylenebilir.⁷⁸ Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının özünde yer alan rıza kavramı, rızayı verme kadar esirgeme özgürlüğünü de içermektedir. Bu bakımdan kişiler rızayı reddetme, müdahaleye kısmen veya tamamen rıza gösterme, hatta daha önceden vermiş olduğu rızayı geri çekme serbestisi içerisindedirler.⁷⁹

Genelgeler ile öngörülen şartlar, yukarıda da belirtildiği gibi, bazı kimseler için tıbbi müdahaleye gönülsüzce rıza gösterme mecburiyeti, diğer bazıları için ise tıbbi müdahaleye rıza göstermediklerinden hak ve özgürlüklerden mahrumiyet sonucunu doğurmuştur. Anayasamızın ve mevzuatın bahsi geçen hükümleri dikkate alındığında aranan şartların hukuka uygun olmadığı sonucuna varılabilecektir. Nitekim çalışma, eğitim alma,

⁷⁵ Gülel, s. 92-93.

⁷⁶ Orhan Aldanmaz, “İnsan Onuru Işığında Kişisel Özerklik ve Yerellik İlkesi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1-2, 2010, s. 88-89.

⁷⁷ Gökcan, s. 219.

⁷⁸ Gülel, s. 123.

⁷⁹ Badur, s. 52.

seyahat etme veya sosyal ve kültürel faaliyetlere katılmada zorluklarla karşılaşmamak için aşı veya test olmak durumunda bırakılan kimselerin bu müdahalelere ne kadar özgür bir şekilde rıza gösterebildiği tartışmaya açıktır. Kaldı ki rıza gösterilmemesi halinde hukuk düzeni tarafından korunmama tehlikesiyle karşı karşıya kalınmıştır. Oysaki Anayasamızın 17. maddesi açıkça tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını belirtmek suretiyle tıbbi müdahaleyi ret hakkına ve kişilerin bedenleri üzerinde karar verme yetkisinin bulunduğuna işaret etmektedir. Aşı ve testlerin, yukarıda bahsedilen özellikleri dikkate alındığında, tıbbi bir zorunluluğun veya kanuni dayanağının olmadığı göz önüne alındığında müdahaleleri reddeden kişilerin belirli hak ve özgürlüklerden mahrum bırakılması Anayasanın 17. maddesi açısından aykırılık teşkil etmiştir.

SONUÇ

Çin'in Wuhan kentinden dünyaya hızla yayılan COVID-19 hastalığı, devletleri kapalı ve açık alanlarda maske kullanımı, eğitim ve iş faaliyetlerine uzaktan erişim, sokağa çıkma kısıtlamaları, hasta olan veya hastalık taşıdığından şüphelenen kişileri karantinaya alma, birçok insanın katıldığı büyük çaplı organizasyonlara ara verme, uluslararası seyahat kısıtlamaları gibi eşine az rastlanır tedbirler almaya itmiştir. Bu tedbirler hastalığın yayılmasının önüne geçilmesine hizmet etmekle birlikte insanlar üzerinde sosyal, ekonomik, kültürel ve psikolojik neticelere de sebebiyet vermiştir. Öte yandan tedbirler neticesinde temel hak ve özgürlükler ciddi ölçüde sınırlandırılmıştır.

Ülkemizde 2021 yılının Eylül ayı ile 2022 yılının Mart ayları arasında yukarıda bahsedilen tedbirlere ek olarak bazı tedbirler getirilmiştir. Buna göre bazı faaliyetlere katılmada vatandaşlardan hastalık için sunulan aşıları yaptırdıklarını veya aşı yaptırmadılar ise hasta olmadıklarını ispatlayan test sonuçlarını sunmaları beklenmiştir. Bir dizi genelgenin yayılması yoluyla alınan tedbirler, öngörülen şartları taşımayan kimseler açısından ciddi problemler doğurmuştur. İşçiler işinin başına geçememiş, öğrenciler okullarına girememiş, seyahat etmek isteyenler toplu ulaşım araçlarına erişememiş ve konser, sinema, tiyatro gibi toplu eğlence faaliyetlerine katılmak isteyenler bu faaliyetlerin yapıldığı alanlara girememiştir. Temel hak ve özgürlükler açısından önemli mahzurlar barındıran bu uygulamalar kamuoyunda tartışmalara yol açmış ve meşruiyetleri sorgulanır hale gelmiştir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile özel nitelikli veriler arasında sayılan sağlık verilerinin paylaşılmasının anahtar role büründürüldüğü bu dönem birçok açıdan hukuka aykırılık yaratmıştır. Genelgeler ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmaya çalışılması, anayasada öngörülmeven sebeplerle insanların özgürlüklerinden mahrum bırakılması, aşıların beklenen etkileri yaratmaması sebebiyle ölçsüz müdahalelerin yapılması bu aykırılıkların ilk yönü olmuştur. Bunun dışında hem kamu hem de özel sektörden sayısı belirsiz birçok kişinin bu verilere erişim noktasında yetkili hale getirilmesi ikinci problemlili yön olarak kendisini göstermiştir. Nihayet bu bilgileri paylaşarak belirli faaliyetlerde bulunabilmek için birçok kişinin rızası hilafına tıbbi müdahaleye maruz kalmak zorunda bırakılması veya tıbbi müdahaleyi reddettiği için hukuki himayeden mahrum bırakılması üçüncü yönü oluşturmuştur.

Salgınla mücadelenin sağlam bir hukuki zemine oturtulmadan yürütülmesindeki sakıncalar kişisel sağlık verilerinin korunması açısından da kendisini göstermiştir. Devletlerin karşı karşıya kaldıkları sorunun büyüklüğü su götürmezdir. Ancak salgın hastalığın patlak vermesinin yarattığı ilk şok dalgası atlatıldıktan ve hastalığın mahiyetinin keşfinden itibaren atılacak adımların mevcut hukuk düzenine uyacak şekilde atılması ve gerekirse yeni kavram ve kurumların hukuk düzenine kazandırılması gerekirdi. Zaten 2022 yılının Mart ayının başlarında bu tedbirlerden vazgeçildiği de görülmektedir. Aşı ve testlerin temini oldukça önemli hizmetler olmakla birlikte kişilerin vücut bütünlüğünün güvence altında tutulması en az bu hizmetler kadar önemlidir. Zira kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak haklar arasında yer almaktadır. Hastalığı taşıdığı tespit edilen kimselerin takip edilerek bulaşmanın önüne geçilmeye çalışılması ve ancak bu amaçla sınırlı olacak şekilde kişisel sağlık verilerinin işlenmesi hem hukuka hem de salgınla mücadeledeki vasıtaların sağlayabildiği imkanlara daha uygun düşüyor gibi görünmektedir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR/KİTAP BÖLÜMLERİ

Akgül, Aydın. Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması. 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2014.

Aydın, Sedat Erdem. AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

Badur, Emel. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller. 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Çekin, Mesut Serdar. Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Deryal, Yahya. Sağlık Hukuku Problemleri. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

Develioğlu, Hüseyin Murat. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Dülger, Murat Volkan. "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti". Hasta Mahremiyeti, Editörler, İlhan İlkılıç/Cüneyt Kucur/Orhan Önder, 1. Baskı, İsar Yayınları, İstanbul 2020.

Erol, Gültezer Hatırnaz. Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları. 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Gökcan, Tahsin. Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk. 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Günel, İlhan. Tıbbi Müdahaleye Rıza. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Henkoğlu, Türkey. Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması. Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Küzeci, Elif. Kişisel Verilerin Korunması. Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

Şimşek, Oğuz. Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması. 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, Ankara 2008.

Yılmaz, Sabire Sanem. Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Yılmaz, Abdulkadir. Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü. 1. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2019.

Yılmazoğlu, Yunus Emre/**Perdecioğlu**, İsmail Emrah (Hazırlayan). Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli). 3. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2021.

Uyar, Lema. Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016.

MAKALELER

Akkurt, Sinan Sami. “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”. Kişisel Verileri Koruma Dergisi. C. 2, S. 1, 2020.

Akkurt, Sinan Sami. “Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesine ve Covid-19 Pandemisi Sürecinde Mobil Uygulamalarla Paylaşılmasına Hukuki Bir Bakış”. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. Covid-19 Özel Sayısı, Yıl 19, S. 38, 2020/2 (Covid-19 Özel Eki).

Aldanmaz, Orhan. “İnsan Onuru Işığında Kişisel Özerklik ve Yerellik İlkesi”. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. XIV, S. 1-2, 2010.

Boyar, Oya/**Kama Işık**, Sezen. “Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir Bakış”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019.

Bulut, Metin. “Özel Bir Hukuksal Koruma ve Veri Kategorisi Alanı: Hassas Kişisel Veriler”. Ankara Barosu Dergisi. C. 78, S. 3, 2020.

Erkal, Atila. “Koronavirüs (Covid-19) Tedbirlerinin Hukukiliği Sorunu ve Alman Hukukundaki Durum”. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. XI, S. 2, 2021.

Ertin, Hakan/**Temel**, M. Kemal. “İnsan Üzerindeki Deneyler ve İlgili Etik-Yasal Metinler”. Anadolu Kliniği. C. 21, S. 3, Eylül 2016.

Küzeci, Elif. “Sağlık Bilişim Teknolojileri ve Yeni Hukuksal Soru(n)lar”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 9, S. 1, 2018.

Yücedağ, Nafiye. “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler”. Kişisel Verileri Koruma Dergisi. C. 1, S. 1, 2019.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

N.B.B., B. No: 2013/5653, 03.03.2016.

B. Y., B. No: 2018/30296, 07.09.2021.

Ahmet Devlethan, B. No: 2018/11772, 20.10.2021

WEB SİTELERİ

<https://kisiselveri.com/9546ec-turkce>.

<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wpcontent/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-ABBakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf>.

https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020140848108_tur.pdf.

<https://www.refworld.org/pdfid/3ddcafaac.pdf>.

<http://hastahakki.org/avrupada-hasta-haklarinin-gelistirilmesi-bildirgesi-amsterdam-28-30-mart-1994-copy/>.

https://istanbulism.saglik.gov.tr/Eklenti/27595/0/lizbonbildirgesi1981pdf.pdf?_tag1=B604E65F9D752DBD1BCFA298D02CC89A4C8DE295#:~:text=Her%20insan%20ay%C4%B1r%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1k%20yap%C4%B1maks%C4%B1z%C4%B1n%20yeterli,en%20uygun%20bi%C3%A7imde%20tedavi%20edilmelidir.

[https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm#:~:text=%2D%2035.maddeye%20ilaveten%20Temel%20Haklar,verilen%20korunma%20hakk%C4%B1%20\(madde%208](https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm#:~:text=%2D%2035.maddeye%20ilaveten%20Temel%20Haklar,verilen%20korunma%20hakk%C4%B1%20(madde%208).

<http://www.saglikhakki.org/amsterdam1.htm>.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161020-1.htm>.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/06/20190621-3.htm>.

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf>.

<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=4847&mevzuatTur=KurumVeKurulusYoneltmeligi&mevzuatTertip=5>.

https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=65.

<https://www.antalya.gov.tr/il-umumi-hifzissihha-kurulu-202202-karari>.

<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf>.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 26 Sayı/No: 1 Haziran/June 2022

**E. 2019/115 Numaralı Anayasa Mahkemesi Kararının
İdari Yargılama Hukukunda Usuli Kazanılmış Hak
İlkesinin Uygulanışı Bakımından Değerlendirilmesi***

Evaluation of the Constitutional Court Decision Numbered
E:2019/115 in terms of the Application of the Principle of Procedu-
ral Vested Rights in Administrative Procedure Law

Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL **

Arş. Gör. Fatma OTKAN ***

ÖZ

Medeni yargılama hukuku kökenli usuli kazanılmış hak ilkesi, Danıştay içtihatlarıyla da kabul edilmiş ve idari yargılama hukukunda uygulanmaya başlanmıştır. Söz konusu ilke, idari yargılama hukukunun özellikle

* Bu çalışma, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Doç. Dr. Müzeyyen Eroğlu Durkal danışmanlığında Fatma Otkan tarafından yürütülen “İdari Yargılama Hukukunda Usuli Kazanılmış Hak” adlı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.
E-posta: meroglu@erciyes.edu.tr. ORCID: 0000-0002-5341-3613.

*** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.
E-posta: fatmaotkan@erciyes.edu.tr. ORCID: 0000-0002-3141-70007.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article
Geliş/Received: 13.04.2022 / Kabul/Accepted: 26.04.2022.**

Atıf/Cite as: Müzeyyen Eroğlu Durkal/Fatma Otkan, “E. 2019/115 Numaralı Anayasa Mahkemesi Kararının İdari Yargılama Hukukunda Usuli Kazanılmış Hak İlkesinin Uygulanışı Bakımından Değerlendirilmesi”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 1, Haziran 2022, (93-121).

rine uygun olmadığı yönünde eleştirilmişse de bir süre içtihatlarla uygulandıktan sonra İYUK 50/4. madde hükmü ile kanuni bir dayanağa kavuşturulmuştur. Usuli kazanılmış hak ilkesinin uygulanışına yönelik eleştiriler, ilkenin kanuni dayanağı olan İYUK 50/4. madde hükmü üzerinde de devam etmiştir. İtiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülen İYUK 50/4. madde hükmüne ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu 2019/115 Esas numaralı karar, usuli kazanılmış hak ilkesinin uygulanışına ilişkin bazı hususları açıklığa kavuşturarak Danıştay uygulamasına yön vermiş gözükmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin usuli kazanılmış hak ilkesi kapsamında İYUK 50/4. madde hükmüne ilişkin yorumları usuli kazanılmış hak ilkesinin, idari yargılama hukukunda ne şekilde uygulanması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması bakımından önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Usuli Kazanılmış Hak, İdari Yargılama Hukukunda Usuli Kazanılmış Hak İlkesi, Anayasa Mahkemesi Kararı, İYUK 50/4. Madde Hükmü, Mahkeme Kararlarına Karşı Güvenin Korunması, Adil Yargılanma Hakkı, Hukuki Güvenlik ve Belirlilik, Usul Ekonomisi.

ABSTRACT

The principle of procedural vested rights, which originated in civil procedure law, was also accepted by the case law of the Council of State and started to be implemented in administrative procedure law. Although the principle was criticized as not being compatible with the characteristics of the administrative procedure law, it was given a legal basis with the provision of article 50/4 of the İYUK, after being implemented for a while with the procedure. Criticisms regarding the implementation of the principle of procedural vested rights continued on the provision of article 50/4 of the İYUK, which is the legal basis of the principle. The decision of the Constitutional Court with the number 2019/115 regarding the provision of article 50/4 of the İYUK, which was brought before the Constitutional Court by appeal, seems to have given direction to the implementation of the Council of State by clarifying some issues regarding the implementation of the principle of procedural vested rights. The interpretations of the Constitutional Court on the provision of article 50/4 of the İYUK within the scope of the principle of procedural vested rights are important in terms of clarifying how the principle of procedural vested right should be applied in administrative procedure law.

Keywords: Procedural Vested Rights, Principle of Procedural Vested Rights in Administrative Procedure, Constitutional Court Decision, İYUK

50/4 Rule, Protection of Confidence Against Court Decisions, Right to Fair Trial, Legal Security and Certainty, Procedural Economy.

GİRİŞ

Türk hukukuna özgü olan usuli kazanılmış hak ilkesi, ilk defa Yargıtay içtihatlarıyla ortaya çıkmış ve medeni yargılama hukukunda gelişim göstermiştir. Bazı usuli sorunların çözümü amacıyla geliştirilen ilkenin medeni yargılama hukukunda herhangi bir kanuni dayanağı bulunmamaktadır. Söz konusu ilke, ilk olarak bozma kararına uyulmasıyla devam eden yargılamanın kapsam ve sınırını belirlemek ve bu yargılama sürecinde bozma kararının bağlayıcılığını sağlamak için kullanılmıştır. Usuli kazanılmış hak ilkesinin bu işlevindeki amacı; mahkeme kararlarına karşı güveni korumak, hukuki güvenliği ve belirliliği sağlamak, usul ekonomisine uygun bir yargılama gerçekleştirmek, uyuşmazlığı makul sürede kesin hükme bağlamaktır. Kamu düzeni düşüncesiyle kabul edilen ilkeye zamanla çok sayıda istisna getirilmiştir.

Usuli kazanılmış hak ilkesi, idari yargılama hukukunda da nispeten yakın bir tarihte Danıştay içtihatlarıyla kabul edilerek uygulanmaya başlanmıştır. İdari yargılama hukukunda da usuli kazanılmış hak ilkesi mutlak bir şekilde uygulanmamış, gerekli istisnai durumlar öngörülerek esnek bir şekilde uygulama alanı bulmuştur. Bir süre medeni yargılama hukukunda olduğu gibi herhangi bir kanuni dayanağı olmadan içtihatlarla uygulanan söz konusu ilke, 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklikler kapsamında, İYUK (İdari Yargılama Usulü Kanunu)'a getirilen 50/4. madde hükmü ile kanuni bir dayanağa kavuşmuştur. Madde hükmüne göre: “*Danıştayın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır.*” Hükümde açıkça usuli kazanılmış hak ifadesi geçmemekle birlikte yargı yerlerinde ve doktrinde hükme bu anlam yüklenmiştir.

Medeni yargılama hukuku kökenli usuli kazanılmış hak ilkesinin, re sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ve idarenin yargısal denetiminin gerçekleştirildiği idari yargılama usulünde uygulanması oldukça tartışılmıştır. Usuli kazanılmış hak ilkesinin idari yargılama hukukunda uygulanabilirliği kapsamındaki bu tartışmalar, söz konusu ilke İYUK 50/4. madde hükmü ile kanuni dayanağa kavuştuktan sonra da devam etmiştir. Özellikle madde hükmünün mutlak bir dille düzenlenmiş olması, usuli kazanılmış hak ilkesine ilişkin istisnaların uygulanıp uygulanmayacağı noktasında tereddütlere sebep olmuştur. Bu tereddütler neticesinde, İYUK

50/4. madde hükmü, Danıştay 13. Dairesi tarafından itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi 19.08.2020 tarih ve E. 2019/115, K. 2020/31 numaralı kararında usuli kazanılmış hak ilkesi ile ilgili genel açıklamalar yaparak söz konusu ilkenin Danıştay tarafından nasıl uygulandığına ilişkin bilgiler vermiştir. Yüksek Mahkeme devamında usuli kazanılmış hak ilkesinin kanuni dayanağı olan İYUK 50/4. madde hükmünün hangi hallerde uygulama alanı bulacağına ilişkin önemli tespitlerde bulunarak madde hükmünü amaçsal yorum yöntemiyle ele almış ve nihayetinde söz konusu madde hükmünün Anayasaya aykırı olmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir. Yüksek Mahkemenin hem usuli kazanılmış hak ilkesine ilişkin hem de ilkenin kanuni dayanağı olan İYUK 50/4. madde hükmüne ilişkin tespitleri ilkenin idari yargılama hukukundaki uygulaması bakımından önemlidir. Bu çalışmada İYUK 50/4. madde hükmünün Anayasaya aykırılık incelemesinin gerçekleştirildiği E. 2019/115 numaralı Anayasa Mahkemesi kararı ele alınmak suretiyle bu kararın Danıştay'ın usuli kazanılmış hak ilkesine ilişkin içtihatlarına etkisi üzerinde durulacaktır.

I. USULİ KAZANILMIŞ HAK

A. Tanım

Usuli kazanılmış hak kavramı, benzerine karşılaştırmalı hukukta rastlanılmayan, Türk hukukuna özgü bir kavramdır¹. Söz konusu kavram Yargıtay içtihatlarıyla oluşturulmuş² ve ilk defa medeni yargılama hukukunda uygulama alanı bularak bu yargılama hukuku dalında gelişim göstermiştir.

Usuli kazanılmış hak kavramı genel olarak şöyle tanımlanmaktadır: *“Bir davada, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi*

¹ Metin **Tuluay**, “Usule İlişkin Kazanılmış Hak”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 1984, s. 61; Murat **Atah**, “Usuli Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı”, Yargıtay Dergisi, C. 44, S. 3, 2018, s. 459.

² Baki **Kuru**, “Usûlî Müktesep Hak (Usûle İlişkin Kazanılmış Hak)”, Makaleler, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006, s. 330; **Tuluay**, s. 61; Ayşe Banu **Şavata Tanverdi**, Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Haklar Özellikle Usuli Kazanılmış Haklar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 1993, s. 70.

ile taraflardan birisi lehine(diğeri aleyhine) doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hak”³.

Yargıtay, maddi hukuktaki kazanılmış hak kavramını ödünç alarak⁴ usul hukukunda belirli sorunların çözümü amacıyla böyle bir kavram oluşturmuştur. Kavramın ortaya ilk çıkışında ise bozma kararına uyulmasıyla devam eden yargılama sürecinin kapsam ve sınırını belirlemek, bozma kararının bağlayıcılığını sağlamak⁵ ve özellikle uyma kararından dönülmesine engel teşkil etmek gibi sebeplerin etkili olduğu görülmektedir⁶. Ancak usuli kazanılmış hak, zamanla başkaca usuli sorunlara çözüm amaçlı kullanılır hale gelmiş ve medeni yargılama hukukunda kullanım alanı gittikçe genişlemiştir⁷. Yargıtay, bazı ara kararların bağlayıcılığını sağlamak ve taraflardan birinin, aleyhine olan bilirkişi raporuna itiraz etmemesi durumunda bilirkişi raporu lehine olan taraf bakımından kesinleşmesini sağlamak için de usuli kazanılmış hak kavramına başvurmuştur⁸. Usuli kazanılmış hak ilkesinin yaygın olarak kullanıldığı şekli, ilk ortaya çıkış sebebi de olan bozma kararına uyulmasıyla meydana gelen şeklidir. Çalışma kapsamında da söz konusu ilke sadece bu şekli bakımından değerlendirilecek, diğer kullanım çeşitlerine yer verilmeyecektir⁹.

³ Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 5, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 4737; Güzin **Akgündüz/Saadettin Saltık**, “Usul Hukukunda Kazanılmış Hak”, TBBD, C. 2, S. 2, 1993, s. 165.

⁴ **Tuluay**, s. 61.

⁵ Orhan **Eroğlu**, “Usuli Kazanılmış Hakkın Sınırlarının Belirlenmesinde Yaşanan Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme”, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 5, S. 6, 2018, s. 167.

⁶ **Akgündüz/Saltık**, s. 167-168; **Tanverdi Şavata**, s. 72.

⁷ Hakan **Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özokes**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 501; “*Bugün neredeyse usuli her sorunda, her derde deva bir kurum olarak gündeme gelmekte, sadece kanun yolunda değil, yargılamanın farklı kesitlerinde de kullanılmaktadır.*”

⁸ **Kuru**, C. 5, s. 4737-4738; **Tanverdi Şavata**, s. 74; **Akgündüz/Saltık**, s. 165-166; **Atalı**, s. 461-462; **Eroğlu**, s. 170-171.

⁹ İleride değinileceği üzere, idari yargılama hukukunda da usuli kazanılmış hak ilkesi sadece bozma kararından sonra medyana gelen çeşidi bakımından uygulama alanı bulmuş olup henüz diğer çeşitleri bakımından uygulama alanı bulamamıştır. Dolayısıyla idari yargılama hukukunda da usuli kazanılmış hak ilkesi şu aşamada bozma karardan sonra meydana gelen çeşidi bakımından kabul edilmiş durumdadır.

Usuli kazanılmış hak kavramının medeni yargılama hukukunda herhangi bir kanuni dayanağı yoktur. Bu kurum içtihatlarla kabul edilmiş ve günümüze kadar içtihatlarla uygulanagelmiştir¹⁰. Medeni yargılama hukukunda usuli kazanılmış hak kavramının hukuki dayanağını Yargıtay 1959 ve 1960 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararları oluşturmaktadır¹¹. Bu kararlardan 1960 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında usuli kazanılmış hakka ilişkin şu ifadelere yer verilmiştir: “Mahkemenin bozma kararına uymasıyla meydana gelen bozma gereğince muamele yapma ve hüküm verme durumu, taraflardan birisi lehine ve diğeri aleyhine hüküm verme neticesini doğuracak bir durumdur ve buna usuli müktesep hak yahut usule ait müktesep hak denilmektedir. Usul Kanunumuzda bu şekildeki Usule ait müktesep hakka ilişkin açık bir hüküm konulmuş değilse de Temyiz’in bozma kararının hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamak-tan ibaret olan gayesi ve muhakeme usulünün hakka varma ve hakkı bulma maksadıyla kabul edilmiş olması yanında hukuki alanda istikrar gayesine dahi ermek üzere kabul edilmiş bulunması bakımından usule ait müktesep hak müessesesi; usul kanununun dayandığı ana esaslardandır ve amme intizamıyla da ilgilidir”¹².

Usuli kazanılmış hak kamu düzenindedir; ancak başta yine kamu düzeni olmak üzere ilkeye zamanla pek çok istisna getirilmiştir¹³. Somut uyuşmazlıkta usuli kazanılmış hakka ilişkin bu istisnalardan biri tespit edilirse, usuli kazanılmış hak ikinci plana atılmakta ve söz konusu istisnaların meydana getirdiği hukuki durum çerçevesinde karar verilmektedir. Bu istisnalar genel itibarıyla şu şekilde sıralanabilir: Görev, bozmaya uymadan sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı verilmiş olması, yeni bir kanun hükmü getirilmiş olması, kesin hüküm, bozmaya uymadan sonra iddia veya savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi, Anayasa Mahke-

¹⁰ **Kuru**, “Usûli Müktesep Hak (Usûle İlişkin Kazanılmış Hak)”, s. 330; **Akgündüz/Saltık**, s. 166; **Pekcantez/Atalay/Özkes**, s. 501; **Eroğlu**, s. 167.

¹¹ Yarg. İBK, E. 1957/13, K. 1959/5, 04.02.1959; Yarg. İBK, E. 1960/21, K. 1960/9, 09.05.1960, (www.kazancı.com).

¹² Yarg. İBK, E. 1960/21, K. 1960/9, 09.05.1960, (www.kazancı.com).

¹³ **Pekcantez/Atalay/Özkes**, s. 503.

mesi'nin iptal kararı, maddi hata, kamu düzenine ilişkin hususlar, bozmaya uymadan sonra feragat, kabul, sulh, resen gözetilmesi gereken hususlar¹⁴.

B. Bozmadan Sonra Meydana Gelen Usuli Kazanılmış Hak

Usuli kazanılmış hakkın bu çeşidi bakımından, bozma kararına uyulmasıyla birlikte bozma lehine olan taraf bakımından usuli kazanılmış hak meydana geldiği kabul edilmektedir. Meydana gelen usuli kazanılmış hak, bozmaya uyan alt derece mahkemesi için de temyiz mercii için de bağlayıcıdır¹⁵.

Bozma lehine olana taraf için meydana gelen usuli kazanılmış hak gereği alt derece mahkemesi, bozma kararına uygun bir yargılama gerçekleştirerek bozma esaslarına uygun bir karar vermek zorundadır. Alt derece mahkemesi, bozma kararına uyduktan sonra bu kararından dönerek ısrar kararı veremeyeceği gibi bozma esaslarından uzaklaşacak nitelikte bir karar da vermez¹⁶. Aynı şekilde temyiz mercii de kendisinin belirlemiş olduğu bozma esaslarıyla bağlıdır ve kural olarak söz konusu bozma kararına aykırı yeni bozma kararı veremez¹⁷. Temyiz merciinin bozma kararına bağlılığı ise bozma kararına uyularak verilen kararların temyiz edilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Temyiz merciinin, bozma kararına uyularak verilen kararların temyiz incelemesini usuli kazanılmış hak ilkesi gereği, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Ele alınan bu husus usuli kazanılmış hakkın, birinci görünümü olarak ifade edilmektedir. Bozmadan sonra meydana gelen usuli kazanılmış hak-

¹⁴ Usuli kazanılmış hak ilkesinin istisnaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, C. 5, s. 4771-4818.

¹⁵ 09.05.1960 tarihli Yarg. İBK; Saim **Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku C. I-II, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1989, s. 721-722; **Kuru**, "Usûlî Müktesep Hak (Usûle İlişkin Kazanılmış Hak)", s. 331; Necip **Bilge/Ergün Önen**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 671.

¹⁶ **Üstündağ**, s. 721-722; **Kuru**, "Usûlî Müktesep Hak (Usûle İlişkin Kazanılmış Hak)", s. 331; **Bilge/Önen**, s. 672; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 501.

¹⁷ **Kuru**, "Usûlî Müktesep Hak (Usûle İlişkin Kazanılmış Hak)", s. 331-333; **Akgündüz/Saltık**, s. 166-168; **Bilge/Önen**, s. 672; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 501.

kın bir de ikinci görünümü vardır. İkinci görünümü ise bozma kararı dışında kalan kısımların kesinleşmesi ve lehine olan taraf için usuli kazanılmış hak teşkil etmesidir¹⁸. Bu görünüm itibarıyla de bozma kararı dışında kalan kısımların kesinleşmesi usuli kazanılmış hak kavramı ile sağlanmakta ve ona dayandırılmaktadır¹⁹.

Sonuç itibarıyla bozmadan sonra meydana gelen usuli kazanılmış hakkın işlevi; bozma kararına uyulmasıyla birlikte devam eden yargılamada bozma kararının bağlayıcılığını sağlamak bu kapsamda hem bozmaya uyan alt derece mahkemesinin bu uyma kararından dönmesine, hem de bozma kararını veren temyiz merciinin bu kararının aksi yönünde karar vermesine engel olmaktır. Usuli kazanılmış hakkın bu işlevi itibarıyla; davaların uzamasını ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek, hukuki istikrarı, belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamak, usul ekonomisine uygun bir yargılama gerçekleştirmek amaçlarına hizmet ettiği ifade edilmektedir²⁰.

II. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA USULİ KAZANILMIŞ HAK İLKESİ

A. Usuli Kazanılmış Hak İlkesinin İdari Yargılama Hukuku Uygulamasına Girişi

İdari yargılama hukukunda 2000’li yıllara kadar usuli kazanılmış hak kavramına ilişkin yargı kararlarında da doktrinde de herhangi bir bilgiye rastlanmamıştır. Zira 1982 yılı öncesi dönemde idari yargılama huku-

¹⁸ **Kuru**, “Usûli Müktesep Hak (Usûle İlişkin Kazanılmış Hak)”, s. 330; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 501; **Eroğlu**, s. 167; **Akgündüz/Saltık**, s. 166-168.

¹⁹ 04.02.1959 tarihli Yarg. İBK.

²⁰ Yarg. HGK, E. 2006/4-519, K. 2006/527, 12.07.2006; Yarg. HGK, E. 2014/21-251, K. 2014/374, 19.03.2014; Yarg. HGK, E. 2015/21-1407, K. 2015/1747, 24.06.2015; Yarg. 21. HD., E. 2016/9184, K. 2018/3139, 02.04.2018: “*Bu kurum, davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay uygulamaları ile geliştirilmiş, öğretide kabul görmüş ve usul hukukunun vazgeçilmez, ana ilkelerinden biri haline gelmiştir*”, (www.kazancı.com).

kunda temyiz incelemesi, medeni yargılama hukukuna göre farklılık göstermekteydi²¹. 1982 yılında idari yargılama hukukunda kabul edilen yeni yasal düzenlemelerle birlikte idari yargılama hukukunda da iki dereceli yargılama sistemine geçilmiş, temyiz incelemesi de medeni yargılama hukukundaki temyiz inceleme yöntemine yaklaştırılmıştır²². Eski sistemde bozma kararına ısrar etme hakkı olmayan alt derece mahkemelerine de bozma kararına karşı ısrar etme ve uyma yönünde bir seçim hakkı tanınmıştır²³. 1982 yılı öncesinde idari yargıda temyiz incelemesi ve bozmadan sonra gerçekleştirilen yargılamadaki farklılıklar usuli kazanılmış hak ilkesinin bu dönemde idari yargılama hukukunda kabulü için uygun bir zemin oluşturmamış, bu uygun zemin idari yargılama hukukunda gerçekleştirilen değişikliklerle oluşmuştur. Dolayısıyla idari yargılama hukukunda iki dereceli yargılama sistemine 1982 yılı itibarıyla geçilmesi ve 1982 yılı itibarıyla alt derece mahkemesine, bozma kararına karşı ısrar etme ve uyma yönünde bir seçim hakkı tanınması, usuli kazanılmış hak ilkesinin idari yargılama hukukunda uygulanmasında etkili olmuştur²⁴.

Usuli kazanılmış hak ilkesinin kavramsal olarak kullanıldığı ilk karar, tespit edilebildiği kadarıyla, 03.03.2000 tarihli Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu (İDDGK) kararıdır²⁵. Usuli kazanılmış hak ilkesine ilişkin ilk kararda ilkenin idari yargılama hukukundaki kullanım amacı şu şekilde ifade edilmiştir: “*Temyiz incelemesi sırasında, temyiz merciinin,*

21 Uzdem **Akyüz**, “Temyiz Davaları ve Diğer İdari Davalardan Farklılıkları ile Sonuçları”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 1986, s. 21.

22 Lütfi **Duran**, “İdari Yargı Adlileşti”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Sarıca'ya Armağan, S. 1-3, Y. 3, 1982, s. 57, 74.

23 **Duran**, s. 76. Eski sistemde idari yargılama hukukunda alt derece idari yargı merciinin bozma kararına ısrar etme hakkı bulunmaması medeni yargılama hukuku ile idari yargılama hukuku arasında bozma kararlarının etkisi bakımından önemli bir farklılık ortaya çıkardığı ifade edilmiştir. Bkz. Zehra **Odyakmaz**, Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1993, s. 33; Gürsel **Kaplan**, “İdari Yargılama Hukukunda Usuli Kazanılmış Hak”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 256.

24 **Kaplan**, s. 258; İlhami **Öztürk**, “İdari Yargılama Hukukunda Temyiz İncelemesinin Usuli Kazanılmış Haklar Açısından Sınırlandırılması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, 2008, s. 1037.

25 Sabri **Coşkun/Müjgân Karyağdı**, İdari Yargılama Usulü- Örnek İçtihatlar Yorumlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 549-552.

aynı kanuni mevzuatla farklı bir sonuca ulaşması, ilk bozma ve buna uyularak verilmiş olan yargı kararının aynı mevzuat karşısında yeniden değerlendirilmesi, taraflar ve uygulama açısından istikrar ve kazanılmış haklar yönünden, aykırı sonuçlar yaratabilecek(tir). İdari Yargılama Usul Kanununda, usuli kazanılmış hak ile ilgili açık bir hüküm olmamakla beraber; İdare Mahkemesince, Danıştay'ın ilgili dairesinin temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararın, Dairesince yeniden temyizden incelenmesi aşamasında yapılacak inceleme, mahkeme kararının bozma kararına uygun olup olmadığı, bir başka anlatımla, bozma kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği, kararın bozma kararı doğrultusunda olup olmadığı konusunda sınırlı olmak durumunda(dır) ”²⁶. Görüldüğü üzere idari yargılama hukukunda usuli kazanılmış hak ilkesi ilk defa, bozma kararına uyularak verilen kararların temyiz incelemesinde bir sınır olarak kullanılmıştır. İlkenin idari yargılama hukukundaki uygulama alanı ise çoğunlukla bu işlevi üzerinden devam ettirilmiştir.

Usuli kazanılmış hak ilkesi idari yargılama hukukunda, bozmadan sonraki birinci görünümü itibarıyla uygulanmaktadır. Başka bir ifadeyle, bozma kararına uyan mahkemenin bozma esaslarına uygun karar vermesi ve bozma kararına uyularak verilen kararların temyiz incelemesinin bozma esasına uygunlukla sınırlı olarak gerçekleştirilmesi işleviyle uygulanmaktadır²⁷. Usuli kazanılmış hakkın ikinci görünümü olan bozmanın dışında kalan kısımların kesinleşmiş sayılması, Danıştay uygulamasında henüz yer edinmediği gibi doktrinde de usuli kazanılmış hakkın bu görünümü itibarıyla idari yargılama hukukunda uygulanamayacağı ifade edilmiştir²⁸. Dolayısıyla idari yargılama hukukunda usuli kazanılmış hak ilkesi sadece bozma kararından sonra meydana gelen çeşidi kapsamında ve

²⁶ Kararın tam metni için bkz. **Coşkun/Karyağdı**, s. 549-552.

²⁷ Turgut **Candan**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 1151-1152; Bahtiyar **Akılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya**, Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 1716; **Kaplan**, s. 557-558.

²⁸ Bu iddia ise İYUK 49/3. madde hükmüne dayandırılmaktadır. Zira hükme göre Danıştay'ın kısmi bozma kararı vermesi halinde bozmanın dışında kalan ve onanan kısımların gösterileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm gereği Danıştayın bozma kararı dışında kalarak onanan kısmı göstermesi gerektiği için bu kısımların usuli kazanılmış hak değil kesin hüküm niteliğinde olacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Kaplan**, s. 269; **Öztürk**, s. 1037.

bu çeşidi bakımından da sadece birinci görünümü itibarıyla uygulama alanı bulmuştur.

03.03.2000 tarihli ilk karardan sonra usuli kazanılmış hak ilkesine başvuru kararlarına bakıldığında da söz konusu ilke, bozma kararına uyularak verilen kararların temyiz incelemesinin bozma esasları doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerektiği kabulünü temellendirmek için kullanılmıştır. Örneğin Danıştay İDDGK, 07.04.2011 tarihli kararında usuli kazanılmış hakkı şu şekilde ifade etmiştir: “İlk derece mahkemesinin doğru bularak uyduğu bozma kararı üzerine temyiz yerinin bozma kararı ile benimsediği esaslara aykırı şekilde bozma kararı verememesi anlamına gelen bu ilke, davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay uygulamaları ile geliştirilmiş, öğretide de kabul görmüştür.”²⁹

Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu(VDDGK) ise bir kararında usuli kazanılmış hakka ilişkin şu şekilde açıklamada bulunmuştur: “...bozma kararına uyularak yeniden verilen kararlara karşı yapılan temyiz başvurularında temyiz mercii, ancak bozma kararının gereklerine uygun karar verilip verilmediğini inceleyebilir. Tersine bir kabul, temyiz merciiinin görüşü değiştirmesi, yapısının değişmesi ya da başka nedenlere bağlı olarak yargılama sürecinin tamamlanmasını engeller. Esasen temyiz merciiinin bozma kararına uyulması; dava hakkında taraflardan biri lehine ve diğeri aleyhine hüküm kurulmasını da gerektirmektedir. Yargılama hukuku öğretisinde usuli kazanılmış hak olarak bilinen bu ilke, yargılamada istikrarın sağlanması ve yargı kararlarına güvenin sarsılmasını önlemek amacından doğmuştur. İdari yargılama hukukunda bu konuda açık bir düzenleme aranmasına gerek bulunmadığı gibi usuli kazanılmış hak müessesesinin, usul hukukunun temel esaslarından biri olması nedeniyle idari yargılama hukukunda da geçerli olduğu yadsınamaz.”³⁰

İdari yargılama hukuku doktrininde ise usuli kazanılmış hak ilkesinin idari yargılama hukukunda uygulanması gerektiği yönünde görüşler³¹ ço-

²⁹ Danıştay İDDGK., E. 2007/1221, K. 2011/215, 07.04.2011, (www.kazancı.com).

³⁰ Danıştay VDDGK., E. 2011/236, K. 2011/582, 12.10.2011, (www.kanunum.com); Aynı yönde; Danıştay VDDGK., E. 2015/730, K. 2015/624, 16.09.2015.

³¹ Usuli Kazanılmış hak ilkesinin idari yargılama hukukunda uygulanması gerektiği yönünde görüşler: **Öztürk**, s. 1039-1042; **Özkan**, s. 45-46; **Candan**, s. 1150-1151; Ali

ğunlukta olmakla birlikte söz konusu ilkenin idari yargılama usulü ile bağdaşmayacağı, özellikle re'sen araştırma ilkesi kapsamında uygulama alanı bulamayacağı, uygulanması halinde başkaca sorunların ortaya çıkacağı gibi sebepler ileri sürülerek usuli kazanılmış hak ilkesinin idari yargılama hukukunda uygulanmaması gerektiği yönünde yaklaşımlar da mevcuttur³². Ancak ifade edildiği üzere çoğunluk görüşü ve Danıştay uygulaması usuli kazanılmış hak ilkesinin idari yargılama hukukunda uygulanması gerektiği yönünde bir yaklaşım sergilemektedir. Çoğunluk görüşünde genel itibarıyla usuli kazanılmış hak ilkesinin; yargılamanın makul sürede tamamlanmasına, yargı kararlarına karşı güvenin tesis edilmesine, hukuki güvenlik ilkesi ve alt başlıkları olan hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ilkesine uygun bir yargılama gerçekleştirilmesine, usul ekonomisine uygun hareket edilmesine hizmet ettiği ifade edilmektedir³³. Usuli kazanılmış hak ilkesinin medeni yargılama hukukundaki uygulaması ile idari yargılama hukukundaki uygulaması karşılaştırıldığında, Danıştay uygulamasında ilkenin bozmadan sonra meydana gelen usuli kazanılmış hakkın birinci görünümü itibarıyla Yargıtay uygulamasına paralel bir nitelik taşıdığı söylenebilir³⁴. Danıştay söz konusu kavramı, Yargıtay kararlarına atıf yaparak ve Yargıtay'ın belirlemiş olduğu istisnaları da benimsemek suretiyle uygulamaktadır³⁵. Bu doğrultuda ilkenin iki yargılama hukukunda

D. **Ulusoy**, İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 241-242; Yahya **Zabunoğlu**, İdare Hukuku C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 722-723.

³² Bkz. **Kaplan**, s. 273-282; Mehmet Emin **Akgül**, "İdari Yargılama Usul Kanundaki Usuli Kazanılmış Hakkın Hukuk Devletinde Bir Yeri Var mıdır? İYUK MD. 50/4'ü İptal Etmeyen Anayasa Mahkemesi Kararının Eleştirisi", AHBVÜHFD, C. 26, S. 1, 2022, s. 316-323.

³³ Gürsel **Özkan**, "Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Hukukunda Usuli Kazanılmış Hak İlkesi", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2014, s. 33; **Öztürk**, s. 1041; **Ulusoy**, s. 241-242.

³⁴ **Kaplan**, s. 267-268.

³⁵ **Özkan**, s. 27; Danıştay İDDGK., E. 2006/149, K. 2009/3386, 24.12.2009: "...usuli kazanılmış hak ilkesinin Yargıtay'ın belirlediği istisnalarıyla birlikte ve idarenin yargısal denetiminin yerine getirilmesini sınırlandırmadan, idari yargılama usulünün özelliklerine uygun olmak ve genel kabul gören içtihat değişikliklerinin uygulanmasını engellemeyecek nitelikte olması kaydıyla idari yargıda da uygulanabileceği sonucuna varılmaktadır.", Aynı yönde bkz. Danıştay İDDGK., E. 2007/2694, K. 2010/1359, 07.10.2010, (www.lexpera.com).

da mutlak bir şekilde uygulanmadığı, uygulamada gerekli esnekliğin sağlandığı görülmektedir. Nitekim Danıştay usuli kazanılmış hak ilkesinin istisnalarını da sıklıkla uygulamaktadır. Bunlardan bazılarını sıralamak gerekirse; ilk inceleme konularından görev³⁶, süre³⁷ ve ehliyet³⁸, yeni bir içtihadı birleştirme kararı çıkmış olması³⁹, yeni bir kanuni düzenlemenin yapılmış olması veya kanun hükmünün değiştirilmesi⁴⁰, maddi hata⁴¹, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ve ihlal kararları⁴², kamu düzenini ilgilendiren bir usul kuralının dikkate alınmaması⁴³.

B. İdari Yargılama Hukukunda Usuli Kazanılmış Hak İlkesinin Kanuni Dayanağı

Usuli kazanılmış hak ilkesi, 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla İYUK' a getirilen 50/4. madde hükmü ile kanuni bir dayanağa kavuşmuştur⁴⁴. Hükme göre: "Danıştayın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır." Söz konusu düzenleme, bozma kararına uyularak verilen kararların temyiz incelemesi ile hiç temyiz incelemesine tabi tutulmamış kararların temyiz incelemesi arasında inceleme yöntemi bakımından bir farklılık öngörmektedir. Öngörülen bu farklılık söz konusu bu kanuni düzenleme öncesinde

³⁶ Danıştay 10. D., E. 2018/1927, K. 2018/2672, 19.09.2018, (www.kazanci.com).

³⁷ Danıştay 14. D., E. 2018/4179, K. 2018/6595, 13.11.2018, (www.kazanci.com).

³⁸ Danıştay İDDGK., E. 2007/2694, K. 2010/1359, 07.10.2010, (www.lexpera.com).

³⁹ Danıştay 4.D., E. 2012/2515, K. 2013/3293, 06.05.2013; Danıştay 4. D., E. 2019/6227, K. 2019/9136, 18.12.2019, (www.kazanci.com).

⁴⁰ Danıştay İDDGK., E. 2020/519, K. 2020/3648, 30.12.2020, (www.lexpera.com).

⁴¹ Danıştay 13. D., E. 2019/3831, K. 2020/2289, 28.09.2020, (www.lexpera.com).

⁴² Danıştay 7. D., E. 2005/3650, K. 2007/2141, 07.05.2007, (www.kazanci.com); Danıştay VDDGK., E. 2019/1820, K. 2020/260, 11.03.2020, (www.lexpera.com).

⁴³ Danıştay, 7. D., E. 2017/107, K. 2020/4446, 05.11.2020, (www.kanunum.com).

⁴⁴ **Ulusoy**, s. 242; **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 1718; **Candan**, s. 1152; **Özkan**, s. 24; Usuli kazanılmış hak ilkesinin kanuni bir zorunluluk haline getirilmemesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Öztürk**, s. 1039-1040: "İdari yargıda da uygulamanın hukuk yargılama usulünde olduğu gibi yasal bir zorunluluktan ziyade içtihadı yolla benimsenmesi daha uygun bir çözüm olacak ve uygulamaya gereken esnekliği sağlayacaktır."

usuli kazanılmış hak ilkesi ile sağlanmaya çalışılmaktayken mevcut uygulamaya/ilkeye kanuni bir dayanak getirilmiştir.

Öte yandan usuli kazanılmış hakkın kanuni dayanağı olmadığı ve içtihatlarla kabul edildiği dönemde usuli kazanılmış hakka ilişkin istisnalar nasıl uygulanıyorsa, İYUK 50/4. madde hükmü getirildikten sonra da istisnaların aynı şekilde uygulanmaya devam edildiği görülmektedir⁴⁵. Dolayısıyla hüküm, usuli kazanılmış hak ilkesinin uygulanması bakımından büyük bir değişiklik meydana getirmemiş, sadece içtihatlarla uygulanagelen ilkeye kanuni bir dayanak getirmiştir. Ancak Danıştay'ın bazı kararlarında İYUK 50/4. madde hükmünün dikkate alınmadığı, hükmü uygulama alanı dışında bırakacak herhangi bir istisnaya da yer verilmediği görülmektedir⁴⁶. Bu kararlar dikkate alındığında hem usuli kazanılmış hak ilkesinin hem de ilkenin kanuni dayanağı olan İYUK 50/4. madde hükmünün uygulanışında henüz bir uygulama birliği oluşmadığı, ilkenin yeknesak bir şekilde uygulanmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

III. E. 2019/115 numaralı ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

İdari yargılama hukukunda usuli kazanılmış hak ilkesinin kanuni dayanağı teşkil eden İYUK 50/4. madde hükmü Danıştay 13. Dairesi tarafından itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır. Danıştay 13. Dairesi, bozma kararına uyularak dava konusu işlemin iptali yönünde verilen kararın temyiz incelemesi sırasında, bozma kararının maddi bir hataya dayandığını tespit etmiştir. Ancak söz konusu incelemeyi İYUK 50/4. madde hükmü gereğince bozma esasına uygunlukla sınırlı olarak gerçekleştirmesi gerektiği için hükmün Anayasaya aykırı olduğunu düşünerek iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

İtiraz gerekçesinde ise söz konusu hükmün usuli kazanılmış hak ilkesine ilişkin herhangi bir istisna öngörmediği, kuralın uygulanmasının idari yargı merciini, resen araştırmak ve ortaya çıkarmakla yükümlü olduğu maddi gerçeği görmezden gelmek durumunda bıraktığı, bu haliyle idari

⁴⁵ Bkz. Danıştay 13. D., E. 2019/3831, K. 2020/2289, 28.09.2020; Danıştay 3. D., E. 2019/17, K. 2020/4032, 22.10.2020; Danıştay VDDGK., E. 2019/1820, K. 2020/260, 11.03.2020, (www.kazancı.com).

⁴⁶ Bkz. Danıştay 14. D., E. 2018/4179, K. 2018/6595, 13.11.2018; Danıştay 12. D., E. 2018/6052, K. 2019/5960, 17.09.2019; Danıştay 12. D., E. 2018/1513, K. 2019/353, 09.05.2019; Danıştay 6. D., E. 2019/20983, K. 2020/191, 18.02.2020; Danıştay, 6. D., E. 2019/8705, K. 2020/3478, 10.03.2020; Danıştay 12. D., E. 2020/161, K. 2020/2239, 09.06.2020; Danıştay İDDGK., E. 2014/468, K. 2017/1454, 29.03.2017, (www.kazancı.com).

yargının işleviyle bağdaşmayan sonuçlar doğurduğu ve adil yargılanma hakkını engelleyici nitelikte olduğu belirtilerek hükmün Anayasa'nın 2, 13 ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi kararında, İYUK 50/4. madde hükmünün usuli kazanılmış hak ilkesinin kanuni dayanağı teşkil ettiğini belirtmiş ve bu ilkenin Danıştay uygulamasında ne şekilde yer aldığı hususunda genel açıklamalar yapmıştır. Yargıtay içtihatlarıyla usul hukukuna kazandırılan bu ilkenin idari yargılama hukukunda Danıştay içtihatlarıyla kabul edildiğini, kanuni dayanağı olmadığı dönemde de Danıştay tarafından uygulandığını belirtmiştir⁴⁷. Yüksek Mahkeme; ilkenin uygulanmasında kategorik ve şekilci yaklaşımdan kaçınıldığını, uyuşmazlıklardaki özel koşullar gözetilmek suretiyle ilkeye birtakım istisnalar getirildiğini belirterek söz konusu istisnalara yer vermiştir. İlkenin ve istisnalarının, Danıştay tarafından da Yargıtay kararlarına atıfla idari yargılama hukukunun özelliklerine uygun olarak uygulanmakta olduğu tespit edilmiştir⁴⁸.

Usuli kazanılmış hak ilkesinin Danıştay uygulamasında nasıl yer edindiğine ilişkin bu genel açıklamalardan sonra hükmün anlam ve kapsamına geçilmiştir. Bu kapsamda ise öncelikle söz konusu hüküm uygulama alanı bulabileceği durumlar tespit edilerek hükmün hangi durum ve koşullarda uygulanacağına ilişkin belirlemeler yapılmıştır.

A. İYUK 50/4. Madde Hükmünün Uygulanmasının Ön Koşulu: Kesin Bozma

Anayasa Mahkemesi, İYUK 50/4. madde hükmünde yer alan “bozma kararına uyularak verilen kararların” ifadesindeki uyulan bozma kararı bakımından bir ayrıma yer vermiştir. Başka bir ifadeyle, bozma kararına uyularak verilen kararların temyiz incelemesinin bozma esasına uygunluk yönünden gerçekleştirilebilmesi için söz konusu bozmanın belirli nitelikte olması gerektiğine işaret etmiştir. Bu kapsamda bozma kararlarını kendi içinde iki kategoriye ayırmıştır: Eksik inceleme ve araştırmaya dayalı bozma kararı- kesin bozma kararı.

Bu ayrım çerçevesinde İYUK 50/4. madde hükmünün uygulanabilmesi için uyulan bozma kararının kesin bozma niteliğinde olması gerektiği; zira eksik inceleme ve araştırmaya dayalı bozma kararlarında temyiz

⁴⁷ Paragraf 3.

⁴⁸ Paragraf 5.

edilen kararın hukuka uygunluğu noktasında kesin bir yargıda bulunulmadığı, bu tür bozma kararına uyulması halinde usuli kazanılmış hak doğmayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla Danıştay'ın eksik inceleme ve araştırmaya dayalı bozma kararına uyulmasıyla verilen yeni kararın temyiz incelemesinde ilk bozma kararıyla bağlı olmasını gerektirecek bir durum bulunmadığı için bu bozma kararlarına uyulmasıyla temyiz merciini bağlayıcı bir usuli kazanılmış hak meydana gelmemektedir. Anayasa Mahkemesi, kesin bozma kararını ise temyiz merciinin, alt derece mahkemesinin nihai kararının hukuka uygunluğu hakkında kesin yargıda bulunduğu bozma olarak nitelendirmekte ve sadece bu nitelikteki bozma kararına uyulmasıyla usuli kazanılmış hak oluşacağını belirtmektedir⁴⁹.

Anayasa Mahkemesi kararında, usuli kazanılmış hakkın meydana gelmesi için aranan kesin bozma şartı, medeni yargılama hukukunda da görülmektedir. Nitekim Üstündağ, usuli kazanılmış hakkın ancak taraflardan biri lehine, diğeri aleyhine hüküm verilmesi zorunluluğu olduğu hallerde meydana geleceğini ifade etmiştir⁵⁰. Eksik inceleme ve araştırma sebebine dayalı bozma kararlarında ise taraflardan biri aleyhine, diğeri lehine bir hüküm verme durumu henüz ortaya çıkmadığı için bu bozma kararlarına uyulmasıyla usuli kazanılmış hak meydana gelmeyecektir.

Medeni yargılama hukukunda söz konusu husus bazı yazarlarca, uyulan bozma kararının niteliği kapsamında ele alınmakta ve bu kapsamda bozma kararları inceleme ve araştırmaya sevk niteliğindeki bozma kararları ve sınırlayıcı ve yol gösterici nitelikte bozma kararları olarak ayırma tabi tutulmaktadır⁵¹. Bu ayırmda her ne kadar kesin bozma ifadesi açıkça yer almasa da sınırlayıcı ve yol gösterici bozmaya yüklenen anlam kesin bozmaya yüklenen anlam ile aynıdır.

⁴⁹ Paragraf 8.

⁵⁰ Üstündağ, s. 72, (dipnot 76): “Demek oluyor ki, bozma ilamına uyma üzerine usuli müktesep hak ancak taraflardan biri lehine ve diğeri aleyhine hüküm verilmesi zorunluluğu doğan hallerde teşekkül eder. Ancak her bozma ilamına uyma böyle bir mecburiyet tesis edemeyeceği için, bu durumlarda mücerret bozma ilamına uyma ile, müktesep hakkın vücut bulamayacağı da kabul edilmek gerekir. Bu son hallerde uymaya rağmen kimin yararına hüküm verilmek gerektiği hala belli değildir. Kısaca bu hallerde temyiz mahkemesi henüz işin esası hakkında kimin haksız olduğunu tayine yarayacak bir hukuki mütalaa beyan etmemiştir.”

⁵¹ Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 478; Akgündüz/Saltık, s. 168.

Usuli kazanılmış hak ile kesin bozma arasındaki bağlantı en açık şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 373/6. madde ve maddenin gerekçesinde görülmektedir. Söz konusu madde, medeni yargılama hukukunda usuli kazanılmış hakkın uygulanışı ve özellikle temyiz merciinin usuli kazanılmış hak ile bağlı olup olmayacağı noktasında oldukça tartışılan bir maddedir⁵². 2013 yılından HMK' ya eklenen bu maddeye göre: “*Davanın esastan reddi veya kabulünü içeren bozmaya uyularak tesis olunan kararın önceki bozmayı ortadan kaldıracak şekilde yeniden bozulması üzerine alt mahkemece verilen kararın temyiz incelemesi, her hâlde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca yapılır.*” Bu hüküm, davanın esastan reddi veya kabulünü içeren bir bozma kararına uyularak verilen kararın temyiz incelemesinde bu bozmayı ortadan kaldıracak şekilde yeniden bozulmasını engellemek, ilk bozma kararına uyulmasıyla meydana gelen usuli kazanılmış haklara riayet edilmesini sağlamak amacıyla bundan sonraki süreçte alt derece mahkemesi ne yönde karar verirse versin bu kararın temyiz incelemesinin Hukuk Genel Kurulu (HGK) tarafından usuli kazanılmış hak ilkesi gözetilerek gerçekleştirileceği amacına dayalı olarak getirilmiştir. Ayrıca birbiriyle çelişkili bozma kararı verilmesi sonrasında alt derece mahkemesinin yeni kararının söz konusu çelişkili bozma kararı veren Yargıtay dairesince değil de Hukuk Genel Kurulunca çözümlenmesi amacı güdüldüğü ifade edilmektedir⁵³.

İşte HGK tarafından bu incelemenin gerçekleştirilebilmesi için Yargıtay dairesi tarafından verilen çelişkili bozma kararlarının kesin bozma niteliğinde olması gerekmektedir. HMK 373/6'nın madde gerekçesinde de kesin bozma şu şekilde tanımlanmıştır: “*Kesin bozma*”, (...)*alt mahkemenin davanın kabulüne ilişkin hükmünün reddedilmesini yahut davanın reddine ilişkin hükmünün kabul edilmesini öngören bozmaları da içeren esasa ilişkin bir bozma çeşididir. Denetim mahkemesinin, aynı dava hakkında, verilerde değişme olmadan, birden fazla ve birbirine zıt kesin*

⁵² Söz konusu tartışmalar ve yaklaşımlar için bkz. İhsan E. **Postacıoğlu/Sümer Altay**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 941-944; Hakan **Pekcanitez**, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci”, TBBD, C. 30, S. 133, 2017, s. 224-230; **Atalı**, s. 496-497; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 503-504.

⁵³ **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 504.

*bozma kararı vermesi, başlı başına hukuk güvenliği sorununa işaret eder.*⁵⁴

Medeni yargılama hukukunda usuli kazanılmış hak ilkesiyle yakından ilişkili olan bu maddeye ve maddenin gerekçesine bakıldığında da usuli kazanılmış hakkın temyiz mercii bakımından bağlayıcı olması için öncelikle ortada temyiz merciiince verilen kesin bozma kararının bulunması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hem ele alınan Anayasa Mahkemesi Kararı hem de medeni yargılama hukukundaki bu hususlar göz önüne alındığında bozma kararına uyularak verilen kararların temyiz incelemesinde, bozma esasına bağlılık ancak söz konusu bozma kararının kesin bozma niteliğinde olması halinde geçerli olacaktır. Zira temyiz mercii, temyiz edilen karar hakkında kesin bir yargıda bulunmamış ve sadece tahkikata ilişkin belirli eksikliklere işaret ederek kararı bozmuşsa, bu halde ortada henüz temyiz merciiinin bağlı olacağı bir bozma esası mevcut değildir.

Bozma kararlarının niteliğine ilişkin yapılan bu ayrımların, İYUK 50/4. madde hükmünde açık bir şekilde belirtilmemesi bu konuda bir karşılık oluşturacak niteliktedir. Zira hükmün lafzından, bozma kararları arasında ayırım yapılmasını sağlayacak bir anlam ortaya çıkmamakta, hükmün tüm bozma kararları bakımından geçerli olduğu gibi bir anlam çıkmaktadır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kesin bozma kararları bakımından bu hususu açıklığa kavuşturmuş gibi gözükse de Anayasa Mahkemesi kararında da eksik bırakılan hususlar görülmektedir. Dolayısıyla İYUK 50/4. madde bu haliyle eksik bir düzenlemedir. İYUK 50/4. madde hükmüne de HMK 373/6. madde metninde yer alan “*Davanın esastan reddi veya kabulünü içeren bozma*” veya “*kesin bozma*” ibaresinin konulması en azından hükmün uygulama alanı bulacağı durumların belirlenmesi konusunda daha isabetli bir tercih olabilirdi.

B. İYUK Geçici 8. Maddesinin Kuralın Uygulanması Bakımından Engel Oluşturup Oluşturmadığı

İYUK 50/4. madde hükmünün getirildiği aynı Kanunla İYUK’a Geçici 8. madde eklenmiştir. İYUK Geçici 8. maddenin ilgili kısmına göre: “*İvedi yargılama usulü hariç olmak üzere bu Kanunla idari yargıda kanun yollarına ilişkin getirilen hükümler, 2576 sayılı Kanununun, bu Kanunla değişik 3 üncü maddesine göre kurulan bölge idare mahkemelerinin tüm*

⁵⁴ Bkz. Adalet Komisyonunun 01.04.2013 tarih ve 1/750 Esas; Karar No: 18 sayılı Raporu, Sıra Sayısı 444, s. 6.

yurtta göreve başlayacakları tarihten sonra verilen kararlar hakkında uygulanır. Bu tarihten önce verilmiş kararlar hakkında, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan kanun yollarına ilişkin hükümler uygulanır.” Bu madde kapsamında İYUK 50/4. madde hükmünün uygulanması noktasında ortaya çıkan sorun, İYUK 50/4. madde hükmünün de bölge idare mahkemelerinin tüm yurtta göreve başlayacakları tarihten önce verilen kararlar bakımından da uygulanıp uygulanmayacağıdır. Nitekim Danıştay’ın bazı kararlarında İYUK Geçici 8. maddeyi ileri sürülerek İYUK 50/4. madde hükmünü uygulanmaktan kaçındığı görülmektedir⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi ise İYUK 50/4. madde hükmünün, bozma kararına uyularak verilen kararların temyiz incelemesi bakımından genel bir usul hükmü niteliği taşıdığını ifade etmiştir. Kuralın amacı ve niteliği gözetildiğinde söz konusu tarihten önce verilen kararlar ile bu tarihten sonra verilen kararlar arasında inceleme yöntemi bakımından böyle bir ayırım yapılmasını gerekli kılacak bir sebebin bulunmadığını ileri sürmüştür. Bu kapsamda kararlar arasında bu şekilde ayırım yapılmaması gerektiğini belirterek bu konudaki belirsizliği gidermiştir⁵⁶.

C. Kuralın Amaçsal Yorum Yöntemiyle Yorumlanması

Anayasa Mahkemesi kuralın lafzıyla birlikte amacının da gözetilmesi gerektiğini belirterek kuralı amaçsal yorum çerçevesinde ele almış ve bu çerçevede kuralda öngörülen düzenlemenin getirilme sebebinin ve koşullarının da göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir.

Bu kapsamda Danıştay’ın geçmişteki olumsuz uygulamasına işaret edilerek, yargılama sürecinde maddi ve hukuki koşullarda herhangi bir değişiklik olmamasına rağmen belirli sebeplerle⁵⁷ bozma kararının aksi yö-

⁵⁵ Danıştay, 2. D., E. 2017/4448, K. 2018/3047, 07.05.2018, (www.kazanci.com); Danıştay 8. D., E. 2021/867, K. 2021/3058, 10.06.2021: “*Ne var ki; 2014 Yasa değişiklikleri ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 50. maddesinin 4. fıkrası ile bu müessese içtihadı olmaktan çıkıp, kanuni bir zemine kavuşturulmuş olup; bu hüküm 2577 sayılı Yasa’nın geçici 8. maddesi uyarınca 20/07/2016 tarihinden sonra verilen kararlar için uygulanacaktır.*”, (www.kanunum.com).

⁵⁶ Paragraf 9.

⁵⁷ Bu şekilde birbirinin aksi yönünden bozma kararları verilmesinin başlıca sebepleri şu şekilde sayılmıştır: “*heyet oluşumunun değişmesi, heyetin görüş değiştirmesi ya da aynı mevzuat hükmünü farklı şekilde yorumlaması*”.

nünde kararlar verilebildiği belirtilmiştir. Söz konusu uygulamanın ise davaların makul sürede tamamlanamamasına, yargı yerlerine olan güvenin zedelenmesine ve hukuki bir belirsizlik ortamının oluşmasına yol açtığı ifade edilmiştir⁵⁸. Dolayısıyla İYUK 50/4. madde hükmünün söz konusu bu olumsuz durumu ortadan kaldırmak amacıyla getirildiği, hükmün bu amacı gerçekleştirirken de hukukun üstünlüğü ilkesini dışlamadığı, usuli kazanılmış hak ilkesinin istisnasız bir şekilde uygulanmasını öngörmediği belirtilerek kurala içtihat yoluyla istisnalar getirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin kendi ifadeleriyle kurala yüklenen anlam şu şekildedir: *“Bu itibarla kural, mahkemece bozma kararına uyulmasıyla birlikte taraflardan biri lehine ortaya çıkan hukuki sonucun - söz konusu tarafın bu sonucun devam etmesi yönündeki beklentisinin korunmamasını haklı ve zorunlu kılacak bir sebep bulunmadığı sürece- temyiz merciince değiştirilememesini ifade etmektedir. Dolayısıyla kural, yargılama sürecinde maddi ve hukuki koşullarda herhangi bir değişiklik olmamasına rağmen heyet oluşumunun değişmesi, heyetin görüş değiştirilmesi ya da aynı mevzuat hükmünü farklı şekilde yorumlaması gibi nedenlerle bozma kararının aksi yönünde kararlar verilmesine engel teşkil etmektedir.”*⁵⁹

D. Kuralın Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

Anayasa Mahkemesi söz konusu kuralın, yargılamanın bir aşamasından sonra tarafların ileri sürdüğü veya resen tespit edilen hususların temyiz merciince hükme esas alınmasına engel teşkil edebilecek ve dolayısıyla yargılamanın belirli bir aşamasından sonra taraflardan birini diğerine göre zayıf duruma düşürebilecek nitelikte olması sebebiyle silahların eşitliği ilkesi kapsamında adil yargılanma hakkına bir sınırlama getirdiğini ifade etmiştir⁶⁰. Ancak söz konusu sınırlamanın Anayasanın 13. maddesine uygun bir sınırlama olduğu sonucuna vararak kuralın Anayasa’ya aykırı olmadığına hükmetmiştir.

⁵⁸ Doktrinde de Ulusoy, bu soruna temas ederek usuli kazanılmış hak ilkesinin bu sorunun giderilmesi için idari yargılama hukukunda uygulanması gerektiğini düşünmektedir. Bkz. **Ulusoy**, s. 241-242.

⁵⁹ Paragraf 12.

⁶⁰ Paragraf 17.

Bu sonuca varırken Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın 2, 141 ve 142. maddelerine atıf yaparak kuralın; “*Hukuki istikrarı, belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamak Yargı kararlarına olan güveni ve bu kararlardan doğan beklentileri korumak Davaların daha az giderle ve makul bir süre içinde kesin hükme bağlanmasını sağlamak suretiyle Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin gerekleri olan hukuki güvenliği ve kamu yararını gerçekleştirmek*” şeklindeki amaçlarına değinmiş ve bu amaçlar doğrultusunda sınırlamayı haklı kılan bir sebebin bulunduğu, sınırlamanın meşru bir amaca dayandığını ifade etmiştir. Ayrıca ölçülülük değerlendirilmesinde, hükmün söz konusu amaçları tekrar edilerek sınırlamanın elverişli ve gerekli olduğu, İYUK 50/4. madde hükmünün usuli kazanılmış hak ilkesinin uygulanması noktasında içtihat yoluyla istisna öngörülebilmesine engel teşkil etmediği için sınırlamanın taraflara orantısız bir külfet yüklediği ve sonuç olarak sınırlamanın ölçülü olduğu ifade edilmiştir.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ KARARINA İLİŞKİN ELEŞTİRİ

A. Karşı Oy Görüşleri

Ele alınan Anayasa Mahkemesi kararının iki tane karşı oyu mevcuttur. Bu iki karşı oy da aynı gerekçelere dayanarak çoğunluk görüşüne katılmamışlardır. Kararın karşı oy görüşleri ile çoğunluk görüşü arasındaki görüş ayrılığı ise İYUK 50/4. madde hükmü ile adil yargılama hakkına getirilen sınırlamanın orantılı olup olmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır.

Karşı oy görüşlerine göre; İYUK 50/4. madde hükmü, içtihat hukukunun esnekliğine sahip olmayan, açık ve mutlak dille düzenlenmiş bir kuraldır. Söz konusu hükümle bozma kararına uyularak verilen kararların temyiz incelemesinin bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılacağı hiçbir istisna öngörülmez, kesin bir şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla hükmün niteliği göz önüne alındığında bu hükme içtihat yoluyla istisnai durumlar getirilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Zira bu iddia aynen şu gerekçeye dayandırılmaktadır: “*Kuralların lafzının belirsiz olmadığı durumlarda içtihat yoluyla anlam ve kapsamın değiştirilmesi söz konusu olamaz*”. Hükmün istisnasız bir şekilde uygulanmasının ise adil yargılanama hakkına getirdiği sınırlama açısından orantılı olmayacağı, taraflara orantısız bir külfet yükleyeceği ifade edilmektedir. İYUK 50/4. madde hükmünün mutlak bir şekilde uygulanması halinde ise ikinci karşı oy yazısında aynen şu ifadelere yer verilmiştir: “*Kural bu şekliyle,*

uyulan bozma kararından sonra ortaya çıkan ve çoğu kez yeniden yargılanma kurumuyla da çözülme imkanı bulunmayan hukuki nedenlerin gözardı edilmesini zorunlu kılmaktadır”.

B. Doktrindeki Görüşler

Doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararını destekleyen görüşler olmasına rağmen⁶¹ hem somut karar özelinde hem de yorum ilkeleri çerçevesinde karşı oy görüşlerini destekleyici görüşler de mevcuttur⁶². Yorum ilkeleri kapsamında; “*kendiliğinden istisna olmaz, istisna konulmalıdır*”, “*istisna kaideyi koyan makam tarafından konulabilir*”, “*yorum yoluyla istisna üretilemez*” gibi ilkeler⁶³ ele alınan Anayasa Mahkemesi kararında varılan sonucun söz konusu yorum ilkelerine uygun olmadığını göstermekte ve karşı oy görüşlerinde ileri sürülen iddiaları desteklemektedir.

Doktrinde de Akgül, ele alınan Anayasa Mahkemesi kararını eleştirdiği makalesinde İYUK 50/4. madde hükmüne ilişkin yorum yoluyla istisnalar getirilebilmesini kabul etmemekte, kanun koyucunun öngörmediği bir istisnanın yorum yoluyla getirilemeyeceğini belirterek aksi halin, kanunun lafzından uzaklaşmaması ilkesine aykırı olacağını savunmaktadır. Yazar söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının yorum ilkeleri kapsamında hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir⁶⁴.

Usuli kazanılmış hak ilkesinin Anayasa Mahkemesi'nin de işaret ettiği amaçları gözetildiğinde söz konusu ilkenin mutlak bir şekilde olmamak kaydı ile idari yargılama hukukunda uygulanmasında fayda olduğu görülmektedir. Böyle olmakla birlikte, açık ve mutlak bir dille düzenlemiş bulunan İYUK 50/4. madde hükmü kapsamında, usuli kazanılmış hakka getirilen çok sayıda ve sınırları net olmayan istisnaları genel yorum ilkeleri

⁶¹ Ulusoy, s. 242.

⁶² Bu hususta ayrıntılı eleştiri için bkz. Mehmet Emin Akgül, “‘İdari Yargılama Usul Kanundaki Usuli Kazanılmış Hakkın Hukuk Devletinde Bir Yeri Var Mıdır?’ İYUK MD. 50/4"ü İptal Etmeyen Anayasa Mahkemesi Kararının Eleştirisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 1, 2022; Yorum ilkeleri için bkz. Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013.

⁶³ Yorum ilkelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, s. 43-56.

⁶⁴ Akgül, s. 323-324.

karşısında savunmak pek mümkün görünmemektedir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi bu sorunu amaçsal yorum yöntemiyle aşmış gözükse de yorum ilkeleri kapsamında bu sorunun pek de aşılamadığı görülmektedir. Yorum ilkeleri kapsamında aşılamayan bu sorunun İYUK 50/4. madde hükmünde örtülü boşluk bulunup bulunmadığının tespit edilmesi ile aşılabileceği düşünülmektedir.

Örtülü boşluğu gerçek boşluk içerisinde sayan Hâtemi'ye göre örtülü boşluk şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Örtülü boşluk: açık boşluk da örtülü boşluk da gerçek kanun boşluğu kavramının alt türüdür. Örtülü boşlukla açık boşluk arasında şu fark vardır: açık boşlukta karşılaştığımız somut olay için uygulanabilir bir kural yoktur. Örtülü boşluk durumunda ise; kanun bu somut olayda da uygulanabilecek kapsamında bir kural içermekle birlikte bu genel kuralı somut olayın özelliklerine göre sınırlayacak bir kural getirmeyi unutmuş gözükmektedir.*”⁶⁵

İYUK 50/4. madde hükmü de bozma kararına uyularak verilerek kararların temyiz incelemesine ilişkin genel bir düzenleme içermekle birlikte, bu incelemenin belirli durumlarda bozma esasından ayrılarak yapılması gerektiği yönündeki istisnai durumlara ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu açıdan söz konusu hükümde örtülü boşluk bulunduğu zira bozma kararına uyularak verilen kararların temyiz incelemesinin ne yönde yapılacağına ilişkin genel bir kural olmakla birlikte bu kurala getirilmesi gereken istisnai durumlara ilişkin herhangi bir bilgiye İYUK 50/4. madde hükmü kapsamında yer verilmediği görülmektedir. Doktrindeki örtülü boşluk durumunda bu boşluğun amaca uygun sınırlama yöntemi ile istisna öngörülme-yen bir kurala istisna getirilebileceği ifade edilmektedir. Amaca uygun sınırlama yönteminde, getiriliş amacıyla karşılaştırıldığında çok kapsamlı kelime anlamına sahip düzenlemenin uygulama alanını, getiriliş amacına uygun bir şekilde sınırlandırmak gerekmektedir⁶⁶. Bu kapsamda İYUK 50/4. madde hükmünde de örtülü boşluk bulunduğu kabul

⁶⁵ Hüseyin **Hatemi**, Medeni Hukuk'a Giriş, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 99. Benzer tanım için bkz. Çiğdem **Kırca**, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 96: “*Örtülü boşluk durumunda, kanunda somut olaya uygulanması mümkün bir kuralın açıkça düzenlenmiş olduğu görülmektedir, ancak kanunun amacı ve ruhu esas alındığında, düzenleme somut olaya uygun değildir.*”

⁶⁶ **Kırca**, s. 99: “*Amaca uygun sınırlama (teleologische Reduktion veya Restriktion), kanunun amacı ile karşılaştırıldığında çok geniş kapsamlı, farklılaştırılmamış kelime anlamının, yorum yoluyla elde edilmiş düzenleme amacının (ratio legis'in) gerektirdiği uygulama alanına indirgenmesi veya bu alanla sınırlandırılmasıdır.*”

edildiği takdirde amaca uygun sınırlama yöntemine başvurulmak suretiyle kuralın uygulanması bakımından istisnai durumlar öngörülebileceği ve bu yolla kuralın sınırlandırılabilmesi ileri sürülebilir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yargıtay içtihatlarıyla geliştirilen ve medeni yargılama hukukunda sıklıkla uygulanan usuli kazanılmış hak ilkesi, Danıştay içtihatlarıyla kabul edilerek idari yargılama hukukunda da uygulanmaya başlanmıştır. İdari yargılama hukukunda uygulanmaya başladığından beri tartışılan bu ilke, bir süre kanuni dayanağı olmadan içtihatlarla uygulandıktan sonra 2014 tarihinde İYUK'a eklenen 50/4. madde hükmü ile kanuni bir dayanağa kavuşmuştur. Usuli kazanılmış hak ilkesine yönelik tartışmalar, ilkenin kanuni dayanağı olan İYUK 50/4. madde hükmü kapsamında da devam etmiştir. Söz konusu madde hükmünün mutlak bir dille düzenlenmiş olması, usuli kazanılmış hak ilkesinin uygulanışı bakımından birtakım belirsizliklere yol açmıştır. Ele alınan Anayasa Mahkemesi kararı ile İYUK 50/4. madde hükmünün ne şekilde uygulama alanı bulacağı ve nasıl yorumlanması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı, Danıştay uygulamasındaki mevcut içtihadı destekleyici bir nitelik taşımaktadır. Zira usuli kazanılmış hak ilkesi, içtihatlarla dayalı olarak uygulandığı dönemde de kanuni bir dayanağa kavuştuktan sonra da mutlak bir şekilde uygulanmamış, ilkeye pek çok istisna getirilmiştir⁶⁷. Ancak İYUK 50/4. madde hükmünün mutlak bir dille düzenlenmiş olması, usuli kazanılmış hak ilkesine ilişkin içtihat döneminde rahatlıkla uygulanagelen istisnaların, söz konusu hükmün yürürlüğe girişinden sonra da uygulanıp uygulanmayacağı noktasında belirsizliğe yol açmıştır. Ele alınan Anayasa Mahkemesi kararında, hükmün usuli kazanılmış hak ilkesinin istisnalarının uygulanışı noktasında engel teşkil etmediği açıkça ifade edilmiştir⁶⁸. Dolayısıyla İYUK 50/4'ün, usuli

⁶⁷ Bkz. s. 10.

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı Paragraf 28: “Dolayısıyla kural, yargı yerlerince usuli kazanılmış hak ilkesinin uygulanmasında hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı ilkeleri gereğince içtihat yoluyla istisnai durumlar öngörülebilmesine engel teşkil etmemektedir. Aksi yönde bir kabulün hukuki güvenlik ilkesinin öz değil sadece şekil itibarıyla korunması anlamına geleceği gibi temel görevi adaleti tesis etmek olan yargı mercilerinin varlık sebebiyle de bağdaşmayacağı açıktır. Belirtilen hususlar dikkate alındığında sınırlama ile ilgililere orantısız bir külfet yüklenmediği anlaşılmaktadır.”.

kazanılmış hak ilkesinin istisnalarının uygulanması bakımından engel teşkil edip etmeyeceği yönündeki belirsizlik, Anayasa Mahkemesi tarafından ortadan kaldırılmıştır.

Anayasa Mahkemesi bu kararıyla İYUK 50/4. madde hükmünün hangi hallerde uygulanacağını belirlemiştir. Yüksek Mahkeme bozma kararlarını, eksik inceleme ve araştırmaya dayalı bozma kararı ve kesin bozma kararı ayrımına tabi tutmuştur. Bu ayrım neticesinde Danıştay'ın; alt derece mahkemesi kararının hukuka uygun olup olmadığı noktasında kesin bir yargıda bulunduğu bozma kararlarını “kesin bozma” olarak nitelendirmiştir. Bu kapsamda usuli kazanılmış hakkın sadece kesin bozma kararına uyulmasıyla meydana geleceğini ileri sürerek İYUK 50/4. madde hükmünün de sadece kesin bozma kararına uyularak verilen kararların temyiz incelemesinde geçerli olacağını ifade etmiştir.

Ele alınan Anayasa Mahkemesi Kararı ile birlikte açıklığa kavuşturulan bir diğer husus İYUK 50/4. madde hükmünün, aynı değişiklikle İYUK'a eklenen İYUK Geçici 8. madde kapsamında, bölge idare mahkemelerinin tüm yurttan göreve başlayacakları tarihten önce verilmiş kararlar bakımından uygulanıp uygulanmayacağıdır. Zira Danıştay bazı kararlarında İYUK 50/4. madde hükmünün sadece bölge idare mahkemelerinin tüm yurttan göreve başladıkları tarihten sonra verilen kararlar bakımından uygulanacağını ifade ederek bu tarihten önce verilen kararlarda İYUK 50/4. madde hükmünü uygulamaktan kaçınmıştır. Anayasa Mahkemesi ise İYUK 50/4. madde hükmünün genel bir usul hükmü niteliğinde olduğunu, herhangi bir tarihe bağlı olmaksızın bozma kararına uyularak verilen tüm kararların temyiz incelemesi sırasında geçerli olacağını belirterek bu yöndeki belirsizliği gidermiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı, Danıştay kararlarında İYUK 50/4. madde hükmünün uygulanmasında bir uygulama birliği sağlanmasını nispeten kolaylaştırmıştır. Zira Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu bu karardan sonra İYUK 50/4. madde hükmünün uygulandığı bazı Danıştay kararlarında, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararına atıf yapılarak usuli kazanılmış hak ilkesinin istisnalarının tereddütsüz bir şekilde uygulandığı görülmektedir⁶⁹.

⁶⁹ İDDK., E. 2020/519, K. 2020/3648, 30.12.2020. Aynı yönde bkz. İDDK., E. 2020/617, K. 2020/1629, 28.09.2020; İDDK., E. 2020/1547, K. 2021/1182, 07.06.2021; İDDK., E. 2020/1543 K. 2021/1275, 23.06.2021; İDDK., E. 2020/771, K. 2020/1630,

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile birlikte İYUK 50/4. madde hükmünün uygulanabilmesi bakımından aşamalı bir yol izlenilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararı çerçevesinde İYUK 50/4. madde hükmünün uygulanabilmesi için;

- Temyiz edilen kararın, bozma kararına uyularak verilmiş bir karar mı yoksa ilk defa temyiz incelemesine tabi tutulacak bir karar mı olduğu tespit edilmelidir.

- Bozma kararına uyularak verilen bir karar olması halinde, uyulan bozma kararının “kesin bozma” mı yoksa “eksik inceleme ve araştırma sebebiyle verilen bozma” mı olduğu tespit edilmelidir.

- Kesin bozma kararına uyularak verilen bir karar olması halinde, somut uyuşmazlık bakımından usuli kazanılmış hak ilkesinin istisnalarının bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.

- Herhangi bir istisnai durum söz konusu değilse, bu aşamalardan sonra İYUK 50/4. madde hükmü gereği söz konusu inceleme, bozma esasına uyulup uyulmadığı yönünden sınırlı olarak gerçekleştirilmelidir.

Bu aşamaların öngörülmesi ile usuli kazanılmış hak ilkesinin idari yargılama hukukunda, bozmadan sonra gerçekleştirilen yargılamadaki dağılımı giderdiği ve bu yöndeki kararlar açısından yol gösterici olduğu söylenebilir.

KAYNAKÇA

Akgündüz, Güzin/**Saltık**, Saadettin. “Usul Hukukunda Kazanılmış Hak”. TBBD. C. 2, S. 2, 1993, s. 165-177.

Akgül, Mehmet Emin. “İdari Yargılama Usul Kanundaki Usuli Kazanılmış Hakkın Hukuk Devletinde Bir Yeri Var Mıdır?’ İYUK MD. 50/4”ü İptal Etmeyen Anayasa Mahkemesi Kararının Eleştirisi”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 26, S. 1, 2022, s. 311-345.

Akılmaz, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil. Açıklamalı- İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku. Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

Akyüz, Uzdem. “Temyiz Davaları ve Diğer İdari Davalardan Farklılıkları ile Sonuçları”. İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler III, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 1986.

Alangoya, Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren Yıldırım**, Nevhis. Medeni Usul Hukuku Esasları. 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011.

Atalı, Murat. “Usuli Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı”. Yargıtay Dergisi. C. 44, S. 3, 2018, s. 457-502.

Bilge, Necip/**Önen**, Ergün. Medeni Yargılama Hukuku Dersleri. 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.

Candan, Turgut. Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu. 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Coşkun, Sabri/**Karyağdı**, Müjgân. İdari Yargılama Usulü- Örnek İçtihatlar Yorumlar. Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.

Çağlayan, Ramazan. İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye: Mukayeseli Bir Deneme). Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

Duran, Lütfi. “İdarî Yargı Adfileşti”. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi. Sarıca'ya Armağan, S. 1-3, Y. 3, 1982, s. 53-83.

Eroğlu, Orhan. “Usuli Kazanılmış Hakkın Sınırlarının Belirlenmesinde Yaşanan Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme”. Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi. C. 5, S. 6, 2018, s. 163-184.

Gözler, Kemal. “Yorum İlkeleri”. Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması. Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, (<http://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf>).

Hatemi, Hüseyin. Medeni Hukuk'a Giriş. 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Kaplan, Gürsel. “İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak”. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi. C. VIII, S. 1- 2, 2004, s. 115-154.

Kırca, Çiğdem. “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”. AÜHFD. C. 50, S. 1, 2001, s. 91-120.

Kuru, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 5. 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.

Kuru, Baki. “Usûlî Müktesep Hak (Usûle İlişkin Kazanılmış Hak)”. Makaleler, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006, s. 329-341.

Odyakmaz, Zehra. Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları. Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1993.

Özkan, Gürsel. “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Hukukunda Usuli Kazanılmış Hak İlkesi”. Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 2, S. 1, 2014, s. 11-48.

Öztürk, İlhami. “İdari Yargılama Hukukunda Temyiz İncelemesinin Usuli Kazanılmış Haklar Açısından Sınırlandırılması”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 12, S. 1, 2008, s. 1027-1043.

Pekcanitez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet. Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı. 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Pekcanitez, Hakan. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci”. TBBD. C. 30, S. 133, Kasım 2017, s. 211-260.

Postacıoğlu, İhsan E./**Sümer**, Altay. Medeni Usul Hukuku Dersleri. 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Şavata Tanverdi, Ayşe Banu. “Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Haklar Özellikle Usuli Kazanılmış Haklar”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 1993.

Tuluay, Metin. “Usule İlişkin Kazanılmış Hak”. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 2, S. 2, 1984, s. 61-67.

Ulusoy, Ali D. İdari Yargılama Hukuku. 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Üstündağ, Saim. Medeni Yargılama Hukuku C. I-II. 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1989.

Zabunoğlu, Yahya. İdare Hukuku C. 2. Yetkin Yayınları, Ankara 2012.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 26 Sayı/No: 1 Haziran/June 2022

**İdari Yargıdaki Güncel Menfaat Kavramının Anayasa
Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi**

Evaluation of the Concept of Actual Interest in the Administrative Judiciary in the Light of the Decision of the Constitutional Court

Dr. Öğretim Üyesi Emine CİN KARAGÖZ*

ÖZ

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca iptal davasının dinlenilebilmesi için dava konusu idari işlem ile davacının menfaatinin ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Menfaat ihlali kavramı, dava konusu idari işlem ile davacı arasında güncel, meşru ve kişisel bir bağın olması gerektiğini ifade etmektedir. İptal davası açılırken, menfaat ihlali koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği ilk inceleme konuları arasında değerlendirilmekte ve davanın dava açmakta menfaati bulunmayan kişilerce açılması durumunda davanın ehliyetsiz kişilerce açıldığı gerekçesiyle usulden red kararı verilmektedir. Davacı ile dava konusu idari işlem arasında var olan menfaat bağının davanın karara bağlandığı tarihe kadar aranması şartı doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Anabilim Dalı.
E-posta: ecin2005@hotmail.com. ORCID: 0000-0002-6534-7748

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article
Geliş/Received: 09.04.2022 / **Kabul/Accepted:** 08.06.2022.

Atf/Cite as: Emine Cin Karagöz, "İdari Yargıdaki Güncel Menfaat Kavramının Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi", EBYÜ-HFD, C. 26, S. 1, Haziran 2022, (123-151).

kamu görevlileri hakkında tesis edilen idari işlemlere ilişkin uyuşmazlıklar hakkında verdiği güncel kararlar, menfaat bağı koşulunun yargılamanın sonuna kadar bulunması şartını, iptal davasının özellikleri ve anayasal ilkeler çerçevesinde yeniden değerlendirmeyi gerektirmektedir.

Anahtar Kelimeler: İptal davası, sübjektif ehliyet, güncel menfaat, lekelenmeme hakkı, adil yargılanma hakkı.

ABSTRACT

Pursuant to the Administrative Justice Procedure Code No 2577, in order for an annulment suit to be heard, it is necessary that the petitioner's interest is violated by the administrative act constituting the subject matter of the annulment suit. The concept "violation of interest" refers to the requirement that there must be a current, legitimate and personal link between the petitioner and the administrative act constituting the subject matter of the administrative case. When filing an annulment suit, the issue of whether the condition "violation of interest" has taken place is considered among the issues of prior review; and if the administrative case has been filed by persons who do not have an interest in filing the administrative case, the administrative case is dismissed on procedural ground i.e., on the ground that the administrative case has been filed by incapable persons. The requirement that the link of interest between the petitioner and the administrative act constituting the subject matter of the administrative case must be sought until the date the administrative case is adjudicated is controversial in the doctrine and judicial decisions. In particular the recent judgments rendered by the Constitutional Court on the disputes regarding administrative acts established against public servants necessitate a re-evaluate of the requirement that the link of interest must be present by the end of the proceedings, taking into account the specifics of the annulment suit and constitutional principles.

Keywords: Annulment suit, subjektive capacity, actual interest, right not to be labelled as criminal, fair trial.

GİRİŞ

İptal davası, idari rejimi kabul etmiş ülkelerde, idarenin hukuka aykırı tasarruflarını ortadan kaldırarak idarenin hukuka bağlılığını ve bu yolla hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesini sağlayan idare hukukuna özgü bir müessesedir. İptal davasının amacı ve işlevi, idari işlemin hukuka uygunluğunun denetlenerek idarenin keyfi ve hukuka aykırı düzenlemeleri-

nin önüne geçilmesi ve bu yolla hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesidir. Bu durum, davanın bizatihi kendisinin her bakımdan kolay işleyen bir başvuru yolu olduğunu kabullenmeyi gerektirmektedir. Nitekim iptal davası açabilmek için menfaat ihlali şartı aranarak iptal davası açabilme konusunda kolaylık sağlanmıştır. Menfaat ihlalinin güncel, meşru, kişisel olması şartıyla idari işlemin dava konusu edilebilmesi mümkün kabul edilmektedir. O halde idari işlemin iptal davasına konu yapıp esasa ilişkin denetime geçilebilmesi için güncel menfaat ihlali şartının varlığı aranmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle, menfaat ihlali kavramı ve güncel menfaat kavramı izah edilecektir. Daha sonra menfaatin güncelliği şartına yargısal içtihatların ve doktrindeki görüşlerin yaklaşım ve yorum tarzı ortaya konulacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin güncel bireysel başvuru kararları ışığında menfaat bağı koşulunun yargılamanın sonuna kadar bulunması şartını, iptal davasının özellikleri ve anayasal ilkeleri göz önünde bulundurarak nasıl yorumladığı izah edilecektir.

I. İDARİ YARGIDA MENFAAT KAVRAMI

İdari yargıda iptal davasının dinlenilebilmesinin ön koşullarından birisi olan dava açma ehliyeti, idari işlem ile dava açma ciddiyetini sağlamaya yetecek derecede muhatap olup, menfaat ilgisini kuran kişi ya da kuruluşlar tarafından iptal davasının açılmasını gerektirmektedir.

A. Kavramsal Çerçeve

Menfaat kavramı mevzuatta tanımlanmamakla birlikte, bu kavramın doktrinde ve yargı kararlarında iptal davasının davacısı ile dava konusu idari işlem arasında makul ve ciddi bir ilişkiyi ifade ettiği kabul edilmektedir¹. Davacı ile idari işlem arasında “açık ve somut bir bağlantı”nın varlığı ve “ciddi biçimde işlemde olumsuz etkilenmiş olma” kriterlerinin sağlanmış olması, menfaat bağının bulunması için yeterli görülmektedir². Menfaat kavramı açıklanırken davacı ile dava konusu idari işlem arasında

¹ Sıddık Sami **Onar**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. Cilt, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1780; Bahtiyar **Akyılmaz**/Murat **Sezginer**/Cemil **Kaya**, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 91.

² D. Ali **Ulusoy**, Yeni Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 725.

olumsuz bir menfaat ilişkisi bulunması hususunun üzerinde özellikle durulmaktadır³. Doktrinde KARAHANOGULLARI'na göre ise, iptal davasını kim açar sorusunun cevabı dava konusu ile kimin yeterli ilgisi var ise onun tarafından davanın açılması gerektiği şeklinde izah edilmektedir⁴.

Danıştay, menfaat kavramını doktrinindeki görüşler doğrultusunda davacı ile dava konusu idari işlem arasında makul ve ciddi bir ilişkinin varlığı olarak kabul etmektedir⁵. Menfaat yoksa dava da yoktur ilkesi gereğince hiç kimse menfaatini ihlal etmeyen bir idari işleme karşı iptal davası açamaz. Danıştay, iptal davasının menfaati ihlal edilenler tarafından açılabilceği kuralını, idare hukukunun genel esaslarından biri kabul etmektedir⁶.

Menfaat kavramı yalnızca maddi menfaati değil aynı zamanda manevi menfaati de kapsar⁷. Nitekim Danıştay 16. Dairesi'nin bir kararında “*Taraf ilişkisinin kurulması için gerekli olan kişisel, meşru ve güncel bir menfaat ilgisinin varlığı, davanın niteliğine ve özelliğine göre idari yargı yerlerince belirlenmekte, davacının idari işlemle ciddi ve makul, maddi ve manevi bir ilişkisinin hukuken korunması gereken bir menfaat bağının bulunması dava açma ehliyeti için gerekli sayılmaktadır*”⁸ denilerek bu husus vurgulanmaktadır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Nazım Hikmet'in vatandaşlıktan çıkarılmasına dair kararın nüfus kütüğüne tescil işleminin iptali istemiyle açılan davada, idari işlemle davacı arasında ciddi,

³ Metin **Günday**, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 231.

⁴ Onur **Karahanogulları**, “Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgı Bağı Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 3, 2007, s. 206.

⁵ Dan. 8. D., E. 2021/336, K. 2021/147, 20.01.2021, (www.kazanci.com), Dan. 2. D., E. 2008/1077, K. 2009/365, 30.01.2009, (www.kazanci.com), Dan. 8. D., E. 2015/4292, K. 2015/6730, 07.09.2015, (www.kazanci.com).

⁶ Dan. 6. D., E.1998/4164, K. 1999/4196, 23.09.1999, (www.kazanci.com).

⁷ Zehreddin **Aslan**, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 68.

⁸ Dan. 16. D., E. 2016/160, K. 2016/3013, 29.4.2016, (www.kazanci.com).

makul, maddi ve manevi bir ilişki bulunmasını dava açma ehliyeti bakımından yeterli saymıştır⁹. Fransız Danıştay'ı da kilise çanlarının çalınması yolundaki bir belediye işlemine karşı papazlar tarafından açılan davayı kabul etmiştir¹⁰.

Davacı ile dava konusu idari işlem arasındaki menfaat ilişkisi yorumlanırken iptal davasının hukuk devleti ilkesini gerçekleştirme fonksiyonu da göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun bir kararında ifade edildiği üzere *"...iptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının saptanmasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, böylece de idarenin hukuka bağlılığının belirlenmesine, sonuçta hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesine olanak sağlandığından, bu davalarda menfaat ilişkisinin bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir"*¹¹. Aynı yönde başka bir kararında Danıştay *"iptal davalarındaki subjektif ehliyet koşulunun doğrudan doğruya hukuk devletinin yapılandırılması ve sürdürülmesine ilişkin bir sorun olması dolayısıyla idari işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek bir biçimde anlaşılması gerekmektedir"*¹² şeklinde yorumlamıştır.

İptal davasında güdülen öncelikli amaç, idarenin kamu gücüne dayanarak tek yanlı iradesi ile ortaya koyduğu idari işlemin hukuka uygunluğunu denetlemek, bu yolla idarenin hukuk sınırları içerisinde kalmasını sağlayarak hukuk düzenini ve hukukun üstünlüğünü korumaktır. Diğer bir ifadeyle iptal davasında asıl amaç, hukuk devletinde hukuka aykırı idari işlem bulunmamasını sağlamaktır¹³. Bu bağlamda iptal davasında davacının rolü, hukuka aykırı olduğuna inandığı idari işlemin mahkeme tarafından iptalini ve tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasını talep etmektir¹⁴.

⁹ İDDK., E. 2004/3, K. 2005/2371, 06.10.2005, (www.kazanci.com).

¹⁰ Hüseyin Çelikkol, "İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet", Adalet Dergisi, S. 3, Y. 76, Mayıs-Haziran, 1985, s. 763.

¹¹ Dan. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 1999/390, K. 2000/761, 26.05.2000, (www.kazanci.com).

¹² Dan. 10. D., E. 2020/2969, K. 2020/2751, (www.kazanci.com).

¹³ D. Ali **Ulusoy**, Yeni Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 735.

¹⁴ Ender Ethem **Atay**, "İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması", Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl, 11 Mayıs 2007, Danıştay Matbaası 2008, s. 13-95.

Bu nedenle iptal davasında davacı sadece kişisel menfaatini dava yoluyla koruyan birey olmaktan çıkarak, idari işlem üzerinde yargısal denetimin gerçekleştirilmesini ve hukuka aykırı idari işlemin ortadan kaldırılmasını sağlayan yargılama süjesi haline gelmektedir¹⁵. Diğer bir ifadeyle, iptal davasında davacının kendi menfaatini temin noktasında hareket ettiği düşünülse de aslında davacı, kanuniliğin savunucusu ya da hukukun sözcüsü konumundadır¹⁶.

Dava sonucunda verilen karar ise davacının menfaat ihlalinin giderilmesinden ibaret değildir. Mahkeme kararı, aynı zamanda idarenin hukuka aykırı işleminin hukuk devleti ve kanuni idare ilkesine verdiği hasarı onarmakta ve böylece hukuk düzeni korunmaktadır¹⁷. Nitekim iptal hükmü, iptal kararının geriye etkisi nedeniyle davacının menfaatinin korunmasının ve işlemde doğan etkilerin giderilmesinin ötesinde en güçlü şekilde hukuk devleti ilkesinin sağlanmasına hizmet etmektedir. İdari yargının varlık nedeni de idari yargıya özgü bir dava türü olan iptal davası yolu ile hukuk devletinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektir. Zira idari işlemin unsurlarının hukuka uygunluk denetimi, idarenin keyfi davranışlarda bulunması sonucu ortaya çıkan hukuka aykırılıkların önüne geçilmesini sağlayan etkili bir güvence niteliğindedir.

Somut uyuşmazlıklarda menfaat ihlalinin varlığını ortaya koymak kolay değildir. Menfaat ihlalinin yokluğu sonradan düzeltilebilecek bir eksiklik olmadığı için ilk incelemede ehliyetsiz kişiler tarafından dava açılmışsa mahkemenin davayı reddetmesi gerekmektedir.

B. Menfaat Kavramının Özellikleri

Doktrinde ve yargı kararlarında menfaat ihlalinin güncel, meşru, kişisel olması şartıyla idari işlemin dava konusu edilebilmesi mümkün kabul edilmektedir. Menfaat ihlalinin bu üç boyutun varlığı somut uyuşmazlıkta yargı yerlerince araştırılmaktadır.

¹⁵ Ali Ülkü **Azrak**, “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara, C. 1, s. 332.

¹⁶ İlhan **Hanağası**, “İdari Davalarda Menfaat İlişkisi”, İdari Yargı Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar Paneli, Konya Barosu 2012, s. 42.

¹⁷ **Azrak**, s. 332.

1. Menfaatin Meşru Olması

Menfaatin meşru olması, davacının dava açmaktaki menfaatinin mevcut hukuk kuralları ve mahkeme kararlarına dayanan hukuksal bir temelden gelmesi demektir¹⁸. Hukuksal bir temele dayanmayan menfaat iddiası, meşruluk şartını taşımadığı için iptal davasının kabulüne imkân vermez. Danıştay meşru menfaati, hukuken korunan bir menfaat olarak değerlendirmektedir. Nitekim kararlarında, “söz konusu işlemde sağladığı yarar hukuken korunabilir bir başka deyişle meşru nitelikte olmadığı”¹⁹, “meşru menfaatin varlığından söz etmek, hukuken ileri sürülebilir olmasına bağlıdır”²⁰, “davacı şirketin hukuken korunması gereken, meşru bir menfaati bulunmamaktadır”²¹ şeklindeki değerlendirmelerle ortak bir tanım geliştirmektedir²². Nitekim Danıştay 10. Dairesi, marka hakkına hukuka aykırı saldırı yapıldığı gerekçesiyle şirket aleyhine adli yargıda açacağı tazminat davasında isteyeceği tazminat miktarının belirlenmesine yönelik idarenin iç işleyişi çerçevesinde hazırladığı yönergenin iptali istemiyle açılan davada, davacı şirketin hukuken korunması gereken meşru bir menfaatinin olmadığına hükmetmiştir: “... Kamu tüzel kişisi tarafından aleyhine tazminat davası açılan ilgilinin, söz konusu tazminat davasında istenilecek tutarın belirlenmesine yönelik idarenin iç düzenlemesiyle ortaya çıkan menfaat ilgisinin, hukuken meşru nitelikte sayılıp; iptal davası açılmasına olanak sağlayacak nitelikte olduğunun kabulüne olanak görülmemektedir.”²³

Mahkeme tarafından yapılacak meşru menfaat değerlendirmesi, davacının subjektif durumunun değerlendirilmesinden ziyade objektif değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Diğer bir ifadeyle mahkeme, somut uyumsuzlukta menfaati objektif hukuk kuralları çerçevesinde hukuken ileri sürülebilir nitelikte değerlendirmekte ise davayı kabul etmelidir. Bu yorum,

¹⁸ Ragıp Sarıca, İdari Kaza Cilt: 1, İdari Davalar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1949, s. 32.

¹⁹ Dan. 10. D., E. 2002/1407, K. 2002/4320, 13.11.2002, (www.kazanci.com).

²⁰ Dan. 10. D., E. 2002/7519, K. 2003/1610, 8.5.2003, (www.kazanci.com).

²¹ Dan. 10. D., E. 2010/7285, K. 2011/215, 28.1.2011, (www.kazanci.com).

²² Necip Taha Gür, “İptal Davalarında Menfaatin Meşruluğuna İlişkin Düşünceler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, 2019, s. 692.

²³ Dan. 10.D., E. 2010/7285, K. 2011/215, 28.1.2011, (www.kazanci.com).

iptal davası açabilme ehliyeti açısından geniş bir menfaat anlayışını yansıtmaktadır²⁴. Nitekim Danıştay, bir firmanın liman işletmeciliği yapmasına izin veren işlem yargı kararı ile iptal edilmesine rağmen kararın gereğini yerine getirmek için işlem ya da eylem yapmayan idarenin tutumu nedeniyle liman işletmeciliğini sürdürmesi sonucunda, bu sıfatına dayanarak limanların deniz sınırları ve koordinatlarının belirlenmesine ilişkin tebliğe karşı iptal davası açan şirketin meşru menfaatinin olmadığına hükmetmiştir²⁵.

2. Menfaatin Kişisel Olması

Menfaatin kişisel olması, ilgili idari işlemin doğrudan ya da dolaylı bir şekilde ilgili kişiyi etkilemesini ifade etmektedir. Dava konusu idari işlem ile davacı arasında ciddi ve makul bir ilgi kurulabiliyorsa ilgilinin menfaatinin etkilendiği ve iptal davasının kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Danıştay da bir menfaatin kişisel menfaat sayılabilmesi için işlemin doğrudan davacı hakkında yapılması gerektiğini, özellikle çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren davalarda dava açma ehliyetinin geniş yorumlanacağını ifade etmektedir²⁶.

Somut uyuşmazlıklarda kişisel menfaat ihlalinin sınırlarını net bir şekilde ortaya koymak mümkün değildir. Bu nedenle menfaat ihlali her somut uyuşmazlıkta idari yargı yeri tarafından değerlendirilerek takdir edilmektedir. Davacının menfaatini doğrudan ilgilendiren kamu görevlilerine yönelik disiplin işlemleri, sınır dışı edilme işlemleri, vatandaşlıktan çıkarılma işlemleri, mülkiyet hakkını olumsuz etkileyen işlemlerde davacı, bizzat hakkında işlem tesis edilen kişidir. Bu işlemler açısından menfaatin kişiselliğinin tespitinde sorun yaşanmamaktadır²⁷. Bununla birlikte dolaylı bir şekilde işlemin ilgiliyi etkilemesi halinde menfaatin kişiselliğinin tespitinde idari yargı uygulamasında farklı kararlar verildiği görülmektedir. Nitekim ana bilim dalı başkanının, ilgili ana bilim dalına farklı bir alanda doktorasını tamamlamış bir öğretim üyesi atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, idare mahkemesi davaya konu idari işlemle ilgilinin kişisel menfaatinin ihlal edilmediği gerekçesiyle davanın

²⁴ **Gür**, s. 701.

²⁵ Dan. 10. D., E. 2002/1407, K. 2002/4320, 13.11.2002, (www.kazanci.com).

²⁶ Dan. İDDK., E. 2005/1582, K. 2007/378, 21.3.2007, (www.kazanci.com).

²⁷ Ender Ethem **Atay**, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 248.

ehliyet yönünden reddine karar vermiştir. Temyiz denetimini gerçekleştiren Danıştay ise haklı olarak, ana bilim dalı başkanının kendi biriminde doçent kadrosu ihtiyacı bulunup bulunmadığını değerlendirebileceğini, yürüttüğü idari görevi nedeniyle dava konusu ile arasında kişisel menfaat bağı kurulduğundan davada ehliyetli olduğunu kabul etmiştir²⁸. Yine idare tarafından ruhsata ve eklerine aykırı yapıldığı ileri sürülerek mühür- lenmesine ve yıkımına karar verilen yapının sahibi olmamasına rağmen yapının işleteni sıfatıyla dava açan şirketin davası, idare mahkemesi tarafından ehliyet yönünden reddedilmiştir. Temyiz denetimini gerçekleştiren Danıştay ise yıkım kararının davacının kişisel menfaatini ihlal ettiği sonucuna vararak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur²⁹.

3. Menfaatin Güncel Olması

Menfaatin güncel olması, iptal davasına konu idari işlem nedeniyle davacının ihlal edilen menfaatinin iptal davasının açıldığı tarihten başlayarak davanın sonuçlanmasına kadar devam etmesini ifade etmektedir. Henüz doğmamış, ileride doğması muhtemel bir menfaat için iptal davası kabul edilemez. Davacı ile dava konusu idari işlem arasında var olan menfaat bağının davanın karara bağlandığı tarihe kadar aranmasının zorunlu olup olmadığı hususu, doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalıdır.

a. Doktrindeki Görüşler

Menfaatin güncel olması konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. ONAR'a göre menfaat bağı, davanın esasına taalluk etmeyen, sadece davanın dinlenmesi için aranan bir usul ve şekil şartıdır. Davacının dava sonuna kadar dava konusu idari işlemle ciddi ve makul bir alakasının bulunması gerekmektedir³⁰. Aynı görüşteki CANDAN, menfaat

²⁸ Dan. 8. D., E. 2007/1377, K. 2007/4701, 17.9.2007, (www.kazanci.com).

²⁹ Dan. 6. D., E. 2019/2731, K. 2019/3360, 30.04.2019, (www.kazanci.com).

³⁰ Onar, s. 1783. Aynı yönde bkz: Firuzan İkinciogulları, "Dava Açma Ehliyeti", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler, Danıştay Başkanlığı, Ankara 1976, s. 154; Ali Sıtkı Gökalp, "İdari Dava Türleri", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1968, s. 453.

ihlali koşulunun davanın sonuna kadar aranması gerektiğini ifade etmektedir³¹. CANDAN'a göre, idari yargı hâkimi uygulanmasının imkânsız olduğunu bildiği kararlar vermemelidir. Örneğin, yer değişikliği işleminin iptalini isteyen kamu görevlisi istifa ederse ya da kendi isteği ile emekliye ayrılırsa, işlemin iptaline yönelik karar verilse bile karar uygulanarak ilgilinin eski görev yerine dönebilmesi mümkün değildir³². Bu şekilde uygulanması olmayan, etkisiz kararlar verilmesi, iptal kararının etkisini zayıflatıcı bir etki yaratmaktadır³³. GÜNDÜZ, CANDAN'ın görüşündeki gerekçeyle katılarak, menfaat ilişkisinin dava sürecinde sona ermesi halinde davanın reddedilmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁴. BURTAN da menfaatin güncelliğinin davanın her aşamasında aranması, menfaat ihlalinin ortadan kalkması halinde davaya devam edilmemesi gerektiğini savunmaktadır³⁵.

Aksi görüşü savunan GÖZÜBÜYÜK, menfaat bağının “davanın açıldığı anda ya da dava karara bağlanırken” bulunması gerektiğini ifade etmektedir³⁶. ALAN, “davanın açıldığı tarihte değil, idari işlemin yapıldığı tarihte menfaat ilişkisinin varlığı”nın yeterli olduğu görüşündedir³⁷.

³¹ Turgut **Candan**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 142.

³² **Candan**, s. 142.

³³ Aynı doğrultudaki bir yargı kararı için bkz: AYİM 3. D., E. 2003/266, K. 2004/885, 26.05.2004, (www.kazanci.com): “...Menfaat ilişkisinin meşru ve kişisel olması yanında güncel olması da aranmaktadır. Bu görüşün temelinde iptal davası sonunda verilecek yargı kararının sonuç yaratamayacak olması halinde böyle bir yargı kararının hiç verilmemesinin daha doğru olacağı düşüncesi yatmaktadır. Gerçekten yargı kararları uygulanmak için verilir ve uygulanmak suretiyle de taraflar arasındaki uyumsuzluğu ortadan kaldırır. Uygulanabilme olanağı bulunmayan yargı kararı vermenin hiçbir anlamı olmayacağı şüphesizdir. Çünkü iptal davalarının konusu artık uygulanamayan işlemler değil, uygulanmakta olan ve hukuki sonuçlar doğurmaya devam eden idari işlemlerdir. Uygulanması bitmiş ya da uygulanabilme olanağı kalmamış bir idari işlemin yargı denetimine tabi tutularak yargı yerinin kararına konu olmasının bir hukuksal yararı yoktur.”

³⁴ Fatma Ebru **Gündüz**, İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 172.

³⁵ Burak Çağlar **Burtan**, İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 95.

³⁶ Şeref **Gözübüyük**, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 185.

³⁷ Nuri **Alan**, “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, Danıştay Dergisi, S. 50-51, s. 32.

BALKAR'a göre davanın açıldığı tarihte menfaat bağının varlığı incelenmeli³⁸ KAYA'ya göre ise iptal davasının objektif niteliğinden yola çıkarak menfaatin davanın açıldığı tarihte bulunması yeterli kabul edilmelidir³⁹. YÜCESOY, davanın açılmasından sonra menfaat ilişkisinde ortaya çıkan değişikliklerin idarenin hukuka aykırı işlemi ortadan kaldırmaya çağını ve davanın reddinin hukuk devleti ilkesine ve iptal davasının kamu yararını sağlama amacına aykırı olduğunu vurgulamaktadır⁴⁰.

Kanaatimizce, iptal davasında davanın açıldığı an itibarıyla menfaat ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. İptal davası idari işlem nedeniyle menfaati ihlal edilenler tarafından açılmış ise davanın sonuna kadar menfaatin güncelliğinin aranmasına gerek bulunmamaktadır. Davacı ile idari işlem arasında var olan menfaat ilişkisi yargılama süresince devam etmese bile, idari işlem hukuka uygun hale gelmemektedir. Diğer bir ifadeyle, iptal davasının açılmasından sonra davacı ile idari işlem arasında var olan menfaat ilişkisinde meydana gelen değişiklikler, idarenin hukuka aykırı işlemi ortadan kaldırmamaktadır⁴¹. Bu yorum, iptal davasının niteliği, amacı ve anayasal ilkelerle bağdaşmaktadır. Zira iptal davası, objektif hukuk düzenini koruyan nesnel bir dava türüdür. Bu niteliğinden ötürü, davanın açılmasıyla birlikte yargı mercii'nin ilgisi, idari işlemin hukuk düzenine aykırı olup olmadığının belirlenmesi noktasına yoğunlaşmalıdır⁴². İdari yargı yeri, davayı sonuna kadar götürüp işlem hukuka aykırı ise işlemin iptaline karar vermelidir⁴³. Dava sonucunda verilecek kararın etkisiz olması ve davacı açısından hukuki yararının bulunmaması gerekçeleriyle davanın reddi, davacı açısından hak arama hürriyetini kullanarak dava açma hakkını, mahkeme tarafından esaslı talepler incelenip sonuca bağlanmadığı için anlamsız ve işlevsiz hale getirecektir.

38 Galip Kemal **Balkar**, "İptal Davası Açmak İçin Dava Konusu Tasarruf ile İlgili Şartı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 4, 1959, s. 217.

39 Cemil **Kaya**, "İptal Davalarında Menfaatin Aktüel Olması Şartının Anlamı ve Kapsamı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2008, s. 125.

40 Ayşe Aslı **Yücesoy**, İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat, (İdari Yargıda Subjektif Dava Ehliyeti Koşulu), Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 233.

41 Yasemin E. **Özdek**, "İptal Davasında Menfaat Koşulu", Amme İdaresi Dergisi, C. 24, S. 1, Mart 1991, s. 114.

42 **Kaya**, s. 124.

43 Ramazan **Çağlayan**, İdari Yargılama Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 390-391.

b. Yargı Kararlarındaki Uygulama

İdari yargıdaki pek çok konu gibi iptal davasının sübjektif ehliyet koşulu olan menfaat ihlali kavramının da yasal dayanağı doğrudan doğruya ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiş, ayrıntıları idari yargı kararlarıyla belirlenmiştir. Bu yüzden idari yargının menfaat ihlali kavramına yaklaşımı ve verdiği kararlar son derece önemli ve yol göstericidir. Bu bağlamda idari bir işlemin davacının menfaatini yargılamanın sonuna kadar ihlal edip etmemesi gerektiğine ilişkin değerlendirmeyi, ilgili kanun hükmünü uygulayacak olan idari yargı mercileri tespit etmektedir.

Danıştay'ın konuya ilişkin genel yaklaşımı davanın devamı sırasında meydana gelen değişikliklerin menfaat bağıını ortadan kaldıracacağı ve güncel menfaat bağıının sona ereceği yönündedir⁴⁴. Nitekim uygulamada bazı mahkemeler⁴⁵, menfaat ihlali koşulunun davanın açıldığı tarihte var olmasının yeterli olmadığını, davanın sonuçlanmasına ve hatta kararın kesinleşmesine kadar devam etmesi gerektiğini belirterek davanın devamı sürecinde davacının durumunda meydana gelen değişiklikler nedeniyle davaya devam etmemekte, dava konusu hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı vermektedirler⁴⁶. Bu durumda dava devam ederken kamu görevlisinin emekli olması, istifa etmesi, kamu görevinden ihraç edilmesi, davacının yıkım kararına konu taşınmazı satması, inşaat ruhsatı için açılan davada arsa sahibinin arsasını satması gibi hallerde artık dava konusu idari işlem ile ilgilinin menfaat bağıının kalmadığı kabul edilmektedir⁴⁷.

Aksi yöndeki mahkeme kararlarına göre ise iptal davalarında idari işlemler tesis olundukları ve dava konusu oldukları tarihteki şartlara göre karara bağlanmalıdır. Dava sürecinde davacının durumunda ortaya çıkan değişiklikler, yargılamanın devamına engel teşkil etmemelidir. Bu içtiha-dın gerekçesi ise Danıştay 5. Dairesi'nin bir kararında "*İdare hukukunun genel ilkelerine göre iptal davası açılabilmesi için davacı ile dava konusu işlem arasında menfaat ilişkisinin varlığı yeterli olup, ayrıca bu işleme*

⁴⁴ Akylmaz/Sezginer/Kaya, s. 299-300.

⁴⁵ Dan. 6. D., E. 1988/1816, K. 1989/323, 21.02.1989, (www.kazanci.com); Dan. 4. D., E.1998/4810, K. 2000/796, (www.kazanci.com); Dan. 6. D., E. 2016/1206, K. 2017/343, 23.1.2017, (www.kazanci.com).

⁴⁶ Hüseyin Bilgin, "Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Menfaatin Güncel Olması", Terazi Hukuk Dergisi, S. 30, Y. 4, Şubat 2009, s. 140.

⁴⁷ Dan. 5. D., E. 2008/501, K. 2010/3687, 28.05.2010, (www.kazanci.com); Dan. 6. D., E. 2016/1206, K. 2016/343, 23.1.2017, (www.kazanci.com).

menfaat ilişkisinin davanın sonuçlanmasına kadar devam etmesi aranmaktadır. Davacının idari işlemle ilişkisinin davanın sonuçlanmasına kadar devam etmesini zorunlu tutmak, iptal davalarını sadece davacılar yönünden ortaya koyduğu sonuçlarla değerlendirmek ve bu davaların amacını ihlal etmek anlamı taşır. Bunun sonucu olarak dava görülmeden önce alınacak yeni idari kararlarla davacının iptali istenen idari işlemle ilişkisini kesmek ve böylece hukuka aykırılığı ileri sürülen işlemi yargısal denetim dışında bırakmak yolu açılmış olur. Ayrıca idari yargılamada, yargılamanın işlemin tesis edildiği tarihten itibaren hüküm ifade etmesi nedeniyle işlemin hukuka uygun olup olmadığının tespiti yargılama giderlerine ve vekalet ücretine hükmedilmesi açısından da önem arz etmektedir. Bu nedenlerle dava açıldıktan sonra iptali istenen işlemle atanan kişinin başka yere atanması, bu atama nedeniyle davacının dava konusu işlemle menfaat ilişkisinin kalmadığından bahisle işin esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir”⁴⁸ şeklinde ifade edilmektedir. Kararda davacının idari işlemle ilişkisinin davanın sonuçlanmasına kadar devam etmesinin zorunlu tutulması halinde, idarenin kötüniyetli davranarak davanın devamını engelleyecek şekilde yeni kararlar alıp hukukun denetiminden uzaklaştırılmış bir alan oluşturma fırsatına kavuşacağı vurgulanmaktadır.

Danıştay 2. Dairesi de bir kararında “...davacının menfaatinin ihlaline neden olan uyuşmazlık konusu işlemin idarece geri alınmadığı sürece hukuk âlemindeki varlığını halen koruduğu ve davacı ile işlem arasındaki ilişki devam eden nitelik arz ettiğinden, uyuşmazlık konusu işlemin tesis edildiği tarihte taşıdığı hukuki unsurlar yönünden incelenerek işin esası yönünden bir karar verilmesi ve verilecek kararın türüne göre yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, İdare Mahkemesince davacının dava devam ederken emekli olması nedeniyle işbu davada verilecek kararın fiilin uygulanabilirliği kalmadığından bahisle dava hak-

⁴⁸ Dan. 5. D., E. 2005/1005, K. 2006/455, 13.2.2006, (www.kazanci.com). Aynı yönde karar için bkz: Danıştay 10. D., E. 1997/6341, K. 2000/1372, 10.4.2000 (www.kazanci.com); Dan. 6. D., E. 2015/2579, K. 2016/1859, 18.4.2016, (www.kazanci.com); Dan. 5. D., E. 2007/526, K. 2007/2139, 7.5.2007, (www.kazanci.com).

kında karar verilmesine yer olmadığı yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir"⁴⁹ diyerek Danıştay 5. Dairesi ile aynı yaklaşımı sergilemiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da "ehliyetin dava açılırken bulunmasının yeterli olduğu, dava sürecinde menfaatin ortadan kalkmasının ehliyetten bozmayı gerektirmeyeceği"⁵⁰ yönünde karar vermiştir.

II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN GÜNCEL MENFAAT KAVRAMINA İLİŞKİN KARARLARI

Anayasa Mahkemesi, bazı idari işlemlerin maddi ve manevi boyutu itibarıyla değerlendirildiğinde ilgililerin hukuk dünyasında telafisi güç ve hatta imkânsız sonuçlar doğurabildiğini, bu yüzden usul kurallarının şekilci ve kategorik uygulanmasından ziyade somut olayın özellikleri değerlendirilerek davanın devamının sağlanması ve esas hakkında karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yargılama sürecinde menfaat ihlali koşulunun katı bir şekilde aranması, uygulamada özellikle kamu görevlileri hakkında tesis edilen idari işlemler bağlamında gerek ülkemizde gerek mukayeseli hukukta ön plana çıkan "lekelenmeme hakkı" bağlamında da sorun yaratabilecek niteliktedir. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme, güncel menfaat bağı kavramı ile masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı arasında hak arama özgürlüğünü kullanarak dava açan davacı açısından orantısız ve ağır bir külfet yüklenip yüklenmediğinin tespiti noktasında bağlantı kurmaktadır.

Lekelenmeme hakkı, kişilerin bir suç ithamı ile karşılaştıklarında dahi kendilerini güvende hissetmelerini sağlayan ve kişileri itibarının, onurunun, şeref ve haysiyetinin zarar görmesi tehdidine karşı koruyan bir müessesedir⁵¹. Lekelenmeme hakkının tanınmasıyla ve korunmasıyla kişinin toplum nezdinde itibarı ve saygınlığı korunarak özünde insan onuru korunmaktadır⁵². Nitekim devletin en temel varlık sebeplerinde biri de bireylerin maddi ve manevi varlığı ile onur ve haysiyetlerini korumak ve

⁴⁹ Dan. 2. D., E. 2004/5494, K. 2006/4269, 18.12.2006, (www.kazanci.com).

⁵⁰ Dan. İDDK, E. 2010/997, K. 2013/696, 28.2.2013, (www.kazanci.com).

⁵¹ Fatih **Akıncı**, "Lekelenmeme Hakkı", TAAD, S. 43, Y. 11, Temmuz 2020, s. 186; Eyüp **Kara**, "Lekelenmeme Hakkı", Adalet Dergisi, S. 43, 2012, s. 257.

⁵² Ramazan **Gülsün**, "İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı", International Journal of Legal Progress, Vol. 1, Nu. 2, 2015, s. 35.

toplumun saygın birer ferdi olarak yaşamlarını sürdürmelerini temin etmektir. Hukuk devletinde idare, faaliyetlerini gerçekleştirirken lekelenmeme hakkını koruyan ve güçlendiren bir yaklaşımla hareket etmelidir.

Kamu görevlileri hakkında tesis edilen ve hukuki statüleri üzerinde yükümlendirici bir sonuç doğuran disiplin işlemleri bağlamında masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı özellikle değerlendirilmelidir. Türk İdare Hukukunda geleneksel yaklaşım, kamu görevlilerine verilen disiplin cezaları kurum içi düzeni korumaya yönelik olduğu için disiplin cezasını gerektiren bir fiil işlendiğinde, ceza verilmesi için belli bir kanaatin ve inancın oluşmasının yeterli olduğudur. Bu yaklaşım doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir⁵³. Zira disiplin cezaları sadece belli bir kurumun iç düzenini sağlamaya yönelik yaptırımlar olarak değerlendirilip hafife alınır ise hukuka aykırı disiplin işlemleri yoluyla devlete duyulan saygı ve güvenin azalması suretiyle toplum düzenine aykırı bir durum ortaya çıkacaktır⁵⁴. Üstelik bazen verilen disiplin cezası ilgili açısından hapis cezasından bile ağır ve yıpratıcı, telafisi olanaksız nitelikte olabilmektedir. Bu nedenle son dönem yargı içtihatlarında disiplin cezalarına karşı açılan davalar bakımından da masumiyet karinesi uygulama alanı bulmaktadır⁵⁵.

İdare tarafından tesis edilen disiplin işlemlerinde durum böyle iken, açılan iptal davasında idari işlemin hukuka uygunluğunun incelenmesi ve mahkemenin vereceği karar davacı kamu görevlisi açısından oldukça önemlidir. Zira kamu görevlisi, idarenin hukuka aykırı bir idari işlemi söz konusu ise sırf bu nedenle toplum nezdinde lekelenmiş, itibar kaybetmiş ve onuru kırılmış olabilmektedir. Örneğin hakkında yolsuzluk ve usulsüzlük yaptığı iddiaları bulunan ve bu nedenlere dayanılarak görevden alınan üst düzey bir kamu görevlisi, söz konusu idari işlem hukuka aykırı tesis edilmiş ise diğer bir ifadeyle idarenin gösterdiği her iki sebep gerçeğe aykırı ise iptal davası açarak yolsuzluk ve usulsüzlük yaptığı gerekçesiyle görevden alınması işleminin iptalini talep edecektir. İptal davası devam

⁵³ Ali **Ulusoy**, İdari Yaptırımlar, XII Levha Yayınları, Ankara 2013, s. 104.

⁵⁴ Bahtiyar **Akyılmaz**, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1-2, Haziran-Aralık 2002, s. 261.

⁵⁵ Dan. 10. D., E. 1987/2015, K. 1987/1721, 27.10.1987, Danıştay Dergisi, S. 70-71, s. 550; Dan. 5. D., E. 2016/16858, K. 2018/15491, 12.09.2018, Danıştay Dergisi, S. 150, s. 103-105; Dan. 5. D., E. 2016/16014, K. 2018/12646, 27.3.2018, (www.kazanci.com); Dan. 16. D., E. 2015/8892, K. 2015/1827, 17.4.2015, (www.kazanci.com).

ederken davacının emekli olması, istifa etmesi, çekilmiş sayılması, kamu görevinden ihraç edilmesi gibi gerekçelerle kamu görevliliği statüsünün sona ermesi nedeniyle dava ehliyet noktasından reddedilirse ya da karar verilmesine yer olmadığı kararı verilirse dava sırasında ortaya çıkan değişiklik yargısal denetime engel teşkil ettiğinden “lekelenmeme hakkı” ihlal edilmiş olacaktır. Zira kamu görevlisi yargılama sonuçlanıp kendisini aklayamadığı ve idari işlemin hukuka aykırı olduğu ortaya konulmadığı için toplum nezdinde itibarsızlaşacak, onuru ve saygınlığı zarar görecektir, adalet kamu hizmetinden yararlanarak adil bir yargılama sürecinin sonunda elde etmesi gereken karar hakkı ihlal edilecektir. Halbuki adil yargılanma hakkının tüm unsurları gerçekleştirilerek ancak kişilerin lekelenmeme hakkı teminat altına alınabilecektir. Üstelik yargılama sürecinde çok kısa bir süre içerisinde idari işlem ve gerekçesi basın ve internet aracılığıyla da ilan edilebildiği için kamu görevlisinin manevi zararı giderek katlanmaktadır.

Yargılamanın sonuna kadar menfaat bağı koşulunun varlığının aranması halinde, iptal davası açtıktan sonra kamu görevliliğinden istifa, çekilme, Devlet memurluğundan çıkartılma, emeklilik gibi gerekçelerle ilgilinin kamu görevlisi statüsü sona ererse, uyuşmazlığın esası incelenmediği için idari işlemin yargısal denetimi gerçekleştirilemez. İptal davası yolu ile hukuka uygunluk denetiminin bu şekilde yapılamaması nedeniyle, gerçekte söz konusu idari işlem hukuka aykırı tesis edilmişse iptal edilmesi mahkemece gündeme gelmeyeceği için ilgilinin bu suçlamalar nedeniyle özlük hakları da ihlal edilecektir. Zira hukuka aykırı olduğu iddiasıyla açtığı iptal davasında idari işlemin mahkemece iptali gündeme gelmeyeceği için kamu görevlisinin kariyerinin yeniden ihya edilmesi de söz konusu olamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru yolu ile önüne gelen Levent Tütüncü kararında⁵⁶ bu konu gündeme gelmiştir. Somut uyuşmazlıkta başvuruçunun profesörlük kadrosuna atanma talebiyle idareye yaptığı başvuru, etik kusuru işlediğinin tespiti gerekçesiyle ilgili hakkında iki yıl akademik yükseltme sırasında başvuramama ya da atanamama yaptırımı ile sonuçlanmıştır. Başvuruçucu, söz konusu kararın hukuka aykırı olduğu iddiası ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nde dava açmış ancak dava devam ederken kendi isteği ile emekli olup Türk Silahlı Kuvvetleri’nden ay-

⁵⁶ AYM Levent Tütüncü Başvurusu, Başvuru Numarası: 2015/3690, Karar Tarihi: 18/7/2018, (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr), E.T. 11.05.2021.

rılmıştır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, uyuşmazlığın konusuz kaldığını belirterek uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı vermiştir. Kararın karşı oy gerekçesinde başvuru emekli olmasının menfaat bağının kalmadığı anlamına gelmeyeceğine, etik kurul kararının halen kendisinin menfaatini etkilediğine, emekli olduktan sonra da yaptırım kararının etkilerinin olabileceğine dikkat çekilmiştir. Başvurucunun karar düzeltme talebinin de kabul edilmemesi üzerine Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulmuştur. Yüksek Mahkeme, dava konusu idari işlemle davacı arasındaki menfaat ilişkisinin davanın devamı sırasında ortadan kalktığı gerekçesiyle uyuşmazlığın esasının incelenmemesini mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahale olarak değerlendirmiştir. Müdahalenin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması başlıklı Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara göre değerlendirilmesi yapılarak, ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan orantılılık noktasında uygulanan tedbirle başvurucuya aşırı ve orantısız bir külfet yüklenip yüklenmediği sorgulanmıştır. Bu bağlamda, başvuru emekli olmasının akademik kariyeri ve itibarı üzerinde olumsuz etkisi bulunan kararın, gelecekteki akademik kariyeri üzerinde de etkili olabileceği, etik ihlali tespiti nedeniyle ilan edilen kadroya başvuramadığı için atanamaması nedeniyle kadroya bağlı mali hakları üzerinde etki doğuracağı, dolayısıyla mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz bir müdahale yapılarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Zira akademik unvanını ve itibarını lekelediğini belirttiği idari işlemin hukuka aykırılığının mahkeme kararıyla ortaya konulması imkânından yoksun bırakıldığı için kararın etki ve sonuçları dikkate alındığında başvuru emekli olmasının ağır bir külfet altında bırakıldığı görülmektedir. Davacının Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ayrıldıktan sonra kamu kurumlarında ya da özel sektörde görev alması halinde etik ihlali tespitine yönelik idari işlemin davacının maddi ve manevi yönden tüm geleceğini etkileyeceği tartışmasızdır.

Anayasa Mahkemesi benzer kararlarında da statü hukukuna göre çalışan kamu görevlilerinin, kamu personel hukuku kapsamında haklarında tesis edilen idari işlemlerin onların meslek yaşamlarının yanı sıra maddi ve manevi varlıkları üzerinde de birtakım etki ve sonuçlar doğurduğunu kabul etmektedir⁵⁷. Emeklilik, istifa, ihraç gibi gerekçelerle kaybedilen

⁵⁷ AYM Turgay Dabakoğlu Başvurusu, Başvuru Numarası: 2018/27010, Karar Tarihi: 16/12/2020; AYM Şenol Arslan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/40261, Karar Tarihi: 15.9.2020.

kamu görevliliği statüsünün mevzuatta düzenlenen belli koşulların gerçekleşmesi halinde yeniden kazanılması imkânının bulunması, idari işlemin kişi üzerinde hukuki etkilerini devam ettirecek olması şeklinde yorumlanmaktadır. Dava konusu idari işlem, başvurunun başta akademik kariyeri olmak üzere tüm yaşantısı üzerinde etki ve sonuçlarını doğurduğu ve halen hukuken mevcut olduğu için şekilci bir yaklaşımdan hareketle, kamu görevlisi statüsü sona erdiği için idari işlemin iptal edilmesinde menfaatinin ortadan kalktığını ileri sürerek hukuka uygunluk denetimi gerçekleştirilmemesi kabul edilemez. Davacının davasının esaslan görülüp işlem hukuka aykırı ise iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi Bayram Ali Devecioğlu kararında⁵⁸, görev yapmakta olduğu birime dilekçe yazmış olması sebebiyle hakkında disiplin soruşturması yürütülen ve kınama cezası ile cezalandırılan kamu görevlisinin açtığı iptal davasında, idare mahkemesi tarafından işlemin iptaline karar verilmiştir. İstinaf kanun yolu aşamasında, bölge idare mahkemesi başvurunun kamu görevinden ihraç edilmesi nedeniyle dava konusunun ortadan kalktığı gerekçesiyle davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararını vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurusu üzerine Yüksek Mahkeme, konuyu adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan karar hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre; davanın açıldığı sırada var olan menfaat bağının yargılamanın sonuna kadar aranmasının gerekip gerekmediği konusunda, yerel mahkemelerin ve özellikle içtihat mahkemesi olan Danıştay'ın yorum ve uygulamaları ile kabul ettiği esaslar belirleyici olmaktadır. Nitekim bir kısım Danıştay içtihadına⁵⁹ göre, davanın açıldığı sırada davacı ile dava konusu idari işlem arasında var olan menfaat bağı yeterli görülmemekte, menfaat ilişkisinin davanın sonuna kadar devam etmesi şartı aranmamaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın esasının incelenmesi ve idari işlemin unsurlarının hukuka uygunluğu denetlenerek esas hakkında karar verilmesi gerekmektedir. Somut uyuşmazlıkta kamu görevinden ihraç edilen başvurunun idari veya yargısal yollarla görevine dönme ihtimali değerlendirildiğinde dava konusu edilebilir ve ilgilinin menfaatini etkileyen bir işlemin varlığı göze çarpmaktadır. Zira başvurunun kamu görevinden ihraç

⁵⁸ AYM Bayram Ali Devecioğlu Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/39387, Karar Tarihi: 15/9/2020.

⁵⁹ Dan. 5. D., E. 2012/2143, K. 2014/9343, 15.12.2014, (www.kazanci.com); Dan. 2. D., E. 2008/3586, K. 2008/4247, 3.11.2008, (www.kazanci.com); Dan. 12. D., E. 2015/1273, K. 2015/5657, 28.10.2015, (www.kazanci.com); Dan. 5. D., E. 2005/1005, K. 2006/45, 13.2.2006, (www.kazanci.com).

kararına karşı yargı yoluna başvurarak görevine geri dönmesi ihtimalinde dava konusu kınama işleminin başvuru üzerinde hukuki etkisi bulunacaktır. Diğer bir ifadeyle, ilgili kamu görevine dönmesi ihtimalinde idari yargı denetiminden geçmemiş disiplin cezası ile karşı karşıya kalacaktır. Bu durumda dava konusu idari işlem ile davacı arasındaki menfaat bağının ortadan kalkmadığı, davanın esasının incelenmesi gerektiği ifade edilmelidir. Somut uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme, bölge idare mahkemesinin herhangi bir açıklama getirmeden ve irdelemeye gitmeksizin şekilci bir yaklaşımla bir kısım Danıştay içtihadındaki yaklaşımdan sapmasını ve davanın esasını incelememesini gerekçeli karar alma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir⁶⁰. Bu karardan anlaşılacağı üzere, mahkemeler içtihat-tan sapma ve mevzuatı yorumlamada değişikliğe giderken keyfi kararların önüne geçmek ve davanın taraflarını tatmin etmek için güçlü bir gerekçe ortaya koymak durumundadır. Güçlü bir gerekçe ortaya konulması, meşru beklenti ve hukuki belirlilik gibi hukuk devletinin temel ilkelerinin gereğidir⁶¹. Aksi yöndeki kategorik ve şekilci yaklaşım, adil olmayıp kişilerin anayasal haklarını zedeleyecektir.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen Turgay Dabakoğlu kararında⁶² hakkında yürütülen disiplin soruşturması sonucu bir yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezası alan öğretmen idare mahkemesinde açtığı iptal davası gündeme gelmiştir. İptal davası devam etmekte iken 675 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin ekli listesinde yer almak suretiyle davacının kamu görevinden çıkarılması karşısında, idare mahkemesi davanın konusuz kaldığı ve esasının incelenmesine olanak bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. İstinaf başvurusunun reddi üzerine ilgili, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin uygulanabilirliğinin tespiti için aynı mahiyetteki idari işlemlerin iç hukukta dava konusu edilip uyuşmazlıkların esasının incelenmesini önemli bir ölçüt kabul etmektedir. Özellikle menfaat ihlali şartının davanın açıldığı sırada bulunmasının ye-

⁶⁰ Tolga Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararlarında (İdari Yargı Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı, TAAD, S. 48, Y. 12, Ekim 2021, s. 74.

⁶¹ Aysun Zühal Sunay, İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 54.

⁶² AYM Turgay Dabakoğlu Başvurusu, Başvuru Numarası: 2018/27010, Karar Tarihi: 16/12/2020.

terli olduğu, menfaat ihlali koşulunun davanın sonuna kadar aranması gerekmediği yönündeki Danıştay içtihadındaki yaklaşım, yargılama süreci devam ederken ilgilinin kamu görevliliği statüsü herhangi bir nedenle sona ermiş olsa dahi idari işlemle olan menfaat bağının ortadan kalkmayacağı yönündedir. Anayasa Mahkemesi, Danıştay'ın bu yöndeki içtihadını esas alarak, davanın esasının incelenmesi gerektiği sonucuna vararak, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi Şenol Arslan kararında⁶³, hakkında tesis edilen performans notunun iptali talebiyle açılan davada idare mahkemesi işlemin iptaline karar vermiş, istinaf kanun yolunda bölge idare mahkemesi davacının kamu görevinden ihraç edilmesi nedeniyle davanın konusunun kalmadığından bahisle davanın esasına girmemiştir. Anayasa Mahkemesi önüne gelen dosyada, Danıştay'ın yukarıdaki içtihadını esas alarak başvuruçunun kamu görevinden ihraç edilmesi işlemine karşı Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu'na başvurabileceğini, OHAL Komisyonu kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğunu, bu durumda başvuruçunun kamu görevlisi statüsünü yeniden kazanabileceğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme böyle bir durumda dava konusu performans notunun başvuruçucu üzerinde olumsuz hukuki sonuçlarının olacağını belirterek menfaat ihlalinin ortadan kalkmadığını, davanın esastan incelenmesi gerektiğini değerlendirilmiştir. Şekilci bir yaklaşımla hareket edilerek bu davanın esasının incelenmemesi, Yüksek Mahkeme'ye göre adil yargılanma hakkı kapsamındaki karar hakkını ihlal etmiştir.

III. ADİL YARGILANMA HAKKI BAĞLAMINDA ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Adil yargılanma hakkı, hem mahkemeye başvuru hakkını hem de yargılama sonucunda mahkemeden karar alma ve alınan kararın uygulanmasını isteme hakkını kapsamaktadır. Diğer bir ifadeyle Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, ilgililere sadece mahkemeye başvurma hakkını değil aynı zamanda davanın görüldüğü mahke-

⁶³ AYM Şenol Arslan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/40261, Karar Tarihi: 15.9.2020.

meden adil bir karar verilmesini ve kararın icrasını isteme güvencesi sağlamaktadır⁶⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesi İbrahim Demiroğlu kararında⁶⁵, adil yargılanma hakkının güvencelerinden birini oluşturan mahkeme hakkının, mahkemeye erişim hakkı, karar hakkı ve kararın icrası haklarını içerdiği kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de mahkemeye erişim hakkı bağlamında vermiş olduğu Karin Andersson ve diğerleri/İsveç kararında, başvuruçuların sadece şeklen bir mahkemeye erişiminin bulunmasını değil, aynı zamanda ulusal mahkemenin huzuruna getirilen meselelerin yeterince incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁶.

Mahkemeye erişim hakkı, medeni hak ve yükümlülükleri ilgilendiren meselelerde yargılama sürecini başlatma hakkı olarak adil ve aleni yargılama hakkının ayrılmaz bir parçası durumundadır⁶⁷. Gerçekten, kişinin karşılaştığı haksız bir muameleye, işleme veya suçlamaya karşı kendisini savunabilmesinin ve haklılığını ortaya koyabilmesinin en güvenceli ve etkili yolu bağımsız ve tarafsız yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir⁶⁸. Mahkemeye erişim hakkı, Anayasa ile güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerden yararlanılması ve bu hakların korunması bakımından adaleti harekete geçirici etkisiyle oldukça önemli bir konumdur. Adalet bu yolla harekete geçirilerek keyfi uygulamaların

⁶⁴ Arman **Zrvandyan**, İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar, Mart 2021, s. 125 vd.

⁶⁵ AYM İbrahim Demiroğlu Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/15698, Karar Tarihi: 26/7/2019, (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr), E.T. 11.05.2021: “Adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan mahkeme hakkı; mahkemeye erişim hakkı, karar hakkı ve kararın icrası haklarını içerir. Karar hakkı genel itibarıyla mahkeme önüne getirilen uyumsuzluğun karara bağlanmasını isteme hakkını ifade eder. Zira dava hakkını kullanan bireyin asıl amacı davanın sonunda, uyumsuzluk konusu ettiği talebinin esasıyla ilgili olarak bir karar elde edebilmektir. Bir başka ifadeyle dava sonucunda şayet bir karar elde edilemiyorsa dava açmanın da bir anlamı kalmayacaktır. Öte yandan karar hakkı bireylerin sadece yargılama sonucunda şekli anlamda bir karar elde etmelerini güvence altına almaz. Bu hak aynı zamanda dava konusu edilen uyumsuzluğa ilişkin esaslı taleplerin yargı merciince bir sonuca bağlanmasını da gerektirir.”.

⁶⁶ **Zrvandyan**, s. 69.

⁶⁷ **Zrvandyan**, s. 63.

⁶⁸ Emel **Hanağası**, Davada Menfaat, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2007, s. 42.

önüne geçilmekte ve hukukun üstünlüğü ilkesinin toplumda yerleşmesine katkıda bulunmaktadır.

Mahkemeye erişim hakkı, davanın esası hakkında karar verilmesini isteme hakkını da kapsamaktadır. Aksi halde, mahkemeye başvuru hakkı kabul edilmiş fakat dava sürecinde uyuşmazlığın esasına girilip karar verilmeyerek uyuşmazlık çözüme kavuşturulmamış olup karar hakkı zedelemiş olacaktır. Diğer bir ifadeyle, davacı açısından hak arama hürriyetini kullanarak dava açmak, mahkeme tarafından esaslı talepler incelenip sonuca bağlanmadığı için pratikte anlamsız ve işlevsiz hale gelecektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kutic/ Hırvatistan kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ifade edilen mahkemeye erişim hakkının yalnızca dava açma hakkını değil aynı zamanda mahkemenin uyuşmazlık konusundaki kararını elde etme hakkını da kapsadığı belirtilmektedir. Davacılara tanınan adil, aleni, makul sürede yargılamaya yönelik usuli güvencelerin uyuşmazlığın nihai bir kararla sonuçlandırılacağı garanti edilmeden detaylı bir şekilde açıklanması anlamsız kabul edilmektedir⁶⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Golder/Birleşik Krallık kararında, devletlerin iç hukuklarında mahkemeye erişim hakkına sınırlama getirebileceklerini ancak bu sınırlamaların hakkın özünü zedeleyecek şekilde ve ölçüde olmaması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁰. Mahkemeye erişim hakkına sınırlama getirilecekse Ashingdane/İngiltere kararında belirtildiği üzere, sınırlamanın meşru amaç izlemesi, kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunması ve hakkın özüne zarar verilmemesi şartları birlikte aranmaktadır⁷¹. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru kararlarında, mahkemeye erişim hakkına ilişkin sınırlandırmaların, hakkın özünü zedeleyecek şekilde bu hakkı kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması ve başvuru üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerektiğini ifade etmektedir⁷².

⁶⁹ Osman **Doğru**/Atilla **Nalbant**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Ankara 2021, s. 841.

⁷⁰ **Doğru/Nalbant**, s. 620.

⁷¹ Bihter **Aydın**, "Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı", TAAD, S. 15, Y. 4, Ekim 2013, s. 278.

⁷² Örnek yargı kararları için bkz: AYM İbrahim Can Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/1052, Karar Tarihi: 23/7/2014; AYM Özkan Şen Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/791, Karar Tarihi: 7/11/2013.

O halde yargı kararlarının bazılarında ifade edildiği gibi menfaat bağı koşulunun yargılama süresince katı bir şekilde yorumlanması, adil yargılanma hakkının güvencelerinden birini oluşturan mahkemeye erişim hakkını yalnızca dava açmaya indirgeyen bir sonuç doğurmaktadır. Hâlbuki ilgilinin dava açmaktaki muradı, somut uyuşmazlıkta ileri sürdüğü iddialar hakkında davayı gören mahkemeden adil bir karar elde etmesi ve kararın tüm yönleriyle uygulanmasının sağlanmasıdır. Diğer bir ifadeyle, idari yargıda açılan bir iptal davasında davacının muradı, idari işlemin iptal edilmesiyle birlikte bu işlemin sonuçlarının ve etkilerinin geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldırılmasının sağlanmasıdır. İdari işlem nedeniyle uğranılan maddi ve manevi kayıpların tazmini de bu bağlamda gündeme gelmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi Turgay Dabakoğlu başvurusunda idarenin, KHK ile kamu görevliliği sıfatı sona erenlerin görev yaptıkları idarede yeniden çalışamayacakları ve bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyecekleri için bir daha kamu görevi üstlenemeyecek başvurusunun disiplin cezasının iptal edilmesinin hukuki statüsünde herhangi bir değişikliğe yol açamayacağı savunmasını kabul edilemez bulmuştur. Somut uyuşmazlıkta başvurusunun kamu görevinden çıkarılması işlemine karşı Komisyona başvurabileceği, Komisyon kararına karşı yargı yolunun açık olduğu tespiti yapılmıştır. Başvurusunun bu süreçleri işleterek yeniden kamu görevliliği statüsüne girmesi halinde, disiplin cezasının başvuru üzerinde olumsuz hukuki etkisi olacağı açıktır. Bu nedenle kamu görevinden ihraç edildiği gerekçesiyle, dava konusu idari işlem ile menfaat bağı ortadan kalktığı kabul edilemez. Davanın esasının incelenmeyerek karar verilmemesi, karar hakkının ihlali şeklinde değerlendirilmektedir. Zira Yüksek Mahkeme'nin İbrahim Demiroğlu kararında⁷³ da belirttiği üzere, dava açma hakkını kullanan bireyin asıl muradı, yargılama sonunda esaslı taleplerinin yargı merciince bir sonuca bağlanmasıdır. Aksi değerlendirme, bireyin dava açma hakkını kullanmadaki amacı ile bağdaşmaz.

Anayasa Mahkemesi Bayram Ali Devecioğlu başvurusunda da idarenin, disiplin cezası işlemine karşı açılan iptal davası devam etmekteyken ilgilinin kamu görevinden ihraç edilmesi nedeniyle dava konusu idari işlem ile arasındaki menfaat bağının ortadan kalktığını, bu şartlarda davaya devam edilmesinin başvuru açısından manevi haz boyutunda kalacağını

⁷³ AYM İbrahim Demiroğlu Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/15698, 26/7/2019, (www.kazanci.com).

ifade ettiği savunmasını kabul etmemiştir. Başvurucu, idareye karşı beyanında davanın devamının sadece manevi hazla açıklanamayacağını, yargılama masraflarının aleyhine hükmedildiğini, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Somut uyuşmazlıkta başvurusunun kamu görevinden çıkarılması işlemine karşı Komisyona başvurabileceği, Komisyon kararına karşı yargı yolunun açık olduğu tespiti yapılmıştır. Başvurusunun bu süreçleri işleterek yeniden kamu görevlisi statüsüne girmesi halinde, kınama cezasının başvuru üzerinde olumsuz hukuki etkisi olacağı açıktır. Menfaat ihlali ortadan kalkmadığından davanın esasının incelenmemesi, davacıya ağır bir külfet yüklemekte ve davanın esasının incelenmeyerek karar verilmemesi, karar hakkının ihlali şeklinde değerlendirilmektedir.

Anayasa Mahkemesi Levent Tütüncü başvurusunda, etik ihlal tespiti kararının iptali davası sürerken emekli olup TSK'dan ayrılması gerekçe gösterilip uyuşmazlığın incelenmemesi nedeniyle başvurusunun mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahale bulunduğunu kabul etmiştir. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan kanun tarafından öngörülme, haklı bir sebebe dayanma, ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığı irdelenerek Anayasa'nın 36. maddesinin ihlali değerlendirilmiştir⁷⁴. Ölçülülük ilkesinin değerlendirilmesi bağlamında, hakkın sınırlandırılması durumunda elde edilen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengenin varlığı araştırılmıştır. Diğer bir ifadeyle, kamu yararı gerekçesiyle bireye aşırı ve orantısız bir yük yüklenip yüklenmediği değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme yapılırken "*dava konusu edilen işlemin mahiyeti, başvurusunun hukuki durumuna ve gelecek yaşantısına ne şekilde etkilerinin olduğu, işlemin hukuka uygunluk denetiminin gerçekleştirilmemiş olmasından dolayı bertaraf edilemeyen bu etkilerin başvurucuya bir külfet yükleyip yüklenmediği*" gibi hususlar dikkate alınmıştır. Başvurusunun etik ihlalde bulunduğu yönündeki idari işlemin Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ayrıldıktan sonraki akademik kariyeri üzerindeki hukuki etkisi, yine başvurusunun söz konusu idari işlem nedeniyle ilan edilen kadroya başvurmadığı için atanamamasından ötürü kadroya bağlı özlük hakları üzerindeki hukuki etkisi ve nihayetinde dava konusu idari işlemin başvurusunun tüm yaşantısı üzerindeki etkisi ve sonuçlarının göz ardı edilmesi ile başvurucuya ağır bir külfet yüklediği değerlendirilmiştir. Sonuç itibarıyla, adil yargılanma

⁷⁴ Aynı doğrultuda yargı kararı için bkz: AYM, E. 2015/96, K. 2016/9, 10.2.2016; (www.kazanci.com); AYM Yusuf Bilin Başvurusu, Başvuru No: 2014/14498, 26/12/2017, (www.kazanci.com).

hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi Şenol ARSLAN başvurusunda da idarenin, performans değerlendirme işlemine karşı açılan iptal davası devam etmekteyken ilgilinin kamu görevinden ihraç edilmesi nedeniyle dava konusu idari işlem ile arasındaki menfaat bağının ortadan kalktığını, bu şartlarda davaya devam edilmesinin başvuru açısından manevi haz boyutunda kalacağını belirttiği savunmasını dikkate almamıştır. Başvurucu, performans notu değerlendirmesi kararının hukuka aykırı olduğunu, istinaf dilekçesinde tazminat talebi olmadığı halde mahkemenin yargılama masrafları bakımından aleyhe hüküm kurduğunu belirtmiştir. Somut uyuşmazlıkta başvuruçunun kamu görevliliğinden çıkarılması işlemine karşı Komisyona başvurabileceği, Komisyon kararına karşı yargı yolunun açık olduğu tespiti yapılmıştır. Başvuruçunun yeniden kamu görevliliği statüsünü kazanması halinde performans notuna ilişkin idari işlemin başvuru üzerine hukuki etkisi olacağı açıktır. Yüksek Mahkeme, salt kamu görevinden ihraç edilme nedeniyle dava konusunun ortadan kalktığı yönündeki bölge idare mahkemesinin şekilci yaklaşımıyla davanın esasının incelenmemesini başvuruçunun karar hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

SONUÇ

Hukuk devleti ilkesi ve hukukun üstünlüğü ilkesinin toplumda yerleşmesine hizmet eden iptal davasında subjektif ehliyet koşulu olan menfaat ihlali kavramının geniş yorumlanması ve yargı denetimini işlevsizleştiren sınırlamaların kaldırılması adaletin sağlanmasına hizmet etmektedir. Bu bağlamda davacı ile dava konusu idari işlem arasında var olan menfaat bağının davanın açılması sırasında varlığı halinde davanın sonuna kadar, hatta karar kesinleşinceye kadar var olmasını beklemek, hak arama özgürlüğünü kullanarak dava açan ilgiliye, statüsünde meydana gelen değişiklikler nedeniyle adalete erişim talebinin kesintiye uğraması ve hatta son bulması sonucu mağduriyet yaratmaktadır. Bununla birlikte hukuk devletinde idarenin ve idari yargının hak arama özgürlüğünü daraltan doğrudan ya da dolaylı sınırlamaları kaldırması ve bu yolla adaletin teminini sağlaması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi güncel bireysel başvuru kararlarında, Danıştay'ın iptal davası açılabilmesi için davacı ile dava konusu işlem arasında menfaat ilişkisinin yeterli olduğu ve davanın esastan karara bağlanabilmesi için ayrıca bu işlemle menfaat ilişkisinin mutlaka davanın sonuçlan-

masına kadar devam etmesi gerekmediği yolundaki içtihadından hareketle, yargılamaya devam edilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. İdare hukukunun kaynaklarından birisi olan Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarının, başvurucu lehine yorum yaparak usul kurallarının aşırı şekilci ve katı şekilde uygulanmasının sonucu uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmemesinin sonuçlarını bertaraf edici karar vermesi kayda değer bir gelişmedir. Nitekim Yüksek Mahkeme çalışmamız kapsamında incelediğimiz üç bireysel başvuru kararında⁷⁵ adil yargılanma hakkı kapsamında karar hakkının ihlal edildiğini belirtip karar hakkı ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı derece mahkemesine göndermiştir. Levent Tütüncü başvurusunda⁷⁶ ise adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini belirtip adil yargılanma hakkı ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı derece mahkemesine göndermiştir.

Anayasa Mahkemesi, kamu görevlileri hakkında tesis edilen idari işlemlerin maddi ve manevi boyutu itibarıyla değerlendirildiğinde ilgililerin hukuk dünyasında telafisi güç ve hatta imkânsız sonuçlar doğurabildiğini, usul kurallarının şekilci ve kategorik uygulamasından ziyade somut olayın özellikleri değerlendirilerek davanın devamının sağlanması ve esas hakkında karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu durumda sırf güncel menfaat ilişkisi kalmadığından ötürü davanın reddedilmesi ya da dava konusu ortadan kalktığından karar verilmesine yer olmadığı kararları verilmemelidir. Ayrıca iptal davaları ile idari işlemin hukuka uygun olup olmadığının saptanmasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet edildiğinden, bu davalarda güncel menfaat ilişkisinin bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir. Bu noktada yorum yapılırken hukuk devleti ilkesi temeline dayanan idari yargıda iptal davasının amacı ve idari yargının varlık sebebi de her zaman hatırdta tutulmalıdır.

⁷⁵ AYM Bayram Ali Devecioğlu Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/39387, Karar Tarihi: 15/9/2020; Turgay Dabakoğlu Başvurusu, Başvuru Numarası: 2018/27010, 16/12/2020; Şenol Arslan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/40261, Karar Tarihi: 15/9/2020.

⁷⁶ AYM Levent Tütüncü Başvurusu, Başvuru Numarası: 2015/3690, Karar Tarihi: 18/7/2018.

KAYNAKÇA

- Akıncı**, Fatih. “Lekelenmeme Hakkı”. TAAD. S. 43, Y. 11, Temmuz 2020, s. 177-202.
- Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil. Türk İdari Yargılama Hukuku. Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- Akyılmaz**, Bahtiyar. “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 6, S. 1-2, Haziran-Aralık 2002.
- Alan**, Nuri. “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”. Danıştay Dergisi. S. 50-51, s. 22-55.
- Aslan**, Zehreddin. Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu. 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Atay**, Ender Ethem. “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”. Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl, 11 Mayıs 2007, Danıştay Matbaası 2008, s. 13-95.
- Atay**, Ender Ethem. İdari Yargılama Hukuku. Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Aydın**, Bihter. “Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı”. TAAD. S. 15, Y. 4, Ekim 2013, s. 271-296.
- Azrak**, Ali Ülkü. “İptal Davalarının Objektif Niteliği”. Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara, C. 1, s. 331-336.
- Balkar**, Galip Kemal. “İptal Davası Açmak İçin Dava Konusu Tasarruf ile İlgili Şartı”. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi. C. 14, S. 4, 1959, s. 216-238.
- Bilgin**, Hüseyin. “Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Menfaatin Güncel Olması”. Terazi Hukuk Dergisi. S. 30, Y. 4, Şubat 2009, s. 137-149.
- Burtan**, Burak Çağlar. İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet. Der Yayınları, İstanbul 2019.
- Candan**, Turgut. Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu. 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Çağlayan**, Ramazan. İdari Yargılama Hukuku. 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

Çelikkol, Hüseyin. “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”. *Adalet Dergisi*. S. 3, Y. 76, Mayıs-Haziran, 1985, s. 749-770.

Doğru, Osman/**Nalbant**, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*. 1. Cilt, Ankara 2021.

Gökalp, Ali Sıtkı. “İdari Dava Türleri”. *Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi*, Ankara 1968.

Gözübüyük, Şeref. *Yönetmelik Yargı*. Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

Gülsün, Ramazan. “İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı”. *International Journal of Legal Progress*. Vol. 1, Nu. 2, 2015, s. 17-42.

Günday, Metin. *İdari Yargılama Hukuku*. Turhan Kitabevi, Ankara 2022.

Gündüz, Ebru Fatma. *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*. Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Gür, Necip Taha. “İptal Davalarında Menfaatin Meşruluğuna İlişkin Düşünceler”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 21, S. 2, 2019, s. 685-705.

Hanağası, İlhan. “İdari Davalarda Menfaat İlişkisi”. *İdari Yargı Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar Paneli*, Konya Barosu 2012.

Hanağası, Emel. *Davada Menfaat*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2007.

İkinciogulları, Firuzan. “Dava Açma Ehliyeti”. *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler*, Danıştay Başkanlığı, Ankara 1976.

Kara, Eyüp. “Lekelenmeme Hakkı”. *Adalet Dergisi*. S. 43, 2012, s. 257-266.

Karahanoğulları, Onur. “Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgili Bağ Sorunu”. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*. C. 62, S. 3, 2007, s. 201-232.

Kaya, Cemil. “İptal Davalarında Menfaatin Aktüel Olması Şartının Anlamı ve Kapsamı”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 16, S. 1, 2008, s. 117-140.

Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. III. Cilt, 3. Bası, İstanbul 1966.

Özdek, E. Yasemin. “İptal Davasında Menfaat Koşulu”. *Amme İdaresi Dergisi*. C. 24, S. 1, Mart 1991, s. 99-115.

Sarıca, Ragıp. İdari Kaza Cilt: 1, İdari Davalar. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1949.

Sunay, Aysun Zühal. İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı. Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

Şirin, Tolga. Anayasa Mahkemesi Kararlarında (İdari Yargı Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı. TAAD, S. 48, Y. 12, Ekim 2021, s. 65-85.

Ulusoy, Ali. İdari Yaptırımlar, XII Levha Yayınları, Ankara 2013.

Ulusoy, D. Ali. Yeni Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.

Yücesoy, Aslı Ayşe. İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat. (İdari Yargıda Subjektif Dava Ehliyeti Koşulu), Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

Zrvandyan, Arman. İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar. Mart 2021.



Çevre Ceza Hukukunda Nedensellik Bağının Tespiti Sorunu ve Çözüm Önerileri

The Problem of Determining Causality in Environmental Criminal
Law and Solution Proposals

Av. Dr. Uğur ARSLAN*

ÖZ

Modernizm sadece insan bilincinin doğayı farklı bir bakış açısıyla görmesine yol açmamış, aynı zamanda teknoloji, sanayi ve küreselleşme gibi olguların hayatımıza girmesine sebep olmuş, bu kavramlar da küresel ısınma ve çevre kirliliği konularını gündeme taşımıştır. Ekonomik faaliyetlerin artması geniş bir yelpazede çevreyi olumsuz yönde etkilemiş, sosyo-ekonomik kalkınma ile çevrenin korunması arasında bitmeyen bir diyalektik başlamıştır. Teknolojik ilerleme ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak modern yaşam kalitesi birçok kişiye rahatlık sağlamakla birlikte ekosisteme de birçok yönden zarar vermektedir.

Çevre kirliliğine karşı artan toplumsal bilinç sayesinde modern ceza hukuku çevre kirliliğine kayıtsız kalmamıştır. Nitekim kirliliğin önlenmesi, kirlilik ortaya çıktığında failerin cezalandırılması gibi hususlarda ulusal/uluslararası seviyelerde düzenlemelerin kaleme alınması bu kabildendir. Her ne kadar konu ile ilgili yasal alt yapı oluşturulmuş olsa da bazı

* Ankara Barosu.

E-posta: avarslanugur@gmail.com. ORCID: 0000-0002-3987-8465

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 22.02.2022 / **Kabul/Accepted:** 18.04.2022.

Atıf/Cite as: Uğur Arslan, “Çevre Ceza Hukukunda Nedensellik Bağının Tespiti Sorunu ve Çözüm Önerileri”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 1, Haziran 2022, (153-195).

komplike vakıalarda haksızlığa neden olan failin tespiti için fiil, netice ve bunların arasındaki nedensellik bağının tespiti önem kazanmıştır. Çevre kirliliği olaylarında nedensellik bağının kesilmesi, öne geçen nedensellik, yarışan nedensellik gibi özellikli durumlar söz konusu olduğundan nedensellik bağını tespit etmek her zaman çok da kolay bir işlem olmamaktadır. Bu çalışmada nedensellik bağının tespitine dair çalışmalar çevre ceza hukuku bağlamında bir araya getirilerek nedensellik sorunları ele alınmış ve doktrindeki tartışmalara katkı sağlanması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Nedensellik Bağı, Çevre, Kirleten, Sebep, Çevre Kirliliği.

ABSTRACT

Modernism has caused phenomena such as technology, industry and globalization to enter our lives, and these concepts have brought issues such as environmental pollution to the agenda. The increase in economic activities has adversely affected the environment in a wide range, and an unending dialectic has begun between socio-economic development and environmental protection.

Modern criminal law has not been indifferent to environmental pollution, and regulations have been drawn up at national/international levels on issues such as prevention of pollution and punishment of perpetrators when pollution occurs. In some complicated cases, the determination of the act, the result and the causal link between them has gained importance for the determination of the perpetrator who caused the injustice. It is difficult to determine the causal link in environmental pollution events, as there are situations such as cutting the causal link, leading causality, competing causality. In this study, studies on the determination of causality are brought together in the context of environmental criminal law, and causality problems are discussed, and it is aimed to contribute to the discussions in the doctrine.

Keywords: Causality, Environment, Polluter, Environmental Pollution, Reason.

GİRİŞ

Günümüz modern dünyasının en önemli sorunlarından birisi çevre kirliliği ve neden olduğu problemlerdir.¹ Çevre hasar gördüğünde veya kirlendiğinde çevrenin eski haline kavuşturulması geri kazanılması zor, hatta imkansızdır. Öte yandan çevrenin kirlenmesi ile sadece bugünkü değil, gelecek nesillerin sağlıklı ve temiz bir çevrede yaşama hakkı da suiistimal edilmiş olmaktadır.² Küresel ısınmanın etkilerine ilişkin korkunç tahminler göstermektedir ki, tatlı su kaynakları ve ekilebilir araziler gibi giderek kıtlaşan kaynaklar üzerinde şiddetli kavgalar artacaktır.³

Yapılan araştırmalar, fosil yakıtların kullanımı ile beraber atmosferdeki sera gazları (karbondioksit, metan, azot oksit, hidroflorokarbonlar, perflorokarbonlar ve kükürt heksaflorür) oranının arttığını bunun da küresel ısınmaya ve dolayısıyla buzulların erimesine yol açtığını göstermektedir.⁴ Avustralya Devlet Bilim Kurumu (CSIRO) tarafından yapılan araştırmaya göre, Avustralya Kıtası'nı çevreleyen Hint ve Pasifik okyanuslarının dibini yaklaşık 14 milyon ton mikro plastik parçacıklarıyla kaplıdır.⁵ NASA'nın 2021 yılında yayımladığı rapora göre, 2020 yılı en sıcak yıl

¹ Jana Jansen van **Vuuren**, "Six Critical Global Issues: What Are The World's Biggest Problems And How Can I Help?", <https://www.gvi.co.uk/blog/6-critical-global-issues-what-are-the-worlds-biggest-problems-and-how-i-can-help/>, E.T. 04.08.2021.

² Cass R. **Sunstein**, "Irreversible and Catastrophic", *Cornell Law Review*, 91, 2006, s. 860-863.

³ Clionadh **Raleigh**/Henrik **Urdal**, "Climate Change, Environmental Degradation and Armed Conflict", *Political Geography*, Vol. 26, Is. 6, 2007, s. 674 vd.

⁴ Fosil karbon ve hidrokarbonların gelişigüzel yakılmasının iklim üzerinde feci bir etkisi olduğunu ve atmosferi kirlettiğini, insan sağlığını son derece ölümcül bir şekilde etkilediğini göstermektedir. Solomon Hsiang'ın da aralarında bulunduğu bir araştırma ekibi iklim, çatışma, sıcaklık, şiddet, suç ve suç ile ilgili konularda toplam 60 çalışmayı dünyanın farklı bölgelerindeki sıcaklık ve yağış farklılıklarını hesaba katararak analiz etmiş ve her birini istatistiksel bir çerçeve aracılığıyla değerlendirmiştir. Çalışma, ortalama sıcaklıklardan veya yağış miktarlarından hafif sapmaların bile cinayet ve tecavüz gibi bireysel saldırganlıktan ülke düzeyinde siyasi istikrarsızlığa ve hatta uluslararası savaşlara kadar çeşitli düzeylerde çatışma riskini önemli ölçüde artırdığı sonucuna varmıştır. Bkz. Nicolette **Pellegrino**, "A Gap in Causation? Punishing Polluters for Contributing to Climate Change & Increasing Violent Crime", *Pace Environmental Law Review*, Vol. 35, Is. 2, 2018, s. 379, 380.

⁵ Australia's National Science Agency (CSIRO), <https://www.csiro.au/en/news/news-releases/2020/14-million-tonnes-of-microplastics-on-seafloor>, E.T. 27.07.2021.

olarak tarihe geçmiştir. NASA Goddard Uzay Araştırmaları Enstitüsüne (GISS) göre, Gezegenin uzun vadeli ısınma eğilimi sürmektedir. Bu bağlamda 2020'de küresel olarak ortalama sıcaklık, 1951-1980 ortalamasından 1,02 santigrat derece (1,84 Fahrenheit derece) daha sıcak geçmiştir. BM Hükümetlerarası İklim Değişikliği Panelinin (IPCC)⁶ 2018 yılında hazırladığı ve Türkiye'nin de içinde bulunduğu üye ülkeler tarafından onaylanan "*1,5°C Küresel Isınma Özel Raporu*"na göre; halihazırda Dünya, sanayi devrimi öncesi döneme göre 1° C daha ısınmış ve bu ısınma kuraklık, sıcak hava dalgaları, orman yangınları, seller gibi aşırı hava olayları ve deniz seviyesinde yükselme ve Arktik Denizi'nin erimesi olarak etkilerini göstermeye başlamıştır. Söz gelimi, Arktik Denizi buzulu her on yılda yaklaşık % 13 oranında azaldığından bölgenin daha az güneş ışığı yansıtmasına (düşük albedo⁷) neden olmaktadır.⁸ ABD Ulusal Kar ve Buz Verileri Merkezi (NSIDC)'ne göre, 2020 yılında, en düşük ikinci Kuzey Kutbu deniz buzul alanı kaydedilmiştir.⁹ Keza, Temmuz 2017'de Dünya'daki en büyük buzul kütlesi olarak tanımlanan Antarktika'daki "*A68a*", "*Larcen C*" buzulundan koptuğunda 5800 km² iken bu alan dört yıl içerisinde neredeyse tamamen eriyip yok olmuştur.¹⁰ Bütün bu ve buna benzer olumsuzluklar canlı tür ve sayısını tehdit ettiği gibi, küresel iklim değişikliklerini de gündeme getirmektedir. Sera gazı emisyonları mevcut şekilde devam ederse, 2030 ile 2052 yılları arasında küresel ısınma seviyesinin 1,5° C sınırını geçmesi muhtemeldir. Küresel ısınmayı 1,5° C ile sınırlandırmak, ekolojik sistemler ve yaşam alanlarının bekası açısından hayati önemi haizdir. Bu nedenle küresel emisyonları 2030

6 IPCC: BM çatısı altında faaliyet gösteren Dünya Meteoroloji Örgütü (WMO) ve Birleşmiş Milletler Çevre Programı (UNEP) tarafından iklim değişikliğinin risklerini değerlendirmek üzere 1988 yılında kurulan örgüt. Bkz. IPCC, <https://www.ipcc.ch/>, E.T. 27.07.2021.

7 Albedo: Bir yüzeyin üzerine düşen elektromanyetik enerjiyi yansıtma kapasitesi. Bkz. Boğaziçi Üniversitesi İklim Değişikliği ve Politikaları Uygulama ve Araştırma Merkezi, <http://climatechange.boun.edu.tr/albedo-nedir/>, E.T. 22.03.2022.

8 NASA Earth Observatory, <https://earthobservatory.nasa.gov/images/147794/2020-tied-for-warmest-year-on-record>, E.T. 27.07.2021.

9 Antarktika Günlük Görüntüler, <http://nsidc.org/arcticseaicenews/>, E.T. 27.07.2021.

10 Earth.org, <https://earth.org/a68-iceberg-that-broke-off-from-antarctica-has-melted/>, E.T. 27.07.2021.

yılında 2010 yılına göre %45 azaltmak ve 2050 yılında net sıfır emisiyona ulaşmak gerekmektedir.¹¹

Yapılan çalışmalara göre, küresel ısınma ve iklim değişikliklerinden en çok etkilenen bölgelerden bir tanesi de Türkiye olacak ve ciddi su kıtlığına maruz kalacağı tahmin edilmektedir.¹² Buna rağmen Türkiye'nin sera gazı salınımı 30 yıl öncesine göre 2 kattan fazla artmıştır. Nitekim 2020 yılı itibarıyla Türkiye sera gazı salınımında küresel ölçekte üst sıralarda yer almaktadır.¹³ Türkiye Temiz Hava Hakkı Platformunun “*Kara Rapor 2020: Hava Kirliliği ve Sağlık Etkileri*” isimli çalışmasına göre, 2019 yılında Türkiye’de hava kirliliği (PM10) yeterli veri olan 51 ilin %98’inde Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ)’nün belirlediği sınır değerlerinin üzerinde gerçekleşmiştir. 2017 yılından beri hava kirliliği trafik kazalarının 6 katından fazla ölümü sebebiyet vermektedir.¹⁴ Keza Çevre Mühendisleri Odasının raporuna göre havaya salınan Partikül Madde 2,5 (PM2,5), Partikül Madde 10 (PM10), Kükürtdioksit (SO2), Azotdioksit (NO2), Azotoksitler (NOX), Karbonmonoksit (CO) ve Ozon (O3) gibi maddelerin neden olduğu kanser, üst ve alt solunum yolu enfeksiyonları, astım, alerji, stres, depresyon gibi sağlık problemleri nedeniyle her yıl otuz bin kişinin yaşamını yitirdiği ifade edilmiştir.¹⁵ Çevre Şehircilik Bakanlığının 2017 yılı “*Türkiye Çevre Sorunları ve Öncelikleri Değerlendirme Raporu*”na göre, kirlilik ile ilgili Türkiye’nin öncelikli sorunları sırasıyla su, hava ve evsel katı atık kirliliğidir.¹⁶

¹¹ IPCC, <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/spm/>, E.T. 01.08.2021.

¹² Kemal Öztürk, “Küresel İklim Değişikliği ve Türkiye’ye Olası Etkileri”, Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1, 2002, s. 48.

¹³ İlgili rapor için Bkz. Climate Transparency Annual G20 Report 2020, <https://www.climate-transparency.org/wp-content/uploads/2020/11/Turkey-CT-2020-WEB.pdf>, E.T. 02.08.2021.

¹⁴ Türkiye Temiz Hava Hakkı Platformu, <https://www.temizhavahakki.com/kararapor2020/>, E.T. 30.07.2021.

¹⁵ Çevre Mühendisleri Odası, 2019 Hava Kirliliği Raporu, https://www.cmo.org.tr/resimler/ekler/cc7041481f4624d_ek.pdf?tipi=72&turu=X&sube=0, E.T. 30.07.2021.

¹⁶ Türkiye Çevre Sorunları ve Öncelikleri Değerlendirme Raporu, https://webdosya.csb.gov.tr/db /ced/icerikler/2017-cevre-sorunlari-ve-oncelikleri2019_062_8084520.pdf, E.T. 30.07.2021.

Bilim insanları bir yandan çevre kirliliği, bunun neden olduğu sorunlar ve sorunların çözümüne odaklanırken, öte yandan da kirliliğin yeri, zamanı, fail ve mağdurun belirlenmesi gibi hukuki meselelere yönelmektedir. Çevre kirliliği ile ilgili kayıp ve zararlar arttıkça, kirliliğin karmaşık ve çok boyutlu sorunları ile başa çıkmada hukukun rolüne artan bir ilgi olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin, bir endüstri bölgesindeki tesislerin faaliyetleri nedeniyle yer altı suları kirlenirse bundan hangi tesis ya da tesisler sorumlu olacaktır? Araç kullananların atmosferde zehirli egzoz gaz birikmesinden sorumluluğu var mıdır? Ne miktar bir kirlenme çevre kirliliği olarak kabul edilecektir ve bunu saptarken hangi alan ölçüt alınacaktır? Bir gemiden sızan akaryakıt nedeniyle oluşan kirlilik bakımından denizin tamamı mı esas alınacak, yoksa ilgili bölge mi yani sadece kirliliğin olduğu alan mı baz alınacaktır? Bölge baz alınacaksa ne büyüklükte bir alan belirlenecektir?

Kirliliğin söz konusu olduğu bu gibi problemler derinlemesine irdelendiği zaman aslında sorunun temelinde (diğer sorunlarla beraber) nedensellik bağının tespitinin yattığı görülmektedir.

Bir çevre suçu işlendiğinde failin tespiti ve zararlı maddenin (atık) ne olduğu kadar, kirlenmeye neyin sebep olduğu da önemli olup kirleneni (fail) sağlıklı bir şekilde tespit etmek, kimin/neyin kirliliğin nedeni olduğunu araştırmak iktiza etmektedir.

Nedensellik sorununun en yoğun olarak yaşandığı alanlardan birisi olarak çevre ceza hukuku bakımından; suyun, toprağın ve havanın ne kadarının kirlendiği ya da kirlenmenin ne oranda olduğunun tespiti teknik ve hukuki açıdan karmaşık bir sorun olduğu ve suç ve cezanın şahsiliği ilkesinin hayata geçirilmesi için çevre suçlarındaki illi bağın sağlıklı bir şekilde ortaya konulması elzemdir.¹⁷

Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta çevre ceza hukukunda nedensellik bağını salt olarak ele alan çalışma sayısının çok az olduğu görülmektedir. Yine çevre hukukunda nedensellik bağının ele alındığı eserlerde konunun genellikle haksız fiil ve tazminat hukuku bağlamında değerlendirildiği ve dolayısıyla çoğunlukla özel hukuk kavramlarına yer verildiği görülmektedir. Gerek içtihat hukukunda gerekse de doktrindeki bahse

¹⁷ Gülsün A. **Aygörmez**, Çevre Ceza Hukuku, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 78; Nevzat **Toroşlu**, Ceza Hukuku ve Çevre, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayınları, Ankara 1982, s. 23.

konu eksikliğin etkisi ile çevre ceza hukukunun kendi literatürünü oluşturamadığı görülmektedir. Nitekim küresel çapta çevre kirliliği özellikle de sera gazları ile ilgili açılan 1500 civarında davanın çok azı ceza davasıdır.¹⁸ Sayılan nedenlerle bu makalede de zaman zaman özel hukuk kavramlarına ve hatta özel hukukla ilgili içtihatlarla yer verilmek zorunda kalınmıştır. Zorunda kalınmıştır diyoruz çünkü anılan hususlara yer verilmezse hem konunun anlaşılması hem de örneklendirilmesi bakımından önemli eksikliklerin oluşacağı değerlendirilmektedir.

Çevre kirliliği ve neden olduğu sonuçlar, idare hukuku, şirketler hukuku, sözleşmeler hukuku, medeni hukuk, iş hukuku, borçlar hukuku, vergi hukuku, haksız fiil hukuku, ceza hukuku ve anayasa hukuku gibi birçok hukuk dalını ilgilendirmektedir. Nitekim, 1982 Anayasası m. 56'ya göre; “herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.” Keza 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 3/a maddesi gerçek ya da tüzel kişi olarak herkesin çevrenin korunması ve kirliliğin önlenmesi ile görevli olduğu ve bu bağlamda alınacak tedbirlere, belirlenen esaslara uymakla yükümlü olduğu hükmünü amirdir. Öte yandan 5237 sayılı TCK'nın 1. maddesinde ceza kanununun amaçları arasında çevre, korunması gereken değerler arasında sayılmıştır.¹⁹ Bu amaca matuf olarak TCK'nın ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Çevreye Karşı Suçlar” başlıklı ikinci bölümü altında çevrenin kasten ve taksirle kirlenmesi suçları madde 181 ve 182'de, gürlütye ve imar kirliliğine neden olma suçları ise m. 183 ve 184'te hüküm altına alınmıştır.

18 Oxford Sürdürülebilir Hukuk Programı, “Poor Use Of Science Jeopardises Climate Lawsuits, Finds Oxford Research”, University of Oxford News and Events, <https://www.ox.ac.uk/news/2021-06-28-poor-use-science-jeopardises-climate-lawsuits-finds-oxford-research-0>, E.T. 05.08.2021; Ulusal düzeyde özellikle Amerika Birleşik Devletleri'ndeki iklim değişikliği davalarının çoğu başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Çünkü başvuranlar, mahkemeleri, sera gazları ile iklim değişikliği arasında nedensellik bağlantısına dair ikna edici bir argüman öne sürememişlerdir. Bkz. Michael **Burger**/Justin **Gundlach**, “Climate Change, Public Health, And The Law”, Cambridge University Press, 2018, s. 31.

19 Ali Kemal **Yıldız**, Çevreye Karşı Suçlar, Özel Ceza Hukuku, C. V, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 188.

Çevre suçlarının tehlike suçu olarak düzenlenmesinin nedensellik problemlerini asgari seviyeye düşürebileceği görüşünden hareketle²⁰ TCK'da yer alan çevre suçlarının ekseriyetle sırf hareket suçu olarak düzenlendiği görülmektedir. Nitekim, TCK m. 181/2'deki *Atıkların Ülkeye Sokulması* ve m. 184'teki *İmar Kirliliği* suçları bakımından netice oluşması aranmamış, hareketin icrası suçun oluşması için yeterli görülmüştür. Gerçekten de, soyut tehlike suçu şeklinde düzenlenen bu suçlar bakımından nedensellik bağının araştırılması gerekmez.²¹ Buna karşın TCK m. 183/1'deki deki "*Gürültüye Neden Olma*" TCK m.181/1, 3 ve 4'te düzenlenen "*Çevrenin Kasten Kirlenmesi*" suçu ve bu suçun nitelikli halleri somut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir.²² Somut tehlikenin niteliği tartışmalı da olsa doktrinde hâkim olan görüş hareket ile somut tehlike arasında nedensellik bağının bulunması gerektiği yönündedir. Somut tehlike

²⁰ Aksi yönde Volkan **Maviş**, Türk Ceza Kanunu'nda Çevreye Karşı Suçlar, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2020, s. 503.

²¹ Bernd **Heinrich**, Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, Ed. Yener Ünver, Adalet Yayınevi, İstanbul 2015, s. 61.

²² **Maviş**, s. 348; Handan **Yokuş Sevük**, Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 319; M. Emin **Artuk**, "Çevrenin Kasten Kirlenmesi Suçu", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2014, s. 42; Nükhet **Turgut Yılmaz**, Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj, Ankara 2012 s. 117; Aksi yönde, **Aygörmez**, s. 125, 414; **Yıldız**, s. 199. Buna karşın bazı yazarlar somut tehlikenin varlığını objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirmektedir. Bkz. Mahmut **Koca/İlhan Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 112; Doktrinde TCK m. 181/3. fıkrasının hem nitelikli hal hem de objektif cezalandırma şartı olduğu ileri sürülmüş bu haliyle sui generis bir hüküm mahiyetinde olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Mustafa **Özen**, "Çevreye Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 181, 182)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, 2010, s. 22; Dolayısıyla TCK m. 181/1 bakımından kasten hareket eden failin m. 181/3'teki somut tehlikeyi öngörmemiş olması cezalandırılmasına engel değildir. Bkz. **Maviş**, s. 201; Yargıtay TCK m. 181/3 ve m 181/4. fıkraların nitelikli hal olduğu görüşündedir: "...*atık veya atıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi hali TCK'nın 181. maddesinin 3. fıkrasında, bunların insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek etkilerinin olması ise aynı maddenin 4. fıkrasında cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haller olarak düzenlenmiştir.*" Bkz. Yarg. 18. CD., E. 2018/2638, K. 2018/8237, 28.05.2018.

suçlarında failin hareketi ile tehlikenin meydana gelmesi arasında nedensel bağın olması failin cezalandırılması için zorunlu bir şart olduğundan hareket ile somut tehlike arasındaki ilişki ortaya konmalıdır.²³

Doktrinde nedensellik bağı üzerinde birçok tartışma yapılmış buna paralel olarak da tanıma ilişkin ve nedensellik bağının belirlenebilmesine yönelik olarak çeşitli teoriler öne sürülmüştür. TCK'ya bakıldığında ise nedensellik bağına ilişkin genel bir hüküm bulunmamakla birlikte TCK'da bazı suçların tanımında bu bağı ifade eden ibareler de yok değildir. Örneğin, TCK m.85'te "*taksirle bir insanın ölümüne neden olan..*" ifadesi bu kabildendir.²⁴

I. NEDENSELLİK BAĞI

A. Tarihi Bakış

Eski çağlarda olaylara iyi ve kötü ruhların neden olduğuna inanılıyor, kötü ruhları kovmak için bazı törenler uygulanıyordu. Davranışın nedenselliği önemli olmayıp, kötücül olayın kime yükleneceği değer taşıyordu. Çünkü olumsuz olarak değerlendirilen davranışın sahibi cezalandırılmazsa ruhların gazabına klan/kabilenin tamamının uğrayacağına inanılıyordu.²⁵ Hukuki anlamda nedensellik kavramı Roma hukukunda ilk olarak gündeme gelmiş, bu durum Cermen hukuku döneminde de devam etmiş ve Cermen Hukuku aracılığıyla da Kıta Avrupa'sına yayılmıştır.²⁶ İslam hukukçuları, açıkça nedensellik kelimesinden bahsetmemiş olsalar bile kınanması gereken bir fiili incelerken sorumluluğun şartlarından birisi olarak da nedensellik bağının varlığını aramışlardır.²⁷ Kilise hukukunun

²³ Berrin **Akbulut**, "Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı", V. Türk Alman Tıp Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara 2008, s. 214; Ömer **Ömeroğlu**, "Ceza Hukukunda Nedensellik İlişkisi Üzerine (Teoriler Dışında Bir Bakış)" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15 (Özel Sayı), 2014, s. 1561; Mehmet Emin **Artuk**/Ahmet **Gökçen**/A. Caner **Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 249; **Artuk**, s. 41.

²⁴ **Koca/Üzülmez**, s. 130.

²⁵ **Ömeroğlu**, s. 1531.

²⁶ **Ömeroğlu**, s. 1534.

²⁷ Nuri **Kahveci**, "İslam Hukukuna Göre Sorumluluğun Unsurlarından İlliyyet Bağı Kesen Sebepler", KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 10, 2007, s. 97.

geçerli olduğu dönemlerde hukuka aykırı bir durumda bulunan kişinin anılan durumun neticelerine katlanma mecburiyetinde olduğu (versari in re illicita)²⁸ anlayışından hareketle insanın nedeni olduğu hukuka aykırı bir sonuç bulunmamasına rağmen, bu husus Hristiyan inancına karşı gelme, iblisane düşünceler taşıma, ruhun şeytanlar tarafından ele geçirilmiş olması gibi nedenlere bağlanmış, bu yüzden de Engizisyon mahkemelerinde cezalandırılarak ruhunun temizlendiğine inanılmıştır.²⁹

Aydınlanma dönemi ile beraber neden sorusu doğa felsefesini, doğa felsefesi de pozitif bilimlerin doğuşunu hazırlamıştır. *Beccaria*, *Montesquieu* ve *Kant* gibi yazarların etkisiyle suçta ve cezada şahsılık ilkesi ve cezaların bireyselleşmesi gündeme gelince nedensellik bağının tespiti de önem kazanmıştır.

B. Kavram

Nedensellik kavramını sistematik hale getiren ilk düşünür *Aristoteles*'tir. *Aristoteles*'e göre, bir şeyin künhüne vakıf olmak ancak onu meydana getiren nedenleri bilmekle mümkündür. *Aristoteles*, nedenleri suri (formel), gai (hareket ettiren neden), fail (değiştiren veyahut durduran neden) ve maddi (bir şeyin mahiyetini oluşturan neden) neden olarak sıralamış ve varlığın mevcudiyetinin bunlardan birine dayandığını savunmuştur. Ona göre nedensellik silsilesi geriye doğru belli bir noktaya kadar götürülebilir ancak muayyen noktadan daha ileriye gidilemez. Nihai nokta, nedeni olmayan nedendir ki bu da varlıklara ilk hareketi veren, ezeli-ebedi cevherdir (Tanrı).³⁰

İslam felsefesinin en önemli düşünürlerinden *İbn-i Sina*'ya göre dış âlemde cereyan eden hiçbir olay sebepsiz değildir. Ona göre nedensellik ilişkisinin gerçek mahiyeti ancak ileri düzey bir zihinsel çabayla anlaşılabilir. İbn Sînâ, Aristo gibi, nedenleri sûri, maddî, fail ve gaye şeklinde tasniflemiştir. Filozofa göre dış dünyada gözlemlenen nedensellik ilişkisi

²⁸ İzzet **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 191.

²⁹ Mehmet Talha **Kalkan**, Yeniçağ İspanyol Düşünürlerinin Gözünden İspanya'nın Gerilemesi (1600-1640), Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2020, s. 209.

³⁰ **Aristoteles**, Fizik, Çev. Saffet Babür, Kabalcı Yayınevi, İstanbul 1997, s. 61-63; *Aristoteles*, Metafizik, Çev. Ahmet Arslan, 2. Baskı, Sosyal Yayınları, İstanbul 1996, s. 236'dan aktaran Ferruh **Özpilavcı**, "Nedensellik Bağlamında Ebü'l-Berekât El-Bağdâdî'nin Meşşâî Gelenek İçindeki Yeri", *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, C. 10, S. 1, 2010, s. 58.

kesin, a priori bir bilgi vermez. Dış dünyada gözlemediğimiz şeyler ancak bir ardışıklığı gösterir. Dolayısıyla nedensellik a priori bir bilgi değil meşhur bir bilgidir.³¹ Rönesans'ın hazırlayıcısı sayılan *İbn Rüşd*'e göre ise, tam kesin bilgi ancak tüm sebeplerin ve bunların unsurlarının bilinmesi ile mümkün olabilir. *Kindî*'ye göre ise, nedensellik, âlemin kendi içindeki nedensel düzeni anlamına gelir. Gazâlî, zorunlu nedenselliği kabul etmez. Ona göre her nedenden sonra muhakkak bir netice hasıl olmaz. Ona göre, sebep ile neticelerin yan yana bulunması Allah'ın takdirinden, diğer bir söyleyişle öyle olmasını dilemesinden, başka bir şey değildir.³²

Hume'a göre nedensellik, uzay zamanda yan yana olma, neden ve sonuç arasında bağ olması ve nedenin sonuçtan önce olması anlamına gelmektedir. Uzay zamanda yan yana olma ve nedenin sonuçtan önce olması hususlarını duyuyla elde edilen bilgilere fark edebiliriz fakat bu bağı hiçbir zaman göremediğimiz için bu olsa olsa zihnimizin uydurduğu bir şey olmalıdır. Dolayısıyla nedensellik bağı doğada olan ve makul olan bir kavram değildir. *Hume*: “*Evrenin düzeni benzer nedenlerin evrenin her yerinde benzer etkiler oluşturmalarından kaynaklanır.*” şeklindeki argümanı ile aslında İbn Sina'nın; “*nedensel bilgi sadece doğada olup biten olayların ardışıklığını gösterir*” önermesine yaklaşmaktadır. Filozofa göre, maddi alemdeki olgulara dair akıl yürütmelerin tamamı neden-sonuç ilişkilerine dayansa da neden sonuç ilişkileri geçmişte yaşanmış hadiseler bakımından kesin bilgi sağlamasına karşın, geleceğe dair mutlak doğru bir sonuç veremez. Doğanın en basit özelliği bile a priori olarak kurulamaz. Kimse aynı nedenden aynı sonucu elde edemez. Eldeki kanıt ne kadar güçlü olursa olsun kesin bilgiye ulaşmak mümkün değildir.³³

³¹ İbn Sinâ, *Metafizik I*, (çev. Ekrem Demirli-Ömer Türker), Litera Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 6'dan aktaran **Özpilavcı**, s. 61.

³² Gazzâlî, *Tehâfütü'l-Felâsife*, (Filozofların Tutarsızlığı), (çev. Mahmut Kaya-Hüseyin Sarıoğlu), Klasik Yayınları, İstanbul 2005, s. 166-168'den aktaran **Özpilavcı**, s. 65.

³³ David **Hume**, *A Treatise of Human Nature*, *The Philosophical Works*, ed. T.H. Gren and T.H. Grose, Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, Vol. I, 1964, s. 460'tan aktaran Mine **Kaya Keha**, “*Hume & Kant: Nedensellik-Özgürlük İnkileminde İnsanın Özgürlüğü*”, *Atatürk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 50, Haziran 2013, s. 65.

II. ÇEVRE CEZA HUKUKU BAKIMINDAN NEDENSELLİK BAĞI

A. Nedensellik Bağının Belirlenmesine İlişkin Teoriler

1. Genel Olarak

Bugün bilim çevrelerince kabul gören üç önemli nedensellik bağı teorisi öne çıkmıştır. Bunlar, *şartların eşitliği/şart teorisi*, *uygun sebep teorisi* ve *etkin sebep teorisi*'dir.³⁴ Sebeplerin çokluğu halinde hangi hareketin gerçekten nedensel değer taşıdığı konusunda ileri sürülen bu teoriler esas itibarıyla tabiatçı görüş ve normatif görüş olarak tasnif olunabilecek iki ana grupta toplanmaktadır. *J.S. Mill*'in; "*Sebep bir olaydan zorunlu ve yeterli bir miktarda önce gelen husustur.*" tümcesini esas alan tabiatçı görüş bir neticeyi meydana getiren yakın, uzak, önemli veya önemsiz bütün faktörleri dikkate almaktadır. Normatif görüş ise neticeye sebep olan hususlar arasında ayırım yaparak yalnızca bir sebebe değer atfeden teoridir.³⁵

Nedensellik bağına ilişkin 5237 sayılı TCK'da genel bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde ise nedensellik ile ilgili olarak genel kabul gören teorinin şart (şartların eşitliği ya da doğal nedensellik) teorisi olduğu söylenebilir.³⁶

2. Şartların Eşitliği Teorisi (conditio sine qua non)

Julius Glaser, *Carl Ludwig von Bar* ve *von Buri* tarafından ileri sürülen bu kuram uyarınca, belli bir olay ya da sonuç için, o sonuç ortadan kaldırılmadıkça aradan atılamayan her şart illidir.³⁷ Buna göre, bir sonucun meydana gelmesinde varlığı ve katkısı bulunan her koşul, olay ya da

³⁴ Bu teoriler haricinde; beşerî şart teorisi, objektif isnad edilebilme teorisi, hukuki önem teorisi, tehlikeli şart teorisi gibi teoriler de nedensellik bağına izaha çalışan görüşler olarak öne çıkmıştır. Bkz. Sulhi **Dönmezer/Sahir Erman**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 89 vd.

³⁵ **Dönmezer/Erman**, s. 89; Timur **Demirbaş**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 255.

³⁶ **Koca/Üzülmüş**, s. 132; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 283; **Dönmezer/Erman**, s. 490; **Özgenç**, s. 191; Nur **Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut**, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2020, s. 256-268; YCGK., E. 2017/271, K. 2017/278, 16.05.2017.

³⁷ Von Buri, *Über Kausalität and deren Verantwortung*, 1873'ten ve Von Liszt, *Traite de Droit Penal Allemand*, Paris, 1913, s. 184'ten aktaran **Dönmezer/Erman**, s. 190; Nuri

durum sonucun sebebi sayılmaktadır. Neticeyi meydana getiren sebepler aynı derecede önemi haiz olduklarından sebebi parçalara bölmeye imkân yoktur. Bir hareketin sebep değerini yitirmesi için araya bambaşka bir illi seri girmelidir.³⁸

Bu teori uyarınca söz gelimi, somut olayda egzoz dumanı nedeniyle havanın kirliliği söz konusu ise otomobilin üretimini yapan fabrikadan, aracı kullanan şahsa kadar sürece dâhil olan tüm aktörlerin neticenin meydana gelmesinde katkısı vardır. Nitekim, Erem'in ifadesine göre; "*Sebepler o hadisenin tahakkuku için zaruri şartların heyeti umumiyesidir.*" Yani sebepler arasında ayırım yapılmadan failin hareketinden önce ve sonra eklenen şartlar da sebep değeri taşıyacaktır.³⁹

Bu teori kapsamında nedensellik bağının tespitinde "olmazsa olmaz" formülü kullanılmaktadır. Formüle göre failin neticeye sebebiyet veren hareketi olmasaydı somut olaydaki netice meydana gelmezdi denilebiliyorsa anılan hareketin nedensel değer taşıdığı kabul edilmektedir.⁴⁰

Bu kuram sorumluluğu çok genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmiş, kuramın savunucuları ise kusurlu iradeyi esas alarak eleştirilerin önüne geçmeye çalışmışlardır. Yani illi katkısı olan her şey değil, sadece haksız sonuca yol açan kusurlu irade esas alınır. Diğer bir savunma ise bir hareketin nedensel değer taşıyabilmesi için tamamen bağımsız bir illi seri içinde yer alması gerektiği şeklindedir.⁴¹ Modern ceza hukukunda kusur tipikliğin bir unsuru olarak kabul edilmediği için⁴² buradaki kusurlu iradenin haksızlık yargısı bakımından önem taşıdığı göz ardı edilmemelidir. Öte yandan, teori objektif sorumluluk kapsamında failde taksir/kast biçiminde kusurlu irade bulunmasa dahi sorumlu olunan suçlar bakımından neden-

Erişgin, Çevre Kirlenmenin Hukuksal Sorumluluğunda İliyet Bağı, İmaj, Ankara 2005, s. 75.

³⁸ **Dönmezer/Erman**, s. 190.

³⁹ Faruk **Erem**, "İliyet Bağı ve Ümanist Doktrin", Ankara Barosu Dergisi, C. 25, S. 3, 1968.

⁴⁰ Nebahat **Kayaer**, "Atık ve Artıklarla Çevrenin Kasten Kirlenmesi Suçu (TCK m. 181/1)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 2019, s. 175, 176.

⁴¹ **Demirbaş**, s. 256.

⁴² **Koca/Üzülmez**, s. 144.

sellik bağına açıklamakta sorunlu olmaya devam etmektedir. Keza teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından da durum böyledir.⁴³ Teoriye yöneltilen diğer bir eleştiri ise, teorinin sınırları belirlenebilir illi süreçleri açıklamaya uygun olduğu fakat çevre suçları gibi etkileşimli, sınırları kolaylıkla saptanamayan süreçleri açıklamakta yetersiz kaldığı yönündedir.⁴⁴ Aynı şekilde, anılan teori kümülatif nedensellik problemlerinde doğru çözümü bulmaktan uzaktır.

3. Uygun Sebep Teorisi

Uygun sebep teorisinde illiyet bağı doğal bir olgu olarak değil hukuki bir konu olarak kabul edilir.⁴⁵ Uygun sebep teorisi, somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre mahiyeti ve ana eğilimi itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağa denir.⁴⁶

Doktrinde *von Bar* ve *von Kries* tarafından savunulan bu teori sebebin, sonucun zorunlu şartı olması gerektiğini savunur.⁴⁷ Sonucun olmazsa olmaz şartı olan sebep aynı zamanda müşterek tecrübeye göre sonucu doğurabilme imkânına da sahip olmalıdır.⁴⁸ Burada aranan elverişlilik soyut bir elverişliliklidir. Bu kuram, Erem'in ifadesiyle; "*Kör bir nedensellik yerine hâkimin takdirine imkân veren şuurlu bir nedensellik anlayışıdır.*"⁴⁹ Neticeyi belirleme bakımından suç yolu geri sardırılmakta yani hareketin yapıldığı andaki şartlara göre (ex ante) mevzubahis hareketin neticeyi

⁴³ Dönmezer/Erman, s. 195.

⁴⁴ Erişgin, s. 80.

⁴⁵ Koca/Üzülmez, s. 136; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 283; Dönmezer/Erman, s. 490; Özgenç, s. 195.

⁴⁶ Erişgin, s. 85.

⁴⁷ Von Bar, Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Rechte, Besonders im Strafrecht, 1871 ve Von Kries, Ueber dem Begriff der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit un ihre Bedeutung im Strafrecht in Zeit ges. Strw. 1889 ve Antolisei, s. 168'den aktaran Dönmezer/Erman, s. 204.

⁴⁸ Ersan Şen, Çevre Ceza Hukuku, Kazancı Hukuk Yay, İstanbul 1994, s. 242; Demirbaş, s. 262.

⁴⁹ Erem, s. 8.

meydana getirip getirmeyeceği olayların oluş şekline göre belirlenmektedir. Doktrinde baskın olan ve *Rümelin* ve *Thon*'un savunduğu görüşe göre ise, objektif olarak yapılan değerlendirmeye, hareketin icra edildiği andaki şartlara gidilmeli ve o andaki somut durum vasat üçüncü kişinin bilgi ve tecrübesine göre hareketin anılan neticeyi oluşturmaya uygun olup olmadığı belirlenmelidir. Sonraki aşamada fail nazara alınarak sübjektif bir değerlendirmeye failin şahsî bilgisi ve tecrübesi araştırılmalıdır.⁵⁰

Bu teoriye getirilen en önemli eleştiri, teorinin maddi-somut sınırlandırma kıstasları ihtiva etmediği yönündedir. Değerlendirmeyi kimin yapacağı, ex post mu yoksa ex ante mi değerlendirme yapılacağı konusu yazarlarca tartışılmıştır. Öte yandan, hâkimin hangi üçüncü kişiyi 3. kişi olarak tasavvur edeceği de diğer bir tartışılan husustur. Bir düşünceye göre, bir hareketin ne zaman neticeyi meydana getirmeye elverişli ve uygun oluşunun tespiti ortak tecrübe ile elde edilen bilgiye, istatistiksel hesaplara ve *Büyük Sayılar Kanunu*'na göre yapılmalıdır.⁵¹

Geleneksel hukuki problemlere kıyasla çok daha komplike hale gelen çevre sorunlarını izah etmeye kâfi gelmeyeceği, bu teoriye yöneltilen diğer eleştiriler arasındadır.⁵² Gerçekten, bilim ve tekniğin hızlı gelişimi karşısında nedensellik bağıını uygunluk noktasında değerlendirilmesinde insan bilgisi yetersiz kalmaktadır. Çünkü bu olaylar öyle rutin, objektif sıfatları olan, herhangi bir gözlemcinin gözlem yoluyla elde edebileceği bilgiler değildir.⁵³ Ayrıca bu teori, tahminlere yer verdiği, kesinlik bulunmadığı ve ceza sorumluluğunu daralttığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁵⁴

4. Etkin Sebep Teorisi

Teorinin esasî sebep ve vesile ayırımına dayanır. Neticenin doğması bakımından zorunlu olmayan hareket vesile; neticenin doğması için icrası zorunlu olan hareket sebeptir. Bu durumda neticeyi meydana getiren hareketlerden sadece bir tanesi sebep olarak sayılacak diğerleri vesile kabul edilecektir. *Kohler* bu durumu tarlaya ekilen bir tohuma benzetmektedir.

⁵⁰ Rümelin, *Die Werwendung der Kausalbegriffe im Straf-und Zivilrecht*, 1900, s. 171, 344 ve Thon s. 29, 43'ten aktaran **Dönmezer/Erman**, s. 206.

⁵¹ **Dönmezer/Erman**, s. 204.

⁵² **Erişgin**, s. 89.

⁵³ **Erişgin**, s. 90.

⁵⁴ **Dönmezer/Erman**, s. 495.

Buna göre, tohum, tarla, su, toprak vs. arasından sadece tohum sebep olarak kabul edilmekte; diğer unsurlar ise tohumun yeşermesine birer vesile olmaktadır.⁵⁵

Bu teoriye karşı yapılan başlıca eleştiri vesile ile sebep arasındaki ayırımın her zaman net olmadığı, başka bir deyişle, gri bölgelerin varlığıdır.⁵⁶

5. Objektif İsnâdiyet Teorisi

Doktrinde bazı yazarlarca nedensellik teorileri arasında gösterilen objektif isnâdiyet teorisi⁵⁷ nedensellik bağına doğal bir olgu olarak görmektedir.⁵⁸ Ancak cezai sorumluluktan söz edebilmek için sadece nedenlerin tespiti yeterli olmayıp neticenin faile isnat edilebilmesine de ihtiyaç duyulduğundan nedensellik bağı isnâdiyet ölçütlerine göre objektif olarak tespit edilmelidir.⁵⁹ Teoriyi Alman hukukçu *Richard Honig*'in geliştirdiği savunulmuştur. *Honig*'e göre, neticeyi oluşturan birçok etken bulunsa da neticenin bu etkenler arasında hangisinin eseri olduğu tespit edilmeli, failin nedensel akışa hâkim olup olmadığı ortaya konulmalı, fail nedensel eylemi gerçekleştirdiği sırada neticenin meydana geleceğini ex ante olarak öngörebilmeli veyahut anılan neticeyi ve yan neticelerini amaçlamalıdır. Bahse konu şartlar tahakkuk ettiğinde fiil faile isnat edilebilecek ve dolaşısıyla fail sorumlu tutulabilecektir.⁶⁰

⁵⁵ Kohler, *Studium aus dem Strafrecht*, 1890, s. 83'ten aktaran **Dönmezer/Erman**, s. 197.

⁵⁶ **Dönmezer/Erman**, s. 198.

⁵⁷ **Heinrich**, s. 161; **Özgenç**, s. 193; **Akbulut**, s. 169; Bununla birlikte doktrinde objektif isnâdiyetin nedensellik teorisinden ziyade bir değerlendirme teorisi olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Veli Özer **Özbek**, *Türk Ceza Kanunu İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 321; Bu teoriyi nedensellik bağı teorileri arasında görmeyen yazarlara göre, nedensellik bağının tespitinde şart teorisi esas alınırsa bu teoriye göre nedensel eylemler saptandıktan sonra anılan eylemler objektif isnâdiyet çerçevesinde normatif bir değerlendirmeye tabi tutulup eylemin faile yüklenebilir olup olmadığına bakılmalıdır. Bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 290; **Demirbaş**, s. 259; Murat Volkan **Dülger/Merve Bakdur/Onur Özkan**, "Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet", CHD, İstanbul 2020, s. 750; Buna karşın, Yargıtay uygulamasında objektif isnâdiyet nedensellik teorileri arasında sayılmaktadır. Bkz. YCGK., E. 2017/271, K. 2017/278, 16.05.2017.

⁵⁸ **Özgenç**, s. 193.

⁵⁹ **Koca/Üzülmez**, s. 137.

⁶⁰ **Dülger/Bakdur/Özkan**, s. 750.

Objektif isnâdiyet teorisine göre, cezai sorumluluğun tespiti bakımından neticenin bir insan eseri olarak faile yüklenebilirliği gereklidir.⁶¹ Nedensellik bağının normatif boyutunu oluşturan isnâdiyet neticeyi meydana getiren nedenlerden hangisi/hangilerinin esas alınacağına dair ve neticenin failin bir eseri olma niteliği taşıyıp taşıyamaması ile sınırlı bir değerlendirmedir.⁶²

Türkiye’de faaliyet gösteren bir termik santral yaymış olduğu karbon-monoksit nedeniyle Alaska’da yaşayan kutup ayılarının neslinin tükenmesinden sorumlu mudur? *Haft’a* göre, neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi için, maddi anlamda nedensel ve suç tipi bakımından önemli tehlikelilikte bir hareket fail tarafından gerçekleştirilmelidir.⁶³ Peki önemli tehlikelilikte olan hareket nasıl belirlenecektir? Doktrinde “*önemli tehlikelilik*” kavramına ilişkin olarak ortaya atılan ölçütlerden biri failin neticeye hükmedebilmesidir.⁶⁴ Buna göre, her ne kadar failin hareketinin de dahil bulunduğu nedensellik zinciri, neticeye vücut vermişse de netice-

61 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 290.

62 Heinrich, s. 148; Koca/Üzülmez, s. 138.

63 Heinrich, s. 148 vd.

64 “... Uyuşmazlığa konu somut olayın özellikleri itibariyle objektif isnadiyet kavramına ayrıca yer verilmesi gerekmektedir. Günümüz modern ceza hukuku anlayışında nedensellik bağının belirlenmiş olması tek başına failin cezalandırılması için yeterli bulunmayıp, ayrıca gerçekleşen neticenin failin eseri olup olmadığının, diğer bir ifadeyle ortaya çıkan neticenin belli bir kişiye objektif olarak isnadının mümkün olup olmadığının tespit edilmesi de gerekir. Olayda öncelikle şart teorisine göre nedensellik bağı ortaya konulmalı, ardından gerçekleşen neticenin faile isnat edilip edilemeyeceği araştırılmalıdır. Objektif isnadiyet, neticenin belirli bir kimsenin eseri olarak görülüp görülemeyeceği anlamına gelmektedir. Eğer meydana gelen netice, üçüncü kişinin veya bir rastlantının eseri ise faile isnat edilemeyecektir. Bu nedenle netice, insanın hükmedebileceği alanın dışında kalıyorsa hukuken önemli olan bir tehlike ya da risk bulunmamaktadır. Hükmedilebilirlik, neticenin önemli derecede idare edilebilirliği anlamına gelmekte olup, gerçekleştirilen fiil, hukuken önemli bir tehlike ya da risk oluştursa bile, olayın tamamen hayatın olağan akışının ve genel hayat tecrübelerinin dışarısında kalması nedeniyle beklenebilir değilse, netice faile yüklenemeyecektir. Keza gerçekleşen netice, failin hareketi ile tesadüfen birleşen başka sebeplerden meydana gelmişse, bu durumda da neticenin faile isnat edilmesinden söz edilemeyecektir. Bunun gibi sonradan işlenen fiilin daha önceden gerçekleştirilmiş fiilin neticeye ulaşmasını engellemesi halinde de önceki fiili gerçekleştiren faile neticenin isnat edilmesi mümkün bulunmayacaktır.” Bkz. YCGK., E. 2013/704, K. 2015/121, 21.04.2015.

nin gerçekleşmesi, failin hakimiyet alanının dışında ise cezai sorumluluktan söz edilemez.⁶⁵ Diğer bir ölçüt ise meydana gelen neticenin failin hakimiyetinde gerçekleşen risk artışından sadır olmasıdır. Başka bir deyişle, meydana gelen netice failin hakimiyetinde gerçekleşmeyen bir olaya bağlı risk artışından kaynaklı ise somut olayda faile isnad edilebilecek bir olay mevzubahis değildir.⁶⁶ Objektif isnâdiyet teorisine göre hareketin atıptık sonuçları faile isnad edilemez. Bu itibarla neticeyi meydana getiren sürecin, genel hayat tecrübelerinin veyahut hayatın olağan akışımının dışında vuku bulması halinde neticenin failin bir eseri olmadığı kural olarak kabul edilir. Bu ölçüt doktrinde “*objektif öngörülebilirlik*” olarak da ifade edilmiştir.⁶⁷

Çevre ceza hukukunu ilgilendiren yönüyle doktrinde isnâdiyeti ortadan kaldırdığı ileri sürülen hallerden bir tanesi izin verilen risktir. Keza hukuken önemli bir riskin bulunmaması da aynı kapsamda değerlendirilebilir.⁶⁸ Doktrinde, hayatın doğal akışı içerisinde birtakım risklerin göze alınmasının zorunlu olduğu, bu nedenle izin verilen risk alanına ihtiyaç olduğu ve bu risk artışının cezai sorumluluğa neden olmayacağı savunulmuştur.⁶⁹ Söz gelimi otomobil egzozundan çıkan zehirli gazlar bu kabilendir. Bu nevi hareketlerin izin verilen risk kapsamında sayılması için riskli harekete açıkça izin verilmesi, riskten kaçınmanın mümkün olması, elde edilmek istenen amaç bakımından riskli hareketin zorunluluk

⁶⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 291. Öte yandan, objektif isnadiyet teorisinin, neyin failin egemenliğinde gerçekleştiğini açıklamakta yetersiz kaldığı savunulmuştur. Bkz. Dönmezer/Erman, s. 499.

⁶⁶ Koca/Üzülmez, s. 138.

⁶⁷ Koca/Üzülmez, s. 138; Heinrich, s. 154.

⁶⁸ Akbulut, s. 267; “Tıbbi müdahaleler örneğinde olduğu gibi bazı davranışlar “izin verilen risk” ya da “riziko” çerçevesinde yapılmaktadır. Hareketin izin verilen risk kapsamında gerçekleştirilmiş olması durumunda netice faile objektif olarak isnat edilemeyecektir. Keza gerçekleşen netice failin hareketiyle tesadüfen birleşen başka sebeplerden meydana gelmiş ise bu durumda da neticenin faile isnat edilmesinden bahsedilemeyecektir. Bunun gibi, sonradan gerçekleştirilen bir fiilin önceden gerçekleştirilmiş fiilin neticeye ulaşmasını engellemesi durumunda da önceki eylemi gerçekleştiren faile neticenin isnat edilmesi mümkün olmayacaktır.” Bkz. YCGK., E. 2014/103, K. 2014/552, 09.12.2014.

⁶⁹ Yener Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta Yayın Dağıtım, İstanbul 1998, s. 7.

arz etmesi ve riskli harekete genel olarak alışılmış olması icap etmektedir.⁷⁰

İzin verilen riskin hukuki niteliği hakkında doktrinde farklı düşünceler ileri sürülmüştür. İzin verilen riskin hukuka uygunluk sebebi olduğu, kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olduğu, tipikliği ortadan kaldıran bir sebep veyahut objektif isnâdiyeti ortadan kaldıran bir sebep olduğu savunulmuştur.⁷¹ Nitekim isnâdiyeti ortadan kaldırdığı ileri sürülen hallerden birisi mağdurun veya başka bir sebebin illi serinin arasına girerek nedensellik bağı kesmesi ve başka bir illi seri başlatmasıdır. Somut olayda her ne kadar risk fail tarafından artırılmışsa da neticenin; mağdurun, üçüncü bir kişinin veya doğanın katkısıyla gerçekleştiği hallerde netice failin hakimiyetinde gerçekleşmediğinden netice artık faile isnat edilemez.⁷²

Üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebep gibi hareket ile netice arasındaki bağı kesilmesi durumlarında meydana gelen sonuç bakımından ilk sebep, mahiyeti itibariyle elverişli olmakla birlikte, ortaya çıkan yeni bir sebep ilk sebebi arka plana atmış, elverişsiz hale getirmiş yeni bir illi seri ortaya çıkmıştır.⁷³ Mücbir sebep ya da üçüncü kişinin ağır kusuru ile nedensellik bağı kesildiği durumlarda salt failin sorumluluğuna gidilemez.⁷⁴ Buna karşın, netice hem failin hem de üçüncü bir kişinin hareketlerinin birleşmesiyle oluşmuşsa failerden her birini kusuru oranında meydana gelen zarardan sorumlu tutmak daha isabetli bir hareket tarzı olacaktır.⁷⁵

⁷⁰ Ünver, s. 264; Akbulut, s. 266.

⁷¹ Ünver, s. 274.

⁷² Veli Özer **Özbek**, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif Isnad Edilebilirliği Sorunu”, Editör Hakan Pekcanitez, Türkiye Barolar Birliği 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 444.

⁷³ Fikret **Eren**, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 173.

⁷⁴ Ahmet **Güneş**, Çevre Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 336

⁷⁵ Gölcük'te 1999 yılında meydana gelen şiddetli depremde çimento fabrikasından çevreye zehirli kimyasal maddelerin yayılmasında Yargıtay dikkat çekici bir karara imza atmıştır. Anılan karara göre çevre kirliliğinin nedeni meydana gelen depremin nedensellik bağı kesmesi değil; davalıların mevzuata aykırı olarak inşa ettikleri binadır. Bkz. Yarg. 4. HD., 2004/7039, 2005/746, 03.02.2005; Neticenin faile objektif isnadiyeti bakımından öncelikle objektif özene aykırı davranışla meydana gelen netice

B. Çevreye Karşı Suçlarda Nedensellik Bağının Tespiti

1. Genel Olarak

Birçok olayda çevre kirliliği, mevzuatta belirlenen yükümlülüklerle aykırı fiillerden veya birden fazla kirlitenin aynı anda veya farklı zamanlarda birbirine eklenen eylemlerinden doğmaktadır.⁷⁶ Böylece birden fazla kişinin aynı neticeden sorumluluğu ile ilgili sorunlarla karşı karşıya kalınmakta bu yüzden de sorumlunun tespiti zorlaşmaktadır.⁷⁷ Bu güçlüklerin en önemlilerinden biri de birden çok etken maddenin kirlenmeye sebep olduğu ve bu katkıların farklı oranlarda olduğu durumlarda nedensellik bağının tespiti konusunda olmaktadır.⁷⁸ Atmosferde uzun yıllar boyunca kalan ve hatta etkisini yüzyıl devam ettiren sera gazı emisyonları da

arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. İşte bu bağı ortaya koyması bakımından Alman Federal Yüksek Mahkemesi içtihatlarında genellikle kabul edilen kaçınılabilirlik teorisine göre netice özen yükümlülüğüne uygun davranılmış olsaydı bile meydana gelecek idiyse o takdirde faile isnat edilemez. Fakat bu teori neticenin isnadına yönelik farazi bir sürecin sorumluluk üzerinde etkiye soktuğu için eleştirilmiştir. Gerçekten bu düşünceye göre, mevzuata uymayan bina inşa eden müteahhit mevzuata uygun davranması halinde de binasının deprem nedeniyle yıkılacağını ortaya koyarsa sorumluluktan kurtulacaktır. Bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 222 vd.

⁷⁶ “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 56/1. maddesine göre herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında getirilen düzenleme ile de çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek gerek Devlete gerekse vatandaşlara ödev olarak yüklenmiştir. Anayasada yer alan bu ilkeler 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 3/a maddesinde de benzer biçimde düzenlenmiştir. Buna göre; gerçek ya da tüzel kişi olarak herkes, çevrenin korunması ve kirliliğin önlenmesi ile görevli olup, alınacak tedbirlere ve belirlenen esaslara uymakla yükümlüdür. Bu bağlamda, “kamu sağlığını ve çevreyi koruma” prensibi Türk Ceza Kanunu'nun birinci maddesinde Kanun'un amaçlarından birisi olarak öngörülmüş, ayrıca “sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı” başta bu Kanun'un 181 ilâ 184. maddeleri olmak üzere, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda ve diğer bir kısım mevzuatta koruma altına alınmış, çevreyi kirlenme eylemi farklı suç ve kabahat türleri ile yaptırıma bağlanmıştır. ...2872 sayılı Çevre Kanunu, 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu, 5977 sayılı Biyo-güvenlik Kanunu, 3213 sayılı Maden Kanunu gibi kanunların, kapsadıkları alanlarla ilgili olarak “çevreyi kirlenmemesi” ilkesi gereğince çerçeve olarak benimsedikleri düzenlemelere dayanılarak oluşturulan yönetmeliklerde açıklanan ve somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecek olan, arıtma, depolama, imha etme, taşıma, koruma, alıcı ortama verme, uzaklaştırma gibi hususlar bakımından öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranmayı ifade etmektedir.” Bkz. Yarg. 4. CD., E. 2020/14172, K. 2020/20516, 21.12.2020.,

⁷⁷ İlhan **Helvacı**, Çevre Kirlenmesinden Doğan Zararlardan Hukuki Sorumluluk, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 1989, s. 32; **Toroslu**, s. 22, 23.

⁷⁸ Çevre kirleticilerin bileşik etkisi üç şekilde ortaya çıkar:

nedensellik problemlerine yol açmaktadır. Araştırmalar, çevreye salınan karbondioksit hacminin %20'sinin binlerce yıl boyunca atmosferde kalabileceğini göstermektedir.⁷⁹

Çevre kirliliği vakıalarında tipik neticenin gerçekleşmesinde her bir katkının etkisini net olarak söylemek mümkün olmadığından *ortak nedensellik*, *alternatif* veya *yarışan nedensellik* kurallarına göre sorumlu/sorumlular belirlenmekte⁸⁰ ve fakat bu teoriler de ortaya çıkan problemleri her zaman ve tam olarak çözmeye yetersiz kalmaktadır.⁸¹

1. Antagonistik Etki: İki den fazla kirleticinin bileşik etkisinin her bir kirleticinin tekil etkilerinin toplamından düşük olması.
2. Sinerjik Etki: İki veya ikiden fazla kirleticinin ortak etkisinin kirleticilerin tekil etkilerinin toplamından büyük olması.
3. Denk Etki: İki den fazla kirleticinin bileşik etkisinin tek tek etkileri toplamına eşit olması. Bkz. Uğur **Yıldırım**/Mehmet C. **Marin**, Çevre Sorunlarına Çağdaş Yaklaşımlar, Beta, İstanbul 2004, s. 76.

⁷⁹ NASA Earth Observatory, <https://earthobservatory.nasa.gov/features/CarbonCycle/page5.php>, E.T. 05.08.2021

⁸⁰ Ayrıca, Türk Medeni Kanunu'nun 737. maddesinde ise komşuluk hukuku düzenlenmiş bu maddede herkese taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınma yükümlülüğü getirilmiştir.

⁸¹ Çevreye karşı suçlarda, bağlayıcı olmasa da, özel hukuk ve çevre hukuku kapsamında öne çıkan bazı hususlar öğreti açısından yol gösterici olabilir. Nitekim, doktrinde çevre suçlarında menfaat dengesi bakımından her zaman zayıf durumda olanın veya zarar görenlerin korunması için ispat yükünün tersine çevrilmesinin bu bağlamda çeşitli karinelerin kabulü ile failin belirlenmesi ve zararın giderilmesinin önemli kolaylık sağladığı ve daha uygun olduğu ifade edilmiştir. Söz gelimi, Medeni Kanun m. 6; "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*" hükmünü amir olsa da hukuki sorumluluk açısından çevre kirliliği vakıalarında mezkur kuralın tersine çevrilmesi, Lugano Sözleşmesi hükümleri ve kusursuz sorumluluk ilkesi bu kabildendir. Keza Çevre Kanunu'nun gerek 3 gerekse 28. maddelerinde davacı uğradığı zararı ispatladıktan sonra zarar ile eylem arasındaki nedensellik bağı fiili karine olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan çevre hukukunda ispat külfeti yönüyle objektif sorumluluğun benimsendiği görülmektedir. Ezcümle, Çevre Kanunu m. 28'e göre ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk ilkesi benimsenmiş olduğundan sorumsuzluğunu ispat külfeti failde olmaktadır. Bkz. **Kayaer**, s. 175; Kanada hukukunda da eşzamanlı nedenlere yönelik ispat yükünü tersine çeviren özel mevzuat uygulanmaktadır. Bkz. Petra **Minnerop**/Friederike **Otto**, "Climate Change And Causation: Joining Law And Climate Science On The Basis Of Formal Logic", Buffalo Environmental Law Journal, Vol. 27, New York 2020, s. 60; İspat külfeti ile ilgili olarak yukarıda belirtilen hususlara Lugano Sözleşmesi'nde de değinilmiştir. Gerçekten de, Lugano Sözleşmesi'nde de fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağının ispatını değerlendirirken

Bir düşünceye göre, çevre ceza hukukundaki nedensellik bağı sorunları, çevre ceza hukukunun kendine özgü dinamikler dikkate alındığında, mevcut ilkelerden hareketle çözülemez.⁸² Çevre suçlarında her zaman yeterli teknik bilgiye erişilemediğinden bazı komplike vakalarda nedenselliğin bulunup bulunmadığı sorusunun cevaplanması zordur. Bu durumda her somut olay için tatbiki mümkün olan yeni bir nedensellik kuralına ihtiyaç vardır.⁸³ Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesinin bu gibi sorunlar için ters bir eliminasyon yöntemiyle çözüme gittiği görülmektedir.⁸⁴ Mahkemenin çevre suçlarında bazı olasılıklardan hareketle çeşitli etkenleri dışlayıp tek bir elverişli ve olası neden kalana kadar nedenleri indirgemekte ve alternatif etkenlerin nedensel olmadığından emin olduğunda da nedenselliğin varlığını tespit ederek fail/faillerin sorumluluğu yoluna gittiği görülmektedir.⁸⁵

Elenen sebeplerin neticeye (kirlenme) etkisiz olduğunun ispat edilmesi halinde, ulaşılan sebebin nedenselliği kesin, net ve bilimsel olarak

mahkemenin “...bazı tehlikeli faaliyetlerde için olan zarara yol açma riskinin büyüklüğü”nün dikkate alması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. **Turgut Yılmaz**, s. 292. Bu başlık altında; ispat yükünün tahsis edilmesi, risklerin dağıtılması için kesinlik eşliğinin belirlenmesi ve ispat yükünün kaydırılması, haksız fiil sorumluluğunda başvurulabilecek diğer normatif yöntemler olarak öne çıkmaktadır. Bkz. **Minnerop/Otto**, s. 58; Kanaatimizce ve aslına bakılırsa ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk veyahut objektif sorumluluk ilkeleri mucibince failin sorumluluğuna gidilmesi nedensellik bağından ziyade çeşitli tehlikeli ve risk puanı yüksek faaliyeti yürüten failin, kusursuz da olsa eylemlerinden sorumlu olup olmaması ile alakalı bir durumdur (izin verilen risk). Böyle durumlarda normal şartlarda uygun nedensellik bağının varlığını ispatlamak zorunda olan zarar gören, kirliliğin nedenini ve meydana gelen zararı ispatlaması yeterli olacaktır.

⁸² Erich **Samson**, “Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht”, ZStW 99, Heft 4, 1987, s. 617’den aktaran **Maviş**, s. 260.

⁸³ **Samson**, s. 617 ve Rene Bloy, “Umweltstrafrecht: Geschichte – Dogmatik-Zukunftsperspektiven”, JuS, Heft: 7, Juli 1997, s. 581’den aktaran **Maviş**, s. 261.

⁸⁴ BGHSt 37, 106 (112); BGHSt 41, 206 (215, 216)’den aktaran **Maviş**, s. 251.

⁸⁵ Walter **Gropp**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl, SpringerVerlag, Heidelberg 2015, s. 137’den aktaran **Maviş**, s. 252.

ispat edilemese de, kişinin cezai sorumluluğu doğacaktır.⁸⁶ Ve fakat anılan çözüm tarzı “*şüpheden sanık yararlanır*” (*in dubio pro reo*) ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁸⁷

Çevre suçları bakımından her somut olayda uygulanabilecek standart bir çözüm yolu ortaya koymak önemlidir. Fakat bu mümkün olmadığında her somut olaya münhasır bir değerlendirme yapılarak, söz gelimi kirlenmenin söz konusu olduğu suyun derinliği, akıntı hızı ve yönü, kirleticinin miktarı ve vasfı gibi etmenleri nazara alarak, karar vermek gerekebilir. Çalışmanın bu kısmında kümülatif, yarışan, alternatif ve farazi nedensellik ve objektif isnâdiyet bağlamında sunulan çözüm önerileri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

2. Ortak/Toplam/Kümülatif Nedensellik

Sebeplerin ayrı ayrı zararı meydana getirmeye elverişli olmadıkları ve fakat hepsinin birleşmesiyle tehlike/neticenin meydana geldiği durumlarda ortak nedensellik bağı söz konusudur. Doktrinde ortak nedensellik bağına verilen klasik örneklerden birisi, ağır bir kasanın ancak üç kişi tarafından taşınarak çalınmasıdır.⁸⁸

Ortak nedensellikten söz edilebilmesi için, meydana gelen neticenin tek ve aynı olması ve bunun failler arasında bölünmesinin mümkün olmaması gerekir. Faillerin fiillerinden hiç birisi yalnız başına neticeyi doğurmaya elverişli değildir.

Ortak nedensellikte tehlike/neticeyi birden çok sebep meydana getirdiği için bu sebeplerden her birine, bütünün bir parçası oldukları için, “*kısmi sebep*” adı da verilir. Doktrinde ortak nedensellik kavramını *kısmi sebep* olarak ele alan yazarlara göre, bir sebep diğer bir sebep ya da sebeplerle etkileşim içerisinde neticenin doğmasına yol açmışsa ve aralarından birisinin diziden çıkarılması halinde netice hiç ya da aynı biçimde

⁸⁶ Maviş, s. 253.

⁸⁷ Dennis Bock, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Heidelberg, 2018, s. 127'den aktaran Maviş, s. 252.

⁸⁸ Seda İrem Çakırca, “Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu”, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 47, 2012, İstanbul, s. 86; Helvacı, 33.

veya ağırlıkta ortaya çıkmayacaksa, kümülatif nedensellik bağının varlığından söz edilebilir.⁸⁹

Ortak nedenselliğe örnek olarak aynı bölgede faaliyet gösteren ve farklı şirketlere ait olan petrol rafinelerinin atmosfere yaydıkları zehirli gazlar ile o bölgenin havasının kirletilmesi, yayılan gazların sera gazı etkisi yaratması ile beraber kışın yağın kar miktarının azalması, kar örtüsünün önceki yıllara göre daha az yüzeyde kalması, akarsu debilerinin düşmesi gibi durumlar verilebilir. Somut olayda her bir fabrikanın yaydığı karbonmonoksit eşik değerinin altında olduğundan tek başına sayılan zararlı etkilere neden olmamakla fakat diğer rafinerilerin yaydığı zehirli gazlarla birlikte çevre kirliliği meydana gelmektedir. Bir diğer örnek ise, üç ayrı turizm tesisinin civardan geçen dereye atıklarını ardışık olarak boşaltması gösterilebilir. Somut olayda, ardışık zincirin faillerinin her bir tanesinin münferit hareketi eşik değerinin altında olduğu durumda kirlenme meydana gelmemekte ve fakat her bir atık üst üste eklendiği zaman, eşik değeri aşıldığından, kirlilik neticesi oluşmaktadır.

Ortak nedensellik durumunda hâkim görüş, tüm faillerin ceza sorumluluğunun olduğu yönündedir (topyekun isnâdiyet).⁹⁰ Buna karşın kümülatif nedenselliğin bir nedensellik teorisinden ziyade isnâdiyet meselesi olduğu bu nedenle de her bir failin ancak kendi hareketinin sonucundan sorumlu tutulması ilkesinden hareketle cezai sorumluluğun tespit edilmesi gerektiği savunulmuştur.⁹¹ Bu durumda failler, kümülatif olarak sebep oldukları neticeden ancak kendi hareketleri çerçevesinde ve netice kendileri tarafından gerçekleştirildiği ölçüde sorumlu tutulacaklardır.⁹²

Kümülatif nedenselliğin söz konusu olduğu hallerde Alman Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi, failin katkısının çevresel değerleri tehlikeye

⁸⁹ **Erişgin**, s. 106; Öte yandan, birbirleriyle etkileşime giren çeşitli sebepler kirlenmeye neden oluyorsa kümülatif etki mevcuttur. Kümülatif etki “*sumasyon*” ve “*sinerjik etki*” olarak iki ayrı başlıkta incelenmektedir. Sumasyon etki, benzer içerikli iki etmenin (birden fazla fabrikadan akarsuya bırakılan atıkların su kalitesini etkilemesi gibi) birleşerek oluşturdukları toplam etkiyi, birden fazla sebebin etkileşime girerek yeni ve farklı bir netice yaratması ise sinerjik etkiyi oluşturur. Bkz. **Maviş**, s. 255.

⁹⁰ Joachim **Steindorf**, *Umwelt-Strafrecht*, 2. Aufl, Walter de Gruyter, Berlin 1997, s. 104 ve Paul **Krell**, *Umweltstrafrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2017, s. 43’ten aktaran, **Maviş**, s. 257; **Şen**, s. 170.

⁹¹ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 287.

⁹² Burak **Boz**, *Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı*, Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi SBE, 2016, s. 102.

sokmuş olmasını nedensellik için yeterli görmektedir. Söz gelimi, Mahkeme suya deşarj edilen atıkların tehlike/neticeyi yaratmaya elverişli olmasını suçun tamamlanması için yeterli kabul etmektedir. Keza Alman Federal Yüksek Mahkemesi de “*rizikonun yükseltilmesi*” ilkesini ölçüt olarak kullanarak aynı sonuca gitmektedir.⁹³

Kümülatif nedensellik bakımından ardışık kirlenme mevzubahis olduğu somut olaylara dair *Saliger*'in “*ayırıcı görüş*”ü irdelenmeye değerdir. Yazara göre, ardışık katkıların bulunduğu hallerde ilk hareketi gerçekleştiren failin, kendisinden sonra ikinci, üçüncü bir nedensel etkinin vuku bulacağına dair bilgisi olsa dahi, cezai sorumluluğu bulunmaz. Zira ilk harekette bulunan failin eylemi hukuki değer üzerinde bir tehlike meydana getirmemiştir. Ardışıklığın ilk halkasındaki fail ancak kendi sebep olduğu neticelerden sorumludur. Yazara göre, ardışık zincirdeki ikinci fail ise neticenin tamamından sorumludur. Nitekim ikinci hareketin katkısıyla birlikte suçun oluşması için belirlenen alt eşik aşılmaktadır.⁹⁴

Kümülatif nedensellik problemlerinde bir diğer çözüm önerisi olarak, elverişli olması kaydıyla, failin hareketi neticenin gerçekleşmesinde herhangi bir değişikliğe yol açıyorsa bunun nedensel ilişkinin varlığı yönünde yeterli olduğu savunulmuştur.⁹⁵ Buna karşın, her bir hareketi bağımsız olarak değerlendirip fail sayısının bağımsız sorumluluğu kabul etme anlayışının her bir hareket tek başına tehlike/neticeyi oluşturmaya elverişli ve yeterli değilse maddi unsuru oluşturmayacağı için, iştirak kurallarına göre ise iştirak iradesinden bahsetmek mümkün olmadığından faydalı olmayacağı savunulmuştur.⁹⁶

Bir diğer görüşe göre, müşterek faillik ve birlikte suç işleme kararı bulunmadığı sürece kümülatif etkiden dolayı nedensel etkiye yol açan her bir failin neticeden objektif olarak sorumlu tutulması hukuka uygun değildir. Kümülatif etkinin söz konusu olduğu somut vakıda katkısı olan

⁹³ **Maviş**, s. 258.

⁹⁴ Frank **Saliger**, Umwelt-Strafrecht, Verlag Franz Vahlen, München 2012, s. 113'ten aktaran **Maviş**, s. 262.

⁹⁵ **Kayaer**, s. 175, 176.

⁹⁶ Ozan Ercan **Taşkın**, “Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler”, CHKD, C. 3, S. 1, 2015, s. 128; Ali D. **Ulusoy**, “Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1-4, Ankara 1993, s. 133.

fail/faillerin sorumlu tutulabilmesi için en azından eylemi belirlenen alt eşiği geçmelidir.⁹⁷ Nitekim failin neticeye ufak da olsa hareketinin neticeye sebebiyet vermesi halinde şart teorisi kapsamında sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir.⁹⁸

Bir başka düşünce ise kümülatif nedenselliklerde şüpheden samik yararlanır ilkesi mucibince her failin teşebbüsten sorumlu tutulacakları yönündedir.⁹⁹

Bir düşünceye göre, kümülatif nedenselliğin söz konusu olduğu olaylarda tehlikeye/neticeye katkısı olan her bir etkenin etkisinin saptanması ve dolayısıyla hukuksal sınırın çizilmesi mümkündür.¹⁰⁰ Benzer biçimde, Lugano Sözleşmesi'nin 11. maddesi sebeplerin çokluğu durumunda tesis veya işletmelerin müşterek sorumlu olacaklarını, fakat meydana gelen neticenin sadece bir bölümünün kendi eyleminden kaynakladığını kanıtlayabilen tesis/kişinin, neticenin sadece ilgili kısmından sorumlu tutulacağını ifade etmiştir.¹⁰¹

Objektif isnadiyet içerisinde değerlendirilen “*atipik nedensel süreçlerden doğan neticenin faile yüklenemeyeceği*” ilkesi, kümülatif nedensellik halleri bakımından önem taşımaktadır. Somut olayda kümülatif nedensellik söz konusu ise, faillerin her birinin eylemi riski artırmakta olduğundan fail/faillerin sorumluluğu gündeme gelse de; fail neticenin istisnai gelişimine hakim olmadığından aslında neticenin failin ürünü olmadığı kabul edilmektedir (tesadüfi netice).¹⁰² Gerçekten de, maddi alemde karşılaşılan kümülatif nedensellik halleri çoğunlukla istisnai niteliktedir. Örneğin A ve B'nin birbirlerinden habersiz olarak balıkları tek başına öldürmeye yetmeyecek miktarlarda denize zehirli atık bırakmaları fakat balık-

⁹⁷ Klaus **Leipold**/Michael **Tsambikakis**/Mark A **Zöller**, *Anwalt Kommentar StGB*, Deutscher Anwaltverlag, s. 2115'ten aktaran, **Maviş**, s. 261.

⁹⁸ **Steindorf**, s. 105'ten aktaran **Maviş** s. 257.

⁹⁹ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 260; **Demirbaş**, s. 255; Hakan **Hakeri**, *Ceza Hukuku*, 24. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 183.

¹⁰⁰ Horst **Franzheim**/Michael **Pfohl**, *Umweltstrafrecht: Eine Darstellung für die Praxis*, 2. Aufl, Carl Heymanns Verlag, Köln 2001, s. 22'den aktaran **Maviş**, s. 257.

¹⁰¹ Bu çalışmada yer yer özele hukuk terimlerine ve kurallarına yer verilmesinin nedenleri çalışmanın “Giriş” kısmında detaylı olarak izah edilmiştir.

¹⁰² **Heinrich**, s. 154.

ların bu iki zehrin birleşimiyle ölmesi durumu, hayatın olağan akışı içerisinde karşılaşma ihtimali oldukça düşük olan bir tesadüf olduğu ifade edilmiştir.¹⁰³

Toroslu ve *Katoğlu*'na göre kümülatif nedenselliğin söz konusu olduğu hallerde zihinsel bir çaba ile neden tespit edilmelidir. Buna göre, şayet bir davranış zihinsel olarak yok sayıldığında netice değişmeyecek ise mezkûr davranışın katkısı nedensel değildir.¹⁰⁴

3. Küçük Kısmi Sebepler ve Kümülatif İlliyet

Küçük kısmi sebepler, esaslı olmayan veyahut mini sebepler olarak adlandırılmaktadır.¹⁰⁵ Küçük ya da düşük miktarda çevreye zararlı madde bırakılmasına neden olan çok sayıda (binlerce/milyonlarca) kirleten söz konusu olduğunda nedensellik bağının nasıl tespit olunup kurulacağı problemi bağlamında bir kavram olarak ortaya atılmıştır. Gerçekten, sigara içenlerin yaydıkları duman, araç sürücülerinin sebep oldukları egzoz gazları, mutfakta yağ atıkları ya da gündelik hayatta kullanılan spreyler, deodorantlar vs. çevrede ve atmosferde kirlenmeye sebep olmaktadır (okyanusta damla argümanı).¹⁰⁶ Söz gelimi aerosol¹⁰⁷ kutularında bulunan kloroflorokarbonların (CFC) karbondioksit konsantrasyonlarını yükselterek iklim değişikliğine ve artan sıcaklıklara sebep olduğu belgelenmiştir.¹⁰⁸ Bununla birlikte aerosol üretmek ve kullanmak herhangi bir suç oluşturmamaktadır. Nitekim son kullanıcıyı (tüketici) üzerinde mutlak kontrolü olmayan bir nediceden sorumlu tutmak hakkaniyetli bir tutum da olmayacaktır.¹⁰⁹

¹⁰³ Veli Özer **Özbek**/Koray **Doğan**/Pınar **Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 246 vd.

¹⁰⁴ **Toroslu**, s. 23; Tuğrul **Katoğlu**, "Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar", Mülkiye Dergisi, C. 29, S. 246, 2005, s. 85.

¹⁰⁵ **Erişgin**, s. 118.

¹⁰⁶ Önemli bir fark yaratmayacak veya çok fazla etkisi olmayacak kadar küçük bir miktar.

¹⁰⁷ Bir katının veya bir sıvının gaz ortamı içerisinde dağılması.

¹⁰⁸ Global Warming FAQ, Union Of Concerned Scientists, <https://perma.cc/SW6C-CGA3>, E.T. 04.08.2021.

¹⁰⁹ **Pellegrino**, s. 398.

Çevreyi kirleten küçük kısmi sebepler bakımından ortaya çıkan tehlike/netice, kendisini meydana getiren sebeplerin toplamından daha büyüktür. Böyle durumlarda zararlı etkilerin sadece dikey olarak değil, aynı zamanda yatay olarak aşırı bir oranda artması/birikmesi ve farklı bir etkiye sebep olması söz konusudur. Bahse konu küçük sebepler bütün neticenin bir parçasıdır ama mahiyet olarak farklı olabilir.¹¹⁰ İşte bütün bu etkenlere küçük kısmi sebepler denilmekte ve bu gibi durumlarda kirletenlerin sorumluluğu bakımından doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre, küçük kısmi sebepler uygun nedensellik bağı ve şartların eşitliği kuramları açısından sebep olarak görülmemektedir. Çünkü münferit bir katkının yok sayılması durumunda kirlilik yine de varlığını sürdürmeye devam edecektir. Bu yüzden de anılan eylem zorunlu şart olarak görülmez.¹¹¹ Ayrıca böyle olaylarda hukuken sorumlu olanı ortaya çıkarmakta da fiili imkânsızlık söz konusu olabilir.¹¹² Keza bu gibi kirletenin küçük, kirlenmenin ise devasa olduğu olaylarda her bir zarar verinin

¹¹⁰ Aygörmez Uğurlubay, s. 96

¹¹¹ Küçük kısmi sebepler ile ilgili olarak 2015 yılında Almanya’da açılan ve halen temyiz aşamasında olan Luciano Lliuya-RWE AG davası örnek olarak gösterilebilir. Gerçekten de Perulu bir çiftçi olan Saul Luciano Lliuya Almanya’nın en büyük elektrik üreticisi RWE ye karşı açmış olduğu tespit ve tazminat davasında davalı şirketin atmosfere kasten sera gazı yayarak iklim değişikliğine neden olduğunu, yaşadığı Huaraz Kasabası yakınlarındaki dağ buzullarının erimesinden dolayı Palcacocha Buzul Gölü’nün su hacminin önemli ölçüde arttığını ve bundan dolayı sel olaylarının yaşandığını iddia etmiş ve oluşan zararın ve sel koruma tesisleri kurulması için gerekli olan masrafların bir kısmını davalı şirketten talep etmiştir. İlk derece mahkemesi davacının tespit ve ihtiyati tedbir taleplerinin yanı sıra tazminat talebini de reddetmiştir. Mahkeme, davalı RWE şirketinin emisyonu durdursa bile davacının durumunun değişmeyeceğini ifade ederek, belirli sera gazı emisyonları ve iklim değişikliği etkileri arasında doğrusal nedensellik zincirinin tespit edilemeyeceğini kaydetmiştir. Bkz. İklim Değişikliği Dava Veritabanları (Climate Change Litigation Databases), <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/liuya-v-rwe-ag/>, E.T. 03.08.2021.

¹¹² “(...) Davacılar Washington Eyaleti Ekoloji Departmanı’ni ve diğer bölgesel ajansları beş petrol rafinerisinden yayılan sera gazları için “makul olarak kullanılabilir kontrol teknolojisi” (RACT) olarak adlandırılan emisyon limitlerini tanımlamadığını ve Washington Eyalet Uygulama Planının (SIP) iki hükmünü ihlal ederek petrol rafinerilerine bu limitleri uyguladığını iddia etmektedir. ... Davacılar, sera gazlarının yükselen deniz seviyeleri, kıyı taşkınları, deniz sularının asitlenmesi, kabuklu deniz ürünleri üretimindeki düşüşler, kar örtüsü, su kaynakları ve tarımsal etkiler gibi iklimle ilgili değişikliklere neden olduğunu iddia etmektedir. Davacılar, davalıların RACT standartlarını belirleme ve uygulamadaki başarısızlıklarının sera gazı kirliliğine neden olduklarını ve RACT ve diğer hükümleri ihlal ederek eğlence, estetik, ekonomik ve sağlıkla ilgili

zararlara yol açtığını iddia etmektedirler. Örneğin davacı Sierra Club'un üyesi olan Scott Stromatt, Washington'un doğal alanlarına yapılan gezilerden keyif almalarının azaldığını, çünkü bu alanların iklim değişikliğinden etkilendiğini belirtmektedir. 20 yıldır Sierra Club üyesi ve gönüllüsü olan Terese Vanassche azalan kar örtüsü nedeniyle kar ayakkabısı kullanma yeteneğinin azaldığını ve 2008 ve 2009 yıllarında azalan kar örtüsü nedeniyle, ya kar ayakkabısı ile yürüyüş ve kros kayağı gezilerini iptal etmek ya da yerlerini değiştirmek zorunda kaldığını ifade etmiştir. Benzer şekilde, WEC üyeleri David Gorton ve Jabez Blumenthal, Snoqualmie Geçidi'ndeki favori kayak noktalarının yaşanabilirliğini azaltacağından ve kayak sezonunu kısaltacağından endişe duymaktadırlar. Kayak yapmaya ek olarak, Gorton yılda en az beş kez sırt çantasıyla gezmekten hoşlanır. Bay Blumenthal de yürüyüş, dağcılık ve buzul tırmanışı gibi diğer eğlence etkinliklerinden hoşlanır. Bay Gorton ve Bay Blumenthal iklim değişikliğinin ... buzullu volkanlara tırmanma zevkini olumsuz etkileyeceğinden endişe duymaktadır. ... Washington'daki beş petrol rafinerisinin (BP Cherry Point, Conoco Phillips, Shell Oil, Tesoro ve US Oil) sera gazı saldığı konusunda hiçbir ihtilaf yoktur. Her biri, Washington dahil olmak üzere birçok eyalette petrol ve petrol ürünleri endüstrisinin çıkarlarını temsil eden, kar amacı gütmeyen bir ticaret birliği olan Müdahil-Davalı WSPA'nın üyeleridir. Özellikle rafineriler, ham petrolün kullanılabilir petrol ürünlerine dönüştürülmesi sırasında üç sera gazı (karbon dioksit, metan ve nitröz oksitler) yayar ve yıllık sera gazı emisyon seviyelerini kamuya açıklarlar. Rafinerilerin GHG emisyonlarının çoğu karbondioksittir. 2008 yılında beş rafinerisinin toplu GHG emisyon seviyeleri 5,94 milyon tondur. 2008 yılında Washington'daki toplam sera gazı emisyonları ise 101,1 milyon ton civarındadır. Böylece, 2008'de Petrol Rafinerilerinden kaynaklanan sera gazı emisyonları, Washington'daki toplam sera gazı emisyonlarının yaklaşık %5,9'u kadarını oluşturmaktadır.... Gerçekten de, bu durumda nedensel bir bağlantı kurmaya çalışmak özellikle zorlu bir görev olabilir. Bunun nedeni, davacıların zararları ile sera etkisi arasında doğal bir ayırım olmasıdır. Sera gazları, bir kez belirli bir kaynaktan yayıldığında, küresel atmosferde hızla karışıp dağılır ve uzun bir atmosfer ömrüne sahiptir. Sera gazlarının küresel iklim değişikliğini nasıl etkilediğine ilişkin mevcut araştırmalar, toplu bölgesel veya küresel kaynaklardan kaynaklanan kümülatif çevresel etkilerle odaklanmıştır. Ancak belirli bir sera gazı emisyon kaynağı ile belirli bir bölgedeki yerel iklim etkileri arasındaki ilişkiyi değerlendirme, tespit etme veya ölçme konusunda sınırlı bilimsel kapasite vardır. ABD Jeolojik Araştırması'nın gözlemlediği gibi, řu anda belirli bir CO2 emisyonu kaynağının belirli bir yerde belirli iklim etkilerinin nedeni olarak belirlemek mevcut bilimin kapsamı dışındadır... Western States Petroleum Association (WSPA) uzmanının beyanına göre, Washington'daki herhangi bir tek petrol rafinerisinden kaynaklanan sera gazı emisyonları veya bu bölgede bulunan beş petrol rafinerisinin toplu emisyonları ile Washington'da veya başka herhangi bir yerde küresel iklim değişikliği üzerindeki doğrudan, dolaylı veya kümülatif etkiler arasında genel kabul görmüş herhangi bir bilimsel yolla nedensel bir bağlantı olduğunu söylemek mümkün değildir. Ayrıca, Birleşik Devletler içinde ve dışında sera etkisine katkıda bulunan çok sayıda bağımsız GHG emisyon kaynağı vardır. ...küresel ısınma yüzlerce yıldır meydana geliyor ve bu durum dünya çapında emisyonları hızla karışan, yüzyıllardır atmosferde kalan ve sonuç olarak küresel atmosferde farklaşmamış çok sayıda yayıcının sonucudur. Washington'daki beş petrol rafinerisi 5,94 metrik ton karbondioksit eşdeğeri yaymakta ve bu haliyle Washington'daki sera gazı emisyonlarının %5,9'undan sorumludur. Ancak

tek başına bütün bir zarara yol açmadığı bilindiğinden, nedensellik bağı söz konusu değildir.¹¹³ Diğer bir deyişle, faile tüm kontaminasyon (kirlenme) sorumluluğunu yüklemek adaletsiz sonuçlara yol açar.¹¹⁴ Benzer biçimde suçun konusu üzerinde meydana gelen çok ufak değişikliklerin ceza hukukunun son çare olma (*ultima ratio*) prensibinden dolayı ceza hukuku koruması dışında olduğu da ileri sürülmüştür.¹¹⁵ Bunun için gerçekleştirilen eylem belli bir ağırlığa ulaşmış olmalı, bu konuda bir alt eşik belirlenerek sonuca gidilmelidir (asgarîlik şartı).¹¹⁶ Nitekim, Alman Ceza Kanunu m. 326 bu konuda; “*Eğer atık maddenin miktarının azlığı nedeniyle, çevre, özellikle insanlar, su, hava, toprak, yararlı hayvanlar veya*

WSPA uzmanına göre, bu emisyonun küresel iklim değişikliği üzerindeki etkisi çok sayıda bağımsız üçüncü taraf da söz konusu olduğundan bilimsel olarak ayırt edilemez.” Bkz. Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 9. Daire, Washington Environmental Council V. Bellon, Karar Tarihi: 17.10.2013.

113 Buna karşın, Massachusetts v. Çevre Koruma Ajansı (EPA) davasında aksi yönde karar çıkmıştır. Massachusetts ve diğer bazı eyaletler, Çevre Koruma Ajansına (EPA) Federal Temiz Hava Yasası (1963) kapsamında başvurarak, motorlu taşıtlardan kaynaklanan ve küresel ısınmaya yol açan karbondioksit ve diğer gazların emisyonlarını azaltılması yönünde düzenlemesini istemiştir. Zira davacılar sera gazı emisyonlarının deniz seviyesini yükselttiğini ve Katrina Kasırgasının tahribatını artırdığını savunmuşlardır. EPA bu talebi reddedince, konu 2003 yılında Amerikan yargısına taşınmıştır. Dava sürecinde EPA anılan yasada sera gazları ifadesi geçmediğini, bu nedenle sera gazları konusunda yetkili olmadığını ve ayrıca konunun hukuki değil politik olduğunu savunmuştur. Ayrıca EPA, sera gazları ile iklim değişikliği arasındaki neden sonuç ilişkisinin kapsamlı bir araştırma yapılmadan kurulamayacağını ifade etmiştir. Yapılan yargılama sonucunda İlk derece ve temyiz mahkemesinde dava reddedilmiştir. En nihayetinde dava 2006 yılında ABD Yüksek Mahkemesi önüne taşınmıştır. Yüksek Mahkeme 2007 yılında verdiği kararında EPA'nın karbondioksit emisyonlarını düzenlemediği takdirde yükselen deniz seviyeleri ile karşı karşıya kalılabileceğini belirterek, insan kaynaklı sera gazı emisyonları ile küresel ısınma ve yükselen okyanus sıcaklıkları ve kasırgalar arasındaki nedensel bağlantının varlığını makul olarak kabul etmiştir. (Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı (US Department of Justice), <https://www.justice.gov/enrd/massachusetts-v-epa>, E.T. 03.08.2021.

114 **Erişgin**, s. 119.

115 Hakan **Hakeri**, “Ceza Hukukunda Önemli Hareketler”, TBB Dergisi, S. 69, 2007, s. 83; **Stendorf**, s. 29; Christian **Dickenhorst**, Gewässerschutz Durch Umweltstrafrecht, Diplomica Verlag, Hamburg 2013, s. 66.’dan aktaran **Maviş**, s. 247.

116 **Maviş**, s. 247.

*yararlı bitkiler üzerinde zararlı bir etki yapmasının mümkün olmadığı açığa anlaşılıyorsa, fiil cezalandırılmaz” hükmünü amirdir.*¹¹⁷

Küçük kısmi sebepler konusunda başka bir görüşe göre, somut olayda öncelikle şart teorisi, alternatif veya yarışan nedensellik teorilerinden faydalanılarak sonuca gidilmesi ve her bir küçük sebebi (ortak neticeden topyekûn sorumlu tutmak yerine) kısmen sorumlu tutmak nedensellik problemlerine çözüm olabilir.¹¹⁸ Öte yandan, fiil neticesinde çevre unsurlarında çok küçük bir değişikliğe sebep olursa dahi tipikliğin oluştuğu, bu nedenle de failin cezai sorumluluğuna gidilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹¹⁹

Kanaatimizce, egzoz dumanı gibi küçük kısmi sebeplerin bazıları objektif isnâdiyeti ortadan kaldıran *izin verilen risk* kapsamında değerlendirilebilir. Gerçekten de, endüstri faaliyetleri, egzoz dumanı ve benzeri faaliyetlere kamusal fayda olduğu gerekçesiyle hukuken izin verilmektedir. Çünkü bu gibi faaliyetler hayatın devamı için katlanılması gereken riskolar olarak görülmekte, hareketin izin verilen risk kapsamında gerçekleştirilmiş olması ile netice bir ya da birkaç faile objektif olarak isnat edilememektedir.¹²⁰

4. Yarışan (Alternatif/Seçimlik) Nedensellik

Zararlı sonucu meydana getiren tek bir sebep olmasına karşın somut olayda bu sebebin hangisi olduğunun bilinemediği hallerde alternatif (seçimlik) nedensellikten bahsedilir.¹²¹ Buradaki olay, zararlı neticenin söz konusu sebeplerden biri tarafından meydana getirildiği kesin olmasına rağmen buna hangisinin sebep olduğunun tespit edilememesidir.¹²²

¹¹⁷ Feridun **Yenisey**/Gottfried **Plagemann**, Alman Ceza Kanunu/Strafgesetzbuch, Beta Basım Yayım, İstanbul 2015, s. 465.

¹¹⁸ **Aygörmez**, s. 99, 100.

¹¹⁹ **Samson**, s. 624'ten aktaran **Maviş**, s. 246.

¹²⁰ Aslında bu gibi örneklerde nedensellik bağının kurulamaması hukuki olmaktan ziyade somut olayın özellikleri nedeniyledir.

¹²¹ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 246.

¹²² **Kayaer**, s. 174.

Neticenin birden çok hareket içinden yalnız veya birkaçı tarafından meydana getirilmiş olması fakat hangisinin net olarak neticeye sebep olduğunun belirlenemediği durumda buradaki nedensellik bağına *alternatif* ya da *yarışan nedensellik* adı verilmektedir.¹²³ Burada kirlenici nitelikteki fiillerden her biri zararlı sonucu tek başına meydana getirmeye yeterli olduğu ve bu sonuç meydana geldiği takdirde yani tehlike/neticeye neden olan fiillerden her biri tehlike/neticeyi husule elverişli ise bu halde yarışan nedensellikten bahsedilir.¹²⁴ Gerçekten de bu gibi hallerde tehlike/neticeye yol açan nedenler birden fazla ise nedensellik bağının tespiti zor olmakla birlikte her bir eylemin neticeye katkısının tespiti ve buna göre sorumluluğun tespiti elzemdir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, yarışan nedensellikten bahsedebilmek için somut olayda hareketlerin eş zamanlı gerçekleşerek neticeyi meydana getirmiş olmaları gerekmektedir. Söz gelimi, fabrikaların zehirli atıkları nehirdaki balıkların ölümüne sebebiyet vermesi fakat atığın kime ait olduğunun net olarak belirlenememesi durumunda yarışan nedensellik bağı söz konusu olacaktır. Burada önemli olan iki husus vardır. Öncelikle her sebep diğer sebep olmaksızın tek başına neticeyi oluşturmaya elverişli olmalı, diğeri ise, sebeplerden her birisi aynı anda gerçekleşmiş ve zararlı sonucu bunlardan birisi meydana getirmiş olmalıdır.

Seçimlik nedensellikte kural olarak sorumluluk söz konusu değildir. Zira tehlike/neticenin hangi sebepten ileri geldiği kesin olarak bilinmemektedir. Yani aslında *delil yetersizliği* söz konusudur.¹²⁵ Bir düşünceye göre, yarışan nedenselliğin mevzubahis olduğu vakıalarda nedenlerden her biri ayrı ayrı neticeyi gerçekleştirmeye elverişli ise, kusur da bulunması şartıyla, her bir faili tek tek sorumlu tutmak uygun bir hareket tarzı olacaktır. Söz gelimi, A ve B gemilerinin birbirinden bağımsız olarak zehirli atık¹²⁶ içeren varilleri denize atması ve çevre kirliliğinin oluşması

¹²³ Heinrich, s. 135; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 286; Koca/Üzülmez, s. 131; Minnerop/Otto, s. 58.

¹²⁴ Helvacı, s. 34; Eren, s. 158.

¹²⁵ Eren, s. 161.

¹²⁶ Atık kavramı esas itibarıyla 8 Haziran 2010 tarihli Toprak Kirliliğinin Kontrolü ve Noktasal Kaynaklı Kirlenmiş Sahalara Dair Yönetmelik, 31 Aralık 2004 tarihli Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği ve 2 Nisan 2015 tarihli Atık Yönetimi Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

halinde bu kirliliğin hangi gemiden olduğu anlaşılamazsa her iki geminin hareketinin netice bakımından eşit değerde olduğu kabul edilir.¹²⁷

Seçimlik nedensellikte sorumluluğun tespiti bakımından diğer bir çözüm önerisi olarak, her bir failin teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir.¹²⁸ Zira somut olayda kimin hareketinin şüpheden uzak bir şekilde neticeye neden olduğu net bir şekilde ortaya konulamamaktadır.¹²⁹ Bu gibi durumlarda *şüpheden sanık yararlanır* ilkesi ve iştirak kurallarına göre meseleyi ele almak gerekir. Yani failer arasında iştirak iradesi olmadığından müşterek faillikten söz edilemeyeceğine göre her faile belli bir oranda indirim yapılarak cezaya hükmedilmesi gerekir. Zira seçimlik nedensellikte sorumluluğun temeli, zararın gerçek failinin tespit edilememesi buna karşılık her şahsın asgari ölçüde de olsa zararlı sonucun muhtemel faili olarak görülmesi olgusuna dayanmaktadır.¹³⁰ Başka bir düşünceye göre ise, yarışan nedensellik bağının söz konusu olduğu durumlarda kirleticilerden her birisi zararın tamamından iştirak halinde sorumludur.¹³¹ Her bir fail kurtuluş beyyinesi öne sürerek, yani kendi eylemi olmasaydı yine de zararlı sonuç meydana gelecekti argümanını ileri sürerek, sorumluluktan kurtulamaz.¹³²

SONUÇ

TCK'da düzenlenen çevreye karşı suçlar bakımından failin cezalandırılabilmesi için ortaya çıkan netice/tehlike ile atıkları toprağa, suya ve havaya verme fiilleri arasında nedensellik bağı olmak zorundadır. Nedensellik bağı her ne kadar neticeli suçlarda aranması gereken bir husus olsa da somut tehlike suçları olarak formüle edilen çevreye karşı suçlar bakımından da tehlike ile fiil arasında nedensellik bağının varlığı şarttır.¹³³ Meydana gelen zararın failin bir eseri olması yetmez. Objektif olarak faile isnat

127 **Kayaer**, s. 174; **Maviş**, s. 263.

128 **Şen**, s. 172.

129 **Aygörmez**, s. 93.

130 **Koca/Üzülmez**, s. 130.

131 **Güneş**, s. 36.

132 **Eren**, s. 159.

133 Öte yandan, TCK m.181/2 de düzenlenen suç soyut tehlike suçu olarak düzenlendiğinden (zehirli atıkların yurda sokulması) hareketin yapılması ile netice

edilebilmesi, bunun failin hükmedebileceği ve sorumluluk alanında yer alan bir nedensellik ilişkisi sonucunda doğmuş olması gerekir (objektif isnâdiyet).¹³⁴ Ayrıca failin cezalandırılabilmesi için *şüpheden sanık yararlanır* ilkesi gereğince suç teşkil eden fiil ile netice arasında bir nedensellik bağının bulunduğu şüpheye mahal vermeyecek biçimde ortaya konması gerekir.¹³⁵

Çevre kirliliği, teknik yönleri olan, nerede başlayıp nerede bittiği hakkında net bir şey söylenemeyen, sonradan ortaya çıkan zararlar gibi, hususlar nedeniyle karmaşık bir süreci bünyesinde barındırmaktadır. Bu nedenlerle hukuki anlamda kirlenmeye kimin ya da neyin sebep olduğunu söylemek her zaman kolay değildir.¹³⁶ Doktrinde “*sebeplerin çokluğu*” olarak adlandırılan bu nevi vakialarda nedensellik bağının tespit edilmesi bahse konu sorunların giderilmesi için önemlidir. Bu bağlamda, mahkemelerin, önlere gelen bu nevi dosyalarda kirlenmenin kaynağının tespiti için uzman bilirkişilerin teknik desteklerinden faydalanmaları gerekmektedir.¹³⁷

meydana gelmektedir. Dolayısıyla bu suçlarda nedensellik bağını tespitinde herhangi bir güçlük yaşanmaz.

¹³⁴ Eser **Olgun**, Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirlenmesi Suçları (TCK m. 181, 182), Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2014, s. 76; **Kayaer**, s. 175; Çoğunlukla içtihatlarla şekillenen Birleşik Devletler çevre hukukuna göre objektif isnâdiyet için ayrıca yakın neden ve öngörülebilirlik kriterlerini uygulamaktadır. bkz. Matthew **Gerhart**, “Climate Change and the Endangered Species Act: The Difficulty of Proving Causation”, Ecology Law Quarterly, Vol. 36, Is. 167, 2009, s. 186.

¹³⁵ **Güneş**, s. 271.

¹³⁶ Roda **Verheyen**, “Loss And Damage Due To Climate Change: Attribution And Causation – Where Climate Science And Law Meet”, Int. J. Global Warming, Vol. 8, No. 2, 2015, s. 163.

¹³⁷ “Öncelikle, atığın, yönetmelikte belirlenen limit değerleri aşması ve çevre kirliliğine neden olacak içerikte olması, tek başına suçun oluşumu için yeterli değildir. Atığın alıcı ortamlardan hangisine bırakıldığının belirlenmesi gerekir. Atığın alıcı ortama bırakılması halinde de alıcı ortamın kirlenmesi ya da kirlenme ihtimali kanıtlanmalıdır. Dosyada, temin edilen bilgilere göre atığın hangi alıcı ortama bırakıldığı açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenlerle, dosyanın, üniversitelerin ziraat fakültesi toprak bilimi, bitki besleme, çevre mühendisliği, su ürünleri, kimya mühendisliği bölümlerinde çalışan öğretim üyesi bilirkişilerden oluşacak heyete tevdi edilerek, atığın alıcı ortamı kirlettiği ya da kirlenme ihtimali taşıyıp taşımadığı yönünden, yukarıda II numaralı kısımda açıklanan yönetmelikler ya da ekleriyle birebir ilişki kurulmak suretiyle Yargıtay denetimine imkân sağlayacak içerikte rapor alınıp, sanığa yüklenen eylemden kast ya da taksir şeklindeki kusurluluk türlerinden hangisinden sorumlu olduğu tartışılarak, sonucuna göre hukuki durumunun

Çevre karşı suçlar ve çevre kirliliği kapsamında nedensellik bağının tespiti sorunlarını çözmek için doktrinde çeşitli kuramlar geliştirilmiş ve farklı senaryolara göre farklı teorilerin uygulanması ile anılan hukuksal problemlerin çözümüne çalışılmıştır. Çevreye karşı suçlarda tipik neticenin gerçekleşmesinde her bir katkının etkisini her zaman net olarak söylemek mümkün olmadığından *ortak nedensellik*, *alternatif veya yarışan nedensellik* ve *objektif isnâdiyet* kurallarına göre sorumlu/sorumlular belirlenmektedir.

Kanaatimizce, kümülatif (toplam/ortak) nedenselliğin bulunduğu çevre kirliliği olaylarında her bir failin ceza sorumluluğunun varlığına ve neticenin topluca fail/faillere yüklenmesine dair ön kabul (neticenin topyekûn isnadı) isabetli olmamakla beraber; elverişli olması koşuluyla her sebebin nedensel olarak kabul edilmesi, ancak mevzuatla belirlenen bir alt eşik varsa alt eşığı aşan miktarda atığı çevreye deşarj eden tesis/faillerin durumu nedensellik için yeterli görülebilir. Ayrıca kümülatif nedenselliğin söz konusu olduğu vakıalarda fail/faillere kurtuluş beyyinesi imkânı tanınması da iktiza eder. Suç atipik sebeplerden dolayı meydana gelmiş ise eş zamanlı kümülatif etki söz konusudur ve her bir faili teşebbüsten sorumlu tutmak daha isabetli olacaktır.¹³⁸ Öte yandan ortaya çıkan atipik neticeler bakımından, objektif isnâdiyet teorisi çerçevesinde neticeye failin katkısının araştırılıp tespit edilmesi de önemlidir.

belirlenmesi gerekirken, eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması, ...” bkz. Yarg. 4. CD., E. 2020/14172, K. 2020/20516; “*Yerel Mahkemece herhangi bir keşif işlemi icra edilmemiş, bilirkişi raporu temin edilmemiştir. Öncelikle, atığın, yönetmelikte belirlenen limit değerleri aşması ve çevre kirliliğine neden olacak içerikte olması, tek başına suçun oluşumu için yeterli değildir. Atığın alıcı ortamlardan hangisine bırakıldığıнын belirlenmesi gerekir. Atığın alıcı ortama bırakılması halinde de alıcı ortamın kirlenmesi ya da kirlenme ihtimali kanatlanmalıdır. Dosyada, temin edilen bilgilere göre atığın hangi alıcı ortama bırakıldığı açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenlerle, dosyanın, üniversitelerin ziraat fakültesi toprak bilimi, bitki besleme, çevre mühendisliği, su ürünleri, kimya mühendisliği bölümlerinde çalışan öğretim üyesi bilirkişilerden oluşacak heyete tevdi edilerek, atığın alıcı ortamı kirlettiği ya da kirletme ihtimali taşıyıp taşımadığı yönünden, yukarıda II numaralı kısımda açıklanan yönetmelikler ya da ekleriyle birebir ilişki kurulmak suretiyle Yargıtay denetimine imkân sağlayacak içerikte rapor alınıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, yetersiz gerekçe ve eksik kovuşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması hukuka aykırıdır.*” Bkz. Yarg. 18. CD., E. 2019/11477, K. 2020/7803.

¹³⁸ Atipik sebepler nedeniyle meydana gelen kümülatif etki yukarıda, “Objektif Isnâdiyet” başlığı altında, detaylı olarak izah edilmiştir.

Somut olayda küçük kısmi sebepler söz konusu ise bunların “*izin verilen riziko*” kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Keza bu gibi durumlarda münferit katkı yok sayılsa bile kirlilik varlığını devam ettirecektir. Küçük kısmi sebepler için Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi bir alt eşik (asgari şart) belirlenmesinin bu konudaki problemlerin çözümüne önemli katkı sağlayacağı düşüncesindeyiz. Nitekim Alman Ceza Kanunu m. 326 bu konuda; “*...atık maddenin miktarının azlığı nedeniyle, çevre, özellikle insanlar, su, hava, toprak, yararlı hayvanlar veya yararlı bitkiler üzerinde zararlı bir etki yapmasının mümkün olmadığı açıkça anlaşılıyorsa, fiil cezalandırılmaz*” hükmünü amirdir.¹³⁹

Yarışan (alternatif) nedenselliğin söz konusu olduğu vakialarda, aslında delil yetersizliği olduğundan, salt şüphe nedeniyle ilgililerin teşebbüs hükümleri gereğince sorumlu tutulmalarının hukuka uygun olmadığı düşüncesindeyiz.

Fiil ile netice arasında zaman girdiği durumlarda (sonradan ortaya çıkan zarar), çoklu suçlarda ve mesafe suçlarında hareket ile tehlike/netice arasında nedensellik bağının kurulması güçleşmektedir. Kanaatimizce, bu durumlarda herhangi bir faaliyetin çevreye zarar verdiği iddiası günlük hayat tecrübelerine uygun ise başka bir delil aramadan kirlenmenin varlığının kabul edilmesi¹⁴⁰ yönündeki düşünce isabetli olmayıp, yarışan nedenselliğin bulunduğu durumlarda olduğu gibi, “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi mucibince hareket edilmesi uygun olacaktır.

Kirlenmenin kaynağında engellenmesi bağlamında doğaya olabilecek en asgari düzeyde zarar verilmesi esas olmalıdır ve bunu da sağlayacak yöntemler; mevzuat, idare hukuku tedbirleri ve denetimlerdir. Bütün bu tedbirlere rağmen kirlenme gerçekleşmişse buna sebep olana tazmin ettirmek (kirleten öder ilkesi) ve böylelikle çevrenin bozulan dengesini sağlamak için yapılan masraflar ve yaşanan zararların telafisi önemlidir. Ayrıca bu tip fiiller bakımından cezanın caydırıcı fonksiyonu da göz ardı edilmemelidir. Gerçekten de, çevre kirliliğini önlemede idari önlemler yanında ceza

¹³⁹ **Yenisey/Plagemann**, s. 465; Birleşik Krallık mevzuatına göre zararlı maddelere maruz kalma vakiaları ile ilgili olarak zararlı madde miktarının bir kısmı “izin verilmiş” (alt eşik) kabul edilerek “masum” olarak etiketlenirken, bu eşikğin üzerindeki herhangi bir miktar “suçlu” kategorisine girmektedir. Bkz. **Minnerop/Otto**, s. 59.

¹⁴⁰ Köksal **Bayraktar**, *Çevreye Karşı Suçlar, Özel Ceza Hukuku, C. V, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 176.

hukuku uygulamaları da önemli olup çevrenin korunması bakımından idari yaptırımların yanında ceza hukukunun fonksiyonlarından da etkin biçimde yararlanılmalıdır.¹⁴¹ Nitekim son zamanlarda pek çok araştırmacı (her çevre suçunun değil ama gezegenin dengesi ve ekolojik sistemi üzerinde ciddi etkileri olan) en ağır ve en ciddi çevre suçlarının “*ecocide*” kavramı altında uluslararası ceza hukuku kapsamında “insanlığa karşı suç” olarak kabul edilmesi gerektiğine inanmaktadır.¹⁴² Bu da çevrenin korunmasında ceza hukukunun oyun değiştirici rolü olabileceğinin en önemli göstergelerinden birisi olmaktadır.¹⁴³

¹⁴¹ Katoğlu, s. 135.

¹⁴² Jacqueline Hellman, “The Fifth Crime Under International Criminal Law: Ecocide?”, *Regulating Corporate Criminal Liability*, 2014, s. 273.

¹⁴³ Lei Zhang/He Guizhen/Arthur P.J. Mol, “China’s New Environmental Protection Law: A Game Changer ?” *Environmental Development*, Vol. 13, 2015, s. 1-3.

KAYNAKÇA

- Akbulut**, Berrin. “Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı”. V. Türk Alman Tıp Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara 2008.
- Artuk**, M. Emin. “Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu”. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 1, S. 1, 2014.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen** Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Aygörmez Uğurlubay**, Gülsün A. Çevre Ceza Hukuku. C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Bayraktar**, Köksal. Çevreye Karşı Suçlar, Özel Ceza Hukuku, C. V, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Boz**, Burak. Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı. Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi SBE, Ankara 2016.
- Burger Michael/Gundlach**, Justin. Climate Change, Public Health, And The Law. Cambridge University Press, 2018, <https://books.google.com.tr/>, E.T. 06.08.2021.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem. Türk Ceza Hukukuna Giriş. 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.
- Çakırca**, Seda İrem. “Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu”. İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi. S. 47, İstanbul 2012, s. 59-94.
- Demirbaş**, Timur. Ceza Hukuku Genel Hükümler. 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. C. II, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2019.
- Dülger**, Murat Volkan/**Bakdur**, Merve/**Özkan**, Onur. “Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet”. CHD. İstanbul 2020, s. 747-787.
- Erem**, Faruk. “İllyet Bağı ve Ümanist Doktrin”. Ankara Barosu Dergisi. C. 25, S. 3, 1968.
- Eren**, Fikret. Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İllyet Bağı Teorisi. Ankara 1975.
- Erişgin**, Nuri. Çevre Kirletenin Hukuksal Sorumluluğunda İllyet Bağı. İmaj, Ankara 2005.

Gerhart, Matthew. "Climate Change and the Endangered Species Act: The Difficulty of Proving Causation", *Ecology Law Quarterly*, Vol. 36, Is. 167, 2009, s. 168-197, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/eclawq36&div=7&id=&page=>, E.T. 04.08.2021.

Güneş, Ahmet M. Çevre Hukuku. 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Hakeri, Hakan. Ceza Hukuku. 24. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Hakeri, Hakan. "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler". *TBB Dergisi*. S. 69, 2007, s. 55-96.

Hellman, Jacqueline. "The Fifth Crime Under International Criminal Law: Ecocide?". *Regulating Corporate Criminal Liability*, 2014, s. 273-280, https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-05993-8_22, E.T. 05.08.2021.

Helvacı, İlhan. Çevre Kirletilmesinden Doğan Zararlardan Hukuki Sorumluluk. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 1989.

Heinrich, Bernd. Ceza Hukuku Genel Kısım. C. II, Ed. Yener Ünver, Adalet Yayınevi, İstanbul 2015.

Kahveci, Nuri. "İslam Hukukuna Göre Sorumluluğun Unsurlarından İlliyet Bağımlı Kesen Sebepler". *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*. S. 10, 2007, s. 131-142.

Kalkan, Mehmet Talha. Yeniçağ İspanyol Düşünürlerinin Gözünden İspanya'nın Gerilemesi (1600-1640). Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2020.

Katoğlu, Tuğrul. "Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar". *Mülkiye Dergisi*. C. 29, S. 246, 2005, s. 133-157.

Kaya Keha, Mine. "Hume& Kant: Nedensellik-Özgürlük İkileminde İnsanın Özgürlüğü". *Atatürk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*. S. 50, Haziran 2013, s. 65-81.

Kayaer, Nebahat. "Atık ve Artıklarla Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (TCK m. 181/1)". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 21, S. 1, 2019, s. 139-203.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

Maviş, Volkan. Türk Ceza Kanunu'nda Çevreye Karşı Suçlar. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2020.

Minnerop, Petra/**Otto**, Friederike. "Climate Change And Causation: Joining Law And Climate Science On The Basis Of Formal Log,c". Buffalo Environmental Law Journal. Vol. 27, New York 2020, s. 49-87.

Olgun, Eser. Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları (TCK m. 181, 182). Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2014.

Ömeroğlu, Ömer. "Ceza Hukukunda Nedensellik İlişkisi Üzerine (Teoriler Dışında Bir Bakış)". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 15 (Özel Sayı), 2014, s. 1529-1582.

Özbek, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

Özbek, Veli Özer. Türk Ceza Kanunu İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı. 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

Özbek, Veli Özer. "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnad Edilebilirliği Sorunu". Editör Hakan Pekcanıtez, Türkiye Barolar Birliği 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki KURU Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 417-477.

Özgenç, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

Özen, Mustafa. "Çevreye Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 181, 182)". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 18, S. 1, 2010, s. 9-43.

Öztürk, Kemal. "Küresel İklim Değişikliği ve Türkiye'ye Olası Etkileri". Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi. C. 22, S. 1, 2002, s. 47-65.

Özpilavcı, Ferruh. "Nedensellik Bağlamında Ebü'l- Berekât El-Bağdâdî'nin Meşşâî Geleneği İçindeki Yeri". Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi. C. 10, S. 1, 2010, s. 53-78.

Pellegrino, Nicolette. "A Gap in Causation? Punishing Polluters for Contributing to Climate Change & Increasing Violent Crime". Pace Environmental Law Review. Vol. 35, Is. 2, 2018, <https://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol35/iss2/6/>, s. 376-405, E.T. 04.08.2021.

Raleigh, Clionadh/**Urdal**, Henrik. "Climate Change, Environmental Degradation and Armed Conflict". Political Geography. Vol. 26, Is. 6, 2007, s. 674-694.

Sunstein, Cass R. "Irreversible and Catastrophic". *Cornell Law Review*. 91, 2006, s. 841-897, <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol91/iss4/2/>, E.T. 05.08.2021.

Şen, Ersan. *Çevre Ceza Hukuku*. Kazancı Hukuk Yay, İstanbul 1994.

Taşkın, Ozan Ercan. "Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler". *CHKD*. C. 3, S. 1, 2015, s. 119-166.

Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku ve Çevre*. Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayınları, Ankara 1982.

Turgut Yılmaz, Nükhet. *Çevre Politikası ve Hukuku*. 2. Baskı, İmaj, Ankara 2017.

Ulusoy, Ali D. "Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 43, S. 1-4, Ankara 1993, s. 125-142.

Ünver, Yener. *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*. Beta Yayın Dağıtım, İstanbul 1998.

Van Vuuren, Jana Jansen. "Six Critical Global Issues: What Are The World's Big-gest Problems And How Can I Help?". <https://www.gvi.co.uk/blog/6-critical-global-issues-what-are-the-worlds-biggest-problems-and-how-i-can-help/>, E.T. 04.08.2021.

Verheyen, Roda. "Loss And Damage Due To Climate Change: Attribution And Causation – Where Climate Science And Law Meet". *Int. J. Global Warming*, Vol. 8, No. 2, 2015, s. 197-214.

Yıldırım, Uğur/**Marın**, Mehmet C. *Çevre Sorunlarına Çağdaş Yaklaşımlar*. Beta, İstanbul 2004.

Yıldız, Ali Kemal. *Çevreye Karşı Suçlar, Özel Ceza Hukuku, C. V, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Yokuş Sevik, Handan. *Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması*. 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Zhang, Lei/**Guizhen**, He/**Mol**, Arthur PJ. "China's New Environmental Protection Law: A Game Changer?". *Environmental Development*. Vol. 13, 2015, s. 1-3, <https://core.ac.uk/download/pdf/29207297.pdf>, E.T. 05.08.2021.

İnternet Kaynakları

Antarktika Günlük Görüntüler. <http://nsidc.org/arcticseaicenews/>, E.T. 27.07.2021

Australia Commonwealth Scientific and Industrial Research Organisation, (CSIRO). <https://www.csiro.au/en/news/news-releases/2020/14-million-tonnes-of-microplastics-on-seafloor>, E.T. 27.07.2021

Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı (US Department of Justice). <https://www.justice.gov/enrd/massachusetts-v-epa>, E.T. 03.08.2021

Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 9. Daire, Washington Environmental Council V. Bellon. <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/case/washington-environmental-council-v-bellon/>, E.T. 04.08.2021.

Boğaziçi Üniversitesi İklim Değişikliği ve Politikaları Uygulama ve Araştırma Merkezi. <http://climatechange.boun.edu.tr/albedo-nedir/>, E.T. 22.03.2022.

Climate Transparency Annual G20 Report 2020. <https://www.climate-transparency.org/wp-content/uploads/2020/11/Turkey-CT-2020-WEB.pdf>, E.T. 02.08.2021.

ÇMO, 2019 Hava Kirliliği Raporu. https://www.cmo.org.tr/resimler/ekler/cc7041481f4624d_ek.pdf?tipi=72&turu=X&sube=0, E.T. 30.07.2021.

Earth.org. <https://earth.org/a68-iceberg-that-broke-off-from-antarctica-has-melted/>, E.T. 27.07.2021:

Global Warming FAQ, Union Of Concerned Scientists. <https://perma.cc/SW6C-CGA3>, E.T. 04.08.2021.

IPCC. <https://www.ipcc.ch/>, E.T. 27.07.2021.

IPCC. <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/spm/>, E.T. 01.08.2021.

İklim Değişikliği Dava Veritabanları (Climate Change Litigation Databases). <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/liiuya-v-rwe-ag/>, E.T. 03.08.2021.

NASA. <https://climate.nasa.gov/images-of-change?>, E.T. 25.02.2021.

NASA Earth Observatory. <https://earthobservatory.nasa.gov/images/147794/2020-tied-for-warmest-year-on-record>, E.T. 27.07.2021.

Poor use of Science Jeopardises Climate Lawsuits, Finds Oxford Research”, University of Oxford News and Events, <https://www.ox.ac.uk/news/2021-06-28-poor-use-science-jeopardises-climate-lawsuits-finds-oxford-research-0>, E.T. 05.08.2021.

Türkiye Çevre Sorunları ve Öncelikleri Değerlendirme Raporu. <https://webdosya.csb.gov.tr/db/ced/icerikler/2017-cevre-sorunlari-ve-oncel-kler--20190628084520.pdf>, E.T. 30.07.2021.

Türkiye Temiz Hava Hakkı Platformu. <https://www.temizhava-hakki.com/kararapor2020/>, E.T. 30.07.2021.

Yargıtay Karar Arama Portalı. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T. 22.02.2021.



Bir İşlev Olarak Yurttaşlık*

Citizenship as a Function

Arş. Gör. Sündüs GÖKŞEN**

ÖZ

Yurttaşlık, belirli bir devletle kişi arasındaki karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen hukuksal bağ olarak tanımlanır. Batı düşünce tarihinde modern yurttaşlık kavramının iki ayrı kökeni olduğu kabulünden yola çıkılır. Bunlardan daha eski tarihli olan, ideal tip olarak da anılan Atina demokrasisi örneğindeki ‘aktif yurttaş’ modelidir. Aktif yurttaş için siyaset yapmak görevdir ve buna uygun bilinci gerektirir. Kapitalizmin ortaya çıkmasına paralel olarak aydınlanma döneminde ortaya çıkmış olanı ise ‘birey olarak hak sahibi yurttaş’ modelidir. Devlet ve daha genel olarak siyaset, haklar taşıyan bireyin hizmetinde olan bir kurumdur.

Bazı sosyolog ve antropologlar tarafından kabul edilen işlevselcilik, çeşitli kurumları toplum içinde yerine getirdikleri görevlere göre inceleyen bir yaklaşım tarzıdır. Toplumu çeşitli varlıkların ve kurumların her birinin belirli bir faaliyet üstlendiği karşılıklı ilişkiler düzeni, bir sistem

* Bu çalışma IX. Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu’nda sözlü bildiri olarak sunulmuş olup, halen devam eden “Bir İşlev Olarak Yurttaşlık” adlı Doktora tez çalışmasından üretilmiştir.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.
E-posta: sundusgoksen@outlook.com. ORCID: 0000-0003-2042-839X

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 20.04.2022 / Kabul/Accepted: 03.06.2022.

Atıf/Cite as: Sündüs Gökşen, “Bir İşlev Olarak Yurttaşlık”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 1, Haziran 2022, (197-232).

olarak görür. Bu incelemede işlevselci kuram çerçevesinde toplumsal bir öge, kurum, pratik olarak yurttaşlığın toplumsal düzenin sürekliliğinin sağlanmasında ne şekilde rol üstlendiği irdelenecektir. Çağdaş modern toplumlarda yurttaşlığın bireyin toplulukla bütünleşmesindeki bir başka ifadeyle toplumsal bütünleşmeyi sağlamadaki işlevi araştırılacaktır.

Modern kurumların ivmelenmesi ve yaygınlaşmasında etkili olan kurumsal unsurlardan en önemlileri kapitalizm ve ulus devlettir. Ulus devlet yapısal olarak ülkesel ve siyasi bir bütündür. Bireylerin yurttaşlık sıfatıyla donatılarak siyasi yapıya dahil edilmesi ve ulus adı altında bütünleştirilmesi işlemini kapsar.

Anahtar Kelimeler: yurttaşlık, işlevselcilik, modernite, ulus devlet, kapitalizm.

ABSTRACT

Citizenship is defined as the legal bond that determines the mutual rights, duties and obligations between a particular state and a person. It is based on the assumption that the concept of modern citizenship has two separate origins in the history of Western thought. Older than these, also known as the ideal type, is the 'active citizen' model in the example of Athenian democracy. Making politics for active citizens is a duty and requires appropriate consciousness. The one that emerged in the enlightenment period in parallel with the emergence of capitalism is the 'citizen with rights as an individual' model. The state, and politics more generally, is an institution at the service of the rights-bearing individual.

Adopted by some sociologists and anthropologists, functionalism is an approach that examines various institutions according to the tasks they perform in society. It sees society as a system of interrelationships in which various entities and institutions each undertake a specific activity. In this study, within the framework of functionalist theory, it will be examined how citizenship plays a role in ensuring the continuity of the social order as a social element, institution, and practice. In contemporary modern societies, the function of citizenship in the integration of the individual with the community, in other words, in providing social integration will be investigated.

Capitalism and the nation-state are the most important institutional elements that are effective in the acceleration and spread of modern institutions. The nation-state is structurally a territorial and political whole. It covers the process of incorporating individuals into the political structure

by equipping them with citizenship and integrating them under the name of a nation.

Keywords: citizenship, functionalism, modernity, nation state, capitalism.

GİRİŞ

Tarih boyunca büründüğü pek çok şekilde de bağlantılı olarak yurttaşlık konusunda literatürde farklı tanımların yer aldığı görülmektedir. Görev ve sorumluluklar temelinde, haklar temelinde, evraklar temelinde ve ulusal kimlik veya milliyet temelinde tanımlamasının kullanımı ile karşı karşıya bulunduğumuz yurttaşlık kavramı, sosyolojik bakış açısından modern topluma bir dayanışma unsuru katar. On dokuzuncu yüzyılın son çeyreğinde çalışmalarında fayda kavramı ile işlevselciliği birleştiren Emile Durkheim, modernlikle birlikte Tanrının yerine koyulan toplumu bireylerin nasıl oluşturduklarını dayanışma kavramı ile işbirliği kavramı arasında bağlantı kurarak açıklar. Yirminci yüzyılın ortasında klasik sosyolojiye en gelişmiş biçimini veren Talcott Parsons'ın kurumsalcı toplumbiliminin sistem açısından işlevsel ya da işlevsel olmayan tutumlarla özdeşleştirdiği eylem, modern toplumlarda akılcılık tarafından yönlendirilen toplumsal bir sistemin işleyişidir. Parsons'ın genel teorisini, liberal görüşlerini ve Amerikan toplumuna dair düşüncelerini kapsayan yurttaşlık analizinin sunduğu dayanışma modeli modern toplumların entegrasyonunu açıklamada yol göstericidir. Küreselleşmenin etkileriyle ulus devletlerin yurttaşlık üzerindeki merkezi gücünü yitirdiği günümüzde dünya ölçeğinde dayanışma ve toplumsal bütünleşme artan göç hareketleri ile de bağlantılı olarak giderek önem kazanan bir konu olarak karşımızda belirmektedir. Bu makalede topluma dair sunduğu resmin de ortaya koyduğu gibi sosyolojik bir yöntemden daha fazlası olan işlevsel analiz yaklaşımı doğrultusunda toplumsal ilişkilerin küreselleşmesiyle çıkar farklılıklarıyla, farklı kimlik iddialarıyla ileri derecede bölünmüş modern kapitalist toplumlarda yurttaşlığın konumu irdelenecektir.

I. YURTTAŞLIĞIN TARİHSEL EVRİMİ

A. Yurttaşlık Kavramının Farklı Anlamları ve Temel Nitelikleri

Yurttaşlık (uyruklu) kavramı, bireyin devletle olan karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen hukuksal bağı ifade eder. Bu bağ kişinin etnik kökeninden bağımsız olarak devlete kendi uyrukluğunda bulunan kişilere yükümlülükler koyabilme yetkisini verirken aynı

zamanda uyruk durumunda bulunan kişiye, kendi devletinden başka devletlere karşı ileri süremeyeceği yine kendi devletinin yabancılara tanımadığı bazı hakları talep etme imkanı sunar.¹ Yurttaşlık resmi, biçimsel bir kurum olmanın ötesinde sosyal ve kültürel bir olgudur.² Geleneksel olarak felsefe ve siyasetin temel bir konusu olan yurttaşlığı sosyolojik bir bakış açısından ele alan Turner yurttaşlık kurumlarının iktisadi, kültürel, siyasi kaynaklara erişimi kontrol etme konusundaki yeniden-dağıtıcı potansiyeline (tahsis işlevi) odaklanarak yurttaşlığı toplumdaki bireyleri siyasi bir cemaatin yetkin mensupları olarak kuran toplumsal, hukuki, siyasal ve kültürel olan pratikler dizisi olarak tanımlar.³ Yurttaşlık belli haklardan yararlanabilmenin, belli etkileşim türlerine katılabilmenin ön koşulu olarak toplumsal kapanmanın bir aracıdır. Ülke sınırları, genel oy hakkı, genel askerlik yükümlülüğü, yurttaşlığa alma gibi uygulamalar yurttaşlık kurumu ekseninde gerçekleşmektedir. Kendisine erişimin kısıtlandığı bir statü olması yönüyle yurttaşlık bir kapanma konusudur.⁴

Modern toplumlarda yurttaşlık, ulusal kimlik veya milliyet olgusu ile eş anlamlı olarak algılanmaktadır.⁵ Zaman zaman politik amaçlar doğrultusunda başvurulmuş milliyet ve soy deyimleri ırk, dil, din, kültür gibi öğeleri kapsayan teknik anlamında hukuksal olmayan sosyolojik kavramlardır.⁶ Kültürel cemaate aidiyete atıfta bulunan milliyet ile yurttaşlık birbirlerini bütünlükten aynı zamanda doğurdukları sonuçlar itibarıyla çatışma

1 Teknik anlamında hukuksal olan Türkçe uyrukluğa karşılık gelen 'tabiyet' ile yine Türkçe karşılığı vatandaşlık olan 'yurttaşlık' deyiminin kapsam bakımından aynı kavramı karşılayıp karşılamadıkları noktasında, yabancı dillerde de var olduğu gözlenen tarihsel gelişmelerin doğurduğu bir terim karmaşası söz konusudur. Rona **Aybay/Nimet Özbek**, *Vatandaşlık Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s. 4-7.

2 Rogers **Brubaker**, *Fransa ve Almanya'da Vatandaşlık ve Ulus Ruhu*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2009, s. 44-45.

3 Bryan S. **Turner**, *Klasik Sosyoloji*, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2015, s. 222, 410-411.

4 **Brubaker**, s. 45-46, 50.

5 Ayşe **Kadoğlu**, *Vatandaşlığın Dönüşümü Üyelikten Haklara*, 2. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul 2012, s. 22.

6 **Aybay/Özbek**, s. 7.

içinde karşı karşıya geldikleri karmaşık bir birliktelik içindedir.⁷ Yurttaşlık kurumunu sosyoloji disiplininin konusu haline getiren İngiliz sosyolog T.H. Marshall, İngiltere deneyiminden yola çıkarak modern yurttaşlığın tarihsel açıdan medeni, siyasal ve sosyal haklar şeklindeki üç eksenin bir araya gelmesiyle oluştuğunu belirtmektedir.⁸ Leca, Marshall'ın tanımının yurttaşlığın yönetilenlerin haklarını ve yönetenlerin meşruiyetini aynı anda sağlayan siyasi özgürleşme özelliğine atıfta bulunduğu işaret etmektedir.⁹ Bookchin'e göre yurttaşlık kısa bir tanıma indirgenebilen bir gerçek değil, insanları kendi topluluklarını yöneten aktif katılımcılara dönüştüren toplumsal oluşumu ve öz oluşumunu içeren bir süreçtir.¹⁰

1. İlk ve Orta Çağ'da Yurttaşlık

Sparta'dan önce katılımcı bir siyasal toplum modelinin var olduğuna ilişkin bilgi olmadığı için yurttaşlığın tarihsel yolculuğu bir grup Spartalı için bugün yurttaşlık olarak adlandırabileceğimiz bir statünün güvence altına alınması ile başladığı kabul edilmektedir.¹¹ Temel siyasal ilişkilerin yurttaşlar arasında olduğu özgün Yunan devleti polis'te Atina demokrasisinde olduğu gibi daha kapsayıcı ya da Sparta ve Girit kent devletlerindeki gibi daha az kapsayıcı olabilen kendi kendini yöneten bir yurttaşlar topluluğu vardır.¹² Polis başta kadınlar olmak üzere çeşitli sıfatlarla toplumsal yaşama katılan köleleri, çocukları, bazen yaşlıları, yabancıları ve metekleri dışlamıştır. Yurttaşlığa alınmanın çok sıkı denetim altında tutulduğu polis yalnızca yurttaşlarla sınırlı olup yabancılar ancak istisnai olarak Atina yurttaşlığı hakkından yararlanmışlardır.¹³

7 Jean **Leca**, *Uluslar ve Milliyetçilikler*, Metis Yayınları, İstanbul 1998, s. 12.

8 T. H. **Marshall**/Tom **Bottomore**, *Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar*, Gündoğan Yayınları, Ankara 2000, s. 7, 21.

9 **Leca**, s. 11-12.

10 Murray **Bookchin**, *Kentsiz Kentleşme Yurttaşlığın Yükselişi ve Çöküşü*, 2. Baskı, Sümer Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 24, 67.

11 Derek **Heater**, *Yurttaşlığın Kısa Tarihi*, 1. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2007, s. 16.

12 Ellen Meiksins **Wood**, *Yurttaşlardan Lordlara Eskiçağdan Ortaçağa Batı Siyasal Düşüncesinin Toplumsal Tarihi*, 3. Basım, Yordam Kitap, İstanbul 2017, s. 29.

13 Dominique **Schnapper**, *Sosyoloji Düşüncesinin Özünde Öteki ile İlişki*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 37.

Atina demokrasisinde kendini tamamen kamuya ve siyasete adanmış bir kişi olarak aktif olan yurttaş diğer yurttaşlarla bir araya gelip toplantılar yaparak topluluğun ortak işlerini tartışıp ortak kararlar alınmasına katkıda bulunmaktadır. Siyaset yapmanın görev olarak görüldüğü bu hayat tarzı buna uygun bilinci gerektirmektedir.¹⁴ Askeri ve siyasi üstünlüğü olmaması nedeniyle alt sınıflarla uyum sağlamaya muhtaç olan mülk sahibi sınıfların egemenliğini kesin biçimde dayatamaması nedeniyle polis'te sivil alanda siyasi ilişkiler yönetilenlerle yönetenler arasında değildir.¹⁵ Site toplumunu oluşturan yurttaşların rızasını sağlama noktasında önem taşıyan siyasi düzenin istikrarının ideolojik temeli yasaların üstünlüğü ilkesidir. Yasaların oluşturulması, onun düzeni ve koruması altında yaşayan insanların kendini siyasi bir bütün olarak algılamasını sağlamaktadır. Ortak alanlarda teşhir edilen yasalar, ona tabi olan bireylerin tümüne uygulanacağı algısını kuvvetlendirerek toplumsal aidiyete dair ortak bilinç yaratmaktadır. Yunan sitelerinde yurttaşlar siyasal alana yasalar aracılığıyla dahil edilmekle birlikte siteyi oluşturan yurttaşlar topluluğu ahlaki bir bütün olarak görülmektedir.¹⁶ Esas olarak ideal devlet taslağı çizmeyi amaçlayan Platon yurttaşlık konusunda Aristoteles kadar etkili bir çalışma ortaya koymamıştır. Platon Devlet'te yurttaşları yöneten yöneticiler; koruyan askerler ve tüm meslek sahibi, tüccar ve çalışan erkekleri kapsayan üreticiler olarak üç sınıfa ayırmaktadır. İstikrarlı ve uyum içinde işleyen bir devleti hedefleyen Platon'un işlemek istediği erdemler yurttaşlar arasında uyum, dostluk ve güvene dayalı ilişkilerle sosyal bağın kurulabilmesi için gereklidir.¹⁷ Politika'da “...devletin doğada varolan şeyler sınıfına girdiği ve insanın doğadan siyasal bir hayvan olduğu sonucu çıkar. Düpedüz bahtsızlığından değil de doğası gereği, şehri, devleti olmayan bir kimse ya fazla iyidir ya fazla kötü, ya insanlığın altındadır ya üstünde...” ifadesini kullanan Aristoteles'e göre kamusal yaşamın doğal olması bir ilke olarak

14 Haldun **Gülalp**, Laiklik Vatandaşlık Demokrasi, Metis Yayınları, İstanbul 2018, s. 138-140.

15 **Wood**, s. 204.

16 Berke **Özenci**, Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 22-27.

17 **Heater**, s. 27-30.

yurttaşlık konusunda yol göstericidir.¹⁸ Aristoteles'e göre bir yönetim biçimi yurttaş toplumu içinde gerçekleşmesi halinde 'siyasi' olarak tanımlanır. Bu ilkesel olarak herkesin siyasal katılım hakkının olduğu özgür ve eşit insanlar arasındaki yönetimdir.¹⁹

Kökenleri belirsiz olan Roma yurttaşlık statüsü cumhuriyetin ilk yıllarında sıradan Roma halkının (pleb veya plebyen) ayrıcalıklı sınıfa (patricia) karşı hakları için verdikleri mücadelelerle kazanılmıştır.²⁰ Antik Roma Cumhuriyetinde Atina'daki kadar katılımcı bir demokrasinin varlığından söz edilemez. Devlet işlerinin belirli bir sınıfın ayrıcalığında olması nedeniyle aristokratik bir cumhuriyet özelliği göstermesinin yanı sıra yurttaş sayısının çokluğu katılıma yönelik araçsal bakış açısını doğurmuştur.²¹ Roma'da hem katılım hem de statüyü içeren yurttaşlık ve yalnızca statüyü içeren yurttaşlık olarak iki düzeyli bir yurttaşlık anlayışının ortaya çıktığı görülmektedir.²² Bireylerin Roma hukukunun rehberliği ve himayesinde yaşamını sürdürmesini beraberinde getiren yurttaşlık statüsü görevler ve haklar modeli görünümündedir. Yurttaşlıkla gelen başlıca görevler askerlik hizmeti ve belli vergilerin ödenmesidir. Haklarla dengelenen bu yükümlülükler yaşamın her dönemindeki iyilik, erdem ve fazilet kavramlarını ifade etmek üzere klasik dönemde Yunan ve özellikle Atina'da kullanılan *arete* kavramını andıran bir yurttaşlık erdemi idealinden temel alır.²³ Roma'da bireyi yurttaş haline getiren, yasaları yapmaktan, politik

18 **Aristoteles**, Politika, Remzi Kitabevi Yayınları, İstanbul 1975, s. 9; **Heater**, s. 31. Ayrıca Aristoteles'in insanların farklı amaçları için farklı birlikler, yardımcı örgütler ve bağlantılar içinde yaşam sürdürdüğü kanısı taşıdığına dikkat çeken Ehrenberg çoğunlukla yanlış anlaşılan bu vecizeyle Aristoteles'in insanın siyasal birlik içinde ve siyasal eylemde bütünüyle insanlaştığını ve doğasının gereklerini yerine getirdiğini dolayısıyla teleolojik bir anlam amaçladığını vurgular. Bkz. John **Ehrenberg**, Sivil Toplum, Bir Fikrin Eleştirel Tarihi, 1. Baskı, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2022, s. 32.

19 **Wood**, s. 207.

20 **Heater**, s. 49-50.

21 Armağan **Öztürk**, Cumhuriyetçilik ve Liberalizm, 1. Baskı, Doruk Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 192, 194-195.

22 Füsun **Üstel**, Yurttaşlık ve Demokrasi, 1. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 1999, s. 53.

23 **Bookchin**, s. 114; **Heater**, s. 51-52.

etkinlikte bulunmaktan öte, hak ve ödevler yoluyla daha çok yasalara itaatte sabitleyen hukuktur. Devlet, toplum ve bireyin tam olarak farklılaşmadığı Atina'dan farklı olarak Roma'da devletin toplumdan özerk bir konumda olması bireyle devlet arasında hukuki bir ilişkinin kurulması sonucunu doğurmuştur.²⁴ Hukuki statü terimleriyle tanımlanmış yurttaşlık evrenselliği amaçlamıştır. Uygulamada ise Roma yurttaş-askerlerinin büyük çoğunluğu kamu yaşamına hiçbir şekilde katılamamıştır.²⁵

Ortaçağ Avrupa'sında İtalyan kent devletleri dışında yurttaşlık, yönetim biçiminin temel unsurlarından birini teşkil ettiği Greko Romen dünyada olduğu kadar önem taşımamıştır. Yurttaşlık düşüncede ve pratikte kısmen Hristiyan Kilisesi'nin kısmen de kentlerin kısmi bağımsızlığını ilan etmesi sayesinde silik de olsa varlığını sürdürebilmiştir.²⁶ On birinci yüzyılda feodalizmin yaygınlaşması ve kurumsallaşması antik çağ siyasi düşüncesinden miras kalan yurttaşlık kavramının sonunu getirmiştir.²⁷ Feodal toprak sahibi aristokratlarla köylüler ve zanaatkarlar arasındaki ilişkilerin veri olarak kabul edildiği feodalizmde eski polis hatta Roma cumhuriyetçiliğinde olduğu gibi sivil uzlaşmalar yoluyla yurttaş kimliğinde birleşme söz konusu değildir.²⁸

2. Devrimler Çağı ve Sonrasında Yurttaşlık

Ulus devletin kökenleri 1648'de Otuz Yıl Savaşları diye bilinen din savaşlarının ardından imzalanan Vestfalya Antlaşması'na dayanmaktadır. Bu antlaşmayla birlikte iktidarların toprak egemenliğinin karşılıklı olarak tanınması süreci başlamıştır. Özgül bir siyasal örgütlenme olarak ulus devlet modeli teritoryal egemenlik kuran iktidarların ulusal meşruiyet kazandığı özel tarihi koşullara bağlı olarak ortaya çıkmıştır.²⁹ On altıncı ve on sekizinci yüzyıllar arasında Machiavelli, Hobbes ve Rousseau tarafından

²⁴ Öztürk, s. 189-190, 195.

²⁵ Dominique Schnapper, Yurttaşlar Cemaati Modern Ulus Fikrine Dair, Kesit Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 95, 96.

²⁶ Heater, s. 67-68.

²⁷ Özenç, s. 96-97.

²⁸ Wood, s. 205.

²⁹ Haldun Gölalp, Vatandaşlık ve Etnik Çatışma, 2. Basım, Metis Yayınları, İstanbul 2015, s. 11.

düzen terimleriyle ve siyasal terimlerle düşünülen siyaset felsefesi toplumu, uzun zaman boyunca bireyle kurumların birbiriyle uyduğu bilimin, devletin yaratıldığı modern toplum olmuştur.³⁰ Bir toplumsal değişme olgusu olan modernliğin toplumsal sistemin bütünü yönünden işlev üretmeyen gelenekler dışındaki geleneğin normatif dünyasını yerinden etmesi beraberinde aktör olarak devletin yurttaşlık temelleri üzerinde ulus inşasını gerçekleştirmesi sürecini doğurmuştur.³¹ İktidar yetkisinin temelindeki egemenlik olgusunun kaynağı olarak ulusun ortaya çıktığı Fransız Devrimi ve sonrasındaki süreçte insanların ancak bir ulus devletin üyesi olarak var olabilecekleri inancı yerleşmeye başlamıştır.³² Meşruluğunu toplumlarındaki konumlarını hukuka gönderme yaparak algılayan bireylerin onaylarına, bir başka ifadeyle yurttaşlara dayandıran politik sistemde siyasal iktidarın politik özellik taşıyan takdir yetkisini asgari seviyede kullanarak yürütmesi zorunluluk halini almıştır. Organik toplum imgesine uygun statü ilişkileri ve statüye dayalı denetim sistemlerinin kapitalizmle birlikte çözülmeye uğraması ve düzen ilkesi anlayışının ahlaki edime uymanın uzantısı olduğu modern öncesi hukuk yapılarının yerini seküler hukuk devleti modeline bırakması ile birey kendisini dünya sistemi yönünden tanımlar duruma gelmiştir.³³

Ancien Regime'deki devlet üyeliği kuram ve uygulamasının üzerine inşa edilen modern ulusal yurttaşlık kurumunu Fransız Devrimi birçok yönden şekillendirmiştir. Bir burjuva devrimi olarak Fransız Devrimi ayrıcalıkların yaygın olduğu Ancien Regime toplumunda hukuki olarak toplumsal düzenin temelini oluşturan eşitsizliğin yerine yasalar önünde eşitliği getirerek sivil eşitliği resmen gerçekleştirmiştir. Her türden ayrıcalık zemini ortadan kaldırılarak ortak hak ve yükümlülükleri olan genel ve soyut bir üyelik statüsü yaratılmıştır.³⁴ İnsan tininin büyük yapıtları aracılığıyla bilimsel kültür, felsefe, sanat ve bilginin değerlerinin öğretilmesiyle

30 Alain **Touraine**, *Modernliğin Eleştirisi*, 4. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002, s. 395; Alain **Touraine**, *Eşitliklerimiz ve Farklılıklarımızla Birlikte Yaşayabilecek miyiz?*, 5. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2017, s. 32.

31 Mehmet Tevfik **Özcan**, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, 2. Baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul 2017, s. 66-69.

32 **Kadıoğlu**, s. 22.

33 **Özcan**, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, s. 187, 192-196.

34 **Brubaker**, s. 59-74.

toplumsallaştırılan birey gerçek biyolojik doğasından uzaklaştırılır. Bireyin her şeyden önce bir emekçi veya bir yurttaş dolayısıyla toplumsal bir varlık olarak tanımlandığı klasik modernlik aklın saltanatının hüküm sürdüğü uzunca bir süre boyunca sanki geleneksel toplumun zıttı nitelikler taşıyormuş gibi görülmüştür.³⁵

On sekizinci yüzyılın sonu ve on dokuzuncu yüzyılda kapitalist üretim biçiminin gelişmesiyle öncelikle kişisel tercihleriyle birbirine bağlı olan ve kendi çıkarını gözetken kişilerin hukuksal açıdan özgür ve eşit oldukları kabulüyle kişi olarak birbirleri üzerinde yönetim yetkisi kullanmadığı bir toplum ortaya çıkmıştır. Bununla örtüşen bir diğer gelişme olarak kamu hukuku ve özel hukuk alanında yurttaşların kazanılmış haklarının anayasalarda ve benzer yasalarda düzenlenmesi, on dokuzuncu yüzyıl devletinin liberal eğilimine ilham vermiştir.³⁶

Ulusal bir biçimde ortaya çıkan çağdaş demokrasinin evrimi, ulus düşüncesinin temelindeki yurttaşlığa dayalı siyasal projenin gücünü sarsmaktadır. Modern toplumda insanları bir arada tutan bağ esasında siyasal olan ulusal bir olgudur. Ortak yaşamın ekonomik ve toplumsal boyutuna verilen önemin artması, siyasal topluma bağlılığın değerini ekonomik etkinliğe katılımın kurduğu bağlar yararına düşürmüştür.³⁷ Gündelik politik çıkarların dışındaki alanda ele alınan insanların her birinin akıllı varlıklar olarak karşılıklılık esasının hüküm sürdüğü insan ilişkilerinde kendi çıkarını gözetecek şekilde davranışlar sergileyeceği kabulüne dayanan kapitalist toplum formu, on dokuzuncu yüzyılın sonlarında başlayan gelişmelerle birlikte değişikliğe uğramıştır. Yirminci yüzyılın ilk on yıllık döneminin sonunda tamamlandığı görülen bu süreçte rekabeti kısıtladığı gerekçe gösterilerek yasal engellere takılmasına karşın örgütlenen gruplar sözleşme talepleriyle liberal toplum imgesine uygun olarak algılanan birey modeli ve ona dayanan sözleşme serbestisini zarara uğratan etkiler doğurmuştur.³⁸ Kapitalizmin on dokuzuncu yüzyıldaki gelişmelerin ürünü olan konuşma, mülk edinme hakkı gibi mahkemeler tarafından korunan

35 **Touraine**, *Modernliğin Eleştirisi*, s. 150-151, 387.

36 Gianfranco **Poggi**, *Modern Devletin Gelişimi Sosyolojik Bir Yaklaşım*, 9. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2019, s. 125, 139-140.

37 **Schnapper**, *Yurttaşlar Cemaati Modern Ulus Fikrine Dair*, s. 15, 17, 19.

38 Mehmet Tevfik **Özcan**, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 160-162.

sivil hakların bir yan ürünü olarak gördüğü siyasal iktidarın kullanımına katılım hakkını içeren ve resmi bir kimlik niteliğini haiz siyasal hakların bağımsız bir haklar kategorisi olarak yurttaşlıkla ilişkilendirilmesi yirminci yüzyılda gerçekleştirilmiştir.³⁹ Yirminci yüzyılda dünyanın eşitsizlikleri derinleştiren bir gelişme olarak kapitalizmin varlık gösterdiği her bölgesinde, sosyal hakların yurttaşlığın bünyesine dahil olması temelinde sorunlar farklı biçimlerde varlığını hissettirir. Welfare State yurttaşlığın demokratik bir bileşen içeren yeni kapsamını, dayanışma mekanizmasını değişken ölçülerde uygulamaya koyarak, toplumsal tanınmadan hareketle belirlemektedir. Zenginlerle fakirlerin eşit haklarının olduğu antropolojik faaliyet kategorisine karşılık gelen bu zeminin evrenselleştirilmesiyle demokratik bir bileşen içeren yeni kapsamıyla siyasi gövde biçimlenir. Devlet tarafından güvence altına alınan sosyal hakların evrenselcilik ilkeleri aracılığıyla kazandığı bu sosyal yurttaşlık boyutuna emekçiler arasında rekabeti giderek besleyen ulusal sınırların belirsizleşmesi zarar vermiştir. Yine bununla bağlantılı olarak emek aleyhine yaşanan bir gelişme olan bireysellik dolayısıyla girişimcilik, iletişim gibi kategorilerin öne çıkması, mesleki ilişkilerde yol açtığı bozulmayla evrenselcilik ilkelerini tahrip etmiştir.⁴⁰

1950’de T.H. Marshall’ın formüle ettiği sosyal yurttaşlık, on dokuzuncu yüzyılda, sınırlı sayıda yurttaş kapsayan sosyal sözleşme teorisine dayalı olarak meşruluğun sürdürülemeyeceği gerçeğinden hareketle devletin yasama politikasında kapsam dışı kalmış çoğunluğun yurttaş yapılmasına ilişkin olumlu edimde bulunması yönündeki gelişmelerin ve kamusalığın siyasal evreninin gruplar lehine genişlemesini içerir.⁴¹ Marshall’ın savaş sonrası dönemde İngiliz işçi sınıfının kültürel dışlanmasından hareketle geliştirdiği teorisi ortak yurttaşlık haklarının ortak ulusal kültürle bütünleşmedeki işlevine ilişkindir. Britanya bağlamında birçok liberal işçi sınıfı örneğinden hareketle ortak yurttaş haklarının tarihsel ola-

³⁹ Ali Yaşar **Sarıbay**, *Siyasal Sosyoloji*, 1. Baskı, Gündoğan Yayınları, Ankara 1992, s. 97-98.

⁴⁰ Etienne **Balibar**, *Yurttaşlık*, MonoKL Yayınları, İstanbul 2016, s. 59-65.

⁴¹ **Özcan**, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, s. 127.

rak dışlanmış grupların ulusal kültürle bütünleşmesini sağlayacağını varsaymıştır.⁴² Marshall'a göre yurttaşlık hakları tarihsel açıdan medeni, siyasal ve sosyal hakların bir araya gelmesiyle gelişmiştir. Bireysel özgürlük konuşma özgürlüğü, düşünce ve inanç özgürlüğü, mülk edinme ve sözleşme yapma özgürlüğü, adalet hakkı gibi hak ve özgürlükler medeni hakların unsurları olarak koruma altına alınmıştır. Daha sonraki aşamada siyasal haklar, yani siyasal karar alma sürecine katılım hakkı gelmiştir. Son olarak eğitim hakkı ve sosyal hizmetler gibi refah ve sosyal güvenlikle ilgili sosyal haklar oluşmuştur.⁴³

1980'li yıllar önemli dönüşümlere yol açarken beraberinde ulusal entegrasyonun bir boyutunu oluşturan yurttaşlık kavramında olduğu gibi ulus devlet ve ona bağlı kavram ve kurumların anlamına ilişkin meşruiyet tartışmalarına zemin hazırlamıştır.⁴⁴ Günümüzde küreselleşme ve kültürcü hareketler ulusal toplulukların bütünlüklü oldukları iddiasına meydan okumaktadır.⁴⁵ Küreselleşme olgusu yurttaşlık üzerinde etkisini devleti zayıflatarak göstermektedir.⁴⁶ Milliyet ile siyasal üyelik arasındaki bağ ulus devletin egemenliğinin küresel, bölgesel ve yerel düzeyde zayıflamasıyla birlikte giderek kopmaktadır.⁴⁷ Ulus devletlerin iç hukuklarına doğrudan müdahale etme yetkileriyle modern ulus devletin sınırlarını belirsizleştiren Avrupa Parlamentosu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Tahkim Kuruluşları gibi ulus-ötesi yargı kuruluşlarının örgüt-

⁴² Will **Kymlicka**, Çokkültürlü Yurttaşlık, 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015, s. 300.

⁴³ **Marshall/Bottomore**, s. 21. Neocleous'a göre yurttaşlığa dair yapılan en kapsamlı değerlendirmelerden biri olarak Marshall'ın haklar aracılığıyla ortaya koyduğu yasallığın vurgulandığı yurttaşlık düşüncesi, yönetim ve devletin rolünü arka plana atması bakımından tehlike taşımaktadır. Bkz. Mark **Neocleous**, Sivil Toplumu Yönetmek, 1. Baskı, Nota Bene Yayınları, Ankara 2013, s. 186, 189.

⁴⁴ **Üstel**, s. 50.

⁴⁵ **Gülalp**, Vatandaşlık ve Etnik Çatışma, s. 15.

⁴⁶ Quentin **Skinner/Bo Strath**, Devletler ve Yurttaşlar, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2011, s. 49.

⁴⁷ **Gülalp**, Vatandaşlık ve Etnik Çatışma, s. 16, 180.

lenmesi yurttaşlık kurumunun medeni, siyasal, sosyal, kültürel ve ekonomik ihtiyaçlara cevap vermekte zorlanan ulusal niteliğini tehdit eden gelişmelerdir.⁴⁸

Aydınlanmacı evrenselci paradigmanın 1980'lerden başlayarak eleştiriye açılmasıyla geleneksel meşruiyet zemini kayan yurttaşlık kavramının değişen doğası çağdaş siyaset kuramının günümüzdeki tartışma temalarındandır.⁴⁹ Aydınlanmanın evrenselci paradigması doğrultusunda kolektif yaşam insan toplulukları arasındaki benzerlikler temelinde oluşurken 1980'lerin ikinci yarısından itibaren ulus devleti oluşturan çeşitli toplulukların din, dil, etnik aidiyet temelinde farklılıklar üzerinden kimlik talebinde bulunduğu görülmektedir. Tanınma yolundaki hak iddialarını da içeren bu taleplere etnik topluluğun üyeleri açısından tatmin edici bir çözüm sağlanamaması merkezi devletlerin ulusçulukları ile mikro ulusçuluklar arasındaki açık ya da örtük çatışmalara zemin hazırlamaktadır.⁵⁰ Günümüzde sosyal statü, etnik köken, renk, inanç, toplumsal cinsiyet gibi özelliklere dayalı her düzeyden yeni hak talepleri ulus devletin haklar bütünü içinde değerlendirdiği geleneksel yurttaşlık anlayışının sarsılmasıyla birlikte demokrasiler açısından sorun teşkil etmektedir. Hak temelli yurttaşlık ve haklar anlayışındaki çözülmeye ilgili bu durum, özgül ihtiyaçları olan bireylerin (yurttaşların) varlığı gerçeğinden yola çıkılarak yapılacak yeni bir yurttaşlık ve haklar tanımı tartışmasını zorunlu kılmaktadır.⁵¹ Aile bağları, hemşehricilik ilişkileri, etnik ve dini bağlar gibi geleneksel nitelikli toplumsal aidiyet biçimleri bugünkü sermayenin giderek artan küreselleşme süreci içinde zayıfları koruyan bir sosyal mekanizma olarak yurttaşlık temelinde tanımlanan aidiyet biçimlerinin yerini alabilmektedir.⁵²

Pek çok ülkede ve uluslararası örgütte azınlık hakları terimiyle ifade edilen kültürel farklılıkların siyasi ve kurumsal olarak tanınması ve korunması meselesi bir diğer ifadeyle demokratik toplumlarda yurttaşlığın hangi

48 **Marshall/Bottomore**, Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar, s. 147, 165.

49 **Üstel**, s. 51.

50 **Üstel**, s. 35.

51 **Üstel**, s. 47-48.

52 İoanna **Kuçuradi**/Bülent **Peker**, İnsan Hakları, 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2004, s. 228-229.

biçimleri alması gerektiği sorusu ‘birlikte yaşamayı’ ve aidiyet rejimlerini ele almayı gerektirmektedir.⁵³ Çokkültürlülük kuramı ve pratikleri siyasi birlik ve kültürel çoğulculuk arasında yeni bir denge arayışıyla kültürel farklılıkların tanınmasında çok eşlilik gibi bireyin zarar görmesine neden olan, eşitsiz prensiplere dayanan pratikleri yasaklayarak demokratik rejimlerin kurucu unsuru olan insanın temel haklarını ve toplumların sosyal, siyasi bütünlüğünü ve kalıcılığını sağlamak amacıyla açık sınırlar koymaktadır.⁵⁴ Doytcheva bugün yerel alanda siyasi ademi merkezizetçilik, uluslararası alanda da Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği gibi yeni siyasi aktörlerin ortaya çıkması çerçevesinde kültürel çeşitliliğin daha fazla göz önüne alınması yolunun açıldığını belirtir. Doytcheva’ya göre yurttaşlık ile milliyet arasındaki tarihsel bağ değişmez değildir. Bununla birlikte bu değişikliklerin azınlık hakları terimleriyle ifade edilen kültürel özgüllüklerin kurumsal olarak tanınması konusunda zayıf bir etkisi olduğunu ortaya koyar. Ulusal yurttaşlığın ağırlığı karşısında milli olmayan, dezavantajlı grupların durumunda ve kendini ifade koşullarında iyileşme sağlayabilecek yeni yurttaşlık biçimlerinin oluştuğu yönünde gerçek bir etkiden söz edilemese de bir yüzyıl içerisinde ulusal toplumların kurumlarının kültürel çeşitliliğe daha misafirperver olma yönünde ilerleme gösterdiği gözlenmektedir.⁵⁵

II. MODERN SOSYOLOJİ KURAMININ İŞLEVSELÇİ YAKLAŞIMI BAĞLAMINDA YURTTAŞLIK

A. İşlevselciliğin Entelektüel Kökleri: Emile Durkheim

Aydınlanma filozoflarının geliştirdiği klasik modernlik anlayışı, akılcılaştırılmış bir toplum yaratma girişimidir ve bu anlayış katı, devrimci bir nitelik taşımıştır.⁵⁶ Henüz toplumbilim doğmamışken bile düşünceye yerleşmiş olan toplumbilimselcilik modernist görüşün temel öğesidir.⁵⁷ Touraine’e göre toplumbilim, toplumsal yaşamın incelenmesi olarak değil,

⁵³ Milena Doytcheva, Çokkültürlülük, 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2016, s. 81, 88.

⁵⁴ Doytcheva, s. 85, 88.

⁵⁵ Doytcheva, s. 81,89, 91, 94-96.

⁵⁶ Touraine, Modernliğin Eleştirisi, s. 33-34, 43, 45-46.

⁵⁷ Touraine, Modernliğin Eleştirisi, s. 33, 388. “*Toplumbilimselcilik: Tarihselcilik’le yöntimsel olarak benzerlik gösteren ve toplumbilimin gelişmesiyle birlikte, her türden*

Fransa’da, modernliği toplumsal ve kültürel bütünleşmeyle bağdaştırma amacıyla verilen istikrarlı bir çaba sonucunda oluşmuştur.⁵⁸ Klasik toplumbilime göre değerlerin kaynağı toplumdur. İyi olan, topluma yararlı, kötü olan ise onun bütünleşmesi ve işleyişine zarar veren şeydir. Klasik toplumsal düşüncede toplum kavramı bir araştırma konusu olarak değil, davranışları değerlendirmeye yönelik bir ilkeye dönüşerek açıklayıcı anlamda egemen olmuştur.⁵⁹ Bireyleşmeyle toplumsallaşmayı özdeşleştiren bu anlayışta akılcı ve dengeli bir toplumun yaratılması doğrultusunda statüleriyle tanımlanan bireyi, Homo sociologicus’u çıkar değil beklentiler yönlendirir.⁶⁰ İnsan artık yurttaş, işçi, baba gibi rolleriyle tanımlanan bir toplumsal edimcidir ve edimcilerle sistem arasında “doğal” bir ilişki vardır.⁶¹

Karşılıklı rıza perspektifinden hareketle toplumsal düzenin yeniden üretiminde odak noktasına fikir birliği arayışını koyan sosyal uyumun doğasını kavrayış geleneği, bir on dokuzuncu yüzyıl insanı olarak, Eski rejim ile yapıları henüz oturmamış olan modern toplum arasındaki geçiş döneminde yaşadığının bilincinde olan Durkheim’la başlar.⁶² Toplumsal bağların zayıflamasının önemli bir konu olarak hala tartışıldığı günümüzde arkaik ve modern bütünleşme şekillerini karşı karşıya getiren mekanik dayanışma ve organik dayanışma şeklindeki çift başlılık bulgusal niteliğini korumaktadır. Nüfusun hacminin artması sonucu küçük toplulukların yavaş yavaş dönüşmesi fikrinden hareket eden Durkheim için bir gerçeklik seviyesi olarak kendine has oluşuna dikkat çektiği toplumsal olanın evrimi uzun vadede adım adım ilerleyen bir karmaşıklıkla ve farklılaşma sürecidir. Durkheim’a göre bireysel bilinçler üzerindeki etkisi artık eskisi kadar güçlü olmayan bir bütünleşme mekanizması olarak ortak inançlar ve

olayın açıklamasını toplumbilimle bağlantılandırma eğiliminde olan düşünce akımı.’’
Bkz. Alain Touraine, Modernliğin Eleştirisi, s. 415.

58 **Touraine**, Modernliğin Eleştirisi, s. 387, 408.

59 **Touraine**, Modernliğin Eleştirisi, s. 29-30, 33, 388.

60 Alain **Touraine**, Demokrasi Nedir?, 7. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2019, s. 120; Touraine, Modernliğin Eleştirisi, s. 283, 387.

61 **Touraine**, Modernliğin Eleştirisi, s. 32, 112, 388.

62 Th. **Jansen/N. Chioncel/H. Dekkers**, Social Cohesion and Integration: Learning Active Citizenship, British Journal of Sociology of Education, Vol. 27, No. 2, Apr., 2006, s. 190 ; Jacques **Coenen-Huther**, Durkheim’ı Anlamak, İletişim Yayınları, İstanbul 2013, s. 11, 41-42.

duyguların yani ortak bilincin yerini yeni bir dayanışma türü olan organik dayanışmaya hayat veren işbölümü ve gelişmiş bir bağımlılık ortaya çıkaran uzmanlaşma almaktadır.⁶³

İktidar ve iktidarın temellerinden hareket eden Hobbes ve Rousseau'nun çözümlemesinde toplumsal düzen genel iradeye tabi olan bireylerin özgür kararına dayanır.⁶⁴ Akıl adına doğaya çağrıda bulunarak insanı düzenin, uyumun içine yerleştirmek isteyen Rousseau'da genel irade toplumun "varlığına" uygulanır. Rousseau'nun toplumsal eşitsizliğe karşı herkesin kendi haklarını devretmesiyle oluşan toplum sözleşmesinin ortaya çıkardığı hükümdar Durkheim'in kolektif bilincinin ve tüm toplum-bilimlerin kökenini oluşturmuştur.⁶⁵ Hükümdar hem Antik Çağ'da Atina gibi zorunlu olarak boyutları küçük olan, toplumsal bir bünye oluşturan topluluk hem de yurttaşlık ilkesi ile kolektif iradeyi harekete geçiren akıldır.⁶⁶

Giddens'a göre Durkheim'in siyasi sosyolojisi hak ettiği ilgiyi görmemiştir.⁶⁷ Giddens Durkheim'in ilk dönem ve son dönem yapıtları arasında genel bir süreklilik olduğuna işaret eder. Bunun tam olarak görülmesi için onun siyaset ve devlet teorisine yeterli dikkatin gösterilmesi gerekir.⁶⁸ Giddens'a göre Durkheim Toplumsal İşbölümü'nde "anomi", "bencillik" ve "bireycilik" şeklindeki üç boyut arasındaki karmaşık ilişkilere dair düşüncelerini ortaya koymuştur. Durkheim bu eserinde 1789 Devrimi'nin idealleri içinde cisimleşen ahlaki bireyciliğin organik dayanışmanın ön koşulu olduğu sonucuna varmıştır.⁶⁹ Bütün yapıtlarında ana sosyolojik sorun olarak modern sanayi devletine uygun otorite biçiminin ne olduğunu araştıran Durkheim'a göre klasik iktisat teorisinin ve faydacı felsefenin

63 **Coenen-Huther**, s. 42-43, 52-56.

64 **Touraine**, Modernliğin eleştirisi, s. 30-31.

65 **Touraine**, Modernliğin eleştirisi, s. 31-32, 35-36.

66 **Touraine**, Modernliğin eleştirisi, s. 32, 35-36.

67 Anthony **Giddens**, Siyaset, Sosyoloji ve Toplumsal Teori, 6. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul 2020, s. 96.

68 **Giddens**, s. 98.

69 **Giddens**, s. 100.

bencilliğinden (kendi çıkarını düşünme) farklı olan bireyciliğin artması ille de anomiyeye, yani ahlaki otoritenin bozulmasına yol açmaz.⁷⁰

Durkheim'a göre demokrasi, politik bir biçim olarak birey ve devlet arasında belirli bir ahlaki ilişkinin yaratılmasına bağlıdır ve yurttaşların siyasi ve sosyal yaşamlarına sorumlu bireyler olarak katılmalarını teşvik etmektedir. Belirli bireyci değerlere dayanan düzgün işleyen siyasi örgütlenme sistemi aktif yurttaşlığı destekleyerek giderek daha özerk kıldığı bireyler sayesinde toplumun tüm sosyal alanlarında nüfuzunu güçlendirme olanağına kavuşmaktadır. Kolektif bir düzen içinde birey ve birey özgürlüğü sorununa yönelik bir endişenin ifadesi olan yazılarında Durkheim kolektivitinin temel niteliklerini bünyesinde barındıran bireye ahlaki bir statü sağlamaktadır.⁷¹

Durkheim Sosyoloji Dersleri'nde bireyin kendisiyle, aile topluluğuyla, meslek topluluğuyla ilişkisine uygulanan ahlaki ve hukuki kuralları inceledikten sonra "siyasal topluluk"la sürdürdüğü ilişkileri incelemiştir.⁷² Durkheim yönetenlerle yönetilenlerin iki ayrı toplum türü oluşturduğunu belirterek siyasal toplum nitelemesinin birinciler için kullanılması gerektiğini belirtir. Otoriteyle ona tabi olanlar arasındaki bu karşıtlık siyasal topluluk kavramının temel unsurlarındandır.⁷³ Siyasal deyimi her şeyden önce bir örgütlenme, iktidar oluşması ve bireylerin bu iktidarın etkisine maruz kalması anlamına gelir ve siyasal toplum bir takım ayırt edici niteliklerden yola çıkılarak saptanabilir. Durkheim birbirinden farklı gerçeklikleri ifade etmek için ayrı terimler kullanmayı daha uygun bulmuştur. Bireylerin tabi oldukları hükümler otoritenin edimcilerini, onu temsil eden özel memurlar topluluğunu devlet, devletin en önde gelen organı olduğu karmaşık topluluğu da siyasal toplum olarak saptamıştır.⁷⁴ Bireyin siyasal toplulukla sürdürdüğü ilişkilerin nasıl olması gerektiğini belirleyen

70 **Giddens**, s. 98-102.

71 Jeffrey **Prager**, Moral İntegration and Political Inclusion: A Comparison of Durkheim's and Weber's Theories of Democracy, Social Forces, Vol. 59, No. 4. Special Issue, Jun. 1981, s. 919-920.

72 Emile **Durkheim**, Sosyoloji Dersleri, 5. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2016, s. 91.

73 **Durkheim**, Sosyoloji Dersleri, s. 91.

74 **Durkheim**, Sosyoloji Dersleri, s. 91-92, 97.

onaylanmış kuralların bütününden oluşan yurttaşlık ahlakı, yurttaşların devlete, devletin de bireylere karşı vazifelerini kapsamaktadır.⁷⁵

Bireyin kolektivitede özümlemesine karşı olan Durkheim demokratik toplumda ahlaki birliğin kaynağını sivil toplumun oluşturacağını ve devletin de sivil topluma tabi olması gerektiği görüşünü savunmakla birlikte aracı konumdaki kurumları ele alışı onun pozitivist paradigma içinde kaldığını gösterir. En üstün ilke olarak toplumsal birliğe giden yolda işlevini bürokratik bir yapıya yakın biçimde sürdüren ara konumdaki kurumlar, uyumlu bir topluluğu amaçlaması bakımından kolektivist nitelik taşır. Meslek birliklerinin bürokratik içerimleri halkın muhalefetinin ve çıkar çatışmalarının ifadesine imkan tanımaz. Toplumsal düzeni sağlama çabalarında bireysel farklılıkları ve çıkar çatışmalarını birleştirme işlevini gören yapısı bu kurumların demokratik potansiyeli önünde engel teşkil eder.⁷⁶

Başta Durkheim olmak üzere beşeri bilimler araştırmacıları ulusal olguyu nesnel bir biçimde düşünme iddiası ile ulusun temelde siyasal olan boyutunu yok sayar. Siyasetin özerkliğini dile getirmeyen Durkheim siyasal ortak yaşamın maddi şartlarına bağlı kılmaya çalıştığı ölçüde demokratik ulusun gelişimi sorununu ortaya koyamamaktadır. Genel olarak toplum ile ulusal yapısı olan siyasal toplum arasında ayırım yapmayan, siyasal rejimin toplumsal yaşamdaki sonuçları hakkında açıklama sunmayan bu toplumbilimsel bakış açısının karşısında benzer ekonomik ve teknik gelişme gösteren tüm ülkelerde demokratik ulusun ortaya çıkmaması gerçeği durmaktadır.⁷⁷

Toplumu bir insanlar toplamı olarak kişiler arasında aktedilmiş toplumsal bir sözleşmeye dayalı değil de organik olarak bütüncül bir bakış açısıyla ele alan Durkheim, sosyal sistemlerde toplumsal bütünleşme analizinin temellerini atan bir kuramcı olarak ‘*yapısal işlevselciliğin*’ bir kurucusu olarak değerlendirilmiş, bu görüş daha sonra Parsons’ın *The Social System* (1951) gibi önemli çalışmalarıyla da desteklenmiştir.⁷⁸ Toplumsal tutunumun doğasına yönelen Durkheim sosyolojisiyle bağlantılı olan bu

⁷⁵ **Durkheim**, *Sosyoloji Dersleri*, s. 91, 97.

⁷⁶ Alan **Swingewood**, *Sosyolojik Düşüncenin Kısa Tarihi*, 4. Baskı, Agora Kitaplığı, İstanbul 2014, s. 134-136.

⁷⁷ **Schnapper**, *Yurttaşlar Cemaati Modern Ulus Fikrine Dair*, s. 178-179, 188.

⁷⁸ **Turner**, *Klasik Sosyoloji*, s. 158-159.

yaklaşım, toplumsal düzenin inşası ve bireylerin toplumsal düzen içerisindeki yeri üzerine odaklanmaktadır.⁷⁹

B. Sosyal Teori Olarak İşlevselcilik

Yapısal işlevselcilik olarak da bilinen işlevselcilik toplumu bir sistem olarak görmektedir. Çeşitli kurumların, varlıkların ve faaliyetlerin önemini vurgulamasıyla öne çıkan bu terime göre şeyler sistemin sürdürülmesine olan etkisine göre işlevsel, ters işlevsel ya da işlevsiz olarak nitelendirilmektedir. Bir diğer deyişle işlevselcilere göre şeyler sistemin devamında rol oynayabilmekte, sistemin bozulmasına yol açabilmekte ya da sistemde hiçbir rol almayabilmektedir.⁸⁰ Toplumların nasıl işlediğini anlamayı sağlayan bu bakış açısı çıkarlar ve toplumsal değişmeden çok değerlere ve toplumun güven ve gereksinmelerini karşılayacak olan toplumsal denetime odaklanmakta ve her ne kadar Parsons herhangi bir ideolojik anlam taşımadığını savunsa da 1980'lerden önce muhafazakâr bir yaklaşım olarak toplumların genel yapısını çözümlenmede kullanılmıştır.⁸¹ Bazı eleştirmenlerce işlevselcilik toplumsal değişim sürecini, güç ve çatışmayı etkili bir şekilde ele alma yeteneği olmaması gerekçesiyle yerilmektedir.⁸² Onlara göre statükoyu sürdüren ve toplumlardaki ahenk ve dengeyi güçlendiren şeylere odaklanan işlevselcilik aslında tanım gereği değişmeye karşı yani durağandır. Sistemde değişime ya da bozulmaya yol açan ve sistemin devamında rol almayan olgularla yeterince ilgilenmemektedir.⁸³

Toplumsal bir iktidar olarak hukukun normatiflik, düzenlilik, kurumsallık ve zorlayıcılık olmak üzere dört özelliği vardır. Hukukun toplum

⁷⁹ Sibel **Özbudun**/Balki **Şafak**/N. Serpil **Altuntek**, Antropoloji, 5. Baskı, Dipnot Yayınları, Ankara 2016, s. 122-123.

⁸⁰ Arthur Asa **Berger**, Kültür Eleştirisi Kültürel Kavramlara Giriş, 2. Baskı, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 151. Ayrıca: "İşlevselciler toplumun birbirine bağlı parçalardan oluşan bir sistem olarak anlaşılması gerektiğini savunurlar. Toplumsal yaşamın farklı parçaları birbirine bağlıdır ve toplumsal düzene ve onun yeniden üretimine katkıda bulunarak işlevler gerçekleştirir." Bkz. Bryan S. **Turner**, Sosyoloji Sözlüğü, 1. Basım, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 458.

⁸¹ Ruth A. **Wallace**/Alison **Wolf**, Çağdaş Sosyoloji Kuramları Klasik Geleneğin Geliştirilmesi, 7. Baskı, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2018, s. 105-106.

⁸² **Berger**, s. 152; George **Ritzer**/Jeffery **Stepnisky**, Modern Sosyoloji Kuramları, 2. Baskı, De Ki Basım Yayım Ltd., Şti., Ankara 2018, s. 115.

⁸³ **Berger**, s. 152; Emre **Kongar**, Toplumsal Değişme Kuramları ve Türkiye Gerçeği, 20. Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul 2017, s. 156.

olgusu içinde ortaya çıkmış kendine özgü özellikleri toplumsallığın sürdürülmesini ve yaşamın devamını sağlar. Uyuşmazlıkların çözümü, davranışların düzenlenmesi, yaşam koşullarının geliştirilmesi, toplumun, grubun dış tehlikelere karşı korunması, kamu gücünün (toplumsal gücün) örgütlenmesi ve meşrulaştırılmasının yanı sıra bunların tümünü yerine getirebilmek için kendi örgütlenmesini gerçekleştirme işlevi bulunan hukukun yurttaşların, yurttaş olmayanların ve vatansızların statüsünü belirleyerek sosyal grubun ve toplumun üyelerinin tanımını yapma işlevi vardır. Sağlam bir devamlılık ve kalıcılık gösteren gruplaşmayla bağlantılı şekilde gelişen olaylar içinde kendiliğinden ortaya çıkan toplumsal (sosyal) bir oluşum olan hukuk, hiçbir sosyal grup türdeş olmadığından, toplumun faaliyetlerine kimlerin tam kimlerin bölümsel olarak katılacağına saptanmasının ardından karşılıklı ilişkilerin belirlenmesi işlevi içinde seçme ve seçilme haklarında olduğu gibi yurttaşlar içinde kimlerin ne tür yurttaşlık görevi yapabileceğini, suçlulara uygulanacak rejimi, toplumun siyasal ideolojisi ve sistemine ters düşecek davranışları ve bunlar karşısında alınacak önlemleri ele alır.⁸⁴

Toplumdaki iktidar düzenekleri içinde anlaşılabilir olan hukukun, modern toplumun bütünleşmesinin sürdürülmesinin gerçekleşme koşullarını açıklamadaki gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda, onun koruyucusu ve dayanağı olan verili iktidar sistemini toplumsal taleplerin ya da toplumsal kurumların ardına bilinçli olarak gizleyen işlevselci yaklaşımın tam anlamıyla aydınlatıcı olmadığı görülmektedir.⁸⁵ İşlevselci sosyolojik teorinin genel bir teori olarak yaptığı açıklamalar insanların eylemlerinin ve bakış açılarının karmaşık belirleyicilerinin tümünü kendiliğinden gösterememektedir. Her ne kadar hukuk doktriniyle ilişkilendirilen kabul görmüş fikir akımlarının sosyal kökenlerini ve yayılma mekanizmalarını ortaya koysa da bireyler olarak yurttaşların hukuku benimsemeleri ya da reddetmeleriyle alakalı mekanizmaları, motivasyonları ve tutumları hesaba katmada tam anlamıyla yeterli değildir. Modern Batı devletlerinde yurttaş üzerindeki politik iktidarını başat normatif düzenin kuralları aracılığıyla icra etmeye dayandıran yönetim anlayışında merkezi bir konumda olan devlet hukukunun toplum içinde özel işlevlere sahip ayrık bir düzen ol-

84 Niyazi **Öktem**/Ahmet Ulvi **Türkbağ**, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 5. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 250, 260-263.

85 **Özcan**, Hukuk Sosyolojisine Giriş, s. 128-130, 134.

duğu fikri ve diğer pozitivist yönelimli ampirik çalışmalar, hukukun yurttaşların bilincinden ayrı düşüşüne doğru bir eğilim olduğunu göstermektedir.⁸⁶

C. Talcott Parsons, Yurttaşlık ve Modern Toplum

1. Parsons'ın 'Genel' Kuramında Toplumsal Farklılaşma ve Toplumsal Düzen Meselesi

Modernlik fikrinin zaferinin yaşandığı on dokuzuncu yüzyıl boyunca, toplumsal ve siyasal seferberlikle doğal yasa kolektif iradeye, birey kamusal bir varlığa dönüştürülür.⁸⁷ On dokuzuncu yüzyıla, farklı ülkelerde farklı biçimlerde de olsa, ekonomi, toplum ve ulusal varlığın birbirine bağlı olduğu, kolektif deneyimin "toplum" olarak adlandırılan temel bir birliği bulunduğu düşüncesi egemen olmuştur. Parsons bu toplumsal oluşumun siyaset, ekonomi, eğitim ve adalet olmak üzere dört ana işlevi olduğunu göstermiştir.⁸⁸ Eyleme ilişkin genel bir kuram oluşturan Parsons "eylem"i sistemin işleyişi açısından işlevsel ya da işlevsel olmayan tutumlarla özdeşleştirdiği için toplumsal yaşama ilişkin bütünsel bir görüş sunar. Yirminci yüzyılın ortasında klasik toplumbilime en gelişkin biçimini veren Parsons'ın en az Durkheim ve Weber kadar gelenek/modernlik karşıtlığına bağlı görüşü modern olma iddiası taşımaktadır.⁸⁹ Weber, Durkheim, Spencer ve Freud'un yaklaşımlarından etkilenen Parsons çalışmalarında bu teorilerin bir sentezi olan tek bir 'genel kuram' yaratmayı amaçlar.⁹⁰

Toplumun nasıl mümkün olduğunun kökenlerini Hobbes'un toplumsal sözleşme kuramı ve Leviathan'daki devlete dayandıran bir sosyolojik açıklama sunması bağlamında başvurulabilecek olan yirminci yüzyıldaki analitik konumuyla Parsons'ın uzlaşma kuramında toplumsal düzenin sü-

⁸⁶ Roger Cotterrell, Hukuk Sosyolojisi, 1. Baskı, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 191-193.

⁸⁷ Touraine, Modernliğin eleştirisi, s. 78, 85.

⁸⁸ Touraine, Modernliğin eleştirisi, s. 118, 119.

⁸⁹ Touraine, Modernliğin eleştirisi, s. 319, 388.

⁹⁰ Kongar, Toplumsal Değişme Kuramları ve Türkiye Gerçeği, s. 155, 157, 161.

regelmesinin ortak değerlerin ve normların içselleştirilmesinin sonucu olduğu varsayılır.⁹¹ George Homans'ın da vurguladığı gibi toplumsal düzen, yani bireylerin toplumsal beklentilere neden uyduğu sorusu Parsons'ın teorisinin temel konusudur ve bu noktada toplumun en temel parçası olarak belirlediği eyleme odaklandıktan sonra eylemin nasıl iradi eylem birimi içinde meydana geldiğini betimleyen Parsons sorunun cevabının normatif düzen yani normlara dayalı bir toplumsal düzen olduğu sonucuna varır.⁹² Durkheim'in bireylerin grup yaşamına hayati bağımlılığı olduğu görüşünü kabul ederek toplumda bir arada yaşayan her bireyin ahlaki olarak etkili bir şekilde kısıtlanabileceğini düşünen Parsons normatif konsensusun toplumun entegrasyonunun nihai temeli olduğunu dolayısıyla bu kısıtlamanın toplumsal düzenin evrensel garantörü olduğunu düşünür.⁹³

Parsons'ın genel eylem kuramı, temel çözümleme birimi simgesel sistemler olan '*kültürel*', temel birimi rol etkileşimi olan '*toplumsal*', temel birimi yapıp eden insan olan '*kişilik*' ve temel birimi biyolojik anlamda insan olan '*davranışsal organizma*' düzeyinde olmak üzere işlevselciliğin devamlı olarak belirttiği birbirleri ile karşılıklı bağımlılığı olan dört sistem içermektedir.⁹⁴ Geliştirdiği dört işlev şemasını tüm nesnelere ve daha geniş alanlara uygulayan Parsons'a göre belirli işlevsel şartları taşımaksızın varlığından prensip olarak söz edilemeyecek olan her sistemin amacı kendi mevcut çevresiyle ilişkilerinde kendi değişimini takip ederek, çevre şartlarının değişimine göre optimal bir denge üretmektir.⁹⁵

91 Bryan S. **Turner**/Chris **Rojek**, *Toplum ve Kültür*, İslık Yayınları, İstanbul 2019, s. 120, 127, 142.

92 Kenneth **Allan**, *Çağdaş Sosyal ve Sosyolojik Teori*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2020, s. 42, 147-148.

93 Thomas **Burger**, Talcott Parsons, The Problem of Order in Society and The Program of an Analytical Sociology, *American Journal of Sociology*, Vol. 83, No. 2, Sep. 1977, s. 321-322.

94 **Wallace/Wolf**, s. 55-57.

95 Yunus **Yoldaş**, *Sistem Kuramı*, 3. Baskı, Derin Yayınları, İstanbul 2013, s. 21-22.

Analitik bir perspektif sunan Parsons'ın sistem teorisi, özel olarak bireyciliğin gelişmesi ışığında bütünselliğin korunmasını sistemin özelleşmiş dört temel işleviyle ilgili geliştirdiği şema ile açıklar.⁹⁶ Bir sistemin uyumluluk hali demek olan dengeyi muhafaza eden ve yeniden kuran kurum ve yapıların işlevini görmesine ilişkin açıklamalarında Parsons işlevsel sistem sorunları üzerinde dururken AGIL harfleri ile ifade ettiği uyum, amaca ulaşma, bütünleşme ve örüntünün muhafazası olmak üzere bütün eylem sistemlerinin dört büyük '*ihtiyaç*'ı bulunduğuna işaret eder.⁹⁷

Sağladığı soyut analitik şema ile işlevleri dörde bölen Parsons'ın analizi bütünleyici işlevle ilişkili durumda olan hukukun konumunu açıkça belirlemeyi mümkün kılmaktadır.⁹⁸ Parsons gerek camia üyelerinin eşit yurttaşlık bağı üzerine kurulu olan sosyal dayanışma sistemi ile ilgili olan bütünleyici alt sistemi yani maddeten özerk toplumsal camiaı gerekse içerisindeki işlevsel ve yapısal farklılaşmaların karmaşıklığı giderek artmakta olan sosyal sistemin idame edilmesini hukuk sisteminin maddi özerkliği temelinde açıklamaktadır.⁹⁹ Cotterrell'e göre Parsons'ın sosyal unsurlarda yüksek düzeyde farklılaşmanın niçin modern Batı toplumlarında ortaya çıktığına ilişkin görüşleri, Durkheim'in fikirlerinin en genel ve soyut düzeyde özel bir uygulanişından ibarettir.¹⁰⁰ Parsons birçok başka ve daha eski toplumdan farklı olarak modern toplumlarda bulunan karmaşık farklılaşmaları yani hem işlevsel alt sistemlerdeki hem de normatif yapının unsurlarındaki yüksek düzeyde farklılaşmaları tanımakla Durkheim'in ötesine geçen bir anlayış ortaya koyar.¹⁰¹ Parsons'ın teorisinde hukuk bütünleyici işlevle ve hiyerarşik olarak sıralı değerler, normlar, kolektiviteler ve rollerden oluşan normatif yapının özgül bir seviyesiyle- toplumsal normlarla- ilişkili durumdadır. Modern Batı toplumlarında normatif yapının bu dört unsuru açıkça ayrılmıştır. Hukukun bütünleyici alt sistemle yani üyelerinin eşit yurttaşlık bağı üzerine kurulu bir sosyal dayanışma sistemi olan toplumsal camia ile özel bir bağı vardır.

⁹⁶ Mathieu Deflem, Hukuk Sosyolojisi, 1. Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2019, s. 107.

⁹⁷ Wallace/Wolf, s. 70-71.

⁹⁸ Cotterrell, s. 121-122, 124.

⁹⁹ Cotterrell, s. 122, 125-126.

¹⁰⁰ Cotterrell, s. 125.

¹⁰¹ Cotterrell, s. 124,126.

Toplumsal camianın hukuki temeli alt-sistem farklılaşmasının (ekonomi, siyaset vs.) teminat altına alınışında önemli bir rol oynar.¹⁰²

2. Parsons'ın Evrimsel Modeli ve Yurttaşlık

1960'larda Parsons işlevsel boyutlarının her birinde değişiklikler geçirerek daha yüksek bir organize karmaşıklık seviyesine ulaşan gelişmiş sosyal sistemlerin evrimsel değişimine odaklanmıştır.¹⁰³ Parsons'ın 1960'ların başlarında ortaya koyduğu toplumun bir biçimden tamamen farklı bir biçime doğru gelişimi ve evrimi bağlamında toplumsal değişme ile ilgili düşünceleri Durkheim'ın görüşlerinin kapsamlı hale getirilerek ve Spencer'ın farklılaşma kavramı kullanılarak kalıp değişkenler tipolojisi ve dört işlevi modelinin geliştirilmesidir. Parsons'ın yapılar (örüntülü ve dengeli ilişkiler) ve süreçler'i (sistem içinde yer alan evrimsel değişimler) içine alan evrimsel modeli evrim ve ilerlemeyi aynı anlamda görmesi yönüyle toplumsal değişimin olasılıklarına iyimser yaklaşır ve bütünleşme üzerine odaklanan Durkheim'ı izleyerek düzen sorunu üzerine odaklanır.¹⁰⁴

Liberal teorisyen Parsons'ın genel eylem teorisinin sağladığı analitik kalıp üzerinde geliştirdiği yurttaşlık analizi görece kapsayıcı bir sosyal düzene ulaşmanın yoluyla ilgilidir.¹⁰⁵ Çalışmalarında ulus devletin sınırlarına bağlı kalan Parsons işlevselcilik ve evrim birlikteliği temelinde açıkladığı modernizasyon teorisinden hiçbir zaman küresel bir fenomen olarak söz etmemiştir.¹⁰⁶ Sistematik olarak gelişen dayanışma yapılarına dayandırdığı modernite teorisinde Parsons'ın sürekli üyelik ve kapsayıcılık konularına değinerek yurttaşlığı temel bir sosyolojik yapı olarak sunması onun çağdaş Batı toplumu analizi için bu kavramın belirleyici olduğunu

¹⁰² Cotterrell, s. 122, 124-125.

¹⁰³ Frank J. Lechner, Parsons on Citizenship, Citizenship Studies, Vol. 2, No. 2, 1998, s. 182.

¹⁰⁴ Wallace/Wolf, s. 222-223, 232-234, 240-241.

¹⁰⁵ Lechner, s. 180, 194.

¹⁰⁶ Peter Kivisto, Parsons and Beyond, Acta Sociologica, Vol. 47, No. 3, Sep. 2004, s. 291-292.

göstermektedir.¹⁰⁷ Parsons'ın Hegel tarafından daha önce atılmış temel-lerin ardından, onu anımsatır şekilde sentezlemeye giriştiği geleneğin ve modernitenin normatif iddiaları fazladan kanunlar sisteminin bir uzantısı olan yurttaşlık kompleksini içerir. Moderniteyle gelenek, bireycilikle kolektivizm ve Gesellschaft'la Gemeinschaft arasındaki sentezlerin ardında piyasa ve bürokrasinin birbirinden farklı bireyci örüntülerinden ayrılan üç hak kategorisi çerçevesinden anlaşılan yurttaşlık kompleksinin temsil ettiği bireyci örüntüyle beraber Hegel'de olduğu gibi her şeyden önce kanun ve birliklerden oluşan bir çerçeve olarak anlaşılan modern toplumsal camianın yani ulusun dayanışmacı boyutu bulunur.¹⁰⁸ Parsons'ın modernleşme sürecine dair genel görüşünün bir parçası olarak yurttaşlık, kuramsal bir çerçeveyi ve ahlaki bir yasayı temsil eden kalıp değişkenlerin Gesellschaft kanadının kurumsallaşması olarak doğan seküler bir ilkedir.¹⁰⁹ Parsons *Full Citizenship for the Negro American? A Sociological Problem* başlıklı makalesinde modern anlamda yurttaşlığı şöyle tanımlar:

*‘Burada kullanıldığı şekliyle yurttaşlık kavramı, toplumsal camia diyeceğim şeye tam üyeliği ifade eder. Bu terim, bir Gemeinschaft oluşturan, üyelerinin dayanışma veya karşılıklı sadakatinin odak noktası olan ve siyasi entegrasyonunun altında yatan rızaya dayalı temeli oluşturan bir sistem olarak toplam toplumun bu yönünü ifade eder.’*¹¹⁰

Modern toplumların entegrasyonunu yurttaşlık vasıtasıyla ele alan Parsons'a göre uygulanabilir olan bu yeni tür dayanışma modeli ilkesel olarak gönüllüdür. Parsons kendi kontrollerinin ötesinde engeller oluşturan koşullarla karşılaşan aktörlerin amaçları ve araçlarıyla bağlantılı olarak eylemlerini normatif öge olarak adlandırdığı bağlayıcı kriterle yönlendirmesi halinde toplu olarak sosyal düzeni yaratabileceklerini öne sürmüştür. *The Social System*'de (1951) herhangi bir sosyal sistemde düzene ulaşmada ortak sürecin anahtar bir rol oynadığını ortaya koyan Parsons'da

¹⁰⁷ Giuseppe **Sciortino**, 'A Single Societal Community With Full Citizenship For All': Talcott Parsons, Citizenship and Modern Society, *Journal of Classical Sociology*, 10 (3), 2010, s. 239-240.

¹⁰⁸ Jean L. **Cohen**/Andrew **Arato**, *Sivil Toplum ve Siyasal Teori*, 1. Baskı, Efil Yayınevi, Ankara 2013, s. 107, 116, 119.

¹⁰⁹ **Turner**, *Klasik Sosyoloji*, s. 223, 288.

¹¹⁰ Talcott **Parsons**, *Full Citizenship For The Negro American? A Sociological Problem*, *Daedalus*, Vol. 94, No.4, *The Negro American*, Fall, 1965, s. 1009-1010.

normalde değerlerin içselleştirilmesiyle normlar ve diğer unsurlar arasındaki bağlantının ortaya çıktığı başarılı bir kurumsallaşma eşleştiriliyor olsa da, işlevsel olarak uzmanlaşmış bir kurumsallaşma biçimi olarak sunulan yurttaşlıkta neyin içselleştirileceği açık değildir.¹¹¹

Durkheim'ın yanı sıra dolaylı bir biçimde Spencer'dan Tönnies'e kadar uzanan çeşitli klasik kuramcılarının evrimci tanımlamasından ayrılan Parsons, herhangi bir sosyal sistemin birimleri arasındaki koordinasyonunun tanımlanmasında hem mekanik dayanışmanın hem de organik dayanışmanın var olduğu varsayımıyla basit toplumların modern toplumlardan daha az karmaşık olmadığını ortaya koymaktadır. Sosyal sistemin entegrasyonunu oluşturan bu dayanışma biçimleri arasındaki yapısal farklılaşma açısından yorumlanmasını savunduğu toplumsal evrim anlayışı çerçevesinde herhangi bir sosyal entegrasyon teorisinin yeterli olması için mekanik ve organik boyutların düzenlenmesi ve uyumlu hale getirilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹¹²

Sosyal sistemler içindeki bütünleştirici işlevin geçirdiği değişimle birlikte yeni tür yurttaşlık insan kategorilerini tanımlayıcı ayrımlarla bir araya getirmenin ötesine geçmenin yolunu açarak farklılaşmış, çoğulcu modern toplumların daha kapsayıcı bütünleşmesinde normatif temel sağlayarak evrimsel bir sorunun çözümünde kilit rol oynamıştır.¹¹³ Yurttaşlık fikri, bir başka ifadeyle evrenselci değerler teması deneysel bir konu olmanın ötesinde Parsons'ın olgun sosyal düşüncesinin temel bileşenlerini şekillendirmiştir.¹¹⁴ Yurttaşlığın çoğu Batı toplumunda bile yeni ve kırılan bir başarı olduğunu bilen Parsons ortaya çıkan gerilimleri diğer toplumların çoğundan daha açık bir şekilde ele aldığını düşündüğü Amerika'nın liberal değerlerin kurumsallaştırılması konusunda sahip olduğu büyük kapasiteyi evrimsel baskılar ve modern liberal toplum tipinin içsel avantajlarının yanı sıra Hristiyan geleneği içinde aramıştır. Bireyleri Tanrı ile ilişkilerinde eşit derecede sorumlu olarak ele alan Protestanlık doktri-

¹¹¹ Lechner, s. 180-181.

¹¹² Sciortino, s. 242.

¹¹³ Lechner, s. 182.

¹¹⁴ Bryan S. Turner, Talcott Parsons, Universalism and the Educational Revolution: Democracy Versus Professionalism, *The British Journal of Sociology*, Vol. 44, No. 1, Mar. 1993, s. 1.

nine göre insanlar ancak dünyadaki metodik çalışmalarla Tanrı'yı onurlandırarak kurtuluştan emin olabilirler.Parsons'ın analizinde, bireyi daha da önemli hale getiren ve eşit kılan Hristiyan kaynaklar, çoğulcu ve demokratik bir toplum için yol göstericidir.¹¹⁵

Modern Avrupa toplumlarında yurttaş, tarihsel gelişmelerle ilişkili bir biçimde, sivil toplumun işleyiş biçimine bağlı olarak, toplumun kesitlerinin mücadele yoluyla, kademeli olarak farklı derecelerde gücü edinmesine bağlı olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁶ Thomas H. Marshall'ın 1949'da formüle ettiği anlamda yurttaş kavramı, tarihsel bir kategoridir. Marshall'ın yaklaşımı, "İngiliz anlayışı" olarak da bilinir.¹¹⁷ Avrupa toplumlarının sahip olduğu tarihsel görecilik duygusundan yoksun olan Amerika bağlamında ise yurttaş evrenseldir.¹¹⁸ Marshall'ın yaklaşımında yurttaş terimi hem hakları hem de görevleri çağrıştırmakla birlikte hak vurgusu daha barizdir.¹¹⁹ Bu nedenle bu formülasyon bir tür "pasif" yurttaşlık olarak değerlendirilebilir. Yurttaşlığın daha aktif yanından cumhuriyetçi yurttaşlık erdemleri biçiminde dolaylı olarak söz edilmektedir. Bu çerçevede, korunma hak ve taleplerinin öne çıktığı Refah Devleti söyleminden farklı olarak, sivil toplum kavramının artan dağınık etkisi ile toplumsal bağlılık, sorumluluk, katılım ve kendi kendine örgütlenme vurgulanır. Burada yurttaşlığın aktif yanı, Fransız Devrimi'ndeki ayırmadan farklı bir anlam taşımakta, toplumsal zenginliğin ve güvenin yaratıldığı yer olarak görülmektedir.¹²⁰

Marshall'ın etkili çalışmasını takip ederek, tamamlanmakla birlikte tümüyle kurumsallaşmamış olarak kabul ettiği modern anlamda yurttaşlığın yurttaşlık hakları, siyasi haklar ve bunların toplumsal ön koşulları olmak üzere temel hakları kavramlaştırırken üç bileşenden oluşan yapısal taslağını ortaya koyan Parsons'a göre hukukun özel bir bağa sahip olduğu toplumsal camiaya üye olmada koşulların eşitliğinin sağlanması, ilk defa doğal haklar doktrini ile açığa çıkan modern toplumların normlarını evrensel

115 Lechner, s. 183-184.

116 Skinner/Strath, s. 215, 217.

117 Skinner/Strath, s. 214.

118 Skinner/Strath, s. 214-215.

119 Skinner/Strath, s. 214.

120 Skinner/Strath, s. 214, 217.

değerlere dayandırma girişimine dek uzanmaktadır.¹²¹ Topluların bütünleştirici kapasitesindeki evrimsel değişimi odak noktasına koyduğu *The System of Modern Societies* kitabında Parsons şu ifadeleri kullanır:

*“Toplumsal camiaya dahil olmanın en önemli yeni temeli, demokratik devrimle yakın ilişki içinde gelişen yurttaşlık olmuştur. Yurttaşlık, güçlü bir milliyetçilik eğilimi ve hatta keskin bir tanımlayıcı aidiyet kriteri sağlayan “ırkçılık” ile etnik üyelikten ayrılabilir. Alternatif, aidiyeti evrensel terimlerle tanımlamak olmuştur; bu, kaçınılmaz olarak gönüllü “bağlılığa” atfı içermek zorundadır, ancak muhtemelen hiçbir toplumsal topluluk tamamen gönüllü bir birliktelik olamaz.”*¹²²

Benzer biçimde kökleri modern toplumların normlarını evrensel değerlere dayandırmaya yönelik teşebbüse kadar uzanan ve anayasallık ve hukukun üstünlüğünün bir uzantısı olan modern anlamda yurttaşlık kompleksi, Parsons’ın hem örgütlenme biçimi bürokrasi olan devletten hem örgütlenme biçimi piyasa olan ekonomiden farklılaşmasının üzerinde fazlasıyla durduğu toplumsal camianın üstünlüğünün kurumsallaştırılması projesi doğrultusunda vücut bulan sivil/yasal, siyasi ve toplumsal bileşenleriyle devlet gücünün kısıtlanmasını temsil ederler.¹²³

Yurttaşlık kompleksi üç hak kategorisinden oluşan bir çerçeve olarak anlaşılmalıdır. Parsons’a göre yurttaşlığın sosyal bileşenleri, üçü arasında en temel olanıdır. Parsons aslında yurttaşlığın sosyal bir bileşeni olması gerektiği fikrini yeterince benimsemez, “kaynak ve kapasitelerden” oluşan bu bileşenleri hak olarak adlandırmaktan kaçınır. Parsons “uygun asgari yaşam, sağlık hizmeti ve eğitim standartları”nın, hakların uygulanması ve eşit şekilde kullanılması için gerekli olduğunu ifade eder. Parsons fırsat eşitliğini savunmaktadır ancak toplumsal camianın devletten ve ekonomiden farklılaşması ve bu farklılaşmanın sabitlenmesi problemi dikkate alındığında bunu kuramsal olarak ikna edici bir şekilde yapamadığı görülür. Parsons’a göre “yurttaş”la herhangi bir yurttaşlık kompleksine ait olmayan refah “müşterisi” rolü arasında bir paralellik yoktur. Siyasi ve medeni haklarda olduğu gibi yurttaşlık kompleksinin diğer kısımlarıyla bir örtüşmeden bahsetmeyen Parsons hem hakların hem de katılım biçimleri-

¹²¹ Cohen/Arato, s. 117, 296; Cotterrell, s. 122.

¹²² Talcott Parsons, *The System of Modern Societies*, New Jersey: Prentice Hall, Inc., Englewood Cliffs, 1971, s. 92-93.

¹²³ Cohen/Arato, s. 117-119.

nin işlevsel gerekliliğini kabul etmek istemez. Toplumsal camianın özerkliğinin, üyelerinin gerçekçi fırsatlar için zaruri olan kaynak ve kapasitelerine bağlı olduğu savunulabilir. Ancak toplumsal camia ile devletin birbirinden farklılaşması ve bu farklılaşmanın sabitlenmesi konusunun bu iddia ile ilgisi yoktur. Söz konusu olan yalnızca toplumsal camia ve yönetim biçimi arasındaki farklılaşmanın sabitlenmesidir. Fakat modern devlet kadar modern kapitalist ekonomi düzeni de söz konusu özerklik karşısında tehlike taşımaktadır. Toplumsal camia kuramı, kapitalist iktisadiyatçılık ve sosyalist devletçilik olarak tanımlanabilecek alternatiflerin ötesine geçen bir modeli hedefliyor olsa da, müşteri rolüyle sosyal bileşeni ilişkilendirir ve mevcut kapitalist pratikleri işlevsel zaruret seviyesine yükseltir.¹²⁴

Parsons'un toplumsal camianın artan kapasitesini açıklarken tam katılım sürecine ekonomik faktörlerin katkısının yanı sıra asıl vurguladığı güç kültürel değişimlerdir.¹²⁵ Genelleştirilmiş bir yurttaşlık kompleksi, görünüşte, bireyin belirli tanımlayıcı özellikleri ya da rolü ile kazanılmış rolü olan tam üyelik statüsü arasındaki tutarlılığın sonunu ima ediyor olsa da böylesine soyut bir üyelik kavramı yeterince soyut değildir. Yurttaşların üyeliklerinin görev ve hakları açısından eşit olduğu varsayılmakla birlikte genelleştirilmiş bir üyelik tanımı maddi ve sembolik dışlama ile oldukça uzun bir süre bir arada var olabilir. Yurttaşlık kavramlarını belirli tarihsel dönemlerde geliştiren gerçek Batı toplumlarında görüldüğü gibi yasal statü olarak yurttaşlık, ekonomik fırsatlara erişim, kültürel tanınma, siyasi ses ile ilgili ayrımcılıkla birlikte var olabilir. Ana akım gruplarının belirli kültürel vizyonlarına göre kodlanmış tam üyelik şartlarına uyamayanlar genellikle üyeliğin çevresine sürülür.¹²⁶ 1960'ların ortalarında Birleşik Devletler'deki sivil haklar hareketinin etkisi altında yazdığı denemelerin merkezinde yer alan gruba özgü, etkileşimsel bir şemadan yararlanarak Parsons yurttaşlık ile "tam yurttaşlık" arasındaki fark ve ikinci sınıf statünün azaldığı veya ortadan kalktığı süreçler üzerine odaklanır ve çağdaş siyasi aidiyet vizyonları için bile oldukça yenilikçi olan bir yurttaşlık modeli sunar. Yapısal farklılaşma sürecinin gelişimini ele almanın bir toplumsal topluluğun daha önce marjinalize edilmiş üyelerinin tam anlamıyla katılımcılar haline gelmesine ilişkin kapsayıcı bir süreci anlamada tek başına yeterli olmayacağını gören Parsons herhangi bir dahil etme sürecinin

¹²⁴ Cohen/Arato, s. 116, 118-119, 122.

¹²⁵ Kivisto, s. 291-292.

¹²⁶ Sciortino, s. 249-250.

kapsayıcılık talebi ve arzının varlığını gerektirdiğini savunur. Dışlanan grubun ‘üyelik nitelikleri’ ile katılımlarını uygulanabilir kılan yapısal koşullar arasındaki bölünmeyi kesme konusunda önemli rol oynayan kolektif eylem olarak tanımlanan dahil etme talebi, Parsons’ın başarılı olmasını kritik değişkenlerin ilişkisel olması şartına bağladığı sosyal hareketin geliştirilmesini gerektirir. Ekonomik kaynaklar, politik güç, normatif koruma veya değer taahhüdü gibi organik dayanışmayı normatif olarak arzu edilir kılan ve sosyal bir gerçek haline getiren arz tarafındaki tüm sosyal ve kültürel unsurların tarihsel olarak özgül ilişkisel bileşimine işaret eden Parsons talep tarafında yerleşik sosyal kimlik sistemine meydan okuyabilen sosyal hareketlerin izlediği stratejilerin kapsayıcılık iddialarının sosyal kabulü açısından her iki kutupta da destekçilerin ve düşmanların olması yönünde sonuçları olduğunu belirtir.¹²⁷ Dahil etmenin etnik kimliklerin veya grupların ortadan kalkmasını gerektirmediğini ortaya koyan Parsons etnik çatışma ve marjinalleşme gibi bölücü olası sonuçların önüne geçilmesi için dayanışmanın esas temeli olarak paylaşılan yurttaşlık duygusunun yeterince güçlü olması gerektiğini savunmuştur.¹²⁸ Parsons’ın geniş teorik çerçevesinin sunduğu yurttaşlık görüşünün yenilikçi yanlarından biri onun modernleşmeyi etnik kimliklerin ve bağlılıkların yapısal rollerinde değişiklik getiren bir süreç olarak görmesidir.¹²⁹ ‘Çokkültürlü toplum’u Amerikan demokrasisinin doğurduğunu savunan Parsons’ın aksine Schnapper toplumsal yaşamın birçok etnik topluluğu içermesini ulusun tanımına bağlı kalarak açıklar. Schnapper’a göre tarihsel bir oluşumun ürünü olarak doğal bir şekilde yaşanan diğer mensubiyetleri etnik olarak yorumlayan ulus çeşitli topluluklardan meydana gelir ve bu nedenle 1970-1980 yıllarından bu yana Batı demokrasilerinde tartışılan çokkültürlülük yurttaşlık teorisyenlerinin savunduğunun aksine Batı uluslarının yeni bir özelliği olarak sonradan doğmamıştır. Max Weber gibi toplumbilimin bir toplumsal eylem bilimi olduğunu kabul eden Parsonsçu düşüncenin toplumsal camianın iç bütünleşme süreci söz konusu olduğunda bireylerin doğdukları anda sahip oldukları yurttaşlık örneği istisnai bir durum olarak

¹²⁷ Sciortino, s. 250-251.

¹²⁸ Kivisto, s. 291.

¹²⁹ Sciortino, s. 245.

değerlendirilir. Çünkü, söz konusu anlayışa göre ekonomik şartların bireyler tarafından içselleştirilmeleri modern toplumlarda edinilmiş görev ve statülerin artışıyla neticelenir.¹³⁰

Parsons ilerici siyasi değişimler denilebilecek türdeki değerlerin çoğulluğunu, Marshall'ın etkisinde kalarak ele aldığı Amerikalı siyahiler için tam yurttaşlık haklarını, modern yurttaşlık biçimlerini kabul etmekte, ırkçılık gibi ayrımcılık biçimleri nedeniyle beliren iç savaş tehlikesi karşısında toplumsal dayanışmanın sağlanmasında yurttaşlık normlarının kurumsallaşmasının önemli olduğunu düşünmektedir. Alman ve İtalyan faşizmine, Stalinizme ve Komünizme karşı savaş sonrası yeniden inşa döneminde ilerici toplumsal evrimin bir örneği olarak oynadığı rolle modernleşme sürecinin zirvesi saydığı Amerikan uygarlığını savunan Parsons Turner'a göre nostalji karşıtı tavrıyla modernitenin bir kuramcısı, öncüsü ve Amerikan toplumundaki ırk ilişkileri meselesine yaklaşımından da anlaşılacağı üzere bir Yeni Düzen liberalidir.¹³¹

Kendi toplumunda gerçekleştirilen liberal geleneğin yaşayabilirliğine inanan Parsons liberal geleneğin sınırlarının ötesine uzanmasa da tüm kurumların kendi özel şartlarına göre faaliyet gösterdiği kendi içinde rasyoneleştirilmiş bir toplumun gerçekliğine uyarlanır şekilde yurttaşlığı ele alır ve Durkheimci bağlayıcı sembollerden ve Weberci bir Protestan değerleri ve rasyonalizasyon görüşünden esinlenerek çalışmasında küresel etkiye sahip olan olası bir yurttaşlık modeli gösterir.¹³²

SONUÇ

Siyaset ve ekonominin küreselleşme ve dünya ölçeğindeki kapitalizmle birlikte kamusal yurttaşlık kültüründen koparılmasının beraberinde örgütlenmesi, yurttaş kavramına dayanan modern toplumların karşı karşıya kaldığı gelişmelerin ulus devleti aşındırması ve yurttaşlığı muğlaklaştırması dayanışma ve toplumsal bütünleşme konusunu daha da önemli hale getirmektedir. Toplumu kendi kendini idame ettiren bir sistem olarak gören işlevselci sosyolojide sosyal kurumlar ve uygulamalar, sosyal bütünü sürdürülmesine katkıları yönüyle ele alınır. Modern toplumla ilgilenen gerek Durkheim gerekse Parsons için önemli olan toplumsal düzenin

¹³⁰ **Schnapper**, Yurttaşlar Cemaati Modern Ulus Fikrine Dair, s. 44, 108, 183.

¹³¹ **Turner**, Klasik Sosyoloji, s. 223, 283, 285-289.

¹³² **Lechner**, s. 179-180.

koşulları ve sosyal dengenin nasıl korunduğudur. Durkheim çağdaş yurttaşlığın kavramsallaştırılmasında temel olarak önemini sürdürmektedir. Westphalia düzeni uluslararası siyasette çökmüş, modern demokrasi kavramının üzerine inşa edildiği temsili yönetim sistemi aşınmıştır. Bu gelişmeler toplumsal bütünleşme düzeninde değişim yaratmaktadır. Yurttaşlık kavramına ilişkin doğan karmaşada Durkheim ve Parsons'ın düşünceleri modern toplumda dayanışmanın oluşturulmasına ve toplumsal bütünleşmeye ilişkin anlayışımıza katkı sağlayabilir. Parsons'ın temel bütünleştirici mekanizma olarak yurttaşlık merkezli görece kapsayıcı bir sosyal düzene ulaşmanın yoluna dair fikirleri küreselleşme ve çokkültürlülüğün beraberinde getirdiği sorunlara çözüm üretmede başvuru kaynağı olmayı sürdürmektedir. Parsons liberal değerlerin temel bir unsur olması yönünde şekillenen yirminci yüzyılın sonunda dünyada büyük bir toplumsal modernleşme olan küreselleşme ile birlikte etnik, dinsel ve kültürel kimliklerin ve bağlılıkların yapısal rollerinde gerçekleşen değişimi modern demokratik yurttaşlığı geliştiren ve güçlendiren bir faktör olarak görür. Parsons'ın kültürel çoğulculukla kurduğu bağlantı toplumların inşasında yurttaşlığın önemini ortaya koymasına bakımından önem taşır.

KAYNAKÇA

- Allan**, Kenneth. Çağdaş Sosyal ve Sosyolojik Teori. 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2020.
- Aristoteles**. Politika. Remzi Kitabevi Yayınları, İstanbul 1975.
- Aybay**, Rona/**Özbek**, Nimet. Vatandaşlık Hukuku. 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.
- Balibar**, Etienne. Yurttaşlık. MonoKL Yayınları, İstanbul 2016.
- Berger**, Arthur Asa. Kültür Eleştirisi Kültürel Kavramlara Giriş. 2. Baskı, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Bookchin**, Murray. Kentsiz Kentleşme Yurttaşlığın Yükselişi ve Çöküşü. 2. Baskı, Sümer Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Brubaker**, Rogers. Fransa ve Almanya’da Vatandaşlık ve Ulus Ruhu. Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2009.
- Burger**, Thomas. Talcott Parsons, the Problem of Order in Society and the Program of an Analytical Sociology. American Journal of Sociology. Vol. 83, No. 2, Sep. 1977, s. 320- 339.
- Coenen-Huther**, Jacques. Durkheim’ı Anlamak. İletişim Yayınları, İstanbul 2013.
- Cohen**, Jean L./**Arato**, Andrew. Sivil Toplum ve Siyasal Teori. 1. Basım, Efil Yayınevi, Ankara 2013.
- Cotterrell**, Roger. Hukuk Sosyolojisi. 1. Basım, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Deflem**, Mathieu. Hukuk Sosyolojisi. 1. Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2019.
- Doytcheva**, Milena. Çokkültürlülük. 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2016.
- Durkheim**, Emile. Sosyoloji Dersleri. 5. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2016.
- Ehrenberg**, John. Sivil Toplum Bir Fikrin Eleştirel Tarihi. 1. Baskı, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2022.
- Giddens**, Anthony. Siyaset, Sosyoloji ve Toplumsal Teori. 6. Basım, Metis Yayınları, İstanbul 2020.

Gülalp, Haldun. Laiklik, Vatandaşlık Demokrasi. Metis Yayınları, İstanbul 2018.

Gülalp, Haldun. Vatandaşlık ve Etnik Çatışma. 2. Basım, Metis Yayınları, İstanbul 2015.

Heater, Derek. Yurttaşlığın Kısa Tarihi. 1. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2007.

Jansen, Th./**Chioncel**, N./**Dekkers**, H.. Social Cohesion and Integration: Learning Active Citizenship. British Journal of Sociology of Education. Vol. 27, No. 2, Apr. 2006, s. 189-205.

Kadioğlu, Ayşe. Vatandaşlığın Dönüşümü Üyelikten Haklara. 2. Basım, Metis Yayınları, İstanbul 2012.

Kivisto, Peter. Parsons and Beyond. Acta Sociologica. Vol. 47, No. 3, Sep. 2004, s. 291-297.

Kongar, Emre. Toplumsal Değişme Kuramları ve Türkiye Gerçeği. 20. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul 2017.

Kuçuradi, İoanna/**Peker**, Bülent. İnsan Hakları. 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2004.

Kymlicka, Will. Çokkültürlü Yurttaşlık. 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015.

Leca, Jean. Uluslar Ve Milliyetçilikler. Metis Yayınları, İstanbul 1998.

Lechner, Frank J. Parsons on Citizenship. Citizenship Studies. Vol. 2, No.2, 1998, s. 179- 196.

Marshall T. H./Bottomore T. Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar. Gündoğan Yayınları, Ankara 2000.

Neocleous, Mark. Sivil Toplumunu Yönetmek. 1. Baskı, Nota Bene Yayınları, Ankara 2013.

Öktem, Niyazi/**Türkbağ**, Ahmet Ulvi. Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet. 5. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2012.

Özbudun, Sibel/**Şafak**, Balkı/**Altuntek**, N. Serpil. Antropoloji. 5. Baskı, Dipnot Yayınları, Ankara 2016.

Özcan, Mehmet Tefvik. Hukuk Sosyolojisine Giriş. 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

Özcan, Mehmet Tefvik. Modern Toplum ve Hukuk Devleti. 2. Baskı, TeKin Yayınevi, İstanbul 2017.

Özenç, Berke. Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi. 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2014.

Öztürk, Armağan. Cumhuriyetçilik ve Liberalizm. 1. Baskı, Doruk Yayıncılık, İstanbul 2016.

Parsons, Talcott. Full Citizenship for the Negro American? A Sociological Problem. The MIT Press on behalf of American Academy of Arts & Sciences Daedalus. Vol. 94, No. 4, The Negro American, Fall, 1965, s. 1009- 1054.

Parsons, Talcott. The System of Modern Societies. New Jersey: Prentice Hall, Inc., Englewood Cliffs, 1971.

Poggi, Gianfranco. Modern Devletin Gelişimi Sosyolojik Bir Yaklaşım. 9. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2019.

Prager, Jeffrey. Moral Integration and Political Inclusion: A Comparison of Durkheim's and Weber's Theories of Democracy. Oxford University Press, Social Forces, Vol. 59, No. 4, Special Issue, Jun. 1981, s. 918-950.

Ritzer, George/**Stepnisky**, Jeffery. Modern Sosyoloji Kuramları. 2. Baskı, De Ki Basım Yayımları Ltd. Şti., Ankara 2018.

Sarıbay, Ali Yaşar. Siyasal Sosyoloji. 1. Basım, Gündoğan Yayınları, Ankara 1992.

Schnapper, Dominique. Sosyoloji Düşüncesinin Özünde Öteki İle İlişki. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.

Schnapper, Dominique. Yurttaşlar Cemaati Modern Ulus Fikrine Dair. Kesit Yayıncılık, İstanbul 1995.

Sciortino, Giuseppe. 'A Single Societal Community With Full Citizenship For All' : Talcott Parsons, Citizenship and Modern Society. Journal of Classical Sociology. 10 (3), 2010, s. 239-258.

Skinner, Quentin/**Strath**, Bo. Devletler ve Yurttaşlar. 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2011.

Swingewood, Alan. Sosyolojik Düşüncenin Kısa Tarihi. 4. Basım, Agora Kitaplığı, İstanbul 2014.

Touraine, Alain. Demokrasi Nedir?. 7. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2019.

Touraine, Alain. Eşitliklerimiz ve Farklılıklarımızla Birlikte Yaşayabilecek miyiz?. 5. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2017.

Touraine, Alain. Modernliğin Eleştirisi. 4. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002.

Turner, Bryan S.. Klasik Sosyoloji. 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2015.

Turner, Bryan S./**Rojek** Chris. Toplum ve Kültür. 1. Baskı, İslık Yayınları, İstanbul 2019.

Turner, Bryan S.. Sosyoloji Sözlüğü. 1. Basım, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2020.

Turner, Bryan S.. Talcott Parsons, Universalism and the Educational Revolution: Democracy versus Professionalism. *The British Journal of Sociology*. Vol. 44, No. 1, Mar. 1993, s. 1-24.

Üstel, Füsun. Yurttaşlık ve Demokrasi. 1. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 1999.

Wallace, Ruth A./**Wolf**, Alison. Çağdaş Sosyoloji Kuramları Klasik Geleniğin Geliştirilmesi. 7. Baskı, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2018.

Wood, Ellen Meiksins. Yurttaşlardan Lordlara Eskiçağdan Ortaçağa Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi. 3. Basım, Yordam Kitap, İstanbul 2017.

Yoldaş, Yunus. Sistem Kuramı. 3. Basım, Derin Yayınları, İstanbul 2013.



1924 Anayasasında Anayasanın Üstünlüğü İlkesi: Sınırlamayan Sınırlar

The Principle of Constitutional Supremacy in 1924 Constitution:
Ineffective Borders

Av. Abidin Kadir İNCE*

ÖZ

1924 Anayasası'nın yapımına hakim olan temel ilke, Milli Mücadele yıllarında da benimsenmiş olan parlamentonun üstünlüğü ilkesi olmuştur. Bununla birlikte, anayasanın 103. maddesinde anayasanın üstünlüğü ilkesine de yer verilmiştir. Bu maddeyle birlikte anayasanın hiçbir maddesinin işlerlikten alıkonamayacağı ve hiçbir kanunun anayasaya aykırı olamayacağı ifade edilmiştir. Anayasayı yapan kurucu iktidar, anayasanın üstünlüğünün denetlenmesi hususunda yargı organlarını yetkili kılmayarak bu konunun siyasi organlar tarafından denetlenmesini kabul etmiştir. Ancak, kurucu iktidar tarafından benimsenen siyasi denetim modeli, anayasal denetimin etkin bir şekilde gerçekleşmesine elverişli bir yapıya sahip değildir. Anayasanın üstünlüğü ilkesinin bu şekilde etkin bir denetim mekanizmasına bağlanamayışının sonucu olarak 1924 Anayasası, devlet iktidarını sınırlayabilmekten yoksun bir niteliğe sahip olmuştur. Bu çalışmada ise

* Amasya Barosu.

E-posta: abidinkadirince@gmail.com. ORCID: 0000-0002-7673-3222.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 15.04.2022 / Kabul/Accepted: 05.06.2022.

Atıf/Cite as: Abidin Kadir İnce, "1924 Anayasasında Anayasanın Üstünlüğü İlkesi: Sınırlamayan Sınırlar", EBYÜ-HFD, C. 26, S. 1, Haziran 2022, (233-290).

1924 Anayasası'nın kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi konusunda yargısal denetim modelini benimsemediği ve benimsenen siyasi denetim modelinin ise etkin bir denetim modeli olmadığı gösterilmeye çalışılmıştır. Ayrıca, bu durumun 1924 Anayasasının niteliği üzerinde yarattığı etki de incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: 1924 Anayasası, Parlatentonun Üstünlüğü İlkesi, Anayasasının Üstünlüğü İlkesi, Anayasal Denetim, Anayasalcılık.

ABSTRACT

The basic principle that dominated the making of 1924 Constitution was the principle of parliamentary supremacy, which was also adopted during the years of the national struggle. At the same time, the principle of constitutional supremacy was also included in article 103 of the constitution. With this article, it has been stated that no article of the constitution can be prevented from functioning and no law can be unconstitutional. The constituent power that made the constitution did not authorize the judicial organs to review the constitutional supremacy, and accepted that this issue be reviewed by the political organs. However, the political review model adopted by the constituent power did not have a conducive structure for effective constitutional review. As a result of the inability of the principle of constitutional supremacy to be connected to an effective review mechanism in this way, 1924 Constitution had lack of the ability to limit the state power. In this study, it has been tried to show that 1924 Constitution did not adopt the judicial review model for the constitutional review of laws and the adopted political review model was not an effective review model. In addition, the effect of this situation on the quality of 1924 Constitution was also examined.

Keywords: 1924 Constitution, The Principle of Parliamentary Supremacy, The Principle of Constitutional Supremacy, Constitutional Review, Constitutionalism.

GİRİŞ

Bir hukuk kuralını din, ahlak ve görgü gibi diğer beşeri davranış kurallarından ayıran ve aynı zamanda hukuk kuralının en temel özelliklerinden biri olan unsur, devletin yetkili organları tarafından uygulanacak bir

yaptırıma bağlanmış olmasıdır¹. Hukuk kurallarına uymayan kişiler devletin cebri yüzüyle veya bir diğer deyişle zorlama gücüyle karşı karşıya kalır. Bu nedenle yaptırım tehdidi, hukuk kurallarına uyma noktasında en caydırıcı etmendir. Yaptırıma bağlanmamış bir kuralın, hukuk kuralı olup olmadığı öğretide tartışmalı olmakla birlikte² bu türdeki kuralların hukuk kuralı olduğu kabul edilse dahi yaptırıma bağlanmamış olmalarının kuralın uygulamadaki etkinliğini zedeleyeceğine şüphe yoktur³. Bununla beraber, bir hukuk kuralı yaptırıma bağlanmış olsa dahi kurala uyulup uyulmadığının etkin bir şekilde denetlenmemesi halinde de hukuk kuralının etkinliği zarar görecektir. Kısacası, bir hukuk kuralının yaptırıma bağlanmaması veya yaptırıma bağlandığı halde etkin bir denetim mekanizması kurulmaması uygulama açısından benzer sonuçlar doğurmaktadır. Her iki durum da hukuk kuralının etkin bir şekilde uygulanmasına engel olmaktadır. Bu nedenle bu türdeki düzenlemeler uygulayıcının inisiyatifine kalmış bir temenniye ifade eder hale gelmektedir. Söz konusu niteliğe sahip anayasa kuralları ise hukuki önemini kaybederek iktidarın siyasi meşruiyetinin seçmenler nezdinde denetlenmesine yarayabilecek veya devlet iktidarına yol gösterebilecek program ilkeler haline dönüşmektedir.

Makalemizin konusu olan ve anayasanın üstünlüğü ilkesini düzenleyen 1924 Anayasası'nın 103. maddesi de anlatmış olduğumuz nedenlerden ötürü, eksik düzenlenmiş yapısıyla anayasanın üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesi noktasında sorun yaratmıştır. 103. maddenin yaptırıma bağlanmaması ve etkin bir denetim mekanizmasına sahip olmayışı, anayasanın üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesine engel olmuştur. Bu iddianın kanıtlanması çalışmamızın temel amacıdır. Bu doğrultuda, makalemizin ilk bölümünde anayasal denetim, anayasanın üstünlüğü ilkesi gibi makalemiz açısından önemli olan temel kavramlar tanımlanmaktadır. Daha sonra ikinci bölümde, 1924 Anayasası döneminde yargı organları tarafından anayasal denetim yapılıp yapılamayacağı sorunu incelenmiştir.

¹ Kemal **Gözler**, *Hukuka Giriş*, 13. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2016, s. 33-34; Ömer **Anayurt**, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 37-38; Adnan **Güriz**, *Hukuk Başlangıcı*, 12. Baskı, Siyasal Yayınevi, Ankara 2009, s. 18

² Yaptırımsız hukuk kuralları sorunu hakkında detaylı bilgi için bakınız: Kemal **Gözler**, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, (Baskı Sayısı Belirtilmemiş), US-A Yayınevi, Ankara 1998, s. 47-51; **Gözler**, *Hukuka Giriş*, s. 366-370.

³ **Hukuk-ı Esasi Muallimi Midhat**, “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’na Münafi Ahkamı İhtiva Eden Kavanin Hakkında Kazai Murakabe Meselesi”, *Çeviriyazı: Kerim Akar, Yasama Dergisi*, S. 43, 2021, s. 115.

Bu sorun o dönemde öğretilerde ve içtihatlarında tartışma yaratan bir konu olmuştur. Tarafların argümanları çerçevesinde konu değerlendirilmiş ve 1924 Anayasası'nın anayasal denetim konusunda yargı organlarını yetkilendirmediği sonucuna ulaşılmıştır. Ardından üçüncü bölümde, 1924 Anayasası dönemindeki anayasal denetim mekanizmaları ve bunların etkinliği incelenmiştir. İncelememiz sonucunda 1924 Anayasası tarafından benimsenen siyasi denetim modelinin anayasanın üstünlüğünü sağlamaya elverişli bir yapıda olmadığı görülmüştür. Son bölüm olan dördüncü bölümde ise tüm bunların bir sonucu olarak 1924 Anayasası ontolojik açıdan değerlendirilmiştir. Anayasa'nın 103. maddesinde her ne kadar hiçbir kanunun anayasaya aykırı olamayacağı ifade edilmiş olsa da kanunların anayasaya uygunluğunun etkin bir denetim mekanizmasından mahrum oluşu, anayasa hükümlerinin yasama organı için bir sınırlama ifade etmesine engel olmuştur. 1924 Anayasası hükümlerinin anayasal denetimde ölçü norm olarak kullanılmaya uygun olmayan yapısı da dikkate alındığında 1924 Anayasası'nın devlet iktidarını sınırlamaya elverişli bir yapıya sahip olmadığı veya bir diğer deyişle ontolojik açıdan sahte bir anayasa olduğu sonucuna varılmıştır.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Hukuk biliminde kavramların farklı yazarlar tarafından farklı şekillerde tanımlanması sebebiyle makalemizde kullanmış olduğumuz bazı temel kavramlara ilişkin açıklama yapma gereği doğmaktadır. Bu nedenle bu bölümde bazı kavramlar tanımlanmaya çalışılmıştır.

A. Anayasalcılık Fikri ve Anayasalar

Kişileri devlet iktidarının sahip olduğu büyük güçten korumaya yönelik olarak ilkçağlardan bu yana birçok fikir ileri sürülmüştür⁴. Devlet iktidarını sınırlayarak kişileri devletin keyfi davranışlarından korumaya yönelik bu fikirler, modern anlamda devletlerin doğuşundan itibaren siyase-

4 Recai G. Okandan, "Devlet İktidarının Tahdidi ve Bu Hususta İleri Sürülen Muhtelif Noktai Nazarlar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 17, S. 1-2, 1951, s. 3-4; İlhan Arsel, "Asayiş-Anarşi-Despotizm veya İktidar ile Hürriyet Arası Denge", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, 1972, s. 77-79; Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 8. Baskı, Siyasal Yayınevi, Ankara 2010, s. 6-8.

tin en önemli sorunlarından biri haline gelmiş ve bu sorun sistematik olarak incelenmeye başlanmıştır⁵. Locke ve Montesquieu bu alandaki öncü isimlerden olmuştur⁶.

Aydınlanma felsefesiyle birlikte insanın özerk bir varlık olduğunun kabul edilişi ise insan üzerindeki başta dini ve siyasi olmak üzere her türlü vesayetin sorgulanmasına ve kişi özgürlüklerine dayalı siyasi düzen arayışlarına sebebiyet vermiştir⁷. Anayasalcılık ilkesini de bu arayışın bir sonucu olarak görmek mümkündür. Liberal ideoloji geleneğinin bir parçası olan anayasalcılık ilkesi, sınırlı devlet idealinin gerçekleşmesi ve keyfi devlet idaresinin önlenmesi için gerekli ilkeler bütününe ifade etmektedir⁸. Bu nedenle geniş anlamda anayasalcılık ilkesi, bir ilkeler demetine adını veren şemsiye bir kavramdır. Anayasanın üstünlüğü ilkesi, kuvvetler ayrılığı ilkesi, çift meclis sistemi, federalizm, anayasa yargısı ve sair hususlar insan haklarıyla sınırlı devlet idealinin gerçekleşmesine yönelik olarak ileri sürülen çeşitli ilke ve mekanizmalardır⁹. Anayasalcılık ilkesi dar

-
- 5 **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 5-6; **Okandan**, Devlet İktidarının Tahdidi ve Bu Hususta İleri Sürülen Muhtelif Noktai Nazarlar, s. 5.
Devlet iktidarının sınırlanmasının mahiyetine ilişkin çeşitli görüşler için bakınız: **Okandan**, Devlet İktidarının Tahdidi ve Bu Hususta İleri Sürülen Muhtelif Noktai Nazarlar, s. 6-23.
Anayasal devlet fikrinin sosyolojik temelleri hakkında bilgi için bakınız: Mustafa **Çapa**, “Anayasal Devletin Ortaya Çıkışının Sosyo-Ekonomik Temelleri ve Anayasal Devlette Toplumsal Azınlıklar”, Sosyal Bilimler Dergisi, C. 3, S. 2, 2018, s. 25-41.
- 6 Atilla **Yayla**, “Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler”, Liberal Düşünce Dergisi, S. 66, 2012, s. 14; **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 10.
- 7 Tzvetan **Todorov**, Aydınlanma Zihniyeti, Çeviren Nüvit Bingöl, 1. Baskı, BGST Yayınevi, İstanbul 2019, s. 9-16; Kasım **Küçükalp**/Ahmet **Cevzici**, Batı Düşüncesi: Felsefi Temeller, 5. Baskı, İSAM Yayınevi, Ankara 2018, s. 144-151.
- 8 Fuat **Gökçe**/Elif **Dölek**, “Anayasa Yargısı ve Demokrasi”, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 5, S. 6, 2018, s. 127; Mehmet **Turhan**, “Anayasacılık Açısından Çoğunluk İlkesi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 1, 1995, s. 408; Atilla **Yayla**, “Anayasa ve Devletin Sınırlanması”, Liberal Düşünce Dergisi, S. 66, 2012, s. 10; **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 6; **Yayla**, Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler, s. 13-14.
- 9 **Turhan**, Anayasacılık Açısından Çoğunluk İlkesi, s. 408; **Yayla**, Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler, s. 14.

anlamda ise devlet iktidarının yazılı bir anayasa ile sınırlanması gerekliliğini ifade etmektedir¹⁰.

Anayasaların öğretide birçok farklı şekilde tanımlanıyor olması sebebiyle anayasa kavramı ile kastettiğimizin biçimsel anlamda anayasa olduğunu belirtmemiz gerekir. Yazılı bir anayasa ancak normlar hiyerarşisinin en tepesinde bulunduğu ve değiştirilmesi kanunlardan daha zor şartlara bağlandığı takdirde devlet iktidarını sınırlayabilir ki bu iki özellik aynı zamanda biçimsel anayasa tanımının da iki asli özelliğidir¹¹. Biçimsel anlamda anayasa kavramının karşıtı olarak maddi anlamda anayasa anlayışı bulunmaktadır. Maddi anlamda anayasa anlayışına göre devlet iktidarını veya temel hakları düzenlemesi şartıyla yazılı olmasa dahi her kural maddi anlamda anayasadır¹². Örneğin, bu anlayışa göre kanun seviyesinde olsa dahi devlet iktidarını veya temel hakları düzenleyen bir hukuk kuralı (örneğin milletvekili seçim kanunu) maddi anlamda anayasayken; anayasada düzenlenmiş olmasına rağmen bir hukuk kuralı devlet iktidarını veya temel hakları düzenlemiyorsa (örneğin ormanlara ilişkin bir düzenleme) maddi anlamda anayasa değildir. Biçimsel anlamda anayasa anlayışına göre ise devlet iktidarına veya temel haklara ilişkin olsun ya da olmasın anayasada bulunan her hüküm biçimsel anlamda anayasadır.

Anayasalara ilişkin bir diğer tanımlama türü anayasanın değiştirilme koşullarını esas alan katı ve yumuşak anayasa ayrımıdır¹³. Katı anayasalar, değiştirilme şartlarının kanunların değiştirilme şekline daha zor olduğu anayasa türüdür¹⁴. Örneğin meclis, toplantıda bulunan üyelerin salt çoğunluğuyla kanun çıkarabilirken; anayasa değişikliği ancak meclis üye tam sayısının üçte ikisinin oyuyla gerçekleştirilebiliyorsa ortada katı bir anayasa bulunuyor demektir. Vermiş olduğumuz örnek dışında anayasa-

¹⁰ Kemal **Gözler**, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. 1, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2020, s. 145.

¹¹ **Gözler**, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. 1, s. 118; Ömer **Anayurt**, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 98-99; İbrahim **Kaboğlu**, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 12. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2017, s. 10.

¹² **Anayurt**, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, s. 96-98; **Erdoğan**, *Anayasal Demokrasi*, s. 63; **Gözler**, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. 1, s. 118; **Kaboğlu**, s. 10.

¹³ **Erdoğan**, *Anayasal Demokrasi*, s. 55; Mehmet **Turhan**, "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 33, S. 1, 1976, s. 66.

¹⁴ **Erdoğan**, *Anayasal Demokrasi*, s. 56; **Turhan**, *Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri*, s. 66; **Kaboğlu**, s. 11.

ların katılımını sağlamanın birçok farklı yolu bulunmaktadır. Anayasa değişiklikleri için referandum yapılmasının şart olması, anayasada değiştirilemez maddelerin bulunması, olağanüstü dönemlerde anayasaların değiştirilmesinin yasaklanması gibi hususlar anayasanın katılımını sağlayan diğer unsurlardır¹⁵. Yumuşak anayasalar ise katı anayasaların aksine değiştirilme şekillerinin adı kanunlardan farklı bir usule bağlanmamış olduğu anayasalardır¹⁶. Örneğin toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla kanun çıkarılabileceği gibi anayasa değişikliği de yapılabiliriyorsa söz konusu anayasa yumuşak bir anayasadır.

Bu konuda değinecek olduğumuz son ayırım ise yazılı ve yazısız anayasa ayırımıdır¹⁷. İsimlerinden de anlaşıldığı üzere yazılı anayasalar, anayasal kuralların anayasa adı altındaki belgelerde toplandığı sistemleri ifade ederken yazısız anayasalarda anayasal kurallar yazıya dökülmemiştir¹⁸. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nin yazılı bir anayasası varken İngiltere'nin yazılı bir anayasası bulunmamaktadır.

Biçimsel anlamda anayasa olmanın iki temel şartını sağlamaması nedeniyle yumuşak veya yazısız olan anayasaların gerçek anlamda birer anayasa olduğundan bahsedebilmek mümkün değildir çünkü söz konusu türdeki anayasalar devlet iktidarını sınırlayabilme gücünden mahrumdur. Bu nedenle çalışmamız boyunca aksini belirtmediğimiz sürece anayasa kavramını biçimsel anlamıyla kullanacağız.

B. Anayasal Denetim ve Şartları

Hukuk kurallarının, normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunan anayasaya uygunluğunun denetlenmesi anlamına gelen anayasal denetim¹⁹,

¹⁵ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 130-134; **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 56-57.

¹⁶ **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 55; **Turhan**, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, s. 66; **Kaboğlu**, s. 11.

¹⁷ **Turhan**, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, s. 65-66; **Yayla**, Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler, s. 15.

¹⁸ **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 57-60; **Turhan**, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, s. 65; **Kaboğlu**, s. 12.

¹⁹ Hans **Kelsen**, "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)", Çeviren Yasin Sönmez, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 64, S. 3, 2015, s. 863; Alp **Kuran**, "Anayasanın Üstünlüğü ve Siyasi Rejimler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 24, S. 1-2, 1959, s. 26; **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 84.

anayasanın etkinliğini sağlayabilmenin başlıca yollarından birisidir²⁰. Anayasal denetim sayesinde ki anayasada düzenlenmiş olan temel haklarla sınırlı devlet iktidarı gerçekleştirilmektedir²¹. Anayasaya üstünlük tanınmasının nedeni anayasada tanınan değerlere aykırı işlemlerde bulunulmasını önlemekse²² doğal olarak bu durum anayasaya aykırı işlemlerin tespit edilip iptal edilmesini sağlayabilecek bir denetimi gerektirmektedir²³. Bir başka deyişle, anayasa yapımının bir abesle iştigal olmaması için anayasanın üstünlüğünün denetleniyor olması gerekmektedir. Bu nedenle anayasal denetimin anayasanın üstünlüğü ilkesinin mantıklı bir sonucu olduğunu ifade edebiliriz²⁴. Nasıl ki bir hukuk kuralının yapılmış olması toplumsal düzenin sağlanabilmesi için tek başına yeterli olmuyor ve polisiye, ordusuyla, mahkemesiyle kurala uymayanları cezalandırmak üzere bir yaptırım mekanizması kurulması gerekiyorsa; aynı şekilde, anayasalcılık ilkeleri doğrultusunda yazılmış olan bir anayasanın varlığı da tek başına sınırlı devlet idealinin gerçekleşmesini sağlamaya yetmemektedir²⁵. Anayasanın üstünlüğü ilkesi anayasada ifade edilmiş olsa dahi bu durum anayasanın üstünlüğünü sağlamada tek başına yeterli olamayacaktır. Diğer hukuk kurallarında olduğu üzere anayasanın etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayacak çeşitli mekanizma ve ilkelerin de benimsenmiş olması

20 **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 84; **Kelsen**, s. 860.

21 Cristian Letelier **Aguilar**, "Anayasal Denetimin Anayasal Demokrasideki Rolü", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 34, 2017, s. 271; **Kelsen**, s. 908-909.

22 Yavuz **Atar**, "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m. 11)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 1989, s. 182; **Turhan**, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, s. 64.

23 **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 81; **Kuran**, s. 34.

24 Kadir **Dede**, "Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2014, s. 129; Kemal **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2020, s. 700; Erdoğan **Teziç**, Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara 2001, s. 173.

Anayasal denetimin normlar hiyerarşisinden hareketle temellendirilmesi hakkında detaylı bilgi için bakınız: Taylan **Barın**, "Farklı Coğrafya ve Sistemlerde Anayasa Yargısının Doğuşu", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 5, S. 10, 2017, s. 163-167.

25 Recai G. **Okandan**, "Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 33, S. 1-2, 1967, s. 6.

gerekir. Etkin denetimden yoksun bir anayasa, ancak bir temenniği ifade eder hale gelmektedir²⁶.

Anayasal denetim gerçekleştirilebilmesi ise iki temel şarta bağlıdır. İlk olarak, anayasal denetimin yapılabilmesi için anayasanın katı nitelikte olması gerekir²⁷. Buna anayasal denetimin şekli şartı diyebiliriz.

Yumuşak bir anayasanın varlığı halinde anayasal denetim yapılabilmesi mümkün değildir²⁸ çünkü adı anayasa olsa da niteliksel açıdan adi bir kanun olan bu sözde anayasalar, normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı basamakta yer almaktadır²⁹. Bundan ötürü herhangi bir kanunla yumuşak bir anayasadaki hükmün çatışması halinde “üst kanun alt kanunları ilga eder” kuralı değil; duruma göre “sonraki kanun önceki kanunları ilga eder” ya da “özel kanun genel kanunları ilga eder” kuralı uygulanmalıdır³⁰. Örneğin yumuşak bir anayasa olan 1921 Anayasasında icra vekilleri heyeti başkanının icra vekilleri heyeti tarafından seçileceği hüküm altına alınmışken (md. 7) daha sonra çıkarılan 08.07.1922 tarih ve 244 sayılı İcra Vekillerinin Sureti İntihabına Dair Kanun³¹ ile icra vekilleri heyeti başkanının meclis genel kurulu tarafından seçilmesi öngörülmüştür. 1921 Anayasası ile 244 sayılı kanunun normlar hiyerarşisinde aynı seviyede yer alması sebebiyle söz konusu iki hüküm arasındaki çatışma “sonraki kanun önceki kanunları ilga eder” kuralına göre çözülecektir. Böylelikle 244 sayılı kanun tarafından 1921 Anayasasındaki ilgili hükmün ilga edildiği sonucuna varılacaktır. Bir başka deyişle 1921 Anayasası adi bir kanunla değiştirilmiş olmaktadır³².

²⁶ **Kelsen**, s. 906-908.

²⁷ Semih Batur **Kaya**, “Hukuk Devleti, Demokrasi ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 3, 2015, s. 362; **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 701; **Hukuk-İ Esasi Muallimi Midhat**, s. 116; **Kuran**, s. 33; **Gökçe/Dölek**, s. 126.

²⁸ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 701.

²⁹ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 129; **Kuran**, s. 32.

³⁰ **Kuran**, s. 32. Hukuk kuralları arasındaki çatışmaları çözmeye yönelik ilkeler hakkında detaylı bilgi için bakınız: **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 361-366; **Gözler**, Hukuka Giriş, s. 340-353.

³¹ Kanunlar Dergisi, C. 1, s. 290 [Kanunun RG sayısı tespit edilememiştir].

³² Rıdvan **Akın**, Türk Siyasal Tarihi: 1908-2000, 3. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2019, s. 130-131, 139.

Yumuşak bir anayasada, kanunlarla anayasanın çatışması halinde anayasanın uygulanacağına dair bir hüküm yer alsa dahi bunun anayasanın üstünlüğünü sağlayabileceğinden bahsedebilmek mümkün değildir. Yumuşak anayasaların normlar hiyerarşisinde adi kanunlarla aynı seviyede bulunmasından ötürü kanun yapma yetkisine sahip meclis çoğunluğu anayasayı da değiştirebilme yetkisine sahiptir. Bu nedenle meclis, çıkaracağı kanun ile anayasanın çatışacağını düşünüyorsa kolaylıkla anayasayı çıkarmak istediği kanuna uygun bir hale getirebilir veya çıkarmak istediği kanun hükmünü doğrudan anayasa hükmü haline getirebilir. Bu nedenle yumuşak bir anayasada anayasanın üstünlüğü ilkesinin yer alması uygulama açısından bir abesle iştigal olacaktır³³.

Yumuşak bir anayasanın varlığı halinde anayasal denetim yapılamayacağı gibi yazılı olmaması sebebiyle katı nitelikte olmayan yazısız anayasalara sahip ülkelerde de anayasal denetim yapılabilmesi mümkün değildir. Bahsetmiş olduğumuz üzere anayasal denetim yapılabilmesinin şekli şartı katı bir anayasanın varlığıdır. Katı bir anayasa ise doğal olarak yazılı haldedir. Yazısız bir anayasa ise doğası gereği katı olamaz çünkü bu tür bir anayasanın yazılı bir varlığı olmaması sebebiyle kanunlardan üstün olduğundan bahsedebilmek mümkün değildir³⁴. Günümüzde yazısız bir anayasaya sahip olmak veya daha doğru bir tabirle anayasaya sahip olmayan devletler açısından nadir rastlanılan bir durumdur³⁵. İngiltere, bu konudaki istisnai örneklerden biridir³⁶. Bir anayasaya sahip olmaması nedeniyle İngiltere’de anayasal denetim yapılabilmesi mümkün değildir.

Görüldüğü üzere anayasal denetimin yapılabilmesi için katı bir anayasanın varlığı şarttır. Biçimsel anlamda anayasa olmayan yumuşak veya yazısız türdeki anayasalara sahip ülkelerde anayasal denetim yapılamaz çünkü bu ülkeler anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirebilmeye elverişli anayasalara sahip değildir.

Anayasal denetimin yapılabilmesi için gerekli olan ikinci şart ise anayasanın içerik olarak anayasal denetim yapabilmeye müsait bir yapıda ol-

³³ Kelsen, s. 867.

³⁴ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 124.

³⁵ Yayla, Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler, s. 16.

³⁶ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 124; Hukuk-ı Esasi Muallimi Midhat, s. 116.

ması veya bir başka deyişle anayasanın ölçü norm olarak kullanılabilir nitelikte olmasıdır. Bu şartı ise anayasal denetimin maddi şartı olarak isimlendirebiliriz.

Anayasa her ne kadar katı olsa da içerik olarak anayasalcılık ilkeleri doğrultusunda kaleme alınmamış ise anayasal denetim yapılarak anayasanın üstünlüğünün sağlanabilmesi mümkün değildir³⁷. Anayasada sadece devlet iktidarına ilişkin olarak kurumsal düzenlemeler yapılmış fakat temel haklara değinilmemiş ise (liberal anlamıyla) anayasanın üstünlüğünü sağlayabilmek mümkün değildir³⁸. Diğer yandan, anayasada temel haklar düzenlenmiş olsa dahi bunun çok genel ifadelerle yapılmış olması halinde de anayasal denetim pek mümkün görünmemektedir³⁹. “Herkesin ifade özgürlüğü vardır” gibi genel düzenlemelerle sadece temel hakların tanınması anayasal denetim için pek uygun nitelikte düzenlemeler değildir. Temel haklara ilişkin maddelerin devlet iktidarı karşısında güvence teşkil edecek bir şekilde düzenlenmiş olması gerekir. Bu nedenle anayasal denetimin gerçekleşebilmesi için anayasanın anayasalcılık ilkeleri doğrultusunda yeterli netlikte ve genişlikte kaleme alınmış olması gereklidir. Ancak bu özelliklere sahip bir düzenleme biçimi, parlamentonun istediği kanunu çıkarmasına engel olabilir⁴⁰. Kısacası anayasanın üstünlüğünü sağlayabilmek için anayasanın devlet iktidarını sınırlamak için kaleme alınmış olması gerekir.

C. Parlamentonun ve Anayasanın Üstünlüğü İlkeleri

Toplumsal hayatın düzenli bir şekilde işleyebilmesi için hukuk kurallarının varlığı elzemdir. Bir kuralın varlığı ise bir kuralkoyucuyu gerektirir. Tarih boyunca toplumsal düzeni sağlayan kurallar din gibi örf-adet gibi birçok farklı kaynaktan türemekle birlikte “hukuk kuralı” diyebileceğimiz kurallar devletin yetkili organları konulan kurallardır. Bu nedenle kural koyma işlevi veya yasama işlevi diyebileceğimiz bu işlev devletlerle yaşıt bir işlevdir. Tarihin büyük bir kısmında yasama işlevi hükümdarlar tarafından yerine getirilmiştir. Modern anlamda parlamentonun doğduğu ülke olan İngiltere’de de olduğu üzere yasama işlevinin hükümdarlardan

³⁷ **Yayla**, Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler, s. 18.

³⁸ **Kuran**, s. 60.

³⁹ **Kuran**, s. 60.

⁴⁰ Mehmet **Turhan**, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 3, 2007, s. 396.

parlamentolara geçişi tarihin yakın zamanlarında tedricen gerçekleşmiştir⁴¹. Hükümdarların temel haklara yönelik asıl tehdit olarak görülmesi ve parlamentonun bu konuda bir güvence olarak algılanması sebebiyle İngiltere’de parlamentonun yasama işlevine bir kısıtlama getirilmemiştir. İngiltere’de halen geçerli olduğu üzere parlamentonun yasama işlevinin herhangi bir biçimde sınırlanmamış olduğu böylesi düzenler, parlamentonun üstünlüğü ilkesini ifade etmektedir⁴². Parlamentonun üstünlüğü ilkesinin geçerli olduğu bir ülkede parlamentonun işlevlerinin yargı organları ya da başka bir makam tarafından denetlenmesi veya iptal edilmesi söz konusu olamaz⁴³. Herkes parlamentonun çıkarmış olduğu kanunlara uymak zorundadır⁴⁴.

Temel hakların devlet iktidarı karşısında güvenceye alınmasına dair hareketlerin başlangıcında temel haklara yönelik olarak asıl tehdidin hükümdarlar olması sebebiyle halkın temsilcilerinden oluşan parlamentoların varlığı temel hakları güvence altına almak için yeterli görülüşse de⁴⁵ parlamentoların da temel hak ihlallerinin kaynağı olabileceğinin zamanla

41 Münci **Kapani**, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 288; İlhan **Arsel**, “Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 3, 1954, s. 66; **Gözler**, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. 1, s. 834.

42 Ergun **Özbudun**, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1, 1968, s. 61-62; İsmail **Köküsarı**, “Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu ve Uygulaması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 4, 2018, s. 818; Ömer **Anayurt**, “1924 Anayasası’nda Temel Hak ve Hürriyetler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2002, s. 10-11; Erdoğan **Keskin**, “İngiliz Anayasa Hukukunda Parlamentonun Üstünlüğü İlkesi, Sınırları ve Brexit”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1, 2021, s. 49.

Parlamentonun yasama işlevinin sınırlanmamış olması hukuki açıdan olup, pek tabii olarak bu işlevin sosyolojik sınırları bulunmaktadır. Parlamentonun üstünlüğü ilkesinin sınırları hakkında detaylı bilgi için bakınız: **Özbudun**, *İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi*, s. 67-79; **Keskin**, s. 66-81.

43 **Özbudun**, *İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi*, s. 62; **Köküsarı**, s. 818; **Anayurt**, *1924 Anayasası’nda Temel Hak ve Hürriyetler*, s. 10-11; **Keskin**, s. 59.

44 **Özbudun**, *İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi*, s. 62; **Keskin**, s. 59.

45 Adil **Özkol**, “Çağdaş Parlementer Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 1, 1969, s. 44; Erdoğan **Teziç**, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun “Esas” Açısından Denetimi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 51, S. 1-4, 1985, s. 24; **Dede**, s. 128.

anlaşılması parlamentoların işlevlerinin sınırlanmasını gerektiğini göstermiştir⁴⁶. Bu ise devlet organlarının yetkilerinin temel haklar çerçevesinde sınırlandığı anayasaları gerektirmiştir. Yasama organları da dahil olmak üzere tüm devlet organları ile kişileri bağlayan bir anayasanın bulunduğu ve devlet organlarının işlevlerini normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunan anayasa çerçevesinde gerçekleştirebildikleri böylesi düzenler ise anayasanın üstünlüğü ilkesini ifade etmektedir⁴⁷. Anayasanın üstünlüğü ilkesinin geçerli olduğu bir düzende hiç kimse anayasaya aykırı bir işlemde bulunamaz. Anayasa aykırı işlemlerin iptal edilmesi veya uygulanmaması gerekir. Bu nedenle anayasanın üstünlüğü ilkesinin benimsenmiş olduğu siyasi bir rejimde parlamento anayasaya aykırı kanunlar çıkaramaz. Başka bir deyişle, parlamentonun üstün olduğu bir düzenin aksine anayasanın üstün olduğu bir düzende parlamentonun faaliyetleri anayasa hükümleriyle sınırlanmış olmaktadır⁴⁸.

II. 1924 ANAYASASININ BENİMSEMİŞ OLDUĞU ANAYASAL DENETİM MODELİ SORUNU

Daha önce de belirttiğimiz üzere anayasal denetim, başta kanunlar olmak üzere çeşitli hukuki işlemlerin anayasaya uygunluğunun denetlenmesidir⁴⁹. Anayasa değişiklikleri, kanunlar, yürütme organı tarafından yapılan bazı düzenleyici işlemler ve parlamentonun bazı kararları gibi işlemler anayasal denetime tabi tutulmakla birlikte biz çalışmamız boyunca anayasal denetim kavramını kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi anlamında kullanacağız. Anayasal denetimin kim tarafından yapılacağı noktasında ise iki temel ayırım vardır. Bunlar siyasi ve yargısal denetimdir⁵⁰.

⁴⁶ **Okandan**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, s. 3-5; **Teziç**, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun "Esas" Açısından Denetimi, s. 24; **Teziç**, Anayasa Hukuku, s. 173; **Dede**, s. 128.

⁴⁷ **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 20; **Kuran**, s. 30; **Keskin**, s. 55.

⁴⁸ Selçuk **Özçelik**, "Anayasanın Yorumlanması Konusunda", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 3-4, 1975, s. 54; **Gökçe/Dölek**, s. 128.

⁴⁹ **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 84; **Kuran**, s. 26; **Kelsen**, s. 863.

⁵⁰ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 697; **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 95; **Kuran**, s. 39.

Anayasal denetimin siyasi makamlar tarafından gerçekleştirilmesi siyasi denetimi ifade etmektedir⁵¹. Anayasal denetimi yapan kurul hakimlerden oluşuyor olsa dahi bağımsız ve tarafsız değilse veya anayasal denetim yapan bağımsız ve tarafsız bir yargı organı olmakla birlikte denetim sonucunda yargı organı tarafından bağlayıcı nitelikte karar verilemiyorsa bu türdeki anayasal denetim biçimlerini de siyasi denetim saymak gerekir⁵². Siyasi denetim modeli, anayasal denetimin özü itibarıyla siyasi bir sorun olduğu, yargısal denetim modelinin halk egemenliği ve kuvvetler ayrılığı ilkesiyle uyuşmadığı gibi gerekçelerle savunulmaktadır⁵³. Anayasanın üstünlüğünün sağlanması noktasında etkin bir yöntem olarak görülmediği için siyasi denetim modeli günümüzde pek kabul gören bir anayasal denetim şekli değildir⁵⁴. Örneğin parlamento komisyonlarının anayasa aykırı gördükleri kanun tekliflerini reddetmeleri siyasi bir denetim şeklidir.

Yargısal denetim ise anayasal denetimin bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından yapıldığı ve bu denetim sonucunda yargı organlarının bağlayıcı nitelikte kararlar verdiği bir sistemi ifade etmektedir⁵⁵. Üyeleri siyasi kişilerden oluşsa dahi bağımsız ve tarafsız kurullar tarafından gerçekleştirilen ve bağlayıcı nitelikte kararlar alınabilen anayasal denetim şeklini de yargısal denetim olarak kabul etmek gerekir. Anayasal denetimin bu şekilde yargı organları tarafından gerçekleştirilmesine anayasa yargısı da denilmektedir. Anayasa yargısı, İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaygınlık kazanmaya başlayan bir sistem olmuştur⁵⁶. Anayasal denetimin bir uzmanlık konusu oluşu ve siyasi makamların yapacağı denetimin hukuka uygunluktan ziyade kamu yararını esas alacağına düşünülmesi anayasal denetimin yargı organları tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini

51 **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 697; **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 96; **Kuran**, s. 39.

52 **Kuran**, s. 42.

53 Tuncer **Karamustafaoglu**, “Anayasa Yargısının Önemli Sorunları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 3, 1968, s. 92; **Turhan**, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, s. 95; **Kuran**, s. 39-40; **Kelsen**, s. 883-884.

54 **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 97-98; **Teziç**, Anayasa Hukuku, s. 177; **Hukuk-İ Esasi Muallimi Midhat**, s. 122; **Kuran**, s. 58-59.

55 **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 98.

56 Özkan **Tikveş**, “Anayasa Mahkemesinin Teşkilat ve Fonksiyonları (Mukayeseli Bir İnceleme)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 33, S. 1-2, 1967, s. 83; **Dede**, s. 126; **Kaya**, s. 363.

düşünenlerin temel iddialarıdır⁵⁷. Yargı organlarının bağımsız ve tarafsız olması sebebiyle anayasal denetimi daha etkin bir şekilde gerçekleştireceği düşünülmektedir⁵⁸. Bu nedenle günümüzde kabul gören anayasal denetim şekli yargısal denetimdir⁵⁹. Ancak yargısal denetimi benimseyen ülkelerin de bunu birçok farklı model ve mekanizma çerçevesinde gerçekleştirdiğini de belirtmek gerekir. Tüm mahkemelerin anayasal denetim yapma konusunda yetkili olduğu Amerikan Modeli ve anayasal denetim yapma yetkisinin merkezi bir yargı organına (örneğin bir anayasa mahkemesine) tanındığı Avrupa Modeli, bu konudaki iki temel sistemdir⁶⁰.

Anayasada yargı organlarının kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyebileceğine dair bir hüküm bulunduğunda (örneğin 1982 Anayasası) ya da yargı organlarının anayasal denetim yapmasının açıkça yasaklanması halinde (örneğin Hollanda Anayasası) yargı organlarının anayasal denetim yetkisi doğal olarak tartışma konusu olmamaktadır⁶¹. Anayasaların bu konuda doğrudan bir hüküm içermemesi halinde ne olacağı ise öğretilerde tartışılmaktadır⁶². 1924 Anayasası'nın 103. maddesinde "*Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile savsanamaz ve işlerlikten alınmaz. Hiçbir kanun anayasaya aykırı olamaz*" denilerek anayasanın üstünlüğü ilkesi ifade edilmiştir. Bununla birlikte anayasal denetimin nasıl gerçekleştirileceğine dair 1924 Anayasası'nda doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle 1924 Anayasası'nın anayasal denetim hususunda siyasi denetimi mi yoksa yargısal denetimi mi benimsemiş olduğu hususu öğretilerde tartışılmıştır⁶³. Bu bölümde iki tarafın argümanlarına yer verilmiş ve ardından görüşümüz ifade edilmiştir.

⁵⁷ **Kuran**, s. 43-44.

⁵⁸ **Karamustafaoglu**, s. 92; **Okandan**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, s. 16; **Dede**, s. 136.

⁵⁹ **Teziç**, Anayasa Hukuku, s. 177.

⁶⁰ Amerikan ve Avrupa Modeli anayasa yargısı hakkında detaylı bilgi için bakınız: **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 739-746; **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 102-104.

⁶¹ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 703-704.

⁶² **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 704.

⁶³ Kemal Galip **Balkar**, "Teşkilatı Esasiye Kanununa Aykırı Kanun Karşısında Mahkemenin Durumu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 1953, s. 212; Ergun **Özbudun**, "Türkiye'de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri", Liberal Düşünce Dergisi, C. 17,

A. 1924 Anayasasının Anayasal Denetim Hususunda Yargı Organlarını Yetkilendirmiş Olduğunu İddia Eden Görüş

Bu görüşe göre anayasa, yargı organlarını açıkça anayasal denetim yapmakla görevlendirmemiş olsa dahi yargı organları anayasal denetim yapmakla görevlidir. Bir mahkeme, önündeki uyuşmazlığa uygulayacağı kanunu anayasaya aykırı görüyorsa bu kanunu ihmal ederek doğrudan anayasayı uygulayabilmelidir. Bu görüşte olanlara göre 1924 Anayasası da bu konuda yargı organlarına yönelik bir yasak getirmediğine göre yargı organları kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyebileceklerdir. Bu görüşün asıl kaynağı ise tarihteki ilk anayasal denetim kararı olan Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu 1803 tarihli *Marbury/Madison* kararıdır⁶⁴. Bu kararda başyargıç John Marshall tarafından ifade edilen argümanlar, anayasada açıkça ifade edilmese dahi yargı organlarının anayasal denetim yapabileceğini ifade eden görüş mensupları tarafından halen kullanılmaktadır⁶⁵.

Bu kararda, mahkemenin başyargıcı olan Marshall, anayasanın üstünlüğü ilkesinden hareketle yargı organlarının anayasal denetim yapma konusunda yetkili olduğu sonucuna ulaşmaktadır⁶⁶. Marshall'a göre anayasaların varlığının bir anlam ifade edebilmesi ancak yargısal denetimin varlığıyla mümkündür. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargı organları

S. 68, 2012, s. 5-6; **Anayurt**, 1924 Anayasası'nda Temel Hak ve Hürriyetler, s. 13-16; **Tikveş**, s. 89-90; **Balta**, s. 548-549.

⁶⁴ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 711; **Gökçe/Dölek**, s. 129; **Kaboğlu**, s. 4. Kararın tam metni için bakınız: **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 711-715.

Dr. Bonham Davasının ilk anayasal denetim kararı olduğu ifade edilse de söz konusu davada ilgili kanunun anayasaya değil "*örf ve adet hukuku parlamentonun kanunlarını denetler ve gerekirse bunların büsbütün geçersiz olduklarına hükmeder*" denilerek ortak hukuka (common law) uygunluğu denetlenmiş olduğundan bu davayı bir anayasal denetim kararı olarak görmemek gerekir çünkü ortak hukuka ilişkin kurallar bir kanunla değiştirilebilir niteliktedir. Bu nedenle ortak hukukun anayasalcılık anlamında iktidarı sınırlayıcı bir niteliği bulunmamaktadır. Ancak bu karar, kanunların yargısal denetiminin yapılmış olması açısından oldukça önemlidir. Dr. Bonham Davası hakkında detaylı bilgi için bakınız: David **Deener**, "Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi", Çeviren Tuncer Karamustafaoğlu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 1969, s. 181-183; Taylan **Barın**, Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti, 1. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2016, s. 130-132; **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 701; **Gökçe/Dölek**, s. 128-129.

⁶⁵ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 711.

⁶⁶ **Teziç**, Anayasa Hukuku, s. 197.

tarafından denetlenememesi halinde anayasanın yasama organına yönelik düzenlemeleri anlamsız hale gelmektedir. Yasama organının çıkardığı kanunlar yargı organları tarafından denetlenmeyecekse yasama organı anayasayı keyfince yorumlayarak istediği kanunu çıkarabilir. Marshall'a göre ise bu durum *"hem sınır çizmek hem de çizilen sınırın istendiği zaman geçilebileceğini söylemek"*⁶⁷ demektir. Öte yandan, yargı organlarının bu konuda bir denetim yapamaması yargı organlarının hukukun ne olduğunu söylemekle görevli olmalarına da ters bir durumdur. Mahkeme önüne gelen uyuşmazlığa dair hukuk hükümlerini uygularken bu hükümleri yorumlamak zorundadır. Bir uyuşmazlığa ilişkin olarak anayasa ile kanun hükümleri çatışırken mahkemenin anayasal denetim yapamaması Marshall'a göre *"mahkemelerin anayasaya gözlerini kapamalarını ve yalnızca kanunları görmeleri gerektiğini savunmak"*⁶⁸ demektir.

Marshall'ın argümanları 1924 Anayasası dönemi Türk hukuk öğretisinde de savunulmuştur. Yargı organları tarafından anayasal denetim yapılmaması halinde anayasanın anlamsız hale geleceğine yönelik argümana benzer bir görüşü Franko'nun şu ifadelerinde de görmekteyiz: *"Vâzı-ı kanunlarımız böyle düşündükleri içindir ki, Teşkilat-ı Esasiye'nin 103'üncü maddesinde "Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal veya tadil olunamaz. Hiçbir kanun Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'na münafi olamaz" diye emretmişlerdir. Eğer mezkûr maddenin emr-i sarihine rağmen teşkilata mugayir bir kanun çıkarıp da hükkâmın onu adem-i tatbik salâhiyeti olmazsa 103'üncü maddenin hikmet-i tedvini kalamaz"*⁶⁹. Aynı yazar hakimlerin anayasaya gözlerine kapamamaları gerektiğine benzer olarak ise şöyle demektedir: *"Maksat, prensibi tayindedir; hakim, neşredilen kanunları bir makine gibi tatbik memur değildir; hakim, akl-ı selimini, mantığını, kanunun ruhunu anlamaya hasreder; bir kanunu Teşkilat-ı Esasiye'ye -ki kanunların kanunudur- mugayir gördüğü gibi onu tatbik kendisinde mecburiyet hissetmez; zira ahkâm, evvel emirde, yüksek bir vicdandır"*⁷⁰.

⁶⁷ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 714.

⁶⁸ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 715.

⁶⁹ Gad **Franko**, "Kanunların Teşkilat-ı Esasiyeye Muvafakati", Çeviriyazı: Kerim Akar, Yasama Dergisi, S. 42, 2020, s. 230.

⁷⁰ Gad **Franko**, "Kavaninin Teşkilat-ı Esasiyeye Muvafakati", Çeviriyazı: Kerim Akar, Yasama Dergisi, S. 42, 2020, s. 235.

1924 Anayasası döneminde bazı ilk derece mahkemeleri tarafından da benzer gerekçelerle anayasal denetim yapılmıştır. Örneğin bu dönemde, çıkarılmış olan bir kanun hükmüne dayanılarak ne kendisinin ne de velisinin rızasına dayanılmaksızın bir çocuğun Teknik Ziraat Okuluna kaydı yapılmıştır. Çocuğun uygunsuz hareketleri nedeniyle okuldan uzaklaştırılması sonucunda çocuğa yapılan masraflar velisinden talep edilmiş ve velinin ödemeyi yapmaması sonrasında mal müdürlüğü dava açmıştır. İlk derece mahkemesi ise herhangi bir rızaya dayanılmaksızın çocuğun okula kaydedilmesi sebebiyle ilgili kanun hükmünü Anayasa'nın 103. maddesinde ifade edilmiş olan anayasanın üstünlüğü ilkesi ile anayasada düzenlenen temel haklara aykırı görmüş ve kanunu uygulamayarak davayı reddetmiştir⁷¹. Kararın Yargıtay tarafından bozulması sonucunda ilk derece mahkemesi kararında ısrar etse de Yargıtay, yargı organlarının anayasal denetim yapamayacağını ifade ederek ısrar kararını bozmuştur⁷².

Kısacası bu görüşe göre, anayasaların çeşitli devlet organlarına tanımış olduğu sınırlı yetkilerin ve kişilere tanımış olduğu hakların bir anlam ifade edebilmesi ancak yargı organları tarafından anayasal denetim yapılabilmesiyle mümkündür. Böyle bir denetim yapılamaması halinde (Marshall'ın deyiimiyle söyleyecek olursak) “*anayasalar, doğası gereği sınırlandırılmaz nitelikte olan bir iktidarı sınırlandırmak için halk tarafından yapılan saçma sapan teşebbüsler*”⁷³ durumuna düşecektir.

B. 1924 Anayasasının Anayasal Denetim Hususunda Yargı Organlarını Yetkilendirmemiş Olduğunu İddia Eden Görüş

Bu görüşe göre ise anayasa tarafından açıkça yetkilendirilmediği müddetçe yargı organları anayasal denetim yapma konusunda yetkisizdir⁷⁴. Anayasalar devlet organlarının sahip olduğu yetkilerin sınırlarını çiziyorsa bu durum yargı organları için de geçerlidir. Nasıl ki yasama organı anayasa tarafından kendisine tanınmayan bir yetkiyi kullanamazsa yargı organı da aynı şekilde anayasaya tarafından yetkilendirilmedikçe herhangi

⁷¹ **Balta**, s. 549-550. Akşehir Hukuk Mahkemesinin 15.04.1949 tarih ve 1949/200 sayılı kararı (aktaran: **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 708).

⁷² **Balta**, s. 549-550; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.12.1952 tarih ve E. 4/209/96, K. 140 sayılı kararı (aktaran: **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 710).

⁷³ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 712.

⁷⁴ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 705; **Okandan**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, s. 17-18.

bir yetkiyi kullanamaz. Aksini iddia etmek anayasaların varlığını anlamsız hale getirecektir⁷⁵. Bu nedenle, anayasa yargı organlarına anayasal denetim yapma konusunda açıkça bir yetki tanıımıyorsa yargı organlarının bu konuda yetkisiz olduğunu kabul etmek gerekir. 1924 Anayasası da yargı organlarına bu konuda açıkça bir yetki tanıması olmadığı için yargı organlarının bu konuda yetkisiz olduğunu kabul etmek gerekir. Bu görüşü savunan ve Darülfünun hocalarından biri olan Midhat Bey bu konuda şöyle demektedir: “*Kanaatimizce Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ’muzun ne metin ve ne de manasında kuvve-i müessise salahiyetini haiz bulunan Büyük Millet Meclisi ’nin hükkamımıza böyle bir salahiyet vermeye kasdettiğine delalet edecek bir fıkraya tesadüf etmiyoruz*”⁷⁶. Bu görüş 1924 Anayasası döneminde üst derece mahkemeleri tarafından da benimsenmiş bir görüştür. Nitekim önceki kısımda örnek vermiş olduğumuz olayda Yargıtay “*her ne kadar Anayasanın 103’üncü maddesinde hiçbir kanunun Anayasaya aykırı bulunamayacağı yazılmış ise de; kanunların Anayasaya aykırı olup olmadığının tetkikine mahkemelerin görevli olduğuna dair ne anayasada ve ne de diğer kanunlarda bir hüküm mevcut değildir*” diyerek ilk derece mahkemesinin ısrar kararını bozmuştur.

1924 Anayasası ile yargı organlarına anayasal denetim yetkisi tanınmadığına dair ileri sürülen bir diğer görüş ise kurucu iktidarın iradesinden hareketle bir yorum yapmaktadır. Bu görüşe göre 1924 Anayasası’nı yapan kurucu iktidar egemenliğin temsilinde tek yetkili organ olarak TBMM’yi görerek (md. 4) ve yasama ile yürütme erkini TBMM’de birleştirerek (md. 5) anayasanın yapımında TBMM’yi her şeyden üstün tutmuştur. Yargı organlarının anayasal denetim yapması ise yasama organının iradesine müdahale niteliğinde olacağından yargı organının yasama organının üstünde veya en azından eşiti olduğunu kabul etmek gerekir. Bunu iddia edebilmek ise ne 1924 Anayasası’ndan ne de bu anayasayı yapan kurucu iktidarın iradesinden hareketle mümkündür⁷⁷. Bu nedenle 1924 Anayasası esas alındığında yargı organlarının anayasal denetim yapabilmesi söz konusu değildir.

⁷⁵ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 706; **Okandan**, Kanunların Anayasa’ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, s. 17-18.

⁷⁶ **Hukuk-ı Esasi Muallimi Midhat**, s. 120.

⁷⁷ **Hukuk-ı Esasi Muallimi Midhat**, s. 121; **Okandan**, Kanunların Anayasa’ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, s. 17.

Öte yandan 1924 Anayasası tarafından TBMM'ye kanunları yorumlama veya bir başka deyişle yasama yorumu yetkisi tanınmış olması da (md. 26) yargı organlarının anayasal denetim yapmasının önünde bir engeldir⁷⁸. Yasama yorumu, yasama organının bir kanun veya anayasa maddesinin anlamı hakkında herkesi bağlayıcı nitelikte karar verdiği bir parlamento kararı türüdür⁷⁹. Bu yorum türünü savunanlar kanunu yapan makamın aynı zamanda onu en iyi yorumlayan makam olacağı varsayımından hareket etmektedir⁸⁰. Nitekim bu görüş anayasa görüşmeleri esnasında Dersim milletvekili Feridun Fikri Bey tarafından “*kanunu kim yaparsa, onun manasını, mefhumunu, ruhunu ifade etmek de onun uhdesine terettüp eden bir vazifedir*”⁸¹ şeklinde ve Karesi milletvekili Ali Şuuri Bey tarafından ise “*bir kitabın müellifi sağ iken o kitabın bir yeri anlaşılmazsa, o anlaşılmayan maalli sahibi müellife mi, yoksa o mahallenin imamına mı sorarsınız*”⁸² şeklinde ifade edilmiştir. Nitekim anayasa komisyonu tarafından hazırlanan anayasa tasarısında kanunları yorumlama yetkisi Yargıtay ve Danıştaya tanınmışken meclis genel kurulu ilgili maddeyi reddetmiş ve kanunları yorumlama yetkisini meclise tanımıştır⁸³. 1924 Anayasası döneminde TBMM ise kendisine tanınan bu yetkiyi sık sık kullanmıştır⁸⁴. Ayrıca anayasada bu konuda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen meclis anayasayı yorumlama yetkisini de kendinde görmüştür⁸⁵. Anayasa tarafından kanunları yorumlama yetkisinin TBMM'ye tanınmış

⁷⁸ **Hukuk-ı Esasi Muallimi Midhat**, s. 121.

⁷⁹ Yasama yorumu hakkında detaylı bilgi için bakınız: **Köküarı**, 807-855; **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 264-266; **Teziç**, s. 26-28. Gözler anayasa konusunda yasama organı tarafından yorum yapılamayacağı görüşündedir. **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 266.

⁸⁰ **Köküarı**, s. 808. Kanunu yapan makamın aynı zamanda onu en iyi yorumlayacak makam olduğu fikri ve eleştirisi için bakınız: Timothy **Endicot**, “Otantik Yorum”, Çeviren İsmail Köküarı, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, 2021, s. 220-230.

⁸¹ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İctima Senesi 2, C. 8, 30.03.1924, s. 98.

⁸² TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İctima Senesi 2, C. 8, 30.03.1924, s. 100.

⁸³ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İctima Senesi 2, C. 8, 30.03.1924, s. 102-103.

⁸⁴ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 265; **Teziç**, s. 27. Osmanlı-Türk Anayasa tarihindeki yasama yorumu örnekleri için bakınız: **Köküarı**, s. 833-849.

⁸⁵ 1284 sayılı Teşriî Masuniyeti Kaldırılan Bir Mebusun Heyeti Umumiye Kararı Alınmadan Tevkif Edilip Edilemeyeceğinin Tefsir Yoluyla Halline Mahal Olmadığına Dair Karar (23.05.1942 tarih ve 5113 sayılı RG).

olması ve anayasanın dahi TBMM tarafından yorumlanıyor olması, kanunların anayasaya uygunluğunu yorumlamayı gerekli kılan anayasal denetim yetkisinin yargı organlarına tanınmamış olduğunu göstermektedir. Kurucu iktidar, kanunları yorumlama yetkisini TBMM'ye tanıyarak yargı organlarını "*kanunların sözlerini telaffuz eden birer ağız*"⁸⁶ olarak görmek istemiştir.

Anayasanın üstünlüğü ilkesini düzenleyen 103. maddede ve anayasanın herhangi bir maddesinde anayasaya aykırı kanun çıkarılmasının bir yaptırıma bağlanmamış olması da kurucu iktidarın yargı organlarına anayasal denetim yapma konusunda bir yetki tanımamış olduğunu göstermektedir⁸⁷. Anayasa görüşmeleri esnasında Saruhan milletvekili Reşat Bey tarafından anayasaya aykırılığın bir yaptırıma bağlanmamış olmasına şu sözlerle dikkat çekilmiştir: "*Efendim, encümenden bir şey sormak isterim. Maddenin birinci fıkrası "Teşkilâtı Esasiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal veya tatil olunamaz" şeklindedir. Halbuki şimdiye kadar bilhassa eski hükümetler zamanında pek çok gördük. Sonra burada demin bir madde kabul ettik: "İşkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur". Bu maddeyi her hangi birisi ihmal ederse ne olacaktır? Bendeniz o kanaatteyim ki "tatil olunamaz, tatil olunursa hiyaneti vataniye addolunur" gibi bir cümle lâzımdır*"⁸⁸. Reşat Bey'in önerisi anayasaya aykırılığa etkin bir çözüm getirmekten uzak olsa da anayasaya aykırılığın yaptırımdan mahrum oluşuna dikkat çekmesi açısından önemlidir. Ancak bu uyarıya rağmen genel kurul tarafından madde değiştirilmeksizin kabul edilmiştir⁸⁹.

Yargı kararlarında ve öğretide 1924 Anayasası'nın anayasal denetim hususunda yargı organlarını yetkilendirmemiş olduğuna dair sunulan bir diğer delil ise anayasa tarafından TBMM'nin tüzüklerin kanunlara aykırılığı iddiasını karara bağlamakla yetkili kılınmış olmasıdır (md. 52/3). Bu iddia sahiplerine göre normlar hiyerarşisinde kanunlardan daha alt bir seviyede bulunan tüzüklere dair uyuşmazlıkların karara bağlanması konu-

⁸⁶ Montesquieu'dan aktaran: **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, 615.

⁸⁷ **Hukuk-ı Esasi Muallimi Midhat**, s. 121.

⁸⁸ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İçtima Senesi 2, C. 8/1, 20.04.1924, s. 923.

⁸⁹ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İçtima Senesi 2, C. 8/1, 20.04.1924, s. 923.

sunda dahi TBMM yetkili kılınmışken kanunların anayasaya aykırılığı iddiasını karara bağlama yetkisinin yargı organlarına tanınmış olduğundan bahsedilemez⁹⁰.

C. 1924 Anayasasının Benimsemiş Olduğu Anayasal Denetim Modeline İlişkin Görüşümüz

Anayasal denetimin yargı organları tarafından yapılmasının, anayasanın üstünlüğü ilkesinin benimsenmesinin zorunlu bir sonucu olduğunu ifade eden görüşe katılmamaktayız. Marshall'ın ifade etmiş olduğu argümanlar her ne kadar görünürde ikna edici olsa da çeşitli yanlış kabullere dayanmaktadır.

Marshall, yargı organları tarafından anayasal denetim yapılmaması halinde anayasaların anlamsız hale geleceğini ifade ederken yargı organları tarafından yapılan anayasal denetimin siyasi makamların yaptığı anayasal denetimden daha etkin olduğunu kabul etmekte ve bundan hareketle ya yargı organları tarafından anayasal denetim yapılır ya da anayasa anlamsız bir konuma düşer sonucuna varmaktadır. Marshall'ın yapmış olduğu bu akıl yürütme, bizce sahte ikilem veya siyah-beyaz safsatası olarak adlandırılan safsata tipine güzel bir örnek teşkil etmektedir. Sahte ikilem safsatasında gerçekte ikiden fazla seçenek olduğu halde sadece iki seçenek varmış gibi gösterilerek sahte bir ikilem yaratılır ve karşıdaki kişi ikisinden birini tercihe zorlanır⁹¹. “Ya bu deveyi güdersin ya da bu diyardan güdersin” diyen atasözümüz sahte ikilem safsatasının güzel bir örneğidir⁹². Atasözünün belirttiğinin aksine çoğu durumda deveyi gütmek ve diyardan gitmek haricinde birçok seçenek bulunur. Marshall da argümanını kurarken benzer bir mantıktan hareket ederek “ya yargı organları anayasal denetim yapar ya da anayasa anlamsız bir kağıt parçasından ibarettir” demektedir. Marshall'ın yargı organları tarafından anayasal denetim yapılmasına atfettiği öneme katılmakla birlikte üçüncü bir seçenek olarak siyasi makamlar tarafından etkin bir anayasal denetim yapılmasının teorik olarak mümkün olduğunu belirtmek gerekir. Siyasi makamlar etkin bir şekilde

⁹⁰ **Hukuk-ı Esasi Muallimi Midhat**, s. 121; **Özbudun**, Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri, s. 6; **Balta**, s. 549.

⁹¹ Tracy **Bowell**/Gary **Kemp**, Eleştirel Düşünme Kılavuzu, Çeviren Bilge Tanrıseven, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 292-293; İbrahim **Emiroğlu**, Mantık Yanlıları, 2. Baskı, Elis Yayınevi, Ankara 2011, s. 216-217.

⁹² **Emiroğlu**, s. 217.

anayasal denetim yaparsa anayasa yapımı bir abesle iştigal örneği olmuş olmaz. Örneğin İsveç, İsviçre ve Hollanda gibi anayasa yargısına yer vermeyen ülkeler⁹³ anayasa yargısı olmasa dahi anayasanın anlamsız olmadığını göstermektedir⁹⁴. Bu nedenle Marshall'ın yarattığı ikileme katılmak mümkün değildir. Yargı organları tarafından yapılan anayasal denetimin siyasi makamların yapmış olduğu denetimden daha etkin olmadığı savunulabileceği gibi anayasal denetimin özü itibarıyla siyasi bir iş olması sebebiyle yargı organlarına böyle bir yetki tanınmamasının sakıncalı olabileceği de düşünülebilir ki bu görüş yargı organlarının yaptığı anayasal denetimin daha etkin olduğunun kabul edilmesi halinde bile savunulabilecek bir görüştür. Öte yandan, bu önkabulden yargı organlarının anayasal denetim yapma yetkisini çıkarabilmek için kurucu iktidarın da bu önkabule dayandığının ispat edilmesi gerekir çünkü kurucu iktidar da siyasi makamların yapacağı anayasal denetimi daha etkin görüyor olabilir veya yargı organlarının yapacağı denetimi daha etkin görmekle birlikte anayasal denetimin siyasi bir sorun olduğunu düşündüğü için bu yetkiyi yargı organlarına tanımamayı tercih edebilir.

Marshall'ın bir diğer hatası ise yargı organlarının anayasal denetim yapmasının gerekliliği iddiasından hareketle yargı organlarının bu yetkiye sahip olduğu sonucuna varmasıdır⁹⁵. Bir önceki paragrafta da işaret ettiğimiz üzere yargı organlarının anayasal denetim yapmasının gerekliliği tartışmalı olmakla birlikte bu gereklilik kesin bir doğru olsa dahi bu gereklilikten bir yetki çıkarılamaz çünkü yargı organları da egemenlikten kaynaklı yetkileri kullanan bir devlet organıdır. Liberal bir devlette ise devlet organlarının yetkisiz olması asıl, yetkili olması ise istisnadır⁹⁶. Bu ilkenin zorunlu bir sonucu olarak eğer bir devlet organı herhangi bir konuda açıkça yetkilendirilmemişse ilgili makamın yetkisiz olduğunu kabul etmek gerekir. Bu yetkiye sahip olmak hayati bir gereklilik olsa dahi bu sonuç değişmez. Kısacası, ihtiyaçlar yetki doğurmaz. Bir kişinin arabaya çok ihtiyacının olması nasıl ki o kişiyi araba hırsızlığı yapma konusunda

⁹³ Yüksel **Metin**, "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2012, s. 91-92; **Gökçe/Dölek**, s. 126; **Kaya**, s. 362.

⁹⁴ **Dede**, s. 137.

⁹⁵ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 716.

⁹⁶ Kemal **Gözler**, "Yorum İlkeleri", Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Hazırlayan: Ozan Ergül, (Baskı Sayısı Belirtilmemiş), Türkiye Barolar Birliği Yayınevi, Ankara 2013, s. 73-77.

yetkilendirmiş olmuyorsa yargı organlarının anayasal denetim yapma gerekliliği de yargı organlarını bu konuda yetkilendirmiş olmaz.

Marshall'ın değinecek olduğumuz son hatası ise yargı organlarının hukuk kurallarını uygulamakla yetkili ve görevli olmalarından hareketle anayasayı yorumlamak konusunda da yetkili olduğu sonucuna varmasıdır. Kurucu iktidar, hukuk kurallarını uygulama konusunda yargı organlarını yetkilendirip anayasayı bu konuda istisna tutabilir veya Marshall'ın deyişiyle söyleyecek olursak anayasa karşısında mahkemelerden gözlerini kapamalarını isteyebilir. Böylelikle kurucu iktidar anayasayı yasama organı için bir program niteliğinde tasarlamış olur. Nitekim bizce 1924 Anayasası ile gerçekleşen durum da tam olarak bu niteliktedir. Bu durumun mantığa aykırı bir niteliği de bulunmamaktadır. Bu nedenle mahkemelerin hukuku uygulamakla görevli olmalarından hareketle anayasal denetim yapma yetkisine de sahip olduğu sonucuna varmak bizce sağlıklı bir akıl yürütme teşkil etmemektedir.

Buraya kadar söylediklerimizin ışığında konuyu 1924 Anayasası açısından değerlendirdiğimizde ise; anayasada yargı organlarını anayasal denetim yapma konusunda açıkça yetkilendiren bir madde olmaması, yargı organlarının bu konuda yetkilendirilmemiş olduğunu kanıtlama açısından bizce yeterli ve makul bir delildir. Anayasada bu hususta açıkça yargıya yetki tanıyan bir madde olmaması ve anayasanın bütünü dikkate alındığında da yargıya bu yetkiyi tanımamızı gerektirecek mantıki bir zorunluluk olmaması yargı organlarının anayasal denetim konusunda yetkisiz olduğunu açıkça göstermektedir. Diğer yandan, 1924 Anayasasını yapan kurucu iktidarın egemenlik anlayışı da yargı organlarının anayasal denetim yapma konusunda yetkili olmadığını göstermektedir⁹⁷. Anayasada yasama ve yürütme erklerinin TBMM'de birleştiği açıkça ifade edilmiş (md. 5) ve yargı erkinin kanunlar çerçevesinde bağımsız yargı organları tarafından kullanılacağı belirtilmiştir (md. 8). Bu nedenle, 1924 Anayasası ile yasama erkinin bizzat TBMM tarafından kullanıldığı; yürütme ve yargı erkinin ise egemenliğin kullanımında tek yetkili organ olan TBMM'nin (md. 4) vekilleri konumunda olan yürütme ve yargı organları tarafından

⁹⁷ **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 97; **Özbudun**, Türkiye'de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri, s. 5.

kullanılacağı, tamamen parlamentonun üstünlüğü ilkesine dayanan bir sistem kurulmuştur⁹⁸. Anayasanın yapımında parlamentonun üstünlüğü ilkesinin esas alındığı meclis görüşmelerinden de açıkça anlaşılmaktadır. Anayasa komisyonu tasarısında yer alan ve cumhurbaşkanına meclisi feshetme yetkisi tanıyan madde⁹⁹ ile kanunların yorumlanması noktasında Yargıtay ve Danıştayı yetkilendiren madde¹⁰⁰ genel kurul tarafından reddedilmiştir. Cumhurbaşkanı güçleştirici veto yetkisi tanıyan madde ise geciktirici vetoya dönüştürülerek kabul edilmiştir¹⁰¹. Çift meclis sistemini bazı milletvekilleri savunmuş olmasına rağmen tek meclisli bir parlamento kurulması genel kurul tarafından uygun görülmüştür¹⁰². Kısacası, anayasanın yapımında TBMM'nin oluşum ve işleyişine müdahalede bulunabilecek her türlü makam ve mekanizma reddedilerek parlamentonun üstünlüğü ilkesine sadık kalınmıştır¹⁰³. Parlamentonun üstünlüğü ilkesine titizlikle uyan böylesi bir meclisin, TBMM tarafından yapılan kanunların anayasaya uygunluğu noktasında yargı organlarını yetkilendirmiş olduğunu kabul edebilmek mümkün görünmemektedir. Parlamentonun üstünlüğü ilkesinin bir uzantısı olarak kanunları yorumlama ve tüzüklere ilişkin uyuşmazlıkları karara bağlama yetkisinin dahi TBMM'ye tanınmış olması da bu görüşü desteklemektedir. Yine benzer şekilde anayasaya aykırılık halinin yaptırımından mahrum bırakılmış olması da anayasanın 103. mad-

⁹⁸ Recai G. **Okandan**, "Hükümlerlik Kudreti ve Buna Dahil Yetkiler Bakımından 20 Nisan 1340 Esas Teşkilat Kanununun Hususiyetleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 28, S. 2, 1962, s. 328-334; **Anayurt**, 1924 Anayasası'nda Temel Hak ve Hürriyetler, s. 10-11; Ahmet **Mumcu**, "1924 Anayasası", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C. 2, S. 5, 1986, s. 393.

⁹⁹ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İçtima Senesi 2, C. 7/1, 24.03.1924, s. 1019. Bu madde hakkında tartışmalar için bakınız: TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İçtima Senesi 2, C. 7/1, 23.03.1924, s. 992-1010.

¹⁰⁰ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İçtima Senesi 2, C. 8, 30.03.1924, s. 98-103.

¹⁰¹ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İçtima Senesi 2, C. 8, 30.03.1924, s. 115-120.

¹⁰² TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İçtima Senesi 2, C. 7/1, 16.03.1924, s. 531-532, 540.

¹⁰³ Recai G. **Okandan**, "Milli Hakimiyet, Milli İrade Mefhumlarının ve Kuvvetler Birliği Sisteminin Esas Teşkilat Hukukumuzda Girişi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 27, S. 1-4, 1961, s. 30-32; **Anayurt**, 1924 Anayasası'nda Temel Hak ve Hürriyetler, s. 10-11.

desinin yalnızca yasama organına hitap eden bir temenniden ibaret olduğunu göstermektedir¹⁰⁴. Kısacası, anayasayı yapan kurucu iktidarın benimsemiş olduğu egemenlik anlayışı, anayasanın “*hürriyet tarafından çoğunluğun karşısına dikilen hukuki barajlar*”¹⁰⁵ olmasına engel olmaktadır.

Özetle, özgürlük esasına dayalı bir devlette devlet organlarının yetkisiz olması asıl olduğu için anayasal denetimin nasıl gerçekleştirileceği hususunda anayasada doğrudan bir hüküm olmadığında yargı organlarının anayasal denetim yapma konusunda yetkisiz olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle 1924 Anayasasında da yargı organları anayasal denetim yapma konusunda yetkilendirilmiş değildir. 1924 Anayasası bu konuda siyasi denetim modelini benimsemiştir¹⁰⁶.

III. SİYASİ ORGANLAR TARAFINDAN YAPILAN ANAYASAL DENETİM VE 1924 ANAYASASI

1924 Anayasası anayasal denetim yapma konusunda yargı organlarını açıkça yetkilendirmediği için anayasanın yargısal denetim modelini benimsemiş olduğundan bahsedebilmek mümkün değildir. Bu durumun zorunlu bir sonucu olarak anayasal denetim siyasi makamlar tarafından yapılacaktır. Bir başka deyişle 1924 Anayasası siyasi denetim modelini benimsemiştir. Bu kısımda bu siyasi denetim mekanizmaları çerçevesinde 1924 Anayasasının benimsemiş olduğu anayasal denetim mekanizmaları incelenmiştir.

A. Meclis Komisyonları Tarafından Yapılan Anayasal Denetim

Birçok ülkede kanun teklifleri¹⁰⁷ meclis genel kurullarının önüne gelmeden önce meclis komisyonlarının incelemesinden geçmektedir. Meclis komisyonları, meclis çalışmalarının ön hazırlığının yapıldığı yerlerdir¹⁰⁸.

¹⁰⁴ **Atar**, s. 187; **Anayurt**, 1924 Anayasası’nda Temel Hak ve Hürriyetler, s. 9.

¹⁰⁵ **Kapani**, s. 284.

¹⁰⁶ Yavuz **Sabuncu**, *Anayasaya Giriş*, 12. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2006, s. 88; **Erdoğan**, *Anayasal Demokrasi*, s. 97; **Teziç**, *Anayasa Hukuku*, s. 177; **Barın**, *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*, s. 155.

¹⁰⁷ Bakanlar kurulu tarafından sunulan kanun tekliflerine “kanun tasarısı” denilse de biz çalışmamızda kanun teklifi kavramını kanun tasarısı kavramını da kapsar şekilde kullanmaktayız.

¹⁰⁸ **Gözler**, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. 1, s. 878.

Bir kanun teklifinin komisyondan geçmeksizin doğrudan doğruya meclis genel kurulu önüne gelmesi pratik nedenlerden ötürü uygun değildir. Meclis komisyonlarda birçok farklı kişinin öndenetiminden geçen kanun teklifleri daha olgun ve yetkin bir hale gelir. Kanun tekliflerinin komisyonların incelemesinden geçmiş bu olgun hallerinin meclis genel kuruluna sunulması hem genel kurulda yapılabilecek birçok düzeltmenin henüz komisyon aşamasındayken yapılmasını sağlayarak vakit kazandırır hem de kanunların sahip olması gereken temel niteliklerin denetiminin önceden yapılarak kamu yararının sağlanmasına hizmet eder¹⁰⁹. Meclis komisyonlarına anayasaya aykırı gördükleri kanun tekliflerini reddetme yetkisi tanınması ise bu mercileri anayasal denetim yapma yetkisiyle donatmış olmaktadır¹¹⁰.

1924 Anayasasına baktığımızda ise kanun teklif etme konusunda milletvekilleri ve bakanlar kurulu yetkilidir (1924 AY md. 15; TBMM Dahili Nizamnamesi¹¹¹ md. 66-67). Kanun teklifleri meclis başkanlığına sunulduktan sonra meclis başkanı tarafından ilgili komisyonlara gönderilir (içtüzük md. 66/7, 67/4). Örneğin anayasa değişikliğine dair kanun teklifleri meclis genel kurulunda görüşülmeye başlamadan önce anayasa komisyonunun incelemesinden geçer. 1927 tarihli TBMM İçtüzüğü, meclis komisyonlarını anayasal denetim yapmakla da görevlendirmiştir. Buna göre meclis komisyonları önlerine gelen kanun tekliflerini öncelikle anayasaya uygunluk bakımından denetleyecek ve anayasaya aykırı gördüğü kanun tekliflerini reddecektir (içtüzük md. 37).

Meclis komisyonlarına böylesi bir yetki tanımak yerinde olmakla birlikte bu denetimin etkin olduğundan bahsedebilmek pek mümkün değildir. Meclis komisyonlarına tanınan anayasal denetim yetkisinin etkin olduğundan bahsedemememizin başlıca sebeplerinden birisi meclis komisyonlarının oluşum şeklinden kaynaklanmaktadır¹¹². Türkiye gibi disiplinli parti yapısının hakim olduğu ülkelerde kanun teklifleri, milletvekillerinin kendi iradelerinin sonucu olmaktan ziyade parti üst yönetiminin iradesinin sonucudur. Meclis komisyonları ise TBMM'yi oluşturan siyasi partilere

¹⁰⁹ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 878.

¹¹⁰ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 697; **Kuran**, s. 35-36.

¹¹¹ 1927 tarihli TBMM Dahili Nizamnamesi bundan sonra kısaca içtüzük olarak anılacaktır.

¹¹² **Okandan**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, s. 14.

mensup kişilerden oluşmaktadır. Kanunların anayasal denetiminin yapılmasının başlıca amaçlarından birinin sınırlı bir devlet iktidarını gerçekleştirmek olduğu düşünüldüğünde anayasal denetimin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesinin en önemli olduğu kanun tekliflerinin ülkeyi yöneten iktidar partisi mensubu milletvekilleri ya da bakanlar kurulu tarafından verilen kanun teklifleri olduğu görülür çünkü kanunlaşma ihtimalinin en yüksek olduğu kanun teklifleri bunlardır ve dolayısıyla temel hakları ihlal edebilecek yetiye de bu teklifler sahiptir. Ancak meclis komisyonlarını oluşturan üyelerin çoğunluğunun da iktidar partisi mensubu olması sebebiyle anayasal denetimin en etkisiz olduğu kanun teklifleri de tezat bir şekilde yine iktidar partisi mensupları tarafından verilen kanun teklifleridir. Kısacası çoğunluk diktasını engellemeye yönelik anayasal denetimin yine aynı çoğunluğun mensupları tarafından yapılacak olması meclis komisyonları tarafından yapılan denetimin etkin bir denetim olduğundan bahsedebilmeyi imkansız kılmaktadır.

Üstelik, 1961 ve 1982 Anayasalarında siyasi partilerin meclis faaliyetlerine güçleri oranında katılmaları öngörüldüğü için (1961 AY md. 85/2; 1982 AY md. 95/2) meclis komisyonlarının yalnızca tek bir partinin üyelerinden oluşması mümkün değilken; 1924 Anayasası döneminde komisyon üyelerinin çoğunluğunun oyuyla seçilmesi usulü benimsenmiş olduğundan (içtüzük md. 22/1) bir komisyonun yalnızca tek bir partinin üyelerinden oluşmasının önü açılmıştır. Nitekim bu dönemde üyelerinin tamamı aynı partiden olan birçok komisyon kurulmuştur. Farklı partilerin üyelerinden oluşan bir komisyonun yaptığı anayasal denetim dahi yeterince etkin değilken aynı partiden üyelerin oluşturduğu bir komisyonun daha da etkisiz bir denetim gerçekleştirmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle 1924 Anayasası döneminde komisyonların çoğunluk oyuyla belirlenmesi usulünün benimsenmiş olması komisyonlar tarafından yapılan anayasal denetimin daha da önemsizleşmesine neden olmuştur.

Meclis komisyonlarının yaptığı anayasal denetimin etkin olmamasının ikinci sebebi ise komisyonun bu konudaki kararının hukuki niteliğinde yatmaktadır. Komisyonların kanunların anayasal denetimi konusundaki vermiş olduğu kararlar bağlayıcı değildir. Bir başka deyişle komisyonun anayasaya aykırı bulmuş olduğu bir kanun teklifi doğrudan düşmemektedir. Komisyonun anayasaya aykırılık dolayısıyla vermiş olduğu ret kararı genel kurul tarafından da benimsenirse ancak o zaman kanun teklifi düşmüş olmaktadır. Bu nedenle komisyonun anayasal denetim sonucu vermiş

olduğu karar, Genel Kurul açısından bir uyarı niteliğindedir. Meclis, komisyonunun anayasaya aykırı bulduğu bir kanun teklifini kanunlaştırarak komisyonun yapmış olduğu denetimi etkisiz kılabilir.

Meclis komisyonları tarafından yapılan anayasal denetimin etkin olmamasının bir diğer sebebi ise bu denetim şeklinin TBMM İçtüzüğü'nde öngörülmüş olmasından kaynaklanmaktadır¹¹³. Meclis komisyonlarının yaptığı denetimin etkin olduğu kabul edilse dahi TBMM İçtüzüklerinin çoğunluk oyuyla değiştirilebilir olması sebebiyle meclis çoğunluğu istediği zaman yapacağı bir içtüzük değişikliğiyle bu denetimi kaldırarak anayasaya aykırı kanun çıkarmaya devam edebilir. Bu durum, komisyonları meclis çoğunluğuyla çatışmaya düşmekten kaçınmaya sevk edebilecek bir etki yaratabilecek niteliktedir. Nasıl ki yargı organlarının bağımsız sayılabilmesi için yargı organlarına baskı yapılmaması gerektiği gibi baskı yapılma ihtimalinin de olmaması gerekiyorsa¹¹⁴ benzer bir şekilde meclis komisyonlarının yapmış olduğu denetimin çoğunluk oyuyla kaldırılabilir bir yol olması da meclis komisyonlarını baskılara açık bırakarak denetimin etkinliğini zedeleyebilecek niteliktedir.

B. Parlamento Tarafından Yapılan Anayasal Denetim

Meclis komisyonlarında karara bağlanan kanun teklifleri meclis genel kurulu önüne gelir. Komisyonlar kanun teklifinin anayasaya uygunluğu hususunda ne karar vermiş olursa olsun genel kurulun önünde anayasal denetim hususunda iki temel seçenek vardır: ya kanun teklifini anayasaya aykırı görerek reddedecek ya da anayasaya uygun bularak kabul edecektir. Meclis genel kurulu tarafından yapılan anayasal denetimin etkin olmasına engel olan husus, meclis komisyonlarının oluşumuna hakim olan tezatlıktan kaynaklı sebeple aynıdır. Meclis çoğunluğunu oluşturan iktidar partisi tarafından verilmiş olan kanun teklifinin anayasaya uygunluğu yine aynı çoğunluk tarafından denetlenecektir ki anayasaya uygunluktan öte siyasi kaygıların ağır basmasının mümkün olduğu böylesi bir denetimin etkin olduğundan bahsedebilmek mümkün değildir¹¹⁵. Bu denetimde de çoğunluğun iradesi yine aynı çoğunluk tarafından denetlenmektedir. Meclis genel kurulunun anayasal denetim konusunda vermiş olduğu karar ise meclis

¹¹³ **Okandan**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, s. 14.

¹¹⁴ Bülent **Beder**/Mehmet **Altundiş**, "Yasama ve Yürütme Fonksiyonlarının Yargı Bağımsızlığına Müdahalesi", Yasama Dergisi, S. 13, 2009, s. 85.

¹¹⁵ **Kelsen**, s. 882-883.

komisyonlarında verilen kararın aksine bağlayıcıdır. Genel Kurulun anayasaya aykırı olduğuna kanaat ederek reddettiği bir kanun teklifi düşmüş olur. Bu nedenle genel kurulun yaptığı anayasal denetimin hukuki gücünde bir sorun bulunmamaktadır.

Parlamento tarafından yapılacak anayasal denetimin bir diğer türü ise yürütme organının işlemlerinin anayasaya uygunluk bakımından denetlenmesidir. Parlamenter hükümet sistemlerinde yürütme organının yasama organı karşısında siyasi sorumluluğu bulunduğu için parlamento herhangi bir nedenden ötürü kendisinden memnun olmadığı bakanlar kurulunu veya bakanı görevden alabilir¹¹⁶. Parlamento, bakanlar kurulunu ya da bakanı anayasaya uygun davranmamaktan ötürü de görevden alabileceği için parlamento sahip olduğu bu yetkiyle bakanlar kurulunun anayasaya uygun davranmasını sağlayabilir¹¹⁷. Başkanlık hükümet sistemlerinde ise başkanın parlamento karşısında siyasi bir sorumluluğu bulunmakla birlikte anayasaya aykırı davranışları nedeniyle başkanın cezai sorumluluğuna gidilerek başkan impeachment usulüyle görevden alınabilir¹¹⁸. Aynı usül parlamenter hükümet sistemlerinde cumhurbaşkanları için de işletilebilir¹¹⁹. Bu nedenle parlamento yürütme organının cezai sorumluluğu yoluyla da anayasal denetim gerçekleştirebilir. Parlamento hükümet sistemine göre değişen yetkileriyle yürütme organı üzerinde farklı şekillerde anayasal denetim gerçekleştirebilse de başta disipli parti yapısı ve lider sultanı olmak üzere çeşitli nedenlerden ötürü bu denetimin etkin bir denetim olduğu söyleyebilmek pek mümkün değildir.

C. Devlet Başkanları Tarafından Yapılan Anayasal Denetim

Devlet başkanları da sahip oldukları çeşitli yetkilerle bir anayasal denetim makamına dönüşebilmektedir. Örneğin devlet başkanına, anayasaya aykırı gördüğü kanunlar hakkında anayasa mahkemesinde dava açma hakkı tanınması bu hususta önemli bir yetkidir. Makalemiz açısından

¹¹⁶ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 663-664; **Anayurt**, Anayasa Hukuku Genel Kısım, s. 367-368.

¹¹⁷ **Kelsen**, s. 882.

¹¹⁸ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 643, 648; **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 27-28; **Anayurt**, Anayasa Hukuku Genel Kısım, s. 406-407.

¹¹⁹ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 90-91; **Anayurt**, Anayasa Hukuku Genel Kısım, s. 366-367.

önemli olan denetim şekli ise devlet başkanlarına tanınan kanunları meclise iade etme yetkisidir. Devlet başkanı anayasaya aykırı gördüğü kanunu meclise iade ederek anayasal denetim gerçekleştirebilecektir¹²⁰.

1924 Anayasası da devlet başkanı olan cumhurbaşkanına yayınlanmasını uygun bulmadığı kanunları meclise iade etme yetkisi tanımıştır. Cumhurbaşkanı yayınlanmak üzere kendisine gönderilen kanunları on gün içinde ilan etmekle görevli kılınmış ancak anayasa değişikliğine ve bütçeye ilişkin kanunlar dışındaki bir kanunun yayınlanmasını uygun bulmuyorsa meclise iade edebileceği ifade edilmiştir (md. 35/1-2). Cumhurbaşkanı tarafından meclise iade edilen kanun TBMM tarafından tekrar kabul edilirse cumhurbaşkanı ilgili kanunu yayınlamak zorundadır (md. 35/3). Kanunların yayınlanmasının uygun bulunmaması hususunda hangi kriter çerçevesinde değerlendirme yapılacağı anayasada belirtilmemiş olduğuna göre cumhurbaşkanının kanunları hem yerindelik hem de hukukilik bakımından denetleyebileceğini kabul etmek gerekir. Bir başka deyişle cumhurbaşkanı, meclis tarafından kendisine gönderilen kanunu kamu yararına uygun olmadığı için reddedebileceği gibi kanunun anayasaya aykırı olduğunu düşünmesinden ötürü de reddedebilir. Bu nedenle 1924 Anayasası tarafından cumhurbaşkanına tanınan kanunları meclise iade yetkisini bir anayasal denetim mekanizması olarak nitelemek mümkündür¹²¹ ancak açıklayacağımız nedenlerden ötürü bu denetim mekanizması da etkin değildir.

Cumhurbaşkanına tanınan bu yetkinin etkin bir anayasal denetim mekanizması olması önündeki ilk engel, 1924 Anayasası'nın cumhurbaşkanı ile meclis çoğunluğu arasında oldukça yakın bir ilişki kurmuş olmasıdır. Cumhurbaşkanı, milletvekilleri arasından TBMM tarafından bir seçim dönemi için seçilmektedir (md. 31). Bir başka deyişle cumhurbaşkanının görev süresi kendisini seçen meclisin görev süresiyle sınırlıdır. Örneğin meclisin erken seçim kararı alması halinde toplanan yeni meclis yeni bir cumhurbaşkanı seçecektir. Meclis çoğunluğu tarafından seçilmesi sebebiyle cumhurbaşkanının görev süresinin kendisini seçen meclisle özdeş kılınmış olması cumhurbaşkanını kendisini seçen çoğunluktan ayrı bir irade olarak görmeyi zorlaştırmaktadır. Nitekim bu dönemde cumhurbaşkanları partileriyle yakın ilişkide olmayı sürdürmüşler ve hatta parti genel başkanlığı

¹²⁰ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 697; Kelsen, s. 865.

¹²¹ Kuran, s. 36-37.

görevlerini dahi bırakmamışlardır¹²². 1924 Anayasası'nda bir kişinin tekrar tekrar cumhurbaşkanı seçilmesine engel bir hüküm olmadığı da göz önüne alınırsa cumhurbaşkanı seçilen bir kişinin tekrar seçilme kaygısıyla kendisini seçen meclis çoğunluğuyla aynı doğrultuda hareket etmeye çalışması oldukça muhtemeldir. Kısacası cumhurbaşkanını meclis çoğunluğuyla bağdaştıran 1924 Anayasasının cumhurbaşkanı seçim şekli, cumhurbaşkanına tanınan kanunları meclise iade yetkisinin anayasal bir denetime dönüşmesinin önündeki en büyük engellerden birisidir¹²³. Nitekim 1924 Anayasası döneminde cumhurbaşkanı ile meclis çoğunluğu arasında kurulan bu özdeşlik sonucunda hiçbir cumhurbaşkanı kendisine tanınan kanunları meclise iade yetkisini kullanmamıştır¹²⁴. 1961 Anayasasının yapım sürecinde ise 1924 Anayasasındaki cumhurbaşkanlığı konumuna bir tepki olarak cumhurbaşkanının seçiminde ve görevini yerine getirmesinde tarafsızlığını sağlamaya yönelik birçok hüküm anayasaya eklenmiştir¹²⁵. Kanunları meclise iade yetkisi de ilk kez bu dönemin ilk cumhurbaşkanı olan Cemal Gürsel tarafından kullanılmıştır¹²⁶.

Cumhurbaşkanının etkin bir anayasal denetim yapabilmesinin önündeki ikinci engelse cumhurbaşkanına tanınan kanunları iade yetkisinin bağlayıcı bir yetki olmayışıdır¹²⁷. Daha önce de belirttiğimiz üzere cumhurbaşkanına tanınan kanunları meclise iade yetkisi meclis tarafından aşılabilir bir yetkidir. TBMM, cumhurbaşkanı tarafından anayasaya aykırı görülerek iade edilen kanunu tekrar kabul ederse cumhurbaşkanı bu kanunu yayınlamak zorunda kalmaktadır (md. 35/3). Üstelik, cumhurbaşkanı tarafından iade edilen kanunun meclisin basit çoğunluğu tarafından tekrar kabul edilebilecek olması bu yetkiyi daha da önemsiz bir hale getirmektedir. 1924 Anayasası'nın anayasa komisyonu tarafından hazırlanan taslağında cumhurbaşkanı tarafından iade edilen kanunun meclis üye tam

122 **Sabuncu**, s. 34.

123 **Okandan**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, s. 12-13.

124 Ömer **Anayurt**, "1924 Anayasası'nda Meclis-Yürütme İlişkileri", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C. 8, S. 39, 1996, s. 675; **Balkar**, s. 219.

125 **Sabuncu**, s. 234.

126 **Akın**, s. 380-381.

127 **Okandan**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, s. 12.

sayısının ancak üçte iki çoğunluğu ile tekrar kabul edilebileceği belirtilmişse de bu kural TBMM tarafından kabul edilmemiştir¹²⁸. Madde, tasarıdaki hali ile kabul edilmiş olsaydı cumhurbaşkanına tanınan bu yetkinin anayasal denetim hususunda (bağlayıcı olmasa da) daha etkin bir niteliğe kavuşacağına kuşku yoktur.

D. Yargı Organları Tarafından Yapılan Siyasi Denetim

Anayasalar tarafından yargı organlarına hukuki metinlerin yapımında bazı yetkiler tanınabilmektedir¹²⁹. Örneğin 1876 Anayasası ilk halinde kanun tekliflerinin Danıştay tarafından düzenlenmesi usulünü kabul etmişti (md. 53-54). 1876 Anayasası'nın benimsemiş olduğu usul, demokrasi teorisiyle uyuşmaması nedeniyle kabul gören bir usul olmamakla birlikte yargı organlarının hukuki metinler hakkında görüş bildirmesi uygulaması devam etmektedir. Yakın tarihimizden bir örnek olarak, 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun öncesine kadar bakanlar kurulu tüzük çıkarabilmekteydi ve bu tüzüklerin Danıştay incelemesinden geçmesi zorunlu idi (md. 107). Tüzüklerin Danıştay incelemesinden geçmesi zorunlu olmakla birlikte bakanlar kurulunun bu kararlara uyma zorunluluğu bulunmamaktaydı. Bir başka deyişle Danıştayın tüzükler hakkında vermiş olduğu kararlar danışma kararı niteliğindedir.

1924 Anayasası'na baktığımızda ise Danıştaya kanun teklifleri hakkında görüş bildirme yetkisi tanındığını görmekteyiz. Kanun tasarıları hakkında görüş bildirmek, anayasada Danıştayın görevleri arasında sayılmıştır (md. 51). Anayasanın lafzından, her kanun tasarısının değil yalnızca hükümetçe talep edilen kanun tasarıları hakkında Danıştayın görüş bildirme yetkisi olduğu anlaşılmaktadır. Danıştayın bu kanun tasarıları üzerindeki görüş bildirme yetkisi doğal olarak bağlayıcı nitelikte değil danışma niteliğindedir¹³⁰.

Danıştayın kendisinden görüş bildirilmesi talep edilen kanun tasarıları üzerinde anayasal denetim yaparak tasarımın anayasaya aykırı olup olmadığını incelemesi pekala mümkündür ancak bu denetimin etkin bir meka-

¹²⁸ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İçtima Senesi 2, C. 8, 30.03.1924, s. 115-120.

¹²⁹ **Kuran**, s. 36.

¹³⁰ **Okandan**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, s. 15.

nizması olduğundan bahsedebilmek mümkün değildir. Öncelikle, her kanun tasarısı değil yalnızca hükümet tarafından talep edilen kanun tasarıları Danıştayın incelemesinden geçmektedir. Bu nedenle Danıştayın olumsuz bir görüş bildirmesinden çekinilen durumlarda tasarının Danıştay incelemesinden geçirilmeksizin meclise gönderilmesi mümkündür. Kısacası, Danıştayın denetiminin aşılabilir nitelikte bir denetim yolu olması bu denetimin etkinliğini baştan imkansız kılmaktadır. Danıştayın yapacağı anayasal denetimin etkin olmasının önündeki bir diğer engel ise kararlarının danışma niteliğinde olmasıdır. Her kanun tasarısı Danıştayın incelemesinden geçmek zorunda olsa dahi Danıştayın bu kararının bağlayıcı nitelikte olmaması, Danıştayın anayasaya aykırı olduğu yönünde görüş bildirdiği bir tasarının kanunlaşmasına engel olamamaktadır. Öte yandan, Danıştayın kararı her ne kadar bağlayıcı nitelikte olmasa da kamuoyundan gelebilecek tepkiler dikkate alındığında Danıştayın anayasaya aykırı olduğunu bildirdiği bir kanun teklifinin TBMM tarafından kanunlaştırılması çok daha zor olacaktır¹³¹. Saymış olduğumuz iki temel nedenden ötürü 1924 Anayasası'yla Danıştaya tanınmış olan kanun tasarıları hakkında görüş bildirme yetkisinin etkin bir anayasal denetim mekanizma olduğundan bahsedebilmek mümkün değildir.

Yargı organları tarafından yapılan siyasi anayasal denetime bir diğer örnek ise 1919 Finlandiya Anayasası ve 1948 Brezilya Anayasası gibi bazı anayasalarda benimsenmiş olan yargı organlarının anayasaya aykırı gördükleri kanunları yasama organına bildirerek bunların değiştirilmesini talep edebilme yetkisi tanınmasıdır¹³². Bu yöntem benzer bir sistem günümüz İngiltere'sinde de bulunmaktadır. İngiltere'de 1998 yılında kabul edilen İnsan Hakları Kanunu ile mahkemeler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı gördükleri kanunlar hakkında parlamentoya uyumsuzluk bildiriminde bulunabilmekte ve uyumsuzluk iddiası parlamento tarafından çözülmektedir¹³³. Kanunların anayasa değil de parlamentonun çıkaracağı bir kanunla taraf olmaktan çekinilebilecek bir uluslararası sözleşme olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygunluğunun denetlenmesi sebebiyle bu yöntem bir anayasal denetim mekanizması değilse de sınırlı devlet ideali açısından önemli bir yetkidir. Yargı organlarının bu denetim şe-

131 **Kuran**, s. 36.

132 **Kuran**, s. 41-42.

133 **Keskin**, s. 76-78.

killerindeki rolünün görüş bildirmekten ibaret olması ve anayasaya aykırılık iddiasına dair son sözün parlamento tarafından söylenecek olması bu denetim şekillerinin de etkin olmasını imkânsız kılmaktadır.

E. Yasama Organı Üyelerinin ve Devlet Başkanlarının Yeminlerinde Anayasaya Sadakat

Yasama organı üyeleri ve devlet başkanları günümüzde de görevlerine genelde yemin ederek başlamaktadır. Yeminler, verdiği sözü tutmayan kişinin ilahi bir güç tarafından cezalandırılacağına inanılan eski çağlardan kalma bir gelenektir¹³⁴. Delice'nin de belirttiği üzere yeminler günümüz hukukunun halen tamamen rasyonelleşmemiş olduğunun göstergelerinden biridir¹³⁵. Yasama organı üyelerinin ve devlet başkanlarının üzerlerine yemin ettikleri değerlerden biri de genellikle anayasaya sadakattir. Böylelikle anayasaya sadakat manevi bir yaptırıma bağlanarak kişilerin anayasaya aykırı kanun teklifinde bulunmamaları ve anayasaya aykırı kanun tekliflerine olumlu oy vermemeleri sağlanmak istenmektedir¹³⁶; devlet başkanları ise bu yemin doğrultusunda anayasaya aykırı gördükleri kanunları meclise iade edecektir. ABD Başkanının göreve başlarken etmiş olduğu yemin, anayasaya sadakate yapmış olduğu vurguyla bu konuda güzel bir örnek teşkil etmektedir: *"Birleşik Devletler Başkanlığı görevini sadakatle yerine getireceğime ve Birleşik Devletler Anayasasını elimden geldiğince gözeteyeceğime, koruyacağıma ve savunacağıma onurum üzerine ant içerim"* (md. 2, b. 1, f. 8). Anayasaya bağlılık duyan bir bakanlar kurulunun ya da parlamenterin anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü bir kanun teklifini meclise sunmayacağı aşikârdır. Bu nedenle anayasal denetim en başta kanun teklifinde bulunan kişi veya makam tarafından bir otokontrol mekanizmasıyla gerçekleşmektedir. Ancak pek tabii ki bu otokontrolün etkin bir denetim mekanizması olmadığı açıktır.

Türkiye tarihinin ilk anayasası olan 1876 Anayasası'na göre parlamenterler padişaha, vatana ve anayasaya sadakat yemini ederek göreve başlamaktadır (md. 46). 1909 yılında yapılan anayasaya değişikliğiyle birlikte yasama döneminin ilk oturumunda padişahın da parlamento huzurunda anayasaya sadakat yemini etmesi öngörülmüştür (md. 3). 1924 Anayasasına baktığımızda ise ne milletvekillerinin ne de cumhurbaşkanının

¹³⁴ Aslan **Delice**, Antropoloji Penceresinden Hukuk: Basit Toplumlarda Akralılık İktidar ve Çıkar İlişkileri, 1. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2013, s. 109-110.

¹³⁵ Yeminler ve işlevleri hakkında detaylı bilgi için bakınız: **Delice**, s. 108-112.

¹³⁶ **Kuran**, s. 35.

yemininde anayasaya sadakate dair doğrudan bir ifade bulunmaktadır. Milletvekili yemininin düzenlendiği 16. maddede “cumhuriyet esaslarından” bahsedilmektedir. Anayasaya sadakat ile yemin metni arasında bu ibare dolayısıyla bir bağlantı kurabilmek imkanı görülebilse de anayasanın bütünü dikkate alındığında böyle bir yorum yapabilmek de pek mümkün görünmemektedir¹³⁷. Cumhurbaşkanı yeminini düzenleyen 38. maddede de anayasaya sadakate dair doğrudan bir ifade yer almamaktadır. Yeminde “cumhuriyet kanunlarına” sadakatten bahsedilmektedir. Anayasaların da özel nitelikte bir kanun olması sebebiyle anayasaya sadakat bu ibarenin kapsamında görülebilir ancak anayasanın alalede bir kanun olmaması nedeniyle yemin metinlerde anayasadan ayrıyeten söz edilmesi daha yerinde bir uygulama olacaktır. Bu nedenle cumhurbaşkanı yemini de bu konuda eksiktir.

Yaptırımın doğrudan ilahi bir güç tarafından uygulanacağına inanılmasından ötürü parlamenterlerin ve devlet başkanlarının yaptıkları yeminler günümüzde de doğrudan bir yaptırıma bağlanmamaktadır. Yeminde belirtilen değerlere aykırılık bazı hallerde suç oluştursa dahi bunlar yemine aykırı davranılmış olduğu için değil kanun tarafından belirlenen fiile uygun bir eylemin varlığından ötürü cezalandırılmaktadır. Bir başka deyişle söz konusu yemin hiç yapılmamış olsa dahi kişinin eylemi yine de suç oluşturacaktır. Bu nedenle anayasaya sadakat yemini edilmesi kişilerin anayasaya aykırı davranmalarının önünde caydırıcı bir etmen değildir. Kaldı ki yeminler bir yaptırıma bağlanmış olsa dahi yapılan yeminlerde göndermede bulunulan değerlerin “milletin mutluluğu, refahı” gibi son derece muğlak kavramlar olması yemine aykırılığın tespitini imkânsız kılmaktadır. Bu nedenle parlamenterlerin ve devlet başkanlarının anayasaya sadakat konusunda yemin etmeleri uygulama açısından pek bir fark yaratacak olmamakla birlikte bu konuda yemin edilmesi kurucu iktidarın anayasaya sadakate verdiği önemi gösteren bir sembol olacaktır ki 1924 Anayasası bu sembolden de mahrumdur.

¹³⁷ **Okandan**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, s. 11.

F. Yarı Doğrudan Demokrasi Araçları ve 1924 Anayasası

Halkın yönetime katılım şekline göre demokrasi temelde üç türe ayrılmaktadır. Doğrudan demokrasiler halkın yönetime bizzat katıldıkları demokrasilerdir¹³⁸. Örneğin Antik Atina'da ya da bu demokrasi biçiminin günümüzdeki bazı nadir örneklerinde olduğu gibi halk bir meydana toplanmakta ve kararlar bizzat kendilerinin verdikleri oylar sonucu alınmaktadır. Temsili demokrasilerde ise halk yönetime temsilcileri aracılığıyla katılır¹³⁹. Örneğin her şehrin parlamentoya temsilcilerini göndererek yönetime katıldığı demokrasiler bu türdeki demokrasilerdir. Temelde temsili bir demokrasi türü olan yarı doğrudan demokrasilerde ise halk; halkoylaması, halk teşebbüsü, halk vetosu ve geri çağırma gibi yönetime doğrudan müdahil olabileceği çeşitli araçlara sahiptir¹⁴⁰. Bu nedenle yarı doğrudan demokrasiler temsili ve doğrudan demokrasi türleri arasındaki bir uzlaşma, bir orta yol niteliğindedir. Günümüzün milyonları, milyarları bulan ülke nüfusları karşısında doğrudan demokrasi uygulanabilir bir sistem olarak görülmemektedir¹⁴¹. Uluslar tercihlerini temsili ya da yarı doğrudan demokrasilerden yana kullanmaktadır.

Bu demokrasi türlerini anayasal denetim açısından değerlendirdiğimizde ise temsili demokrasiler doğal olarak halka anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü kanunlara müdahale etme imkânı tanımamaktadır¹⁴². Temsili demokrasilerde halk bir kanunun anayasaya aykırı olduğunu düşünüyorsa halkın parlamenterleri bilgilendirmek ya da bu konuda baskı grupları oluşturmak haricinde yapabileceği pek bir şey bulunmamaktadır. Yarı doğrudan demokrasilerde ise halkın bu konuda yapabileceği daha çok şey bulunmaktadır. Örneğin önemli kanunların halkoylamasına tabi tutul-

¹³⁸ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 733; **Teziç**, Anayasa Hukuku, s. 236.

¹³⁹ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 743; **Teziç**, Anayasa Hukuku, s. 220.

¹⁴⁰ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 759-760; **Teziç**, Anayasa Hukuku, s. 230.

Yarı doğrudan demokrasi araçları hakkında detaylı bilgi için bakınız: **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 760-768; **Teziç**, Anayasa Hukuku, s. 230-234.

¹⁴¹ Ali Fuad **Başgil**, Demokrasi Yolunda, 6. Baskı, Yağmur Yayınevi, İstanbul 2019, s. 49; **Barın**, Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti, s. 55.

¹⁴² **Kuran**, s. 36.

ması halinde halk anayasaya aykırı gördüğü kanunu reddedebilir. Halk teşebbüsü yöntemiyle anayasaya aykırı gördüğü kanunun yerine yeni bir kanun teklif edebilir ya da halk vetosu yoluyla anayasaya aykırı kanunun kaldırılmasını talep edebilir. Bu nedenle halkın anayasal denetim sürecine katılabilmesi açısından yarı doğrudan demokrasiler temsili demokrasilere göre çok daha avantajlıdır.

1924 Anayasası ise demokrasinin temel şartı olan seçimler haricinde (ki seçimler dahi 1946 yılında çok partili siyasi hayata geçilene kadar bir anlam ifade etmemektedir) halkın yönetime katılımına imkân sağlayabilecek hiçbir yöntemi kabul etmeyerek 1921 Anayasası'nda da kabul edildiği gibi tamamen temsili bir demokrasi modelini benimsemiştir¹⁴³. Bu nedenle 1924 Anayasası'nda halk anayasal denetim yapabilme imkânından mahrum kalmıştır.

G. Anayasal Denetim Yapacak Özel Siyasi Heyetler ve 1924 Anayasası

Anayasal denetim konusunda başvurulabilecek bir diğer yöntem, meclisten çıkan kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir “anayasa konseyi/jürisi/komitesi” gibi siyasi bir heyet kurulmasıdır. Anayasa jürilerinin yapacağı anayasal denetim kanunların yürürlüğe girmesinden önce olabileceği gibi yürürlüğe girmesinden sonra da olabilir. Örneğin 1946 Fransa Anayasası ile kurulan Anayasa Komitesi kanunların yürürlüğe girmesinden önce anayasal denetim yaparken 1948 Kore Anayasası'nın kurmuş olduğu Anayasa Komitesi ise kanunlar yürürlüğe girdikten sonra anayasal denetim gerçekleştirmektedir¹⁴⁴.

Bu tarzdaki kurallar birçok farklı şekilde oluşturulabilir. Örneğin 1946 Fransa Anayasası ile oluşturulan Anayasa Komitesi kurulun doğal üyesi olan cumhurbaşkanı ve meclis başkanları haricinde tamamen parlamento

¹⁴³ **Okandan**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, s. 15; **Okandan**, Hükümlerlik Kudreti ve Buna Dahil Yetkiler Bakımından 20 Nisan 1340 Esas Teşkilat Kanununun Hususiyetleri, s. 325; Tark Z. **Tunaya**, “Türkiye Büyük Meclisi Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 23, S. 3-4, 1958, s. 227-228.

¹⁴⁴ **Kuran**, s. 41.

tarafından seçilen üyelerden oluşmaktayken¹⁴⁵ 1949 Doğu Almanya Anayasası ile oluşturulan Anayasa Komitesinin ise parlamentoda bulunan siyasi partilerin güçleriyle orantılı olarak komiteye gönderdikleri üyeler ile parlamento tarafından seçilen üç yüksek mahkeme üyesi ve üç anayasa profesörü üyeden oluşması öngörülmüştür¹⁴⁶. Vermiş olduğumuz örneklerdeki benzer biçimde anayasa komitelerinin oluşturulma şekillerini teorik açıdan çoğaltmak mümkündür.

Anayasa Komitelerinin vereceği kararların niteliği de çok farklı şekillerde ayarlanabilir. Kurul tarafından verilen kararlar bağlayıcı nitelikte olabileceği gibi görüş bildirme niteliğinde de olabilir. Bağlayıcı nitelikte kararlar verebilen siyasi organlar politikacılardan bağımsızlaşabildikleri ve tarafsız davranabildikleri ölçüde bu organların yapmış olduğu denetimin yargısal denetime yaklaşması mümkündür. Örneğin 1958 Fransa Anayasası ile kurulan Anayasa Konseyi bu nitelikteki bir kurula örnek olarak verilebilir¹⁴⁷.

Anayasal denetim yapacak özel siyasi heyetlerin bir diğer türü ise yasama organı üyelerinin bir kısmından oluşan ve sosyalist cumhuriyetlerde görülen prezidyum usulüdür¹⁴⁸. Örneğin Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin yasama organı olan Yüksek Sovyet, sürekli toplantı halinde bulunmadığından Yüksek Sovyet Prezidyumu parlamentonun toplantıda olmadığı dönemlerde yasama işlevini yerine getirmektedir¹⁴⁹. 1936 ve 1977

¹⁴⁵ Deener, s. 195; Teziç, Anayasa Hukuku, s. 175.

¹⁴⁶ Deener, s. 198-199.

¹⁴⁷ Teziç, Anayasa Hukuku, s. 177.

¹⁴⁸ Kuran, s. 41.

¹⁴⁹ Davut Özyurt, "Rus Tipi Başkanlık Modeline Giden Yolda 1918 Rusya ve 1924, 1936, 1977 SSCB Anayasasında Karma Kuvvetler Birliğinin Uygulanması ve Sorunları", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 2021, s. 523-524.

Yasama işlevi yanında aynı zamanda bir yürütme organı da olan ve liberal demokrasilerde örneği olmayan prezidyum kurumu hakkında detaylı bilgi için bakınız: Yaşar Gürbüz, Siyasal Sistemler, 1. Baskı, May Yayınevi, İstanbul 1980, s. 171-172; Davut Özyurt/Abdulkadir Saka, "Kolektif Başkanlık Teorisine Göre Yüksek Sovyet: İcra Kurulu Olarak Yüksek Sovyet Presidyumu ve Hükümet Organı Olarak Bakanlar Sovyeti", Ankara Barosu Dergisi, C. 79, S. 2, 2021, s. 94-103.

tarihli Sovyetler Birliği Anayasaları Yüksek Sovyet Prezidyumuna anayasal denetim yapma yetkisi de tanımıştır¹⁵⁰. Anayasa jürileri hakkında söylenmiş olduklarımız prezidyum usulü için de geçerli olup bu denetimin de özü itibariyle etkin olduğunu söyleyebilmek pek mümkün görünmemektedir.

Anayasal denetim yapacak siyasi heyetlere benzer bir usul günümüzde İngiltere’de de uygulanmaktadır. İngiliz parlamentosunun her iki meclisinden gelen altışar üyeden oluşan İnsan Hakları Ortak Komitesi kanunların başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere İngiltere’nin taraf olduğu antlaşmalara uygunluğunu denetlemekte ve bu konuda parlamentoya görüş bildirmektedir¹⁵¹.

1924 Anayasası ise anayasa konseyine veya prezidyuma benzer bir yapıya yer vermemiştir. Bu kurullara bağlayıcı karar alma yetkisi tanınsa dahi üyelerinin bağımsız ve tarafsız olmayan siyasi kişilerden oluşması nedeniyle bu tarz kurulların ne derecede etkin bir denetim yapabileceği son derece şüphelidir. Bu nedenle 1924 Anayasasının bu konudaki eksikliğini esaslı bir eksik olarak görmemek gerekir.

H. Çift Meclis Sistemi ve 1924 Anayasası

Dünya genelinde parlamentolar ya tek meclisten ya da iki meclisten oluşmaktadır¹⁵². Federasyon devlet tipini benimsemiş devletlerde federe bölgelerin devlet yönetimine katılabilmesi açısından bir zorunluluk niteliğinde olan çift meclis sistemi, üniter yapıdaki devletlerde siyasi bir tercihten ibarettir¹⁵³. Bir başka deyişle, üniter yapıdaki bir devlet tek meclis sistemini benimseyebileceği gibi çift meclis sistemini de benimseyebilir. Üniter yapıdaki devletlerde çift meclis sisteminin tercihe kalmış olması bu sistemin lehinde ve aleyhinde birçok görüşün ileri sürülmesine sebebiyet vermiştir. Konumuz açısından önemli olan husus, çift meclis sistemlerinde ikinci meclislerin anayasal denetim yapabilme yetisine ilişkindir. Çift meclis sistemini savunanların bu konuda ileri sürdükleri argümanlardan

¹⁵⁰ Özyurt/Saka, s. 99.

¹⁵¹ Keskin, s. 80-81.

¹⁵² Tarihte parlamentoların ikiden fazla meclisten oluştuğu örnekler de bulunmaktadır ancak bunlar dikkate alınmayacak kadar istisnai niteliktedir.

¹⁵³ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 272; Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, s. 301; Kaboğlu, s. 175; Gürbüz, s. 39.

biri de çift meclis sistemlerinde ikinci meclislerin birinci meclislerin yapacakları hukuka aykırılıklar karşısında bir denge unsuru olabileceğidir¹⁵⁴. İkinci meclisler, birinci meclisler tarafından kabul edilen anayasaya aykırı kanun tekliflerini reddederek veya gerekli düzeltmeleri yaparak anayasal denetim işlevi görebilecektir. Bu konuda güzel bir örnek 1876 Anayasası'nda bulunmaktadır¹⁵⁵. 1876 Anayasası'na göre ikinci meclis olan Heyeti Ayan, Heyeti Mebusan tarafından kabul edilen kanun tekliflerini anayasaya uygunluk bakımından denetlemek ve anayasaya aykırı gördüklerini reddetmek veya gerekli düzeltmelerin yapılması için Heyeti Mebusana iade etmekle görevlendirilmiştir (md. 64).

1924 Anayasasının yapım aşamasında bazı milletvekilleri tarafından çift meclis sistemi savunulmuş hatta bu konuda bir önerge dahi verilmiştir¹⁵⁶. Çift meclis sisteminin savunucuların biri de anayasa komisyonu üyesi olan Bursa milletvekili Refet Beydir. Refet Bey, çift meclis sistemini savunduğu konuşmasında *"kanuni esasinin bile payımal edildiği vâki olur ve hattâ kavanini adliyyeye tecavüz edilerek istiklâli mahakiminin ilga edildiği de vâki olabilir ve bu tecrübelere müsteniden hukuku esasiye kitaplarına düstur şeklinde geçmiş hakikatlerdir. Binaenaleyh bu gibi hadisat karşısında herhalde yine bir muaddile lüzum vardır. Bir muaddil vazifesini yapacak, hukuk prensiplerini, kavanini içtimaiyyeyi, kavanini iktisadiyyeyi lâyikiyle düşünerek ona göre maddeler üzerinde düşünecek bir meclise katiyen ihtiyaç vardır"*¹⁵⁷ diyerek ikinci meclislerin anayasal denetim konusundaki önemine dikkat çekmiştir¹⁵⁸. Çift meclis sistemi için verilen önerge genel görüşmeler esnasında ileri sürüldüğü için geri alınmış¹⁵⁹; ilgili maddenin görüşülmesinde ise gündeme gelmeyerek tek meclis sistemi

154 Şeref İba, Parlamento Hukuku, 4. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınevi, İstanbul, (Tarihsiz), s. 24; Arsel, Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler, s. 87-89; Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 843; Kapani, s. 287-288; Kuran, s. 36.

155 Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 97; Teziç, Anayasa Hukuku, s. 174; Kaboğlu, s. 329.

156 TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İçtima Senesi 2, C. 7/1, 16.03.1924, s. 531.

157 TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İçtima Senesi 2, C. 7, 09.03.1924, s. 236.

158 Konuşmanın tamamı için bakınız: TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İçtima Senesi 2, C. 7, 09.03.1924, s. 234-236.

159 TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İçtima Senesi 2, C. 7/1, 16.03.1924, s. 532.

benimsenmiştir¹⁶⁰. Böylelikle anayasal sistem ikinci bir meclisin yapacağı anayasal denetim imkânından mahrum kalmıştır.

İ. 1924 Anayasasındaki Anayasal Denetim Mekanizmalarına İlişkin Genel Değerlendirmemiz

1924 Anayasası'ndaki anayasal denetim mekanizmaları iki temel eksiklikten muzdariptir: çoğunluğunun denetiminin yine aynı çoğunluğa bırakılmış olması ve anayasal denetiminin bir uzmanlık konusu oluşu. Bu iki temel eksikliğin dikkate alınmayışı 1924 Anayasası'nın etkin bir anayasal denetim mekanizması kuramamasının önündeki en büyük engeller olmuştur.

Kimse kendi davasında hâkim olamayacağı hukukun evrensel ilkelerinden biridir¹⁶¹. Kişilerin kendi çıkarları söz konusu olduğunda tarafsız davranabilmeleri oldukça zordur ve bu nedenle günümüzde anayasal denetimin bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından yapılması daha büyük oranda kabul görmektedir. 1924 Anayasası ise kanunu yapan çoğunlukla kanunu kabul edecek çoğunluğun özdeş olduğunu dikkate almaksızın anayasal denetim konusunda meclis çoğunluğunu ve bu çoğunluğun türevlerinden oluşan makamları yetkilendirerek etkin olmayan bir anayasal denetim mekanizmasının oluşmasına sebebiyet vermiştir. 1924 Anayasasının kurmuş olduğu sistemde (Kelsen'in deyiimiyle) kontrol edilmesi gereken merci, kontrol işlevini de üstlenmektedir¹⁶².

Diğer bir sorun ise anayasal denetimin bir uzmanlık konusu oluşudur¹⁶³. Anayasaların ve kanunların nasıl yorumlanması gerektiği hukukun çetrefilli konularından biridir. Bu nedenle bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı her zaman apaçık olan bir şey değildir. Nitekim günümüzde Almanya gibi bazı ülkelerde anayasa mahkemesi üyesi olmak için hukukçu olmak gerekmektedir¹⁶⁴. Hukuk formasyonu bulunmayan meclis komisyonlarından, meclis çoğunluklarından ve cumhurbaşkanı gibi makamlardan anayasal denetim yapmasını beklemek bu nedenle gerçekçi bir

¹⁶⁰ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 2, İçtima Senesi 2, C. 7/1, 16.03.1924, s. 540.

¹⁶¹ Bülent **Tanör**/Necip **Yüzbaşıoğlu**, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınevi, İstanbul 2001, s. 470.

¹⁶² **Kelsen**, s. 865.

¹⁶³ **Hukuk-ı Esasi Muallimi Midhat**, s. 121; **Kuran**, s. 43-44.

¹⁶⁴ **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 104.

beklenti olmayacaktır. Siyasi birer makam olan söz konusu mercilerin temel kaygısı iktidarda kalabilmek ve kamu yararını gerçekleştirebilmektir. Bir başka deyişle siyasi makamlar için yerindelik, hukukilikten önce gelir¹⁶⁵. Bu makamların gözünde hukukilik ikincil bir sorundur. Temel kaygısı hukukilik olmayan makamların özü itibariyle hukuki bir sorun olan etkin bir anayasal denetim gerçekleştirmesi ise pratik açıdan mümkün görünmemektedir. 1924 Anayasası'nda bulunmayan siyasi denetim mekanizmaları da siyasi olmalarından ötürü özleri itibariyle anayasa yargısının yerini tutabilecek nitelikte değildir. Varolmaları halinde sistemin daha iyi işlemesi imkân dâhilinde olmakla birlikte ne kadar iyi işleyebilecekleri oldukça şüphelidir. Bu nedenle 1924 Anayasası'ndaki bu eksiklikleri esaslı bir eksik olarak görmek pek mümkün görünmemektedir.

Sonuç olarak 1924 Anayasası, anayasanın üstün olduğunu ifade etmesine rağmen bunu etkin bir denetim mekanizmasına bağlamayarak parlamentonun sınırsız yetkilere sahip olduğu bir sistem kurmuştur. Anayasanın üstünlüğü ilkesi bakımından 1924 Anayasası, en azından çift meclis sistemini benimseyerek parlamentonun gücünü kısmen de olsa dengeleyerek anayasanın üstünlüğü ilkesinin gerçekleşmesine bir şans tanyan 1876 Anayasası'ndan dahi geride kalmıştır¹⁶⁶.

IV. ONTOLOJİK AÇIDAN ANAYASALAR VE 1924 ANAYASASI

İlk bölümde anlatmış olduğumuz üzere anayasalcılık düşüncesine uygun bir biçimde kaleme alınan bir anayasanın devlet iktidarını sınırlayabilecek nitelikte olması gerekir ancak tüm anayasaların bu amaçla kaleme alınmış olduğundan bahsedebilmek mümkün değildir. Bazı anayasalar sınırlı devlet idealini gerçekleştirmenin tam aksine olarak devlet iktidarını temel haklar aleyhinde güçlendirme amacıyla kaleme alınmaktadır¹⁶⁷. Bu nedenle ontolojik açıdan tüm anayasaları bir saymamak ve sınıflamak gerekmektedir. Bu bölümde ontolojik açıdan anayasalara kısaca değinildikten sonra 1924 Anayasası bu sınıflamalar açısından değerlendirilmiştir.

¹⁶⁵ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 95-96; Kuran, s. 40.

¹⁶⁶ Okandan, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, s. 9.

¹⁶⁷ Karşı anayasalcılık hareketleri hakkında detaylı bilgi için bakınız: Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 150-168.

A. Ontolojik Açından Anayasalar

Dar anlamda anayasalcılığın bir gereği olarak yazılı anayasa yapımının dünya çapında yaygınlık kazanmasıyla birlikte anayasa kavramının anlamı yozlaşmıştır. Günümüzdeki ülkelerin neredeyse tamamı yazılı bir anayasaya sahiptir ancak tüm anayasaların anayasalcılık ilkesi doğrultusunda kaleme alınmış olduğundan bahsedebilmek mümkün değildir¹⁶⁸. Anayasalar devlet iktidarını sınırlamak için kaleme alınabileceği gibi devlet iktidarını güçlendirmek veya zorba bir devlet iktidarını resmileştirmek için de kaleme alınmış olabilir. Bu durum ise anayasaların ontolojik açıdan sınıflanmasını gerektirmektedir. Ontolojik bakımdan anayasaların sınıflanmasından kastımız, bir anayasanın varoluş sebebine ve uygulama açısından önemine bakılarak sınıflanmasıdır.

Bu noktada temel ayırım anayasal devlet ve anayasalı devlet ayrımıdır¹⁶⁹. Anayasal devletler anayasalcılık ilkeleri doğrultusunda kaleme alınmış bir anayasaya sahip ve bu anayasanın etkin bir şekilde uygulandığı devletlerdir. Anayasal devletlerin sahip olduğu bu tarz anayasalar ontolojik açıdan “garantist anayasa” ya da “normatif anayasa” olarak isimlendirilmektedir¹⁷⁰. Günümüz devletlerinden örnek olarak Almanya’nın ve İsviçre’nin garantist bir anayasaya sahip olduğunu ve bu devletlerin birer anayasal devlet olduğunu söyleyebiliriz.

Anayasalı devletler ise biçimsel anlamda bir anayasaya sahip olsa da bu anayasaların devlet iktidarını sınırlamak için kaleme alınmadığı veya bu amaçla kaleme alınmış olsa dahi anayasanın etkin bir şekilde uygulanmadığı devletlerdir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere anayasalı bir devlet iki tür anayasa sahip olabilir. Bunlardan ilki, devlet iktidarını sınırlamak için kaleme alınmamış bir anayasaya sahip olunmasıdır. Devlet iktidarını sınırlamak için değil de başka amaçlarla kaleme alınmış bu türdeki anayasalar “sahte anayasa” veya “itibari anayasa” olarak isimlendirilmektedir¹⁷¹. Sahte anayasalara benzer bir örnek, ilk ve tek Osmanlı Anayasası

¹⁶⁸ **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 18-19.

¹⁶⁹ **Anayurt**, Anayasa Hukuku Genel Kısım, s. 129; **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 18-19; **Sabuncu**, s. 27.

¹⁷⁰ **Anayurt**, Anayasa Hukuku Genel Kısım, s. 131; **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 149-150; **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 39.

¹⁷¹ **Anayurt**, Anayasa Hukuku Genel Kısım, s. 131; **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 149-150; **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 39.

olan 1876 Anayasası'dır¹⁷². 1876 Anayasası ilk haliyle, devlet iktidarını düzenlemekte fakat mutlak monarşiyi kısmen sınırlamakla birlikte meşruti monarşi diyebileceğimiz bir düzen de kurmamaktaydı¹⁷³. Padişahın parlamentonun çalışma düzeni üzerinde oldukça önemli yetkilere sahiplere sahip olması (md. 7, 35, 43, 44), bakanlar kurulunun parlamentoya karşı değil padişaha karşı sorumlu olması (md. 27), parlamentoların kanun teklifinde bulunabilmek için padişaktan izin almasının gerekmesi (md. 53) ve padişahın kanunlar üzerinde mutlak veto yetkisine sahip olması (md. 54) gibi etmenler, 1876 Anayasasının ilk haliyle meşruti bir monarşi kurduğunu söyleyebilmeyi engellemektedir. Kısacası ilk haliyle 1876 Anayasası, anayasalcılık açısından Türk tarihinde bir ilerleme teşkil etmekle birlikte sorumsuz ve dokunulmaz olarak ilan ettiği padişahın (md. 5) yetkilerini genel olarak sınırlamayıp varolan gücünü büyük ölçüde hukukileştirdiği¹⁷⁴ için sahte bir anayasa olarak değerlendirilmeye müsait bir yapıdadır.

Anayasalı bir devletin sahip olabileceği ikinci tür anayasa ise anayasalcılık ilkeleri doğrultusunda kaleme alınmış fakat etkin şekilde uygulanmayan anayasalardır. Bu tarzdaki anayasalar “kamuflej anayasa” ya da “görünüşte anayasa” olarak isimlendirilmektedir¹⁷⁵. Kamuflej anayasaya sahip bir devletin anayasası incelendiğinde devlet iktidarının sınırlandığı ve temel hakların güvence altına alındığı görülür ancak anayasanın etkin bir şekilde uygulanmaması sebebiyle uygulamadaki devlet iktidarı hiç de anayasal bir devlet görünümü arz etmemektedir. Bir başka deyişle kamuflej anayasaya sahip bir devlet, sadece anayasası incelendiğinde anayasal bir devlet görünümüne sahip olan ama anayasa uygulanmadığı için fiilen sadece “anayasalı” olan bir devlettir. Kısacası, bu türdeki anayasaya sahip bir devlette anayasa, gerçek siyasi hayatı gizleyen bir paravan niteliğindedir. Kamuflej anayasaya sahip ülkelere örnek olarak Sovyet Sosyalist

172 **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 41.

173 Kemal **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku. 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s. 57; **Tanör**, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 141.

174 Halil **İnalçık**, Devlet-i Aliyye, C. 4, 8. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınevi, İstanbul 2020, s. 217-218; **Tanör**, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 144; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 57.

175 **Anayurt**, Anayasa Hukuku Genel Kısım, s. 131; **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 149-150; **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 40.

Cumhuriyetler Birliği veya 20. yüzyılın sosyalist Doğu Avrupa ülkeleri örnek olarak verilebilir¹⁷⁶.

B. Ontolojik Sınıflama Açısından 1924 Anayasası

Biçimsel anlamda bir anayasa olmayan 1921 Anayasası, olağanüstü koşullarda yazılmış ve kabul edilmiş olması sebebiyle oldukça kısa olan ve bu nedenle bir devletin ihtiyaçlarına tam manasıyla cevap verebilmekten uzak bir anayasaydı. Bu nedenle Milli Mücadelenin sona ermesi ve ardından Lozan Barış Antlaşmasının imzalanması sonucunda 1924 Anayasası hazırlanmış ve kabul edilmiştir. 1924 Anayasası'nın kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli Avrupa Modeli bir anayasa yargısı kurmadığına şüphe yoktur. Ancak ikinci bölümde de değinmiş olduğumuz üzere her ne kadar katılmıyor olsak da bazı yazarlar anayasanın 103. maddesinin yargı organlarını anayasal denetim yapma hususunda yetkilendirmiş olduğunu ifade etmişlerdir. 1924 Anayasası'nın Amerikan Modeli bir anayasal denetimi benimsediği kabul edilse dahi bizce bu denetim de etkin bir denetim olamayacaktır çünkü 1924 Anayasası ölçü norm olarak kullanılabilme niteliğinden mahrumdur.

Kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekte ölçü olarak kullanılacak norm, anayasada başka bir norma atıfta bulunulmadığı müddetçe yalnızca anayasanın kendisidir¹⁷⁷. 1924 Anayasası'nın içeriğine bakıldığında ise anayasanın anayasalcılık ilkeleri doğrultusunda kaleme alınmış olduğundan bahsedebilmek oldukça zordur. Anayasa, üyeleri halk tarafından seçilen bir parlamento kurmakta ve parlamenter bir hükümet sistemi benimsemektedir ancak ne temel hakları güvence altına almakta ne de çoğulcu bir demokrasinin gereklerine yer vermektedir¹⁷⁸. Kısacası, 1924 Anayasası anayasal bir devlet olmak için gerekli ölçü normları bünyesinde taşımadığına göre yargı organları anayasal denetim yapma konusunda yetkilendirilmiş olsa dahi bu yetki, sınırlı devlet idealinin gerçekleştirilmesi için elverişli bir araç olmaktan uzak olacaktır. Bu düşüncemizi birkaç örnek üzerinden göstermek isteriz.

¹⁷⁶ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 1, s. 148; **Yayla**, Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler, s. 17.

¹⁷⁷ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, s. 776.

¹⁷⁸ **Okandan**, Milli Hakimiyet, Milli İrade Mefhumlarının ve Kuvvetler Birliği Sisteminin Esas Teşkilat Hukukumuza Girişi, s. 32-33; **Anayurt**, 1924 Anayasası'nda Temel Hak ve Hürriyetler, s. 2.

1924 Anayasasının 9-30. maddelerinden oluşan “Yasama Görevi” başlıklı ikinci bölümünde TBMM düzenlenmektedir. TBMM’nin oluşumunun ve işleyişinin düzenlendiği bu bölümde meclisteki azınlıkları koruyabilecek bir hükme rastlanmamaktadır. 1924 Anayasası meclis çoğunluklarının neyi nasıl yapabileceğini saymakla yetinmektedir. Anayasanın diğer bölümlerinde düzenlenen birçok husus “kanun çerçevesinde” tanıyarak meclis çoğunluğu sınırsız yetkilerle donatılmış olmaktadır. Her şeye muktedir bir parlamentonun olduğu bir sistemi ise hukuki açıdan anayasal bir devlet olarak niteleyebilmek mümkün değildir. Anayasa çoğunluğun diktasına kapı aralayan bir sistem kurarak çoğulculuğun gerçekleşmesinin önünde bir engele dönüşmüştür. Nitekim, bu dönemde Demokrat Parti iktidarı tarafından çıkarılan 28.12.1957 tarihli Türkiye Büyük Millet Meclisi Dahilî Nizamnamesinin Bazı Maddelerinin Tadiline Dair Nizamname¹⁷⁹ isimli parlamento kararıyla meclis içtüzüğüne antidemokratik nitelikte birçok hüküm eklenerek muhalefetin etkinliği zedelense de bu içtüzük değişikliğinin çoğunlukçu bir demokrasi anlayışını benimsemiş olan 1924 Anayasası’na aykırı olduğunu ileri sürebilmek mümkün görünmemektedir.

Öte yandan, anayasanın temel hak ve özgürlükler rejimi de oldukça sorunludur. Anayasa, birçok temel hakkı tanımakla birlikte (md. 69-88) bu hakların sınırlanabilmesi için tek şart olarak sınırlamanın kanunla yapılması gerektiğini ifade etmektedir (md. 68/2). Temel hakların sınırlanmasında sınırlamanın kanunla yapılmasından başka bir şart aranmaması TBMM’nin ilgili hakkı isterse yok edebileceği bir devlet düzeni kurulmasıyla sonuçlanmıştır¹⁸⁰. Anayasa tanıdığı temel hakların sınırlarını kanunların çizeceğini belirterek “anayasal hak” tanımını anlamsız hale getirmektedir. Anayasada tanınan bir hakkın sınırları tamamen TBMM’nin inisiyatifiyle çizilecekse anayasada bir hak tanımının ne anlamı kalmaktadır? Anayasada bir hakkın tanınması o hakkın TBMM tarafından da ihlal edilmesine bir engel olması gerekirken 1924 Anayasası tanıdığı hakların tamamını açıkça TBMM’nin emrine vermektedir. Böyle bir düzende temel hak ve hürriyetleri sınırlayıcı nitelikte olan hiçbir kanunun anayasaya

¹⁷⁹ 06.01.1958 tarih ve 9800 sayılı RG.

¹⁸⁰ **Anayurt**, 1924 Anayasası’nda Temel Hak ve Hürriyetler, s. 7-8; Adnan **Küçük**, “1924 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetler”, *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 82, 2016, s. 8; İzzet **Eroğlu**, “1924 Anayasası Döneminde İnsan Haklarının Normatif Çerçevesi ve Uygulaması”, *Yasama Dergisi*, S. 14, 2009, s. 82-83; **Kapani**, s. 116; **Mumcu**, s. 396-397.

aykırı olduğu iddia edilemez çünkü bizzat anayasa bu duruma kapı aralamaktadır. Anayasadaki işkence ve sansür yasağı gibi bazı ek güvence niteliğindeki hükümler bu konuda istisna olarak görülebilir ancak işkencenin ve sansürün ne olduğunun dahi yine TBMM tarafından belirlenecek olması bu istisnaları da anlamsız hale getirmektedir. Nitekim 1924 Anayasası döneminde (ve özellikle tek parti döneminde) insan haklarını ihlal eden birçok kanun çıkarılmış ancak etkin bir denetim mekanizması olmaması sebebiyle bu kanunlar uygulanmıştır. Bu nedenle 1924 Anayasası döneminde temel hak ihlallerinin başlıca amillerinden biri bizzat kanunların kendisi olmuştur¹⁸¹.

Diğer yandan, anayasa yargı organlarının bağımsızlığını (md. 8) ve hâkimlik teminatlarını da (md. 53-57) hiçbir şarta bağlı olmaksızın kanunun emrine vermiştir¹⁸². Kanunlar anayasalcılık ilkesine uygun olarak düzenlense dahi kişilerin hak arama haklarını kendileri aracılığıyla kullanacakları mahkemeler bağımsız ve tarafsız olmadığı müddetçe kanunların içeriğinin bir önemi bulunmamaktadır. 1924 Anayasası mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını kanunlar çerçevesinde tanıyarak kişilerin hak arama özgürlüğünün önünde de bir engel oluşturmuştur. Bu nedenle yargı organlarına anayasal denetim yapma yetkisi tanınmış olsa dahi örneğin mahkemelerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını ihlal eden bir kanuni düzenlemeye hangi anayasa hükmünden hareketle karşı çıkılacaktır? Nitekim bu dönemde 03.03.1926 tarih ve 766 sayılı Hakimler Kanunu¹⁸³ ile 04.07.1934 tarih ve 2556 sayılı Hakimler Kanunu¹⁸⁴ başta olmak üzere mahkemeleri yürütme organının etkisi altında bırakabilecek birçok düzenleme yapılmıştır¹⁸⁵.

Öte yandan, anayasanın siyasi partileri güvenceli bir rejime bağlamaması sebebiyle 1925'te Terakkiperver Cumhuriyet Fırkasının bir bakanlar kurulu kararıyla kapatılmasının ardından 1945'e kadar tek partili bir rejim

181 **Anayurt**, 1924 Anayasası'nda Temel Hak ve Hürriyetler, s. 18; **Eroğlu**, s. 91.

182 Ergun **Özbudun**, Anayasalcılık ve Demokrasi, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2017, s. 62; **Sabuncu**, s. 101; **Mumcu**, s. 395-396.

183 20.03.1926 tarih ve 326 sayılı RG.

184 14.07.1934 tarih ve 2751 sayılı RG.

185 **Beder/Altundiş**, s. 108-109.

yaşanmıştır¹⁸⁶. Tek partili bir rejimi ise demokratik olarak nitelemek mümkün değildir¹⁸⁷. Tek partili rejim nedeniyle yirmi seneyi aşkın bir süre seçme ve seçilme hakkı sözde kalmıştır. Bu dönemde 1924 Anayasası hukuken yürürlükte olsa da fiilen yürürlükte değildir¹⁸⁸. Fiiliyatta tüm yetkiler anayasaya göre sorumsuz ve yetkisiz olması gereken cumhurbaşkanının şahsında toplanmıştır¹⁸⁹. 1924 Anayasası'nın ikinci dönemi ise 1946-1960 yılları arasında süren çok partili siyasi hayat olmuştur. 1924 Anayasası ancak bu döneme geçilmesiyle birlikte uygulanmaya başlamıştır¹⁹⁰. Bu dönemde ise anayasanın çoğulcuğu güvence altına alacak hükümler içermemesi 27 Mayıs 1960 Darbesinin gerçekleşmesinde çok önemli bir etmen olmuştur¹⁹¹. Anayasada iktidara gelen çoğunluk partisinin istediği her şeyi yapabilmesine engel olabilecek neredeyse hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Siyasi rejim, denge ve kontrol mekanizmalarından mahrum olarak kurulmuştur.

1924 Anayasası'nın yargı organlarına anayasal denetim yapma yetkisi tanımış olsa dahi bu yetkinin 1924 Anayasası'nın içerik olarak ölçü norm olmaya müsait olmayan yapısı karşısında bir anlam ifade etmeyeceğine dair örnekleri çoğaltmak mümkündür ancak verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere 1924 Anayasası'nın içerik olarak noksan bir anayasa oluşu her türlü anayasal denetimi anlamsızlaştırmaktadır. Anayasanın içeriği revize edilmeden etkin bir anayasal denetim mekanizması kurulması bizce mümkün değildir. 27 Mayıs Darbesinden sonra yönetime el koyan asli kurucu iktidarın 1924 Anayasası'nı revize ederek yürürlüğe koymak yerine yeni bir anayasa yapmayı tercih etmiş olması da muhtemelen bu nedenledir. 1924 Anayasası'nın bu yönde revize edilecek olması halinde

¹⁸⁶ Ergun **Özbudun**, Otoriter Rejimler Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2016, s. 77; **Tanör**, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 315-316.

¹⁸⁷ **Başgil**, Demokrasi Yolunda, s. 199.

¹⁸⁸ Mustafa **Erdoğan**, Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, 6. Baskı, Liberte Yayınevi, Ankara 2009, s. 99.

¹⁸⁹ **Tanör**, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 317; **Sabuncu**, s. 34.

¹⁹⁰ **Erdoğan**, Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, s. 99.

¹⁹¹ Ali Fuad **Başgil**, İlimin Işığında Günün Meseleleri, 5. Baskı, Yağmur Yayınevi, İstanbul 2019, s. 23-25; **Özbudun**, Anayasalcılık ve Demokrasi, s. 106; **Tanör**, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 328; **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, s. 33; **Eroğlu**, s. 87; **Kapani**, s. 114.

ortaya çıkacak metinde 1924 Anayasası'ndan çok az şey kalacak olması karşısında yeni bir anayasa yapılmasının tercih edilmiş olması kuvvetle muhtemeldir.

Kısacası 1924 Anayasası temel hakları güvence altına almayarak sınırsız bir devlet iktidarının önünü açmıştır. Anayasa, TBMM'nin üstünlüğünü sağlamaya çalışan bir zihniyetle kaleme alınmış ve TBMM'ye sınırsız bir iktidar bahşetmiştir¹⁹². Türkiye'yi çağdaşlaştıracak devrimlerin hukuki engellere takılmaması kurucu iktidarın temel amaçlarından biri olduğu için¹⁹³ TBMM mutlak bir iktidar makamı olarak tasarlanmıştır. Tüm bunların bir sonucu olarak, devlet iktidarını sınırlamaması sebebiyle 1924 Anayasası, ontolojik sınıflama açısından bizce sahte bir anayasadır¹⁹⁴. Nitekim, başbakanlık tarafından kurulan ve bakanlık temsilcileri ile öğretim üyelerinden oluşan kurul tarafından hazırlanan 01.02.1952 tarihli Yürürlükteki Kanunlarımızda Tesadüf Olunan Antidemokratik Hükümler Hakkında Rapor'da da 1924 Anayasasının çoğulculuk açısından yetersiz niteliği açıkça ifade edilmiştir. Raporda antidemokratik kanunların tespitinde 1924 anayasasının kıstas alınmadığı çünkü bu anayasanın demokrasinin gerektirdiği başlıca kurumları kurmuş ve esasları tanımış olsa da demokratik bir rejimin gerektirdiği tüm şartları içermediği hatta anayasada antidemokratik hükümlere dahi rastlandığı ifade edilmiştir. Bu nedenle antidemokratik kanunların tespitinde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi kurul tarafından temel alınmıştır¹⁹⁵.

Anayasanın anayasalcılık ilkeleri doğrultusunda kaleme alınmış olduğu kabul edilse dahi üçüncü bölümde incelemiş olduğumuz üzere bu hususu denetleyecek etkin bir denetim mekanizması kurulmamış olması

¹⁹² **Okandan**, Milli Hakimiyet, Milli İrade Mefhumlarının ve Kuvvetler Birliği Sisteminin Esas Teşkilat Hukukumuzda Girişi, s. 30-33; **Küçük**, s. 49; M. Fatih **Çınar**, "Türkiye'nin Anayasal Demokrasi Yolu ve Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Serencamı", Akademik Bakış Dergisi, S. 64, 2017, s. 599.

¹⁹³ **Tanör**, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 328-329; Mehmet **Çetin**, "Türk Devlet Geleneğinde Anayasal Gelişmeler 1839'dan 1982'ye Anayasaların Ortaya Çıkış Neden ve Şekilleri", Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, C. 9, S. 2, 2014, s. 95.

¹⁹⁴ Erdoğan, 1924 Anayasasını kamuflej anayasa olarak nitelemektedir. **Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, s. 41.

¹⁹⁵ Osman **Doğru**, 27 Mayıs Rejimi, 1. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara 1998, s. 37.

nedeniyle anayasanın öngörmüş olduğu tüm düzenlemeler yasama organı karşısında zaten platonik olarak kalmaya mahkûmdu¹⁹⁶.

SONUÇ

Anayasalcılık hareketlerinin esas amacı, temel haklarla sınırlı bir devlet iktidarı idealini gerçekleştirmektir. Bu hareketin sonuçlarından biri olan anayasaların varlığının anayasalcılık açısından bir anlam ifade edebilmesi için ilk olarak, anayasaların anayasalcılık ilkeleri doğrultusunda kaleme alınmış olması gerekir. Diğer yandan, bir anayasa anayasalcılık ilkeleri doğrultusunda kaleme alınmış olsa dahi eğer anayasa hükümleri uygulanmıyorsa anayasanın varlığı bir anlam ifade etmeyecektir. Anayasanın varlığının bir anlam ifade edebilmesi, anayasaya aykırılıkların bir yaptırıma bağlanarak etkin bir anayasal denetim mekanizması kurulmuş olmasına bağlıdır. 1924 Anayasası'nı bu iki temel şart açısından ya da bir diğer deyişle anayasanın üstünlüğü ilkesi açısından değerlendirdiğimizde anayasanın bu iki şartı da sağlamadığını görmekteyiz.

İlk olarak, kurucu iktidar anayasayı devlet iktidarını temel haklar çerçevesinde sınırlamak amacıyla kaleme almamıştır. Anayasanın yapımına ilişkin müzakereler, anayasanın üstünlüğü ilkesinden ziyade parlamentonun üstünlüğü ilkesinin anayasanın yapımında esas alındığını göstermektedir. Bu nedenle anayasa, TBMM'yi sınırlayacak biçimde yazılmamıştır. Bu durum ise anayasanın anayasalcılık ilkeleri doğrultusunda yazılmamış olduğunu göstermektedir. Kısacası, 1924 Anayasası'nı ontolojik açıdan sahte bir anayasa olarak görmek mümkündür. İkinci olarak ise 1924 Anayasasının anayasalcılık ilkeleri doğrultusunda kaleme alınmış olduğu kabul edilse dahi kurucu iktidar anayasal denetim konusunda yargı organlarını yetkilendirmeyerek siyasi organlar tarafından anayasal denetim yapılmasını tercih etmiştir. Anayasal denetimin özü itibariyle hukuki bir denetim olması fakat siyasi organların yaptıkları denetimlerde hukukilikten ziyade yerindelik kaygısı duymaları, siyasi denetimin anayasanın üstünlüğünü sağlamada etkin bir yöntem olmadığını göstermektedir. Nitekim 1924 Anayasası dönemi uygulamaları da bu önermeyi doğrulamaktadır. Bu nedenle, 1924 Anayasası'nın anayasanın üstünlüğünü sağlayabilecek etkin bir denetim mekanizması kuramadığını ifade edebilmek mümkündür.

¹⁹⁶ **Okandan**, Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, s. 21; **Atar**, s. 187; **Anayurt**, 1924 Anayasası'nda Temel Hak ve Hürriyetler, s. 9.

Özetle, 1924 Anayasasının anayasanın üstünlüğünü sağlayabilecek etkin bir denetim mekanizması kuramamış olması, anayasanın üstünlüğü ilkesini düzenleyen 103. maddenin TBMM'ye yönelik bir temenniden ibaret olan platonik bir hüküm olmasına sebebiyet vermiştir. Anayasal denetim konusunda sadece siyasi makamların yetkilendirilmiş olması parlamentonun anayasanın üstünde bir konuma çıkmasıyla sonuçlanmıştır. Marshall'ın deyimiyle söyleyecek olursak 1924 Anayasası, TBMM açısından istediği zaman geçebileceği sınırlamalardan ibaret olmuştur. 1924 Anayasasının hem şekil hem de içerik olarak anayasalcılığa uygun olmaması dönemin uygulamaları açısından felaketle sonuçlanmış ve iktidara gelen partiler dört senede bir yapılan genel seçimler haricinde denetlenemeyen ve kontrol edilemeyen bir güce kavuşmuşlardır. 1924 Anayasası döneminde anayasanın verdiği imkânlardan yararlanılarak anayasaya aykırı olmayan fakat antidemokratik nitelikte olan birçok kanun çıkarılmıştır. Siyasi rejimin, çoğunlukların her şeye muktedir olduğu totaliter bir demokrasiye yönelmesi 27 Mayıs Darbesinin gerçekleşmesine sebebiyet vermiştir. Bu nedenle darbeyle “demokratik” rejimin kesintiye uğramasında 1924 Anayasası'nın anayasalcılık ilkelerinden mahrum yapısı önemli bir role sahiptir.

KAYNAKÇA

- Aguilar**, Cristian Letelier. “Anayasal Denetimin Anayasal Demokrasi-deki Rolü”. Anayasa Yargısı Dergisi. C. 34, 2017, s. 267-271.
- Akın**, Rıdvan. Türk Siyasal Tarihi: 1908-2000. 3. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2019.
- Anayurt**, Ömer. “1924 Anayasası’nda Meclis-Yürütme İlişkileri”. Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi. C. 8, S. 39, 1996, s. 673-694.
- Anayurt**, Ömer. “1924 Anayasası’nda Temel Hak ve Hürriyetler”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 7, S. 2, 2002, (Sayfa Sayıları Belirtilmemiş).
- Anayurt**, Ömer. Anayasa Hukuku Genel Kısım. 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Anayurt**, Ömer. Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları. 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Arsel**, İlhan. “Asayiş-Anarşi-Despotizm veya İktidar ile Hürriyet Arası Denge”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 29, S. 1, 1972, s. 61-104.
- Arsel**, İlhan. “Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 11, S. 3, 1954, s. 60-104.
- Atar**, Yavuz. “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m. 11)”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 2, S. 2, 1989, s. 181-209.
- Balkar**, Kemal Galip. “Teşkilatı Esasiye Kanununa Aykırı Kanun Karşısında Mahkemenin Durumu”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 10, S. 1, 1953, s. 212-226.
- Balta**, Tahsin Bekir. “Türkiye’de Anayasa Yargısı”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 18, S. 1, 1961, s. 547-565.
- Barın**, Taylan. “Farklı Coğrafya ve Sistemlerde Anayasa Yargısının Doğuşu”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. C. 5, S. 10, 2017, s. 157-187.
- Barın**, Taylan. Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti. 1. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2016.
- Başgil**, Ali Fuad. Demokrasi Yolunda. 6. Baskı, Yağmur Yayınevi, İstanbul 2019.

Başgil, Ali Fuad. İlimin Işığında Günün Meseleleri. 5. Baskı, Yağmur Yayınevi, İstanbul 2019.

Beder, Bülent/**Altundiş**, Mehmet. "Yasama ve Yürütme Fonksiyonlarının Yargı Bağımsızlığına Müdahalesi". Yasama Dergisi. S. 13, 2009, s. 85-121.

Bowell, Tracy/**Kemp**, Gary. Eleştirel Düşünme Kılavuzu. Çeviren Bilge Tanrıseven, 2. Baskı, TÜBİTAK Yayınevi, Ankara 2020.

Çapa, Mustafa. "Anayasal Devletin Ortaya Çıkışının Sosyo-Ekonomik Temelleri ve Anayasal Devlette Toplumsal Azınlıklar". Sosyal Bilimler Dergisi. C. 3, S. 2, 2018, s. 25-41.

Çetin, Mehmet. "Türk Devlet Geleneğinde Anayasal Gelişmeler 1839'dan 1982'ye Anayasaların Ortaya Çıkış Neden ve Şekilleri". Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi. C. 9, S. 2, 2014, s. 84-99.

Çınar, M. Fatih. "Türkiye'nin Anayasal Demokrasi Yolu ve Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Serencamı". Akademik Bakış Dergisi. S. 64, 2017, s. 586-607.

Dede, Kadir. "Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme". Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 4, S. 1, 2014, s. 125-148.

Deener, David. "Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi". Çeviren Tuncer Karamustafaoglu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 26, S. 3, 1969, s. 179-205.

Delice, Aslan. Antropoloji Penceresinden Hukuk: Basit Toplumlarda Akrabalık İktidar ve Çıkar İlişkileri. 1. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2013.

Doğru, Osman. 27 Mayıs Rejimi. 1. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara 1998.

Emiroğlu, İbrahim. Mantık Yanlışları. 2. Baskı, Elis Yayınevi, Ankara 2011.

Endicot, Timothy. "Otantik Yorum". Çeviren İsmail Köküsarı, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 25, S. 2, 2021, s. 211-236.

Erdoğan, Mustafa. Anayasal Demokrasi. 8. Baskı, Siyasal Yayınevi, Ankara 2010.

Erdoğan, Mustafa. Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset. 6. Baskı, Liberte Yayınevi, Ankara 2009.

Eroğlu, İzzet. “1924 Anayasası Döneminde İnsan Haklarının Normatif Çerçevesi ve Uygulaması”. *Yasama Dergisi*. S. 14, 2009, s. 79-157.

Franko, Gad. “Kanunların Teşkilat-ı Esasiyeye Muvafakatı”. Çeviriyazı: Kerim Akar, *Yasama Dergisi*. S. 42, 2020, s. 229-232.

Franko, Gad. “Kavaninin Teşkilat-ı Esasiyeye Muvafakatı”. Çeviriyazı: Kerim Akar, *Yasama Dergisi*. S. 42, 2020, s. 233-239.

Gökçe, Fuat/Dölek, Elif. “Anayasa Yargısı ve Demokrasi”. *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*. C. 5, S. 6, 2018, s. 118-143.

Gözler, Kemal. “Yorum İlkeleri”. *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Hazırlayan: Ozan Ergül, (Baskı Sayısı Belirtilmemiş), Türkiye Barolar Birliği Yayınevi, Ankara 2013, s. 15-119.*

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. C. 1, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2020.

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. C. 2, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2020.

Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. 13. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2016.

Gözler, Kemal. *Hukukun Genel Teorisine Giriş*. (Baskı Sayısı Belirtilmemiş), US-A Yayınevi, Ankara 1998.

Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019.

Gürbüz, Yaşar. *Siyasal Sistemler*. 1. Baskı, May Yayınevi, İstanbul 1980.

Güriz, Adnan. *Hukuk Başlangıcı*. 12. Baskı, Siyasal Yayınevi, Ankara 2009.

Hukuk-ı Esasi Muallimi Midhat. “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’na Münafi Ahkamı İhtiva Eden Kavanin Hakkında Kazai Murakabe Meselesi”. Çeviriyazı: Kerim Akar, *Yasama Dergisi*. S. 43, 2021, s. 115-132.

İba, Şeref. *Parlamento Hukuku*. 4. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınevi, İstanbul, (Tarihsiz).

İnalçık, Halil. *Devlet-i Aliyye*. C. 4, 8. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınevi, İstanbul 2020.

Kaboğlu, İbrahim. *Anayasa Hukuku Dersleri*. 12. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2017.

Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.

Karamustafaoglu, Tuncer. "Anayasa Yargısının Önemli Sorunları". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 25, S. 3, 1968, s. 91-100.

Kaya, Semih Batur. "Hukuk Devleti, Demokrasi ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 29, S. 3, 2015, s. 355-401.

Kelsen, Hans. "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)". Çeviren Yasin Sönmez, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 64, S. 3, 2015, s. 857-914.

Keskin, Erdoğan. "İngiliz Anayasa Hukukunda Parlamentonun Üstünlüğü İlkesi, Sınırları ve Brexit". Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 25, S. 1, 2021, s. 49-99.

Köküsarı, İsmail. "Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu ve Uygulaması". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 64, S. 4, 2018, s. 807-855.

Kuran, Alp. "Anayasanın Üstünlüğü ve Siyasi Rejimler". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. 24, S. 1-2, 1959, s. 26-62.

Küçük, Adnan. "1924 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetler". Liberal Düşünce Dergisi. S. 82, 2016, s. 5-54.

Küçükalp, Kasım/**Cevizci**, Ahmet. Batı Düşüncesi: Felsefi Temeller. 5. Baskı, İSAM Yayınevi, Ankara 2018.

Metin, Yüksel. "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu". Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 2, S. 1, 2012, s. 89-130.

Mumcu, Ahmet. "1924 Anayasası". Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi. C. 2, S. 5, 1986, s. 383-400.

Okandan, Recai G. "Devlet İktidarının Tahdidi ve Bu Hususta İleri Sürülen Muhtelif Noktai Nazarlar". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. 17, S. 1-2, 1951, s. 3-23.

Okandan, Recai G. "Hükümranlık Kudreti ve Buna Dahil Yetkiler Bakımından 20 Nisan 1340 Esas Teşkilat Kanununun Hususiyetleri". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. 28, S. 2, 1962, s. 323-334.

Okandan, Recai G. "Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. 33, S. 1-2, 1967, s. 3-21.

Okandan, Recai G. "Milli Hakimiyet, Milli İrade Mefhumlarının ve Kuvvetler Birliği Sisteminin Esas Teşkilat Hukukumuzda Girişi". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. 27, S. 1-4, 1961, s. 21-33.

Özbudun, Ergun. "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 25, S. 1, 1968, s. 59-79.

Özbudun, Ergun. "Türkiye'de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri". Liberal Düşünce Dergisi. C. 17, S. 68, 2012, s. 5-18.

Özbudun, Ergun. Anayasalcılık ve Demokrasi. 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2017.

Özbudun, Ergun. Otoriter Rejimler Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye. 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2016.

Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku. 13. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.

Özcelik, Selçuk. "Anayasanın Yorumlanması Konusunda". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. 41, S. 3-4, 1975, s. 41-60.

Özko, Adil. "Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 26, S. 1, 1969, s. 43-76.

Özyurt, Davut/**Saka**, Abdulkadir. "Kolektif Başkanlık Teorisine Göre Yüksek Sovyet: İcra Kurulu Olarak Yüksek Sovyet Presidyumu ve Hükümet Organı Olarak Bakanlar Sovyeti". Ankara Barosu Dergisi. C. 79, S. 2, 2021, s. 81-116.

Özyurt, Davut. "Rus Tipi Başkanlık Modeline Giden Yolda 1918 Rusya ve 1924, 1936, 1977 SSCB Anayasasında Karma Kuvvetler Birliğinin Uygulanması ve Sorunları". Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 25, S. 1, 2021, s. 513-549.

Sabuncu, Yavuz. Anayasaya Giriş. 12. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2006.

Tanör, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necip. Türk Anayasa Hukuku. 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınevi, İstanbul 2001.

Teziç, Erdoğan. "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun "Esas" Açısından Denetimi". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. 51, S. 1-4, 1985, s. 23-43.

Teziç, Erdoğan. Anayasa Hukuku. 7. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara 2001.

Tikveş, Özkan. “Anayasa Mahkemesinin Teşkilat ve Fonksiyonları (Mukayeseli Bir İnceleme)”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. 33, S. 1-2, 1967, s. 83-128.

Todorov, Tzvetan. Aydınlanma Zihniyeti. Çeviren Nüvit Bingöl, 1. Baskı, BGST Yayınevi, İstanbul 2019.

Tunaya, Tarık Z. “Türkiye Büyük Meclisi Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. 23, S. 3-4, 1958, s. 227-247.

Turhan, Mehmet. “Anayasacılık Açısından Çoğunluk İlkesi”. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi. C. 50, S. 1, 1995, s. 401-413.

Turhan, Mehmet. “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi. C. 62, S. 3, 2007, s. 379-404.

Turhan, Mehmet. “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 33, S. 1, 1976, s. 63-104.

Yayla, Atilla. “Anayasa ve Devletin Sınırlanması”. Liberal Düşünce Dergisi. S. 66, 2012, s. 9-11.

Yayla, Atilla. “Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler”. Liberal Düşünce Dergisi. S. 66, 2012, s. 13-22.

Özel Hukuk / Private Law



Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Uyuşmazlıkların Arbuluculuğa Elverişliliği*

Eligibility of Disputes for Mediaton Arising from Trademark
Infringement

Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU**

Arş. Gör. Cansu KORKMAZ***

ÖZ

Sınaî mülkiyet klarının korunması, bu haklardan doğan uyuşmazlıkların makûl sürede, daha az masrafla ve etkin şekilde sonuçlandırılmasını da gerektirmektedir. Bu nedenle, sınaî mülkiyet haklarının korunmasına dair uyuşmazlıklar arasında önemli yeri olan ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan markanın tecavüzünden doğan uyuşmazlıkların, marka hakkına konu olan mal ve hizmetin hızlı tedavülü, tecavüz fiiline konu olan ürünlerin

* Bu makale, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 10-13 Şubat 2022 tarihinde düzenlenen “Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu’nda” tebliğ olarak sunulmuştur.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.
E-posta: cafer.eminoglu@gmail.com. ORCID: 0000-0001-6219-3360.

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: cansukorkmaz001@gmail.com. ORCID: 0000-0003-3362-1703.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 26.04.2022 / **Kabul/Accepted:** 02.06.2022.

Atf/Cite as: Cafer Eminoglu/Cansu Korkmaz, “Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Uyuşmazlıkların Arbuluculuğa Elverişliliği”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 1, Haziran 2022, (291-328).

piyasaya sürülmesi hâlinde telafisi zor zararların doğabilmesi ve ticarî itibarın korunması ihtiyacı karşısında, arabuluculuk etkin bir şekilde değerlendirilmesi gereken yöntemdir. Ancak markanın tecavüzünden doğan uyuşmazlıklarda hak sahibinin ileri sürebileceği taleplerin konusu, niteliği, çeşitliliği, uygulamada bu taleplerin genel olarak birlikte ileri sürülmesi ve her talebin arabuluculuğa konu olamaması, söz konusu uyuşmazlıklar yönünden arabuluculuğa elverişlilik incelemesinin ele alınmasını gerektirmektedir. Bu anlamda, çalışmada, marka hakkının tecavüzünden kaynaklı uyuşmazlıklar üzerinde tarafların serbestçe tasarruf yetkisi bulunup bulunmadığı ve arabuluculuğa elverişli olup olmadığı hususu, hak sahibinin ileri sürebileceği talepler dikkate alınarak incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Arabuluculuğa Elverişlilik, Sınâî Mülkiyet Hakları, Marka Hakkı, Tecavüzden Doğan Uyuşmazlıklar.

ABSTRACT

The protection of industrial property rights requires disputes arising from these rights to be resolved in a reasonable time, with less cost and effectiveness. For this reason, mediation is an effective method for the disputes arising from the infringement of the trademark to ensure the rapid circulation of the goods and services that are subject to the trademark right, to protect the commercial reputation, and for the possibility of the emergence of irreparable damages in case of the products subject to the infringement act. However, eligibility for mediation of the disputes arising from the infringement of the trademark should be examined in the light of the nature and varieties of claims of the trademark right holder, asserting these claims together, and the non-eligibility for mediation of certain claims. In this study, the following questions are examined considering the claims the trademark right holder may assert: do the parties have the power to freely dispose of the disputes arising from the infringement of the trademark, do the disputes arising from the infringement of the trademark eligible for mediation?

Keywords: Mediation, Eligibility for Mediation, Intellectual Property Rights, Trademark, Disputes Arising from Infringement.

GİRİŞ

Arabuluculuk, tarafların aralarındaki özel hukuk uyuşmazlıklarını, ortak menfaatlerine uygun şekilde çözmelerini amaçlayan, temelinde müzakereler ile iletişim süreci olan, bağımsız ve tarafsız uzmanlık eğitimi almış

bir üçüncü kişinin katılımıyla ihtiyarî olarak yürütülen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹. Genel olarak hukuk uyuşmazlıkları bakımından resmî arabuluculuğun düzenlendiği Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun² (HUAK) 2'nci maddesinin birinci fıkrasında yer verilen arabuluculuğa ilişkin tanımdan da anlaşıldığı üzere, arabuluculuk, iletişim ve müzakere temelli bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir (HUAK m. 2/I, b).

Arabuluculuk, hukuk sistemimizde 2013 yılında yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile ihtiyarî olarak başvuru olan bir yöntem şeklinde düzenlenmiştir. Ancak 2018 yılından itibaren belirli nitelikleri haiz iş uyuşmazlıkları, ticarî uyuşmazlıklar ile tüketici uyuşmazlıkları yönünden dava şartı arabuluculuk öngörülmüştür³.

¹ Süha **Tanrıver**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 43; Mustafa Serdar **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 657; Süha **Tanrıver**, Medenî Usûl Hukuku, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 245; Murat **Atal**/İbrahim **Ermene**k/Ersin **Erdoğan**, Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 773; Seda **Özmumcu**, Arabuluculuk Modelleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 1-2; Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**/Sema **Taşpınar** **Ayvaz**/Emel **Hanağası**, Medenî Usûl Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 792; Cafer **Eminoğlu**/Ersin **Erdoğan**, Ticarî Uyuşmazlıklarda İhtiyarî ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 29; Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**, Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 616; Ömer **Ekmekçi**/Muhammet **Özekes**/Murat **Atal**/Vural **Seven**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 17; Melis **Taşpolat** **Tuğsavul**, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 27; Süha **Tanrıver**, "Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarında Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi", Makalelerim II, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 243; Ali **Yeşilirmak**, Türkiye'de Ticarî Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 18; Şule **Şahin Ceylan**, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 298; Gülgün **İldır**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 202.

² RG., T. 22.06.2012, S. 28331.

³ Dava şartı arabuluculuğa dair hükümler yönünden değerlendirmeler için bkz. Süha **Tanrıver**, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", TBBB, S. 147, 2020, s. 115 vd.; Murat **Atal**/Ersin **Erdoğan**, "Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu", ÇÜHFED, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, C. 5, S. 1, 2020, s. 207 vd.; Ali **Pash**, "Ticarî İşletme ve Ticaret Şirketleri

İhtiyarî arabuluculuk ile dava şartı arabuluculuğun uygulanabilmesi, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmasına bağlıdır⁴. Hangi uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu noktasında, özellikle incelenmesi gereken ticarî uyuşmazlıklardır. Tarafların arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıklarını daha az masrafla, daha kısa sürede yargıya taşımadan kendi iradeleriyle menfaatlerine uygun şekilde çözüme kavuşturmalarının önemi tüm uyuşmazlıklar yönünden yadsınamaz. Ancak ticarî hayatın dinamikliği sebebiyle zamandan ve masraftan tasarruf edilmesi, ticarî uyuşmazlıklar yönünden ayrıca önemlidir⁵. Bunun yanında, ticarî surların ifşa edilmesinin önlenmesi, ticarî itibarın korunması, mevcut ticarî ilişkilerin veya sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması ve yeni iş potansiyeli oluşturulması ihtimali, arabuluculuğun ticarî uyuşmazlıklar bakımından değerlendirilmesini gerektirmektedir⁶.

Ticarî uyuşmazlıklar kapsamında, özellikle sınaî mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıkların kapsamlı olması ve uzmanlık gerektirmesi, bu hakların gayri maddî mallar üzerinde doğması ve soyutluk özelliği sebebiyle zararın belirlenmesinin zor olması, hızlı çözümlenme ihtiyacı ve yaratıcı

Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Editörler, Ceyda Süral Efeçınar/Mehmet Ertan Yardım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 14 vd.; Muhammet **Özekes**, “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara 2018, s. 124 vd.; Murat **Atalı**, “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara 2018, s. 140 vd.; Ali Cem **Budak**/Varol **Karaaslan**, Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 433 vd.; Nesibe **Kurt Konca**, “Ticarî Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk”, SETA Perspektif, S. 225, 2018, s. 2 vd.; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 143 vd.; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 774 vd.; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 40 vd.; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 103 vd.

- 4 Cafer **Eminoğlu**, “Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri”, TFM, C. 7, S. 2, 2021, s. 272; L. Şanal **Görgün**/Levent **Börü**/Barış **Toramam**/Mehmet **Kodakoğlu**, Medenî Usûl Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, s. 829; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 59; **Özbek**, s. 1499 vd.; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 48; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 38.
- 5 İrem **Toprakkaya**, Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 230; **Özbek**, s. 691 vd.; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 203; **Yeşilirmak**, s. 2.
- 6 **Toprakkaya**, s. 230; **Özbek**, s. 691; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 203-204.

çözümler bulma potansiyelinin bulunması sebebiyle, söz konusu uyuşmazlıklar yönünden arabuluculuğun etkin bir yöntem olarak kullanılması mümkündür⁷. Bu husus, sınaî mülkiyet haklarının düzenlendiği 6769 sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu'nda (SMK)⁸, ihtiyarî arabuluculuğa yer verilmesinden, tarafların arabuluculuğa Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) tarafından teşvik edilmesinden ve bu anlamda Kanun'un özel bir düzenleme ihtiva etmesinden de anlaşılmaktadır (SMK m. 19/IV, m. 21/III, m. 40/V).

Sınaî mülkiyet hukukundan doğan uyuşmazlıklar arasında, sınaî mülkiyet haklarının korunması kapsamında marka hakkına tecavüzden kaynaklı uyuşmazlıkların geniş bir uygulama alanına sahip olması ve hak sahibinin markaya dair tecavüz fiilinden dolayı ileri sürebileceği taleplerin niteliği ve bazı taleplerin üçüncü kişilerin haklarını doğrudan etkileyebilecek olması, söz konusu uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişlilik yönünden ele alınmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla bu çalışmada, arabuluculuğun marka hakkına tecavüzden doğan uyuşmazlıklara uygulanabilirliğinin ve bu uyuşmazlıklar yönünden arabuluculuğa elverişliliğin nasıl belirleneceğinin ele alınması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda, gerçekleşen veya muhtemel tecavüz fiillerine karşı, tecavüzün tespit edilmesi, tecavüzün önlenmesi veya durdurulması, tecavüz oluşturan ürünler ile bu ürünlerin üretilmesinde kullanılan araçlara el konulması, el konulan ürünler ve araçlar üzerinde mülkiyet hakkının devredilmesi, söz konusu ürünlerin ve araçların şekillerinin değiştirilmesi ile üzerlerindeki markaların silinmesi, maddî ve manevî zararların tazmin edilmesi, el konulan araçlar üzerinde mülkiyet hakkının tanınması hâlinde tazminattan bedelin indirilmesi veya tazminatın aşan kısmının geri ödenmesi ile ilân yaptırılması talepleri incelenmektedir.

⁷ Arzu **Oğuz**/Hasan Kadir **Yılmaztekin**/Ezel **Üner**, Fikrî Mülkiyet Hukukunda Uzman Arabuluculuk, Editörler, Sezercan Bektaş/Şebnem Akipek Öcal, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2020, s. 19; Arzu **Oğuz**, “Fikrî Mülkiyet Haklarından Doğan İhtilafların Arabuluculuk Yolu İle Çözümlemesi Konusunda Değerlendirme”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 152, 2019, s. 817; Armağan Ebru **Bozkurt Yüksel**, “Fikrî Mülkiyet Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, İKÜHFD, C. 10, S. 2, 2011, s. 197-198; Stephanie **Chi**, “The Role of Mediation in Trademark Disputes”, American Journal of Mediation, S. 2, 2008, s. 108; **Toprakkaya**, s. 232-233.

⁸ RG., T. 10.01.2017, S. 29944.

I. ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİK

Arabuluculuk yöntemine başvurulup başvurulamayacağını tespit edilmesi ve başvurulamayacak bir uyuşmazlığın söz konusu olması hâlinde sürecin sona erdirilecek olması sebebiyle, arabuluculuğa elverişlilik incelemesi yapılması gerekmektedir (HUAK m. 1/II, m. 17/I, d). Bunun yanında, arabuluculuk süreci sonunda imzalanan anlaşma belgesine dair icra edilebilirlik şerhi talebinde bulunulması hâlinde ilk derece mahkemesince; icra edilebilirlik şerhi talebi hakkında verilen kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulması durumunda ise bölge adliye mahkemesince arabuluculuğa elverişlilik incelemesi yapılmaktadır (HUAK m. 18/III)⁹. Aynı şekilde, dava şartı arabuluculuğa tâbi olan bir uyuşmazlıkta arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması durumunda, ilk derece yargılamasında, istinaf ve temyiz kanun yollarında, arabuluculuğun dava şartı olması sebebiyle gözetilmesi ve bu kapsamda arabuluculuğa elverişliliğin de incelenmesi gerekmektedir (HUAK m. 18/A/II). Bu nedenle, arabuluculuğa elverişlilik, tarafları (veya vekilleri), arabulucuyu ve yargı mercilerini ilgilendiren bir husustur.

⁹ Bu anlamda, işçi ve işveren arasındaki işçilik alacaklarını konu alan arabuluculuk anlaşma belgesine dair icra edilebilirlik şerhi talebi bakımından yapılan arabuluculuğa elverişlilik incelemesine yönelik Yargıtay'ın şu kararı örnek olarak verilebilir: “...İşveren ve işçi arasında, işçilik alacakları konusundaki uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarih ve ibra beyanının içeriği dikkate alındığında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir zamanda uyuşmazlık konusu olmadan ve işçinin başvurusu bulunmadan ibra niteliğinde arabuluculuk tutanağı düzenlemişlerdir. Alınan bu ibra niteliğindeki tutanak, tarih ve içeriği itibari ile arabuluculuğa ve niteliği itibari ile de cebri icraya elverişli değildir.”, Yarg. 9. HD., E. 2016/25300, K. 2016/21744, 08.12.2016, (www.legalbank.net), E.T. 20.03.2022. Arabuluculuğa elverişlilik, Türkiye'nin de onayladığı “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmalarına Dair Birleşmiş Milletler Konvansiyonu” temelinde, anlaşma belgesinin uluslararası anlamda icra edilebilirliği bakımından da önem arz etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Banu **Şit Köşgeroğlu**, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 83; Ersin **Erdoğan**, “Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara 2018, s. 189 vd.

Arabuluculuk, taraf iradelerinin hâkim olduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Nitekim yargılama faaliyetinin aksine, arabuluculuk süreci ve sonucu tarafların kendi kontrolindedir¹⁰. Arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerden biri olan iradilik ilkesinin gereği olarak taraflar arabulucuya başvurabilir, süreci devam ettirebilir, sonlandırabilir veya süreçten vazgeçebilir (HUAK m. 3/I). Arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak düzenlendiği uyuşmazlıklarda ise zorunluluk sadece süreci başlatmak yönünden öngörülmüştür. O hâlde, iradilik ilkesinin bir sonucu olarak, tarafların iradelerine tâbi olan uyuşmazlıklar arabuluculuğa konu olabilir.

Hangi tür uyuşmazlıkların arabuluculuğa konu olabileceği, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülmüştür. Anılan maddede, arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar sayma suretiyle belirlenmemiş, aksine genel olarak düzenlenmiştir¹¹. Ancak aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların, arabuluculuğa elverişli olmadığına açıkça yer verilmiş ve bu anlamda sınırlama getirilmiştir.

¹⁰ Ersin **Erdoğan**/Nurbanu **Erzurumlu**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, Seta Yayınları, İstanbul 2016, s. 10; Süha **Tanrıver**, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi", Makalelerim II, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 185; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 65; **Arslan/Yılmaz/Taşınar Ayvaz/Hanağası**, s. 793; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 774; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 621; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 28; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 50; **Budak/Karaaslan**, s. 431; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 832; **Yeşilirmak**, s. 10.

¹¹ Kanun koyucunun bilinçli olarak bu yönde düzenleme yaptığı, sayma yönteminin tercih edilmesi hâlinde gelişmelere uyum sağlanamayacağı ve bazı hususların eksik kalacağı yönünde bkz. Ejder **Yılmaz**, "Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi", Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2012. s. 1285; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 59; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 195; **Tanrıver**, Kanun Tasarısı, s. 186; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 111, dn. 24. Anayasa Mahkemesi de anılan hükmün iptaline dair başvuru üzerine verdiği kararda, arabuluculuğa elverişli alanların sayma yöntemiyle belirlenmesi yerine genel bir kuralla belirlenmesinin daha isabetli olduğunu belirtmiştir. Anılan karar için bkz. "Kuralda, hangi tür uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurulacağına ilişkin tahdidi bir yöntem seçilmemiş, bunun yerine uyuşmazlığın niteliğine ilişkin temel bir kural konulmuştur. Her şeyden önce sayma yönteminin tercih edilmesi durumunda, daima bazı hususların eksik kalma olasılığı söz konusu olacaktır. Özellikle özel hukuk gibi oldukça geniş ve sürekli gelişen ve değişen bir alanda bütün uyuşmazlık türlerini kanunda saymanın mümkün olmadığı da açıktır.", AYM., E. 2012/94, K. 2013/89, 10.07.2013, www.legalbank.net, E.T.

Anılan düzenlemeye göre yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuka dair uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvurulabilir (HUAK m. 1/II). Buna göre arabuluculuk yöntemine başvurulabilmesi için öncelikle uyuşmazlığın özel hukuktan doğan bir uyuşmazlık olması gerekmektedir. Bu husus, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 19'uncu maddesinin birinci fıkrasında yer verilen, Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapma yetkisini haiz kişilerin sicilini tutacağı yönündeki hükümden de anlaşılmaktadır (HUAK m. 19/I). Ancak anılan düzenlemelerden, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar yönünden arabuluculuğa başvurulamayacağına dair bir sonuca varılmamalıdır. Zira idarenin taraf olduğu özel hukuktan doğan bir uyuşmazlık da arabuluculuğa konu olabilir¹². Bu husus, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda, idareye karşı tarafın sulhe davet edilmesi zorunluluğunun öngörüldüğü 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'den¹³ de anlaşılmaktadır. O hâlde, tarafların eşit şekilde hareket ettiği, bir tarafın kamu gücüne dayanmadığı, bu anlamda idarî nitelik göstermeyen özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar kural olarak arabuluculuğa elverişlidir¹⁴.

Özel hukuktan doğan bir uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermesi hâlinde, söz konusu unsur bu uyuşmazlığın arabuluculuğa başvurulması yönünden engel teşkil etmez. Nitekim Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasında, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk uyuşmazlıklarının da açıkça arabuluculuğa konu olabileceği düzenlenmiştir (HUAK m. 1/II)¹⁵. İlgili düzenleme gereğince,

15.03.2022. Arabuluculuğa elverişli hususların Kanun'da kesin ve sınırlı olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde ise bkz. Nevhis **Deren Yıldırım**, "Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler", Arabuluculuk Yasa Tasarısı - Eleştiri ve Öneriler-Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s. 96.

¹² İbrahim **Ermenek**, Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 88-89; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 62-63; **Özbek**, s. 1123 vd.; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 47; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 831.

¹³ RG., T. 02.11.2011, S. 28103.

¹⁴ **Ermenek**, Arabuluculuk, s. 88-89; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 49.

¹⁵ Anılan düzenlemede, yabancılık unsuru açıklanmamakla birlikte, doktrinde genel olarak somut uyuşmazlığın birden fazla hukuk sistemi ile bağlantılı olduğu tespit edildiği takdirde, yabancılık unsurunun bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. Vahit **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2017, s. 205; Cemal **Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Figanmeşe**, Milletlerarası Özel Hukuk, 6.

bir uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması, söz konusu uyuşmazlığa Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun uygulanmasına engel olmadığından, özel hukuktan doğan bir uyuşmazlıkta yabancılık unsuru olması, arabuluculuğa elverişlilik yönünden özellik arz etmemektedir¹⁶.

Özel hukuk, kural olarak irade serbestisine dayanan bir alandır¹⁷. Ancak bu alanda, özel hukuk ilişkilerinden doğan tüm uyuşmazlıklar mutlak anlamda tarafların tasarrufuna bırakılmamıştır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun¹⁸ 27'nci maddesinin birinci fıkrasında emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu düzenlenerek irade serbestisine genel bir sınırlandırma öngörülmüştür (TBK m. 27/I). İrade serbestisinin sınırlandığı alanların olması sebebiyle, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasında, tüm özel hukuk iş veya işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar değil, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş ve işlemlerden kaynaklı özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuğun uygulanabileceği düzenlenmiştir (HUAK m. 1/II). Ancak "*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler*"den ne anlaşılması gerektiği, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda açıklanmamıştır¹⁹. Buna karşın, söz konusu

Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 5; Ersin **Erdoğan**, Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 29; Ergin **Nomer**/Cemal **Şanlı**, Devletler Hususi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 5. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 2'nci maddesinde, hangi durumlarda yabancılık unsurunun bulunduğu açıklandığından, anılan hükümden de faydalanılabilir. Bu hükme dair ayrıntılı bilgi için bkz. Ziya **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 76 vd.

¹⁶ **Tanrıver**, Usûl, s. 252; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 784; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 196. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların arabuluculuğa konu olması yönünden ayrıntılı bilgi için bkz. Güven **Yarar**, Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 75 vd.

¹⁷ Mustafa **Dural**/Suat **Sarı**, Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 12; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 298; Rona **Serozan**, Medenî Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 55; M. Kemal **Oğuzman**/M. Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 23; Seyfullah **Edis**, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s. 15.

¹⁸ RG., T. 04.02.2011, S. 27836.

¹⁹ Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf etmesi kavramı bakımından, tarafların iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda tahkime başvurulamayacağı (HMK m.

kavramın hukuk sistemimize yabancı olmadığı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun²⁰ (HMK) çeşitli hükümlerinde yer aldığı görülmektedir (HMK m. 18/I, m. 24/III, m. 70/III, m. 137/I, m. 149/III, m. 226/I, m. 308/II, m. 313/II, m. 324/III, m. 325/I, m. 408/I).

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesinden ne anlaşıldığı noktasında, doktrinde tarafların hukuk düzenince mümkün olan bir sonucu yaratmaya izinli olup olmadığına dikkat çekilmektedir²¹. Bunun yanında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerin, kamu düzenine ilişkin olmayan işler olarak nitelendirildiği görülmektedir²². Ayrıca tarafların sulh ile sona erdirebilecekleri bir konunun bulunması hâlinde, tasarrufta bulunma yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir²³. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1'inci maddesine dair gerekçede de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar, sulh ile

408/I) sebebiyle, tahkime elverişlilik yönünden yapılan değerlendirmelerden istifade edilebileceği, ancak her iki uyuşmazlık çözüm yöntemi arasındaki temel farklılıkların gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Arabuluculuk Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 5, 8; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 200-201; **Eminoğlu**, s. 275, dn. 13. Söz konusu kavramın arabuluculukta ve tahkimde aynı yönde yorumlanamayacağı ve arabuluculuğa elverişlilik incelemesinin daha geniş bir yorumla yapılması gerektiği yönünde bkz. **Özbek**, s. 1501; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 831. Arabuluculuğa elverişliliğin ve tahkime elverişliliğin kapsamının aynı olduğu yönünde bkz. **Ermeneç**, Arabuluculuk, s. 88. Ülkemizde arabuluculuğun uygulama alanının geniş tutulması gerektiği yönünde bkz. Mustafa **Göksu**, Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016, s. 276.

²⁰ RG., T. 04.02.2011, S. 27836.

²¹ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 784; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 594, 620; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 49; **Yarar**, s. 57; **Erdoğan/Erzurumlu**, s. 15. Davayı kabul açısından bkz. Murat **Atalı**, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2025.

²² Muhammet **Özkes**, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2827, 2829; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 575-576; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 784; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 620; **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 50; **Yarar**, s. 57. Davayı kabul açısından aynı yönde bkz. İbrahim **Ermeneç**, Medenî Usûl Hukukunda Davayı Kabul, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 17.

²³ Nesibe **Kurt Konca**, "Arabuluculuğa Elverişli Alanlar", ÇÜHFD, C. II, S. 1, 2017, s. 237. Cenk **Akil**, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 81; **Özbek**, s. 1500; **Tanrıver**, Usûl, s. 252; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 594, 620; **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 50; **Özkes**, Usûl, s. 2828; **Yarar**, s. 57; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 830; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 109-110.

sona erdirilmesi mümkün hukuk uyuşmazlıkları olarak ifade edilmektedir²⁴. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında ise tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işler, kamu düzeninden sayılmayan işler şeklinde değerlendirilmektedir²⁵.

Arabuluculuğa elverişliliğin tespiti bakımından, tarafların serbestçe tasarruf edebileceği konuları tek tek belirtmek mümkün değildir²⁶. Ancak tarafların tasarruf yetkisinin sınırlandığı alanları belirlemek, serbestçe tasarruf edilebilmesi mümkün konuların tespitine hizmet edecektir. Bu anlamda, tarafların tasarruf yetkisinin sınırını büyük ölçüde kamu düzeninin belirlediği anlaşılmaktadır. Kamu düzeni kavramı, zamana, yere ve sosyal şartlara göre değişebilen ve takdiri bir kavram olması sebebiyle genel geçer şekilde tanımlanamamaktadır²⁷. Ancak doktrinde yapılan tanımlarda, kamu düzeninin, toplumun genel menfaatlerini veya temel yapısını koruyan kurallar ya da bu kurallarla ortaya çıkan hukuk düzeni olduğu genel olarak belirtilmektedir²⁸. Bu anlamda, örneğin boşanma, nesebin reddi,

24 Anılan maddenin gerekçesi şu şekildedir: “...Anılan kurum, her tür hukuk uyuşmazlıklarında değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani "sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları" bağlamında uygulanma alanı bulacaktır. Bu durum karşısında, kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyecektir.”, www.legalbank.net, E.T. 10.03.2022.

25 Bu hususta, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin iptali talebi üzerine Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararda kamu düzeni şu şekilde vurgulanmıştır: “...Madde metninde yer verilme de kamu düzenine ilişkin konuların, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri alan kapsamında kaldığı hususunda herhangi bir şüphe yoktur. Nitekim madde gerekçesinde de kamu düzenine ilişkin olan konularda arabulucuya başvurulamayacağı ifade edilmiştir.”, AYM., E. 2012/94, K. 2013/89, 10.07.2013, www.legalbank.net, E.T. 15.03.2022.

26 **Ekmekçi/Özkes/Atal/Seven**, s. 50; **Özkes**, Usûl, s. 2829.

27 **Ermenek**, Arabuluculuk, s. 109; **Ekmekçi/Özkes/Atal/Seven**, s. 51; **Akil**, s. 79-80.

28 Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 548; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 108; Safa **Reisoğlu**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 135; Derya **Ateş**, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 153; Selahattin Sulhi **Tekinay/Sermet Akman/Halük Burcuoğlu/Atilla Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz

babalık, evlenmenin feshi, çocuğun velayeti, iflâs gibi davalar kamu düzeninden kabul edilmektedir.²⁹ Aynı şekilde, Cumhuriyet savcısının yer aldığı veya açtığı davalar ve işler de kamu düzeninden kabul edilmektedir.³⁰ Bu nedenle, söz konusu dava ve işler üzerinde tarafların serbestçe tasarruf etmesi söz konusu değildir (HMK m. 70/III). Bu anlamda, derneklerin feshi davası, evlenmenin butlanı davası, nesebin düzeltilmesine itiraz davası örnek olarak verilebilir.³¹ Kamu düzeni sebebiyle tarafların tasarruf alanına bırakılmayan iş ve işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda, belirli bir sonucun yaratılması için mahkemenin karar vermesi aranmaktadır.³² O hâlde, kamu düzeninden kabul edilen hususlardan doğan uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişli değildir. Ancak kamu düzeni kavramının geniş yorumlanması, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği

Kitabevi, İstanbul 1993, s. 402; Hüseyin **Hatemi**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976, s. 42 vd.; **Eren**, s. 320; **Oğuzman/Öz**, s. 85-86. Medenî usûl hukuku anlamında kamu düzeni kavramı için bkz. Sezin **Aktepe Artık**, “İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı”, TBBD, S. 134, 2018, s. 262; Halûk **Konuralp**, “İstinafa Kamu Düzeni Kavramı”, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı - VI, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008, s. 144 vd.

- 29 **Tanrıver**, Usûl, s. 254; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 136; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 583; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 112, 620; **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 51; **Özkes**, Usûl, s. 2829; **Atalı**, Usûl, s. 2025; **Akil**, s. 82 vd.; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 109; **Ermenek**, Kabul, s. 17. Ancak söz konusu davalarda kararı mahkeme vermekle birlikte, o davadaki tüm hususların kamu düzeninden olduğu yönünde genelleme yapılmaması gerektiği, örneğin boşanma davasında mal paylaşımı, tazminat, nafaka konusunda tarafların anlaşmalarının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 52; **Özkes**, Usûl, s. 2829. İflâs davasının tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlığa ilişkin olup olmadığı ve arabuluculuğa başvurulup başvurulamayacağı yönündeki tartışmalar için bkz. İbrahim **Ermenek/Betül Azaklı Arslan**, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu”, TBBD, S. 148, 2020, s. 175 vd.; Barış **Toraman**, “İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”, SÜHFD, C. 28, S. 3, 2020, s. 1046 vd.; **Tanrıver**, Dava Şartı Arabuluculuk, s. 115, dn. 2.
- 30 **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 61; **Tanrıver**, Usûl, s. 254; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 136; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 51; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 111.
- 31 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 136; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 52; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 112.
- 32 **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 50; **Özkes**, Usûl, s. 2829; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 109.

hususları etkileyeceğinden, kamu düzeninin istisnâ niteliği göz önüne alınarak değerlendirme yapılması gerekir.

Bununla birlikte, çekişmesiz yargı işlerinin birçoğunda, ilgililerin uyuşmazlık üzerinde tasarruf yetkileri bulunmadığından ve bu işlerin sonuçlandırılması için mahkeme kararı arandığından arabuluculuğa başvurulamayacağı belirtilmek gerekir³³. Ayrıca bazı inşâî haklarda hukukî sonuç, hakların tek taraflı kullanılmasıyla değil, ancak mahkeme kararı ile doğduğundan (HMK m. 108/II), tarafların anlaşması ile hukukî sonuç doğmayacağı inşâî davalarda da arabuluculuğa başvurulamaz³⁴. Bu anlamda, genel kurul kararlarının iptali davası, soybağının reddi davası örnek olarak verilebilir³⁵.

Son olarak, arabuluculuğa elverişlilik bakımından yukarıda yapılan değerlendirmeler, sadece ihtiyarî arabuluculuk değil, dava şartı arabuluculuk bakımından da geçerlidir. Zira ihtiyarî arabuluculuğa elverişli olmayan uyuşmazlıklar, dava şartı arabuluculuğa da tâbi kılınmaz³⁶. O hâlde,

³³ **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 61; **Özbek**, s. 1501; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 50; **Yardım**, s. 95; **Özekes**, Usûl, s. 2828. Çekişmesiz yargı işinde, ilgililerin iradesine tâbi olmayan hususlar söz konusu olduğu için sulhten bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Baki **Kuru**, Nizasız Kaza, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 171.

³⁴ M. Ertan **Yardım**, “Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Editörler, Ceyda Süral Efeçinar/Mehmet Ertan Yardım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 95; **Budak/Karaaslan**, s. 431. Mahkeme kararının gerektiği inşâî davalarda, kabulün ve sulhün hukukî sonuç doğuramayacağı yönünde bkz. Elif İrmak **Büyük**, Medenî Usûl Hukukunda İnşâî Dava ve İnşâî Hüküm, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 212 vd.; **Ermenek**, Kabul, s. 18.

³⁵ İlker **Koçyiğit**/Alper **Bulur**, Ticarî Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2019, s. 75; **Eminoğlu**, s. 282-283; **Yardım**, s. 95; **Akil**, s. 110-112. Buna karşılık, cezaî şartın indirilmesi gibi inşâî haklar bakımından ise tarafların anlaşması ile hukukî sonucun doğması mümkündür, ancak taraflar anlaşamazlarsa söz konusu hakkın mahkeme aracılığıyla kullanılması gerekir. Bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz/Hanağası**, s. 301; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 217.

³⁶ Bu anlamda, kayıt kabul davasının ticarî dava olmasına karşın, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu gereğince, arabuluculuğa elverişli olmaması sebebiyle Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi kapsamında dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı yönünde bkz. “...Kayıt kabul davası, diğer kanunlar olarak ifade edilen İcra ve İflas Kanununda yer alan ticari davalardandır. Ancak kayıt kabul davasının, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun amaç ve kapsamını düzenleyen 1/2. fıkrasındaki tanıma uyduğunu kabul etmek mümkün görülmemektedir... Bu durumda kayıt kabul davasının, özü itibarıyla, TTK 5/A

dava şartı arabuluculuğun öngörüldüğü uyuşmazlıklar bakımından öncelikle arabuluculuğa elverişlilik, ardından dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı incelemesi yapılması gerekir.

II. SINAİ MÜLKİYET HAKLARINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ

Arabuluculuğa elverişli olma bakımından yukarıda zikredilen hususlar, genel olarak sınaî mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıklar yönünden de geçerlidir. Buna göre tarafların kendi iradeleriyle hukukî sonuç elde edebilecekleri sınaî mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir³⁷. Bu anlamda, örneğin, markanın lisans sözleşmesine konu olması hâlinde (SMK m. 24), bu sözleşmeden doğan malî yükümlülüklerin yerine getirilmesi veya söz konusu sözleşmeden kaynaklı olarak uğranılan zararların tazmin edilmesi talepleri yönünden arabuluculuğa başvurulması mümkündür.

Sınaî mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıklarda, arabuluculuğa elverişlilik yönünden Sınaî Mülkiyet Kanunu'nun 19'uncu maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenlemenin de dikkate alınması gerekir. Nitekim anılan hükümde, Bültende yayımlanmış bir marka başvurusunun mutlak ve nispi ret nedenleri kapsamında tescil edilmemesi gerektiğine dair itiraz yapıldığı takdirde, Kurumun bu aşamada gerekli görmesi hâlinde tarafları uzlaşmaya davet edebileceği ve bu anlamda Hukuk Uyuşmazlıklarında

maddesinde ifade edildiği üzere, alacak ve/veya tazminat talebi olduğuna dair tartışmaya da gerek olmayacaktır. Hal böyle olunca Arabuluculuk Kanununun uygulanmasının öngörülmediği kayıt kabul davasının, sırf ticari dava olması ve alacak niteliğine benzer niteliği taşıdığı gerekçesiyle, davanın, arabuluculuk dava şartı yokluğu nedeniyle usulden red kararında isabet görülmemiştir.", İstanbul BAM 17. HD., E. 2019/2875, K. 2020/1025, 11.06.2020, (www.legalbank.net), E.T. 21.03.2022. Benzer yönde bkz. İstanbul BAM 12. HD., E. 2020/1375, K. 2020/1292, 08.12.2020, (www.legalbank.net), E.T. 21.03.2022.

³⁷ Hamdi **Yasaman**/Tolga **Ayoğlu**/Fülürya **Yusufoğlu Bilgin**/Pınar **Memiş Kartal**/Sinan **Yüksel**/Zeynep **Yasaman**, Sınaî Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. III, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 2409; Rıza **Ayhan**/Hayrettin **Çağlar**/Burçak **Yıldız**/Dilek **İmirlioğlu**, Sınaî Mülkiyet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 245; Serdar **Kale**, Marka Davalarında Yargılama Usûlü, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 43; Eda **Giray**, "Fikrî ve Sınaî Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk", Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Editörler, Ceyda Süral Efeçinar/Mehmet Ertan Yardım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 29; İhsan **Berkhan**, Fikrî Mülkiyet ve Arabuluculuk, Aristo Yayınevi, İstanbul 2019, s. 23; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 60; **Tanrıver**, Dava Şartı Arabuluculuk, s. 115, dn. 2; **Toprakkaya**, s. 229; **Oğuz/Yılmaztekin/Üner**, s. 16-17; **Koçyiğit/Bulur**, s. 179; **Bozkurt Yüksel**, s. 197; **Akil**, s. 98.

Arabuluculuk Kanunu'nun uygulanacağı düzenlenmiştir (SMK m. 19/IV). Bu anlamda, örneğin Yargıtay'ın bir kararında belirtildiği üzere, tarafların uzlaşmaya davet edilmesi hâlinde, aynı veya benzer markaların birbirinden ayırt edilebilmesi amacıyla tescil başvurusuna konu olan markaya ilave yapılabilmesi hususunda arabuluculuk süreci işletilebilir³⁸. Aynı şekilde, Sinaî Mülkiyet Kanunu'nun 21'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, yayıma itiraz üzerine Kurum'un verdiği kararlara karşı yapılan itirazları inceleyen Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun gerekli görmesi hâlinde, tarafları uzlaşmaya davet edebileceği öngörülmüştür (SMK m. 21/III). Tescil başvurusunun yayımına ve Kurumun kararına itiraz aşaması bakımından yürütülecek arabuluculuk sürecine ise Sinaî Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in³⁹ (SMKY) 32'nci maddesinde yer verilmiştir.

Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun⁴⁰ 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendindeki düzenleme gereğince, fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan davaların ticarî dava olduğu dikkate alındığında, anılan Kanun'un 5/A maddesine göre sinaî mülkiyet hukukundan doğan bazı uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamına girdiği görülmektedir. Nitekim fikrî mülkiyet hakları fikir ve sanat eserlerinden doğan haklar ile sinaî mülkiyet haklarından oluştuğuna⁴¹ göre sinaî mülkiyet haklarının düzenlendiği Sinaî Mülkiyet Ka-

38 Anılan Yargıtay kararı için bkz. "556 sayılı KHK'nın 36. maddesi ise, 35. madde dairesinde yapılan bir itirazın TPE tarafından inceleme usulünü düzenlemektedir. Bununla birlikte 36. maddenin II. fıkrasında TPE'nin gerekli görmesi halinde tarafları uzlaştırmak için bir araya getirebileceği düzenlemiştir. Taraflar bir araya gelerek örneğin, aynı veya benzer olan markayı yek diğerinden ayırt etmek için ne gibi ilavelerin yapılabileceğini aralarında tartışabilirler.", YHGK., E. 2017/1733, K. 2019/959, 26.09.2019, www.legalbank.net, E.T. 22.03.2022.

39 RG., T. 24.04.2017, S. 30047.

40 RG., T. 14.02.2011, S. 27846.

41 Cahit **Suluk**/Rauf **Karasu**/Temel **Nal**, Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 1; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 5; Savaş **Bozbel**, Fikrî Mülkiyet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 3; Ünal **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 2; Arslan **Kaya**, Marka Hukuku, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 36; Tina **Hart**/Linda **Fazzani**, Intellectual Property Law, 3. Baskı, Macmillan Press, Great Britain 2004, s. 5; Rocque **Reynolds**/Natalie **Stoianoff**, Intellectual Property: Text and Essential Cases,

nunu'ndan doğan uyuşmazlıkları konu olan davalar da ticarî davalar arasında yer almaktadır (TTK m. 4/I, d)⁴². Ticarî davalardan, bir miktar paranın ödenmesine dair alacak ve tazminat taleplerini konu alan davalar bakımından arabuluculuk dava şartı olduğundan (TTK m. 5/A/I), söz konusu talepli sınaî mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıklarda da arabulucuya başvurmak zorunludur⁴³. Örneğin, hükümsüzlüğüne veya iptaline karar verilen markanın sahibinin ağır ihmali veya kötüniyetli olarak hareket etmesinden kaynaklı tazminat talepleri (SMK m. 27/III) ile hükümsüzlük veya iptal kararından önce kurulmuş ve uygulanmış sözleşmeler kapsamında ödenmiş bedelin kısmen veya tamamen iadesi talepleri (SMK m. 27/IV) dava şartı arabuluculuk kapsamındadır⁴⁴. Ancak özel kanunlarda tahkime veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurma zorunluluğu olan veya tahkim sözleşmesi yapılan sınaî mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmek gerekir (HUAK m. 18/A/XVIII). O hâlde, sınaî

Federation Press, Sydney 2003, s. 2; Christoph **Bertschinger**/Peter **Münch**/Thomas **Geiser**, Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2002, § 1 Rn. 1.1; Nüşin **Ayiter**, İhtira Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 1; Ernst **Hirsch**, Fikrî ve Sınaî Haklar, Ar Basımevi, Ankara 1948, s. 6; **Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu**, s. 1-2.

- 42 Levent **Börü/İlker Koçyiğit**, Ticarî Dava, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 19; **Yasaman/Yüksel**, C. III, s. 3291; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 144; **Kale**, s. 43; **Pash**, s. 16, 24.
- 43 Osman Umut **Karaca**, “Dava Şartı Olan Arabuluculuk Kapsamındaki Sınaî Mülkiyet Uyuşmazlıkları”, FMR, S. 1, 2019, s. 52; **Yasaman/Yüksel**, C. III, s. 3292; **Kale**, s. 46; **Pash**, s. 24; **Giray**, s. 34; **Berkhan**, s. 26. Sınaî Mülkiyet Kanunu'nun 31'inci maddesi gereğince, sınaî mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıklara fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemesince bakılacağı, anılan hükmün sonraki özel Kanun'da öngörülmesi sebebiyle Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendindeki düzenlemenin zımnen ilga edildiği, bu nedenle dava şartı arabuluculuğa dair hükümlerin söz konusu uyuşmazlıklar bakımından uygulanamayacağı yönünde bkz. **Tanrıver**, Dava Şartı Arabuluculuk, s. 115, dn. 2; **Tanrıver**, Usûl, s. 303-304; Ticarî davaların ticaret mahkemesinde görüleceği, diğer mahkemelerde görülen davaların ticarî dava olmadığı yönünde bkz. **Yardım**, s. 98. Ayrıca bkz. Mehmet **Bahtiyar**/Levent **Biçer**, “Adî İş/Ticarî İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, MÜHAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 422.
- 44 Hasan Kadir **Yılmaztekin**/Zeliha **İnce**, “Dava Şartı Arabuluculuk Ekseninde Bazı Fikrî Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 159, 2019, s. 2177; **Oğuz/Yılmaztekin/Üner**, s. 360; **Giray**, s. 34; **Karaca**, s. 53.

mülkiyet haklarından doğan uyumsuzlıklara dair arabuluculuğa elverişlilik incelemesi sadece ihtiyarî değil, dava şartı arabuluculuk bakımından da yapılmalıdır.

Buna karşılık, taraf iradelerince hukukî sonuç yaratılmasına izin verilmeyen veya mahkeme kararı aranılan sınaî mülkiyet haklarından doğan uyumsuzlıklarda, arabuluculuğa başvurabilmesi mümkün değildir. Örneğin, marka, patent ve tasarıma dair tescil başvurularına ilişkin gerçekleştirilen işlemlere karşı arabuluculuğa başvurulamaz⁴⁵. Zira tescil başvuruları, bir kamu kuruluşu olan TÜRK PATENT tarafından yürütülmekte ve ilgili gayri maddî mallar tescil edilene kadar idarî bir süreç işletilmektedir. Aynı şekilde, tescil başvurularının yayımına itiraz ve Kurumun kararına itiraz aşamalarında arabuluculuğa başvurulması mümkünken (SMK m. 19/IV, m. 21/III), Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun itiraz üzerine verdiği nihaî kararın iptali talebi arabuluculuğa konu edilemez⁴⁶. Zira Kurulun verdiği kararın idarî karar olması ve yargı denetimine tâbi olmasından (5000 sayılı Kanun m. 15/C, SMK m. 156/II, m. 162/I) dolayı tarafların iradelerine tâbi olan bir uyumsuzluk da yoktur⁴⁷.

Sınaî mülkiyet haklarından doğan uyumsuzlıkların önemli bir kısmının tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği, bu nedenle genel itibariyle arabuluculuğa elverişli olduğunu belirtmek mümkündür⁴⁸. Nitekim bu husus, marka tescil başvurusunun yayımına ve Kurum kararına itiraz aşamalarında, tarafların arabuluculuğa teşvik edilmesinden de anlaşılmaktadır (SMK m. 19/IV, m. 21/III)⁴⁹. Ancak sınaî mülkiyet hukuku alanındaki tüm uyumsuzlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Marka tescil başvurusunun yayımına itiraz aşamasından doğan uyumsuzlıklarda dahi arabuluculuğa başvuru teşvik edilmiş olmasına rağmen, bu aşamadaki her

⁴⁵ Eminoğlu/Erdoğan, s. 411; Yılmaztekin/İnce, s. 2176.

⁴⁶ Kale, s. 46; Eminoğlu/Erdoğan, s. 414; Giray, s. 34-35.

⁴⁷ Eminoğlu/Erdoğan, s. 414. Ayrıca bkz. Koçyiğit/Bulur, s. 187.

⁴⁸ Koçyiğit/Bulur, s. 179; Giray, s. 31.

⁴⁹ TÜRK PATENT nezdinde kurumsal arabuluculuk merkezinin oluşturulması gerektiği, bunun sınaî mülkiyet haklarından doğan uyumsuzlıkların yargıya başvurulmadan ve henüz tescil başvurusu aşamasında çözümlenmesine hizmet edeceği belirtilmektedir. Bkz. Mustafa İmamoğlu, Marka Hukukunda Tahkim ve Arabuluculuğun Yeri ve Türk Patent Enstitüsü'ndeki Uygulanma Alanı, Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara 2014, s. 65; Toprakkaya, s. 237.

uyuşmazlık yönünden arabuluculuğa başvurulamaz. Zira anılan düzenlemede, tarafların arabuluculuğa teşvik edilmesi, Kurumun gerekli görmesine bağlanmış ve Kuruma takdir hakkı tanınmıştır. Örneğin, Sınâî Mülkiyet Kanunu'nun 5'inci maddesinin birinci fıkrasında öngörülen marka tesciline dair mutlak ret nedenlerinin varlığı hâlinde, Kurumun tescil başvurusunu re'sen reddetmesi gerektiğinden ve bu anlamda mutlak ret nedenleri tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hususlardan olmadığından, bu nedenle kapsamında tescil başvurusuna itiraz edilmesinden doğan uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli değildir⁵⁰. Ancak Sınâî Mülkiyet Kanunu'nun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde öngörülen mutlak ret nedenine dair tescil engelini istisnasını oluşturan marka sahibinin tescile muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin alınması hususu (SMK m. 5/III) ve bu anlamda birlikte var olma sözleşmelerinden doğan malî yükümlülüklerin yerine getirilmesi, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi sebebiyle arabuluculuğa elverişlidir⁵¹. Aynı şekilde, marka tescil başvurusuna nispî ret nedenleri kapsamında itiraz yapılması hâlinde, Kurumun tarafları arabuluculuğa teşvik etmesi mümkündür⁵². O hâlde, tarafların iradeleriyle hukukî sonuç yaratmalarının mümkün olup olmadığı hususu, her bir sınâî mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlığın konusu yönünden incelenmelidir⁵³.

⁵⁰ Sevilay **Uzunallı**, Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 96; **Yasaman/Yasaman**, C. III, s. 2410; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 413; **Giray**, s. 36. Mutlak ret nedenleri kapsamında açılan hükümsüzlük davalarının arabuluculuğa elverişli olmadığı yönünde bkz. **Kale**, s. 46.

⁵¹ **Toprakkaya**, s. 235; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 413; **Oğuz/Yılmaztekin/Üner**, s. 360; **Giray**, s. 36. Muvafakatın alınması bakımından resmî şekil şartının aranması sebebiyle, tarafların tasarruf yetkisinin kısıtlandığı yönünde bkz. **Yılmaztekin/İnce**, s. 2176.

⁵² **Yasaman/Yasaman**, C. III, s. 2410; **Toprakkaya**, s. 235; **Uzunallı**, s. 96; **Giray**, s. 36.

⁵³ **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 52.

III. MARKA HAKKINA TECAVÜZDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ

A. Genel Olarak

Sınaî mülkiyet haklarının gayri maddî mallar üzerinde kurulan haklar olması ve maddî mallar gibi himaye altına alınamaması sebebiyle, bu haklar tecavüze elverişlidir⁵⁴. Sınaî mülkiyet haklarının bu özelliği, söz konusu hakların etkin şekilde korunması ihtiyacını doğurmaktadır. Bu nedenle, sınaî mülkiyet hakkı sahipleri, ulusal ve uluslararası birtakım düzenlemelerle sınaî mülkiyet hakkına yönelik tecavüz teşkil eden fiillere karşı korunmaktadır.

Sınaî mülkiyet haklarından biri olan marka hakkı, sahibine münhasır kullanma, üçüncü kişilerin kullanmasına izin verme, yasaklama yetkisini içeren ve ekonomik değeri haiz olan bir mutlak haktır⁵⁵. Markanın tescilinden doğan haklar, Sınaî Mülkiyet Kanunu'nun 7'nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince münhasıran tescil sahibine aittir (SMK m. 7/II, c. 1). Bu nedenle, marka sahibinin izni alınmaksızın markanın sağladığı yetkilerin üçüncü kişilerce kullanılması, marka hakkına tecavüz oluşturmaktadır⁵⁶. Marka hakkına tecavüzün varlığı için geçerli ve korunmakta olan bir markanın bulunması, tecavüz oluşturduğu iddia edilen fiil yönünden marka sahibinin izninin olmaması, söz konusu fiilin ticarî nitelikte olması ve izinsiz markasal kullanım olması şeklinde koşullar aranmaktadır⁵⁷. Marka hakkına tecavüz sayılan hâller ise Sınaî Mülkiyet Kanunu'nun 29'uncu maddesinde tahdidi olarak belirtilmekle birlikte, anılan maddede marka-

⁵⁴ Uzunallı, s. 153.

⁵⁵ Hayri **Bozgeyik**, Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 8-9, 28. **Yasaman**, SMK Şerhi, C. III, s. 2927; **Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu**, s. 17; **Karasu (Suluk/Nal)**, s. 206-207; **Kaya**, Marka, s. 45.

⁵⁶ İlhami **Güneş**, Sınaî Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 303; **Yasaman/Yasaman**, C. III, s. 2700; **Bozgeyik**, s. 27; **Tekinalp**, s. 491-492.

⁵⁷ Uğur **Çolak**, Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 433; **Yasaman/Yasaman**, C. III, s. 2700; **Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu**, s. 94-95; **Güneş**, s. 329-330; **Bozgeyik**, s. 30 vd.; **Uzunallı**, s. 127 vd. Markanın izinsiz kullanımının markasal olması gerekmediği, bu anlamda her türlü ticarî nitelikte kullanımın markanın tecavüzü bakımından değerlendirilebileceği yönünde bkz. Sabih **Arkan**, "Marka Hakkına Tecavüz, İşaretin Markasal Kullanılması Zorunluluğu", *BATİDER*, C. XX, S. 3, 2000, s. 11.

nın tescilinden doğan hakların kapsamına dair 7'nci maddeye de atıf yapılması sebebiyle, marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin belirlenmesi yönünden her iki hükmün de dikkate alınması gerekir.

Tescilli marka sahibi, Sınâî Mülkiyet Kanunu'nun 7'nci maddesi gereğince, münhasır hakkı kapsamında, markasının izni alınmaksızın başkalarının çeşitli şekillerde kullanılmasının önlenmesini ve işaretin ticaret alanında kullanılmasının yasaklanmasını talep edebilir (SMK m. 7/II, III). Bunun yanında, tescilli marka sahibi, tecavüz fiiline karşı, Sınâî Mülkiyet Kanunu'nun 149'uncu maddesinin birinci fıkrasında öngörülen tecavüzün tespit edilmesi, önlenmesi, durdurulması, kaldırılması, maddî ve manevî zararların tazmin edilmesi, tecavüze konu olan ürün veya araçlara dair el konulması, üzerlerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınması, tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, hükmün ilgililere tebliğ edilmesi veya ilân edilmesi şeklindeki taleplerini mahkemeye yöneltebilir (SMK m. 149/I). Marka hakkı sahibi, Sınâî Mülkiyet Kanunu'nun 150'nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, marka hakkının tecavüz fiiliyle kötü şekilde kullanılması sonucunda itibarı zarara uğradığı takdirde, itibar tazminatı da talep edebilir (SMK m. 150/II). Tescilsiz markanın sahibi ise Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet hükümleri kapsamında korunma talep edebilir⁵⁸.

Bununla birlikte, marka hakkına tecavüz söz konusu olduğunda, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece marka üzerinde inhisarî lisans hakkı sahibi de yukarıda zikredilen talepleri mahkemeye kendi adına yöneltebilir (SMK m. 158/I). İnhisarî olmayan lisans hakkı sahibi ise marka hakkına tecavüz sebebiyle dava açma hakkı sözleşmede sınırlandırılmadığı takdirde, yapacağı bildirimle marka hakkı sahibinden dava açmasını talep edebilir. Marka hakkı sahibi bu talebi kabul etmez veya bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde dava açmaz ise inhisarî olmayan lisans sahibi, bildirim de ekleyerek kendi adına marka hakkına tecavüzden kaynaklı davayı açabilir. Bu durumda, inhisarî olmayan lisans sahibinin dava açtığını marka hakkı sahibine bildirmesi gerekir (SMK m. 158/II).

İnhisarî olmayan lisans sahibi dava hakkı elde ettiğinde, tecavüzden kaynaklı uyuşmazlığı dava yoluyla değil, arabuluculuk yoluyla da çözmek isteyebilir. Bu kapsamda, inhisarî olmayan lisans sahibinin dava açmadan

⁵⁸ Dilek Cengiz, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, Beta Yayınları, İstanbul 1995, s. 51; Yasaman/Yasaman, C. III, s. 2700; Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu, s. 93; Karasu (Suluk/Nal), s. 221; Bozgeyik, s. 8; Güneş, s. 316; Tekinalp, s. 492.

önce arabuluculuğa başvurması ihtimalinde, başvurunun marka sahibine bildirilmesinin gerekip gerekmediğine değinmekte fayda vardır. İnhisarî olmayan lisans sahibinin marka hakkının tecavüzünden kaynaklı dava hakkı, kural olarak bulunmamaktadır. Bu hak, marka sahibinin dava açmaması hâlinde doğmaktadır. Bu anlamda, inhisarî olmayan lisans hakkı sahibinin dava hakkı, inhisarî lisans hakkı sahibinin aksine belirli koşullara tâbidir⁵⁹. Her ne kadar anılan düzenlemede söz konusu koşullar dava hakkı bakımından öngörülmüş olsa da marka sahibinin davadan bilgi sahibi olmasında hukukî yararı olduğu dikkate alındığında, bu koşulların arabuluculuğa başvuru yönünden de aranması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu anlamda, inhisarî olmayan lisans hakkı sahibinin, markaya tecavüzden kaynaklı uyuşmazlık yönünden arabuluculuğa başvurması hâlinde, lisans verene başvurusunu bildirmesi gerekir. Aksi takdirde, dava açıldığında lisans verenin bildirim yapması, yargı yolu yerine alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurulması hâlinde ise bu gerekliliğin aranmaması çelişki oluşturur ve hükmün amacıyla bağdaşmaz. İnhisarî olmayan lisans sahibinin talepleri, dava şartı arabuluculuk kapsamında ise dava açmak için arabuluculuğa başvuru zorunlu olduğundan, söz konusu bildirim dava şartı arabuluculuk bakımından evleviyetle yapılmalıdır.

B. Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliğinin Belirlenmesi

Sınaî mülkiyet haklarının korunması kapsamında, marka hakkına tecavüzden doğan uyuşmazlıklar, sınaî mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıkların önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Bunun yanında, markanın itibarının korunması ile markaya konu olan mal ve hizmetin hızlı tedavül edilmesi sebebiyle bu uyuşmazlıkların kısa sürede ve olumsuz medya algısı yaratmadan neticelendirilmesi ihtiyacı, gizlilik ve yaratıcı çözümlerin geliştirilmesinin mümkün olması sebebiyle, söz konusu uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla sonuçlandırılması önem arz etmektedir⁶⁰. Ancak üzerinde durulacağı üzere, marka hakkına tecavüzden doğan uyuşmazlıklarda ileri sürülebilecek taleplerin çeşitliliği ve bu taleplerin uygulamada genellikle birlikte ileri sürülmesi, söz konusu uyuşmazlıklardaki arabuluculuğa elverişlilik incelemesinin ele alınmasını gerektirmektedir.

Arabuluculuğa elverişlilik yönünden, uyuşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir özel hukuk uyuşmazlığı olmasına

⁵⁹ Yasaman, C. III, s. 3352; Kale, s. 71.

⁶⁰ Oğuz, s. 818-819; Toprakkaya, s. 231-233.

dair şart, sınaî mülkiyet haklarından doğan diğer uyuşmazlıklarda olduğu gibi markanın tecavüzünden doğan uyuşmazlıklar bakımından da geçerlidir. Bu anlamda, örneğin, tecavüz fiilinden kaynaklı olarak uğranılan maddî, manevî veya itibar kaybı zararlarının tazmin edilmesine dair uyuşmazlık (SMK m. 149/I, ç, m. 150/II), tarafların iradeleriyle hukukî sonuç elde edebilecekleri bir uyuşmazlık olduğu için arabuluculuğa elverişlidir. Ancak arabuluculuğa elverişlilik yönünden tarafların uyuşmazlık üzerinde serbestçe tasarruf etmesi ölçütü kapsamında değerlendirilen sınırlandırmaların, markanın tecavüzünden doğan uyuşmazlıklar bakımından yeterli olmadığı görülmektedir. Zira markanın tecavüzünden doğan uyuşmazlıklarda taleplerden bazıları, üçüncü kişinin menfaatlerini doğrudan etkileyecek niteliktedir. Örneğin, marka hakkı sahibi, tecavüzün devam etmesini engellemek amacıyla tedbirler alınmasını ve el konulan ürün ve araçların imha edilmesini talep ederse, söz konusu ürün ve araçlar üçüncü kişinin elinde olduğu takdirde, ürün ve araçların imhası üzerine üçüncü kişilerin menfaatleri doğrudan etkilenecektir (SMK m. 149/I, f). Bu nedenle, markaya dair tecavüz fiilinden kaynaklı bir uyuşmazlıkta, tarafların üçüncü kişi elindeki tecavüz fiiline konu olan ürün ve araçların imhası talebi bakımından arabuluculuk sürecinde bir sonuca varabilmeleri mümkün değildir.

Markanın tecavüzünden doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa elverişlilik incelemesi kapsamında, uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü kişilerin menfaatlerinin doğrudan etkilenip etkilenmediği hususunun da değerlendirilmesi gerekir⁶¹. Zira tarafların üçüncü kişilerin menfaatlerinin etkilendiği talepler yönünden bir sonuca varmaları ve iradî olarak yürütülen bir süreçte uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü kişilerin menfaatlerini doğrudan etkileyen hususlarda anlaşma yapmaları söz konusu değildir. Bu nedenle, markanın tecavüzünden kaynaklı uyuşmazlıklarda üçüncü kişilerin menfaatlerinin doğrudan etkilendiği taleplerin, arabuluculuğa elverişli olmadığı ifade edilebilir. O hâlde, markanın tecavüzünden doğan uyuş-

⁶¹ Markanın tecavüzünden doğan talepler hakkında, mahkemenin karar verirken üçüncü kişilerin menfaatlerini de dikkate alacağı yönünde bkz. **Güneş**, s. 350. Şirketler hukukundan doğan uyuşmazlıklar bakımından da üçüncü kişilerin menfaatlerinin etkilenebileceği, bu kişilerin menfaatlerinin arabuluculuk sürecinde de korunması gerektiği, bu nedenle, arabuluculuğa elverişlilik incelemesi yönünden menfaat ağının gözetilmesi gerektiği yönünde bkz. **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 210; **Eminoğlu**, s. 279. Üçüncü kişilerin haklarının doğrudan etkilendiği uyuşmazlıklarda, tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği, bu anlamda arabuluculuğa elverişli olmadığı yönünde bkz. **Ermeneç**, Arabuluculuk, s. 89; **Yardım**, s. 95.

mazlıklara dair arabuluculuğa elverişlilik incelemesi bakımından, tarafların uyuşmazlık üzerinde serbestçe tasarruf etmesi ölçütü kapsamında, kamu düzenine ilişkin olup olmama ve mahkeme kararı gerekip gerekmediği değerlendirmelerinin yanında, yapılan anlaşmanın üçüncü kişiler yönünden doğrudan sonuç doğurup doğurmadığı hususunun da dikkate alınması gerekir. Ancak üçüncü kişiler bakımından hukukî sonuç doğurup doğurmama veya üçüncü kişilerin menfaatlerinin etkilenip etkilenmemesi ölçütü, her uyuşmazlık bakımından mutlak bir ölçüt olarak kabul edilmemelidir. Bu anlamda, markanın tecavüzünden doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa elverişlilik incelemesi bakımından, söz konusu ölçüt kapsamında her somut olay kendi içerisinde ve özelinde değerlendirilmelidir.

C. Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Uyuşmazlıklarda İleri Sürülebilecek Taleplerin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi

Marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin, mahkemeden, tecavüzün tespit edilmesini, önlenmesini, durdurulmasını, kaldırılmasını, maddî ve manevî zararlar ile itibar kaybına dair zararların tazmin edilmesini, tecavüze konu olan ürün veya bunların üretilmesindeki araçlara el konulmasını, bunlar üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını, el konulan ürün ve araçların şekillerinin değiştirilmesini, üzerindeki markaların silinmesini, söz konusu ürün ve araçların imhasını, mahkeme kararının ilgiliilere tebliğ edilmesini, kararın ilân edilmesini ve başkaca tedbirler alınmasını talep edebilir (SMK m. 149/I, m. 150/II, m. 151).

Arabuluculuğa elverişlilik yönünden, marka hakkına tecavüzden doğan uyuşmazlıklara konu olabilecek talepler incelendiğinde, söz konusu taleplerin arabuluculuğa elverişli olup olmadığı noktasında farklı sonuçlara varılmaktadır. Bu nedenle, marka hakkına tecavüzden doğan uyuşmazlıklara konu olabilecek taleplerin her birinin arabuluculuğa elverişli olup olmadığının ayrıca incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Marka hakkı sahibinin, marka hakkına tecavüzden kaynaklı taleplerinden biri, söz konusu fiilin tecavüz olduğunun tespit edilmesidir (SMK m. 149/I, a). Tecavüzün tespiti talebinin arabuluculuğa elverişli olup ol-

madığına dair doktrinde, bu talebin mahkemeye yöneltilmesi gerektiği gerekçesiyle arabuluculuğa elverişli olmadığı görüşünün⁶² yanında, tarafların üzerinde anlaşabileceği bir husus olduğu ve arabuluculuğa konu edilebileceği görüşü⁶³ de savunulmaktadır. Kanaatimizce, tecavüzün varlığı veya yokluğu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir husustur. Bu nedenle, taraflar arabuluculuk sürecinde, bir fiilin marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmadığına dair uyuşmazlıklarını özgür iradeleleriyle sonuçlandırabilirler. Nitekim tarafların, arabuluculuk sürecinde düzenledikleri anlaşma metni sadece verme, yapma ya da yapmama edimlerini değil, tecavüzün varlığına veya yokluğuna dair salt bir tespiti de içerebilir. Bunun yanında, tecavüzden kaynaklı taleplerin birlikte ileri sürülmesi hâlinde, söz konusu talep dışındaki diğer taleplerin arabuluculuk sürecinde müzakere edilmesi, tecavüzün varlığı hususunda anlaşmalarına bağlıdır. Zira tecavüzün varlığının tespiti talebi ile tecavüzden kaynaklı diğer talepler birbiriyle bağlantılıdır.

Bir fiilin marka hakkına tecavüz olup olmadığının tespiti talebi, sadece marka hakkı sahibi tarafından değil, Türkiye’de giriştiği veya girişeceği ticarî veya sınaî faaliyetinin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğinin tespit edilmesinde menfaati olan kişilerce de talep edilebilir (SMK m. 154/I). Bu anlamda, marka hakkı sahibinin kendisine tecavüz fiilinden kaynaklı olarak dava açılması söz konusu olabilecek kişiler, ticarî veya sınaî faaliyetinin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğinin tespit edilmesi talebiyle menfî tespit davası açabilir⁶⁴. Menfî tespit talepli uyuşmazlık da marka sahibinin tecavüzün tespiti talebini konu alan uyuşmazlık gibi taraflarca üzerinde tasarruf edilebilmesi mümkün olduğu için arabuluculuğa elverişlidir⁶⁵.

Tecavüzün varlığına veya yokluğuna dair tespit talepleri arasında arabuluculuğa elverişlilik yönünden farklılık bulunmamaktadır⁶⁶. Tecavüzün varlığının veya yokluğunun tespiti talebine dair uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu hususu, menfî tespit davasının düzenlendiği Sınaî

⁶² Berkhan, s. 44.

⁶³ Eminoğlu/Erdoğan, s. 419.

⁶⁴ Yasaman, C. III, s. 3249; Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu, s. 322; Suluk (Karasu/Nal), s. 378; Güneş, s. 336; Bozgeyik, s. 164; Tekinalp, s. 512.

⁶⁵ Eminoğlu/Erdoğan, s. 419-420. Tecavüzün tespiti talebinin arabuluculuğa elverişli olmadığı, ancak menfaat sahibinin tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin talebinin arabuluculuğa elverişli olduğu yönünde bkz. Berkhan, s. 47.

⁶⁶ Aksi yönde bkz. Berkhan, s. 47.

Mülkiyet Kanunu'nun 154'üncü maddesindeki menfaat sahibinin hak sahibinden, dava açmadan önce görüşünü talep edebileceğine dair düzenlenmeden de anlaşılmaktadır. Zira anılan düzenlemeden, dolaylı olarak menfaat sahibi ile hak sahibinin yargı yoluna başvurmadan önce uzlaşmaya teşvik edildiği ve bu anlamda arabuluculuğa başvurma yönünden zemin hazırlandığı sonucuna varılabilir.

Marka hakkı sahibi, tecavüz fiili başlamadan önce veya sona eren ancak tekrarlanması muhtemel olan tecavüzün önlenmesini talep edebilir (SMK m. 149/I, b)⁶⁷. Muhtemel tecavüzün önlenmesi talebi, tecavüz tehlikesinin varlığı hâlinde, eda davasına konu olabilecek bir talep olarak arabuluculuğa elverişlidir. Marka hakkına tecavüzün söz konusu olması hâlinde ise tecavüz teşkil eden ve devam eden fiilin durdurulması talebinde bulunulabilir (SMK m. 149/I, c)⁶⁸. Aynı şekilde, marka hakkına tecavüz teşkil eden fiil gerçekleşmiş ve etkileri devam ediyorsa, tecavüze konu olan fiilin sebep olduğu durumun ortadan kaldırılması talep edilebilir (SMK m. 149/I, ç)⁶⁹. Tecavüz fiilinin durdurulması ve tecavüzün kaldırılması talepleri de muhtemel tecavüzün önlenmesi talebi gibi eda davasına konu olabilecek talepler olarak arabuluculuğa elverişlidir⁷⁰. Zira söz konusu talepleri yerine getirip getirmemek, taleplerin yöneltildiği kişinin uhdesinde olduğu için tarafların bu talepler üzerinde tasarrufta bulunması mümkündür. Ancak tarafların, arabuluculuk sürecinde tecavüzün durdurulması veya kaldırılması bağlamında üçüncü kişilerin menfaatlerini doğrudan etkilemeyecek şekilde bir sonuca varmaları gerekir⁷¹.

Marka hakkı sahibinin tecavüzün önlenmesi ve durdurulması talepleri, ihtiyatî tedbire de konu olabilir. Nitekim marka hakkına tecavüz teşkil edecek şekilde kullanım olması veya bu anlamda ciddi ve etkin çalışmalar yapılması hâlinde, marka hakkı sahibi mahkemeden tecavüz teşkil eden fiilin önlenmesini veya durdurulmasını ihtiyatî tedbir kapsamında talep

⁶⁷ Yasaman, C. III, s. 2996; Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu, s. 322; Suluk (Karasu/Nal), s. 379; Güneş, s. 354 vd.; Uzunallı, s. 151-152; Çolak, s. 742; Tekinalp, s. 497.

⁶⁸ Yasaman, C. III, s. 2997; Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu, s. 323; Güneş, s. 360 vd.; Bozgeyik, s. 168 vd.; Uzunallı, s. 152; Çolak, s. 743; Tekinalp, s. 497.

⁶⁹ Yasaman, C. III, s. 2998; Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu, s. 323-324; Suluk (Karasu/Nal), s. 379-380; Bozgeyik, s. 170; Uzunallı, s. 152; Çolak, s. 766.

⁷⁰ Eminoğlu/Erdoğan, s. 420.

⁷¹ Eminoğlu/Erdoğan, s. 420.

edebilir (SMK m. 159/II, a). Bu taleplerin ihtiyatî tedbir gibi geçici hukukî koruma bağlamında ileri sürülmesi hâlinde, geçici hukukî korumalara yargısal korumalar olarak mahkemece karar verileceğinden, söz konusu taleplerden doğan uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir⁷².

Marka hakkına tecavüz hâlinde ileri sürülmesi mümkün talepler arasında, tazminat talebi de yer almaktadır⁷³. Buna göre marka hakkı sahibince tecavüz fiilinden kaynaklı olarak, fiilî zarar ve yoksun kalınan kazançtan oluşan maddî zararları ile manevî zararlarının tazmin edilmesini talep edebilir (SMK m. 149/I, ç, m. 150/I, m. 151/I). Bunun yanında, marka hakkına konu ürünlerin ve hizmetlerin kötü şekilde kullanılması, üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi veya uygun olmayan şekilde piyasaya sürülmesi sonucunda markanın itibarı zarara uğramışsa, marka hakkı sahibinin itibar tazminatı talep etmesi de mümkündür (SMK m. 150/II). Söz konusu talepleri konu alan uyuşmazlıklarda, tarafların kendi iradeleriyle sonuca varabilmeleri mümkün olduğundan arabuluculuğa başvurulabilir. Aynı zamanda, marka hakkına tecavüzden doğan ve konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerini içeren uyuşmazlıklar yönünden dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunludur (TTK m. 5/A/I). Bu nedenle, markanın tecavüzü hâlinde, marka sahibinin maddî, manevî ve itibar tazminatı talepleri arabuluculuğa elverişli olmasının yanında, dava şartı arabuluculuğa tâbidir⁷⁴.

Marka hakkı sahibi, marka hakkına tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu olmayan ürünlerin üretiminin engellenmemesi şartıyla el konulmasını da talep edebilir (SMK m. 149/I, d). Söz konusu ürünlere veya araçlara el konulması, tarafların arabuluculuk sürecinde üzerinde karar verebileceği bir taleptir. Zira tecavüze konu ürün ve araçların toplanıl-

⁷² **Bozkurt Yüksel**, s. 200. Karş. **Berkhan**, s. 48.

⁷³ **Yasaman**, C. III, s. 3000 vd.; **Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu**, s. 325 vd.; **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 380 vd.; **Güneş**, s. 365 vd.; **Bozgeyik**, s. 177 vd.; **Çolak**, s. 771; **Tekinalp**, s. 499 vd.

⁷⁴ Bilge **Aytuğar/Sultan Küçük**, “6769 Sayılı Sınâî Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2020, s. 119; **Yasaman/Yüksel**, C. III, s. 3292; **Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu**, s. 345; **Oğuz/Yılmaztekin/Üner**, s. 362; **Kale**, s. 46; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 420; **Bozgeyik**, s. 209; **Uzunallı**, s. 153; **Paslı**, s. 24; **Giray**, s. 34; **Karaca**, s. 54; **Berkhan**, s. 45.

ması, bir yerde muhafaza altına alınması, tarafların mahkeme kararı olmaksızın kendi iradeleriyle ortaya çıkarabilecekleri bir sonuçtur. Ancak söz konusu talep, aynı zamanda ihtiyatî tedbir kapsamında mahkemeye yöneltilmesi gereken talepler arasında yer almaktadır (SMK m. 159/II, b). Bu nedenle, tecavüz oluşturan ürünlere veya bunların üretiminde kullanılan araçlara el konulması ihtiyatî tedbir kapsamında talep edilmişse, söz konusu talep geçici hukukî koruma bağlamında arabuluculuğa elverişli değildir⁷⁵.

Marka hakkı sahibi, tecavüz oluşturan ve el konulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını da talep edebilir (SMK m. 149/I, e)⁷⁶. Marka hakkı sahibinin söz konusu talebine dair uyuşmazlığın, taraflarca arabuluculuk sürecinde sonuçlandırılması mümkündür. Ancak tarafların bu talep hakkında sonuca varabilmesi, söz konusu ürün ve araçların uyuşmazlığa taraf olan mütecevizin mülkiyetinde olması gerekir⁷⁷. Aksi takdirde, uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü kişinin mülkiyetindeki ürün ve araçlar üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasına dair talep arabuluculuğa konu edilemez. Tecavüz oluşturan ürün, cihaz ve makineler üzerindeki mülkiyet hakkının marka sahibine tanınması talebi kabul edildiği takdirde, söz konusu ürün veya araçların bedelinin tazminat bedelinin düşülmesi veya bu bedelin tazminatı aşan kısmının iade edilmesi talepleri de ileri sürülebilecektir (SMK m. 149/II). Tazminat bedelinin indirimi veya tazminatı aşan kısmın geri ödenmesi talepleri, arabuluculuğa elverişlidir ve dava şartı arabuluculuk kapsamındadır⁷⁸.

Marka hakkı sahibi, tecavüzün devam etmesini engellemek amacıyla tedbirler alınmasını isteyebilir. Bu kapsamda, hak sahibi tecavüz oluşturan

⁷⁵ **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 421. Ayrıca bkz. **Bozkurt Yüksel**, s. 200.

⁷⁶ Sinaî Mülkiyet Kanunu'nun 149'uncu maddesinin birinci fıkrasının (e) bendindeki düzenlemede, "*el konulan*" ifadesine yer verildiği için hükmün lafzından el konulmayan ürün ve araçlar üzerindeki mülkiyet hakkının tanınmasının talep edilemeyeceği anlaşılmasına karşın, tecavüz fiilinden kaynaklı taleplerin genelde birlikte ileri sürüldüğü dikkate alındığında "*el konulacak ürünler*" üzerinde de mülkiyet hakkı tanınmasının talep edilebileceği belirtilmektedir. Bkz. **Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu**, s. 332; **Çolak**, s. 854. Mülga Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Karamame'deki düzenleme bakımından da aynı yönde bkz. **Tekinalp**, s. 509.

⁷⁷ **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 421.

⁷⁸ **Yasaman/Yüksel**, C. III, s. 3292; **Kale**, s. 46; **Giray**, s. 34.

veya cezayı gerektiren ürünler ile bunları üretmeye yarayan araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi, tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhasını talep edebilir (SMK m. 149/I, f). Tecavüzün devamının önlenmesi bakımından öncelikle, söz konusu ürün ve araçların şekillerinin değiştirilmesi talebi, buna rağmen tecavüzün devamı önlenemeyecekse en son ürün ve araçların imhası talebi değerlendirilmelidir⁷⁹. Anılan talepler, mahkemenin karar vermesini gerekli kılmadığı için arabuluculuk sürecine konu edilebilir⁸⁰. Zira söz konusu talepler, ihtiyatî tedbir kapsamında değil, markanın tecavüzünden kaynaklı olarak karşı tarafa yöneltililebilecek talepler arasında yer almaktadır. Bu anlamda, tecavüzün devam etmesini önlemek amacıyla tedbir alınmasına dair taleplerin arabuluculuğa konu edilebilmesi için aynı zamanda tecavüze konu olan ürünlerin veya bunların üretilmesinde kullanılan araçların, uyumsuzluğa taraf olan mütecevizin mülkiyetinde olması gerekir⁸¹. Örneğin, söz konusu ürün ve araçlar, uyumsuzluğa taraf olmayan üçüncü kişinin mülkiyetinde olduğu takdirde, imha talebi hakkında tarafların üçüncü kişi yönünden bir sonuca varabilmesi mümkün olmadığından, bu talep arabuluculuğa elverişli değildir. Dolayısıyla tecavüzün devamını önlemek amacıyla yönelik taleplerin arabuluculuğa elverişli olup olmadığı noktasında, üçüncü kişinin menfaatlerinin doğrudan etkilenmemesi ölçütü kapsamında, söz konusu ürün ve araçların üçüncü kişinin mülkiyetinde olup olmadığı hususu dikkate alınmalıdır.

Marka hakkı sahibinin, haklı bir sebebinin veya menfaatinin bulunması hâlinde, mahkemeden kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilân edilmesini veya ilgililere tebliğ edilmesini talep etmesi de mümkündür (SMK m. 149/I, g) Örneğin, tanınmış bir markaya tecavüz fiilinden kaynaklı açılan davanın kabulü hâlinde, marka sahibi kararın ilân edilmesini isteyebilir ki bu anlamda haklı menfaati de bulunmaktadır⁸². Bu talep, haklı çıkması hâlinde uyumsuzluğun karşı tarafınca da ileri sürülebilir. Sinaî Mülkiyet Kanunu'nda

⁷⁹ Yasaman, C. III, s. 3012; Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu, s. 331; Suluk (Karasu/Nal), s. 387; Bozgeyik, s. 174; Uzunallı, s. 183-184; Tekinalp, s. 510.

⁸⁰ Aksi yönde bkz. Berkhan, s. 44.

⁸¹ Eminoğlu/Erdoğan, s. 421. Mahkemece imha kararı verilebilmesi için ürünlerin mütecevizin zilyetliğinde olmasının yeterli olduğu, araç ve makinelerin imhası için bunların mütecevizin mülkiyetinde olması gerektiği yönünde bkz. Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu, s. 331.

⁸² Uzunallı, s. 184.

marka hakkı sahibinin, kararın ilân edilmesine dair talepte bulunabilmesi için haklı bir sebebinin veya menfaatinin aranması, tarafların menfaatleri dikkate alınarak ilânın gerekli olup olmadığına ve ilânın şekli ile kapsamına mahkemece karar verilecek olması ve bu talebin mahkeme kararları için öngörülmesi sebebiyle, kararın ilân edilmesi talebinin arabuluculuğa elverişli olmadığı sonucuna varılmaktadır (SMK m. 149/I, g, III). Bunun yanında, kararın (arabuluculuk açısından anlaşma tutanağının) kamuya duyurulması, arabuluculuk sürecine hâkim olan ilkelerden biri olan gizlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir⁸³. Her ne kadar gizlilik ilkesinin aksi taraflarca kararlaştırılabilirse (HUAK m. 4/II) de mahkeme kararının kamuya duyurulmasının temelindeki marka hakkına muhtemel ihlallerin önlenmesi ve bu anlamda emsal teşkil eden bir karar elde edilmesindeki düşünce ile arabuluculuk yöntemi bağdaşmamaktadır⁸⁴. Ayrıca karşı taraf, mahkeme kararının ilânının kamuyu etkileme, küçük düşürme veya rekabette avantaj sağlama niyetiyle talep edildiğini düşündüğü takdirde, baştan arabuluculuk sürecine katılmayabilecektir. O hâlde, hak sahibi, üçüncü kişileri benzer davranışlardan caydırmak için marka hakkına tecavüzden kaynaklı uyuşmazlığa dair sonucun kamuya duyurulmasını talep etmekte ise arabuluculuk yerine alenilik ilkesinin hâkim olduğu yargı yoluna başvurmalıdır.

Markanın tecavüzünden doğan uyuşmazlıklarda, yukarıda zikredilen taleplerin birlikte ileri sürülmesi durumunda yapılması gereken arabuluculuğa elverişlilik incelemesine de değinmek gerekir. Zira markanın tecavüzünden doğan uyuşmazlıklarda, hak sahibinin söz konusu talepleri birbirinden ayırmasından ziyade, genellikle bu talepleri birlikte ileri sürdüğü görülmektedir⁸⁵. Bu taleplerin niteliği dikkate alındığında, arabuluculuğa elverişlilik incelemesinin her bir talep yönünden ayrıca yapılması gerekmektedir. Örneğin, tazminat talebinin yanında, tecavüze konu olan ürün ve araçlar üzerinde mülkiyet hakkı tanınması veya bunların imhası talep edilmişse, söz konusu ürün ve araçların üçüncü kişinin mülkiyetinde olup

⁸³ **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 421; **Bozkurt Yüksel**, s. 200. Bu anlamda, anonim şirket genel kurul kararının iptaline veya butlanına dair kararın ilân edilmesinin de arabuluculuğun gizlilik ilkesiyle bağdaşmaması sebebiyle arabuluculuğa konu olamayacağı yönünde bkz. **Eminoğlu**, s. 282.

⁸⁴ **Bozkurt Yüksel**, s. 207.

⁸⁵ **Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu**, s. 332-333; **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 379; **Güneş**, s. 352; **Uzunallı**, s. 152-153; **Çolak**, s. 766.

olmadığı önem arz ettiği için bu taleplerin arabuluculuğa elverişliliği bakımından farklı sonuçlara varılabilmektedir. Bunun yanında, markanın tecavüzünden doğan uyuşmazlıklara dair taleplerin bir kısmının dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu dikkate alındığında, dava şartı arabuluculuk incelemesinin de her bir talep yönünden yapılması gerekir⁸⁶.

SONUÇ

Sinaî mülkiyet haklarının korunmasına dair uyuşmazlıklar arasında yer alan marka hakkına tecavüzden kaynaklı uyuşmazlıklar, genel itibarıyla tarafların mahkemenin kararına gerek olmaksızın hukukî sonuç elde edebilecekleri hususları konu alması sebebiyle arabuluculuğa elverişlidir. Markanın tecavüzünden kaynaklı taleplerin arabuluculuğa elverişli olabilmesi, eda davasına konu olabilecek bir talep olmasına bağlı değildir. Bu anlamda, salt tecavüzün varlığının veya yokluğunun tespiti talebi de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi sebebiyle arabuluculuğa elverişlidir. Markanın tecavüzünden doğan uyuşmazlıklarda tecavüzün varlığının tespiti talebi ile diğer taleplerin bağlantılı olması ve diğer talepler üzerinde anlaşmanın tecavüzün varlığına bağlı olması sebebiyle de tecavüzün varlığına dair tespit talebinin arabuluculuğa elverişli olduğunu kabul etmek gerekir.

Marka hakkına tecavüzden kaynaklı uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu, markaya tecavüz fiiline karşı hak sahibinin ileri sürebileceği tüm talepler bakımından geçerli değildir. Bu anlamda, hak sahibi marka hakkına tecavüz fiilinden kaynaklı taleplerini, geçici hukukî koruma bağlamında ileri sürdüğü takdirde, söz konusu talepler arabulucu-

⁸⁶ Dava şartı arabuluculuğa tâbi olan taleplerin de bulunduğu birden fazla talep ileri sürülerek dava açılması hâlinde, mahkemece dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayan talepler bakımından davaya devam edilmesine, diğer talep bakımından ise davanın ayrılmasına ve usulden reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Yasaman/Yüksel**, C. III, s. 3292; **Tanrıver**, Dava Şartı Arabuluculuk, s. 136; **Kale**, s. 44; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 164; **Paslı**, s. 24-25; **Koçyiğit/Bulur**, s. 69; **Karaca**, s. 53; **Yılmaztekin/İnce**, s. 2181. Uygulamada, birden fazla talebin ileri sürüldüğü uyuşmazlıklarda, taleplerden dava şartı arabuluculuğa tâbi olan talep var ve arabuluculuğa başvurulmadan başvurulmuş ise davanın usulden reddine veya dava şartı arabuluculuğunun hiçbir talep açısından aranmayacağına dair farklı yönde bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay kararları bulunmaktadır. Bu hususa dair kararlar için bkz. İstanbul BAM 16. HD., E. 2019/1244, K. 2019/1234, 30.05.2019; İstanbul BAM 16. HD., E. 2021/680, K. 2021/761, 09.04.2021; Yarg. 11. HD., E. 2019/4851, K. 2020/2732, 10.06.2020; Yarg. 11. HD., E. 2020/197, K. 2020/1578, 17.02.2020, (www.legalbank.net), E.T. 24.03.2022.

luğa konu edilemez. Buna göre tecavüzün önlenmesi, durdurulması ve tecavüze konu olan ürünler ile bunların üretilmesinde kullanılan araçlara el konulması talepleri ihtiyatî tedbir kapsamında ileri sürülürse arabuluculuğa başvurulamaz.

Markanın tecavüzünden kaynaklı taleplerden, üçüncü kişinin menfaatlerinin doğrudan etkilenebileceği talepler de arabuluculuğa elverişli kabul edilemez. Bu anlamda, tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunları üretmeye yarayan araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi ve imhası talepleri bakımından, söz konusu ürün ve araçlar mütecevizin değil üçüncü kişilerin mülkiyetindeyse, tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşması söz konusu değildir. Zira üçüncü kişinin mülkiyetindeki tecavüz fiiline konu olan ürün ve araçlara dair talepler, hak sahibi ile mütecevizin tasarruf yetkisinde olan hususlardan değildir. Bunun yanında, iradî olarak yürütülen arabuluculuk sürecinden, uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü kişilerin menfaatlerinin etkilenmemesi gerekir. Dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi ölçütü kapsamında, üçüncü kişiler bakımından doğrudan sonuç doğurup doğurmama hususu da arabuluculuğa elverişlilik incelemesi yönünden dikkate alınmalı ve üçüncü kişinin menfaatlerinin doğrudan etkilendiği talepler arabuluculuk sürecine konu edilmemelidir.

Markanın tecavüzünden kaynaklı talepler arasında yer alan ve arabuluculuğa elverişli olmayan taleplerden biri de kararın ilân edilmesidir. Kararın kamuya ilân edilmesi için haklı sebebin veya menfaatin bulunması gerektiğinden, ilânın şeklinin ve kapsamının tarafların menfaatleri dikkate alınarak mahkemece takdir edilecek olmasından ve bu talebin mahkeme kararları için öngörülmesinden dolayı, söz konusu talep arabuluculuğa elverişli değildir. Bunun yanında, kararın kamuya duyurulması talebi, arabuluculuk sürecine hâkim olan gizlilik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Marka hakkına tecavüzden doğan uyuşmazlıklarda hak sahibinin taleplerinin uygulamada genellikle birlikte ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu durumda, arabuluculuğa elverişlilik incelemesinin her bir talep yönünden ayrı ayrı yapılması gerekir. Bu anlamda, arabuluculuğa elverişlilik incelemesi, arabuluculuk sürecinde düzenlenen anlaşma metnine icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebi üzerine yargı denetimine tâbi olduğundan, arabuluculuğa elverişli olmayan talepler anlaşma metnine dâhil edilmemelidir.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya. Milletlerarası Tahkim. 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

Akil, Cenk. “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”. Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan. C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 75-137.

Aktepe Artık, Sezin. “İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı”. TBBD. S. 134, 2018, s. 257-292.

Arkan, Sabih. “Marka Hakkına Tecavüz, İşaretin Markasal Kullanılması Zorunluluğu”. BATİDER. C. XX, S. 3, 2000, s. 5-16.

Arslan, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel. Medenî Usûl Hukuku. 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Atalı, Murat. Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku. C. III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017 (Usûl).

Atalı, Murat. “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”. Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu. Ankara 2018, s. 137-154 (Arabuluculuk).

Atalı, Murat/**Erdoğan**, Ersin. “Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfî Tespit Davaları Sorunu”. ÇÜHFD. Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, C. 5, S. 1, 2020, s. 205-221.

Atalı, Murat/**Ermeneek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin. Medenî Usûl Hukuku. 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Ateş, Derya. Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık. Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Ayiter, Nûşin. İhtira Hukuku. Sevinç Matbaası, Ankara 1968.

Ayhan, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Yıldız**, Burçak/**İmirlioğlu**, Dilek. Sınâî Mülkiyet Hukuku. Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Aytuğar, Bilge/**Küçük**, Sultan. “6769 Sayılı Sınâî Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 11, S. 1, 2020, s. 110-125.

Bahtiyar, Mehmet/**Biçer**, Levent. “Adî İş/Ticarî İş/Tüketici İşlemi Ayırımı ve Bu Ayırımın Önemi”. MÜHAD. Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 395-436.

Berkhan, İhsan. Fikrî Mülkiyet ve Arabuluculuk. Aristo Yayınevi, İstanbul 2019.

Bertschinger, Christoph/**Münch**, Peter/**Geiser**, Thomas. Schweizerisches und europäisches Patentrecht. Helbing & Lichtenhahn, Basel 2002.

Bozbel, Savaş. Fikrî Mülkiyet Hukuku. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

Bozgeyik, Hayri. Marka Hakkının Korunması. 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. “Fikrî Mülkiyet Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”. İKÜHFD. C. 10, S. 2, 2011, s. 191-215.

Börü, Levent/**Koçyiğit**, İlker. Ticarî Dava. Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

Budak, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol. Medenî Usûl Hukuku. 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Büyük, Elif Irmak. Medenî Usûl Hukukunda İnşâî Dava ve İnşâî Hüküm. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

Cengiz, Dilek. Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz. Beta Yayınları, İstanbul 1995.

Chi, Stephanie. “The Role of Mediation in Trademark Disputes”. American Journal of Mediation. S. 2, 2008, s. 105-114.

Çolak, Uğur. Türk Marka Hukuku. 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Deren Yıldırım, Nevhis. “Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler”. Arabuluculuk Yasa Tasarısı - Eleştiri ve Öneriler - Sempozyum Notları. İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s. 81-96.

Doğan, Vahit. Milletlerarası Özel Hukuk. 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2017.

Dural, Mustafa/**Sarı**, Suat. Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri. Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

Edis, Seyfullah. Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri. Sevinç Matbaası, Ankara 1979.

Eminoğlu, Cafer. “Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri”. TFM. C. 7, S. 2, 2021, s. 271-291.

Eminoğlu, Cafer/**Erdoğan**, Ersin. Ticarî Uyuşmazlıklarda İhtiyarî ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk. Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk. 2. Baskı, İstanbul 2019.

Erdoğan, Ersin. Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması. Yetkin Yayınları, Ankara 2016, (Usûl).

Erdoğan, Ersin. “Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcra-sına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi”. Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu. Ankara 2018, s. 189-202, (Arabuluculuk).

Erdoğan, Ersin/Erzurumlu, Nurbanu. Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı. Seta Yayınları, İstanbul 2016.

Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 18. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Ermenek, İbrahim. Medenî Usûl Hukukunda Davayı Kabul. Adalet Yayınevi, Ankara 2009, (Kabul).

Ermenek, İbrahim. Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması. Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Arabuluculuk).

Ermenek, İbrahim/Azaklı Arslan, Betül. “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu”. TBBD. S. 148, 2020, s. 135-196.

Giray, Eda. “Fikrî ve Sinaî Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk”. Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Editörler, Ceyda Süral Efeçinar/Mehmet Ertan Yardım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 29-40.

Göksu, Mustafa. Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016.

Görgün, L. Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet. Medenî Usûl Hukuku. 6. Baskı, Yetkin Yayınları.

Güneş, İlhami. Sinaî Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku. 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Hirsch, Ernst. Fikrî ve Sinaî Haklar. Ar Basımevi, Ankara 1948.

Hart, Tina/Fazzani, Linda. Intellectual Property Law. 3. Baskı, Macmillan Press, Great Britain 2004.

Hatemi, Hüseyin. Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları. İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976.

İldır, Gülgün. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

İmamoğlu, Mustafa. Marka Hukukunda Tahkim ve Arabuluculuğun Yeri ve Türk Patent Enstitüsü'ndeki Uygulanma Alanı. Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara 2014.

Kale, Serdar. Marka Davalarında Yargılama Usûlü. Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Karaca, Osman Umut. "Dava Şartı Olan Arabuluculuk Kapsamındaki Sınaî Mülkiyet Uyuşmazlıkları". FMR. S. 1, 2009, s. 47-55.

Kuru, Baki. Nizasız Kaza. Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961.

Kaya, Arslan. Marka Hukuku. Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006.

Kılıçoğlu, Ahmet M.. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, (Borçlar Hukuku).

Kılıçoğlu, Ahmet M.. Sınaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar. 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, (Sınaî Haklar).

Kılıçoğlu, Ahmet M.. Arabuluculuk Sözleşmeleri. Turhan Kitabevi, Ankara 2020, (Arabuluculuk).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme. 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

Koçyiğit, İlker/**Bulur**, Alper. Ticarî Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2019.

Konuralp, Halûk. "İstinafta Kamu Düzeni Kavramı". Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VI. Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008, s. 133-148.

Kurt Konca, Nesibe. "Arabuluculuğa Elverişli Alanlar". ÇÜHFD. C. II, S. 1, 2017, s. 234-240, (Elverişlilik).

Kurt Konca, Nesibe. "Ticarî Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk". SETA Perspektif. S. 225, 2018, s. 1-6, (Arabuluculuk).

Nomer, Ergin/**Şanlı**, Cemal. Devletler Hususi Hukuku. 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

Oğuz, Arzu. “Fikrî Mülkiyet Haklarından Doğan İhtilafların Arabuluculuk Yolu ile Çözümlemesi Konusunda Değerlendirme”. Terazi Hukuk Dergisi. C. 14, S. 152, 2019, s. 813-822.

Oğuz, Arzu/**Yılmaztekin**, Hasan Kadir/**Üner**, Ezel. Fikrî Mülkiyet Hukukunda Uzman Arabuluculuk. Editörler, Sezercan Bektaş/Şebnem Akipek Öcal, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2020.

Oğuzman, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Özbek, Mustafa Serdar. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü. 5 Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

Özmumcu, Seda. Arabuluculuk Modelleri. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

Özekes, Muhammet. Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku. C. III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Usûl).

Özekes, Muhammet. “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”. Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu. Ankara 2018, s. 111-136, (Arabuluculuk).

Pashi, Ali. “Ticarî İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”. Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Editörler, Ceyda Süral Efeçinar/Mehmet Ertan Yardım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 13-25.

Pekcanitez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet. Medenî Usûl Hukuku. 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Reisoğlu, Safa. Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 24. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

Reynolds, Rocque/**Stoianoff**, Natalie. Intellectual Property: Text and Essential Cases. Federation Press, Sydney 2003.

Serozan, Rona. Medenî Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Suluk, Cahit/**Karasu**, Rauf/**Nal**, Temel. Fikrî Mülkiyet Hukuku. 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Şahin Ceylan, Şule. Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.

Şanlı, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman Figanmeşe**, İnci. Milletlerarası Özel Hukuk. 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

Şit Köşgeroğlu, Banu. Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği. Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Tanrıver, Süha. “Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarında Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”. Makalelerim II, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 243-257, (Arabuluculuk Kurumu).

Tanrıver, Süha. “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”. Makalelerim II, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 183-211, (Kanun Tasarısı).

Tanrıver, Süha. Medenî Usûl Hukuku. C. II, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Usûl).

Tanrıver, Süha. “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”. TBBD. S. 147, 2020, s. 111-142, (Dava Şartı Arabuluculuk).

Tanrıver, Süha. Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk. 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (Arabuluculuk).

Taşpolat Tuğsavul, Melis. Türk Hukukunda Arabuluculuk. Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Tekinalp, Ünal. Fikrî Mülkiyet Hukuku. 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Tekinay, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altop**, Atillâ. Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Toprakkaya, İrem. Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

Toraman, Barış. “İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”. SÜHFD. C. 28, S. 3, 2020, s. 1027-1059.

Uzunalli, Sevilay. Marka Hukuku. Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Yarar, Güven. Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Yardım, M. Ertan. “Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”. Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Editörler, Ceyda Süral Efeçinar/Mehmet Ertan Yardım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 86-110.

Yasaman, Hamdi/**Ayoğlu**, Tolga/**Yusufoglu Bilgin**, Fülürya/**Memiş Kartal**, Pınar/**Yüksel**, Sinan/**Yasaman**, Zeynep. Sınâî Mülkiyet Kanunu Şerhi. C. III, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Yeşilirmak, Ali. Türkiye’de Ticarî Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

Yılmaz, Ejder. “Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi”. Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 1275-1297.

Yılmaztekin, Hasan Kadir/**İnce**, Zeliha. “Dava Şartı Arabuluculuk Ekseninde Bazı Fikrî Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları”. Terazi Hukuk Dergisi. C. 14, S. 159, 2019, s. 2171-2185.



Türk ve Alman Medeni Usul Hukukunda Tanık İfadelerinin Değerlendirilmesinde Tecrübe Kuralları

The Principles Derived from the Experiences in Assessment of Witness Statements in Turkish and German Civil Procedural Law

Öğr. Gör. Dr. Merve UYSAL*

ÖZ

Alman ve Türk Medeni usul hukukunda hâkim, delilleri değerlendiren tamamen özgür değildir. Alman ve Türk doktrinine göre; doğa, mantık ve tecrübe kuralları delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini sınırlandırmaktadır. İnsanın algı kapasitelerinin sınırlılığı ve görülen veya işitilen şeylerin objektif bir şekilde algılanması, hatırlanması ve tam olarak ifade edilmesindeki güçlükler sebepleriyle deliller arasında en sık görülen, ancak en az güvenilir olan tanık delilinin değerlendirilmesi de oldukça güçleşmektedir. Bu güçlükle baş edebilmek için Alman ve Türk hâkimleri, tanık ifadelerinin değerlendirilmesinde tecrübe kuralları altında kanunda yer almayan ispat kuralları yaratmaktadır. Çalışmada, tanık delinin değer-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: merve.uysal@marmara.edu.tr. ORCID: 0000-0002-6487-2903.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 10.04.2022 / **Kabul/Accepted:** 02.06.2022.

Atf/Cite as: Merve Uysal, “Türk ve Alman Medeni Usul Hukukunda Tanık İfadelerinin Değerlendirilmesinde Tecrübe Kuralları”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 1, Haziran 2022, (329-366).

lendirilmesinde dikkate alınan ve tecrübe kuralı olarak belirtilen bu kurallar açıklanmış ve bu kuralların hukuki niteliği tartışılmıştır. Bu kapsamda sunulan çözüm önerileri çalışmanın sonuç bölümünde açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Deliller, Tanık Delili, Tanık İfadesi, Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi, Alman Medeni Usul Hukuku.

ABSTRACT

In Turkish and German Civil Procedural Law, the judge is not completely free to assess the evidences. The laws of nature and logic as well as the principles derived from the experiences limits the principle of free appraisal of evidences. The restricted capacity of human senses and the difficulties in perceiving, remembering things seen and heard objectively and completely reflecting them make the assessment of witness evidence, which is the most frequent, but the most unreliable evidence among all evidences, complicated. In order to overcome these difficulties, the Turkish and German judges tend to create new rules of evidences. In this work, the rules defined as the principles derived from the experiences and not stipulated in law and their legal nature are explained. In this context, the potential solution recommendations are expressed in the conclusion part of the work.

Keywords: Evidences, Witness Evidence, Witness Statement, Free Appraisal of Evidences, German Civil Procedural Law.

GİRİŞ

Türk ve Alman Medeni usul hukukunda tanık delilinin, diğer deliller arasında en sık başvuru, ancak güvenilirlik bakımından en az değerde olan delil türü olduğu kabul edilmektedir.¹ Tanıklık edilecek konu veya

¹ Adolf **Baumbach**/Wolfgang **Lauterbach**/Jan **Albers**/Peter **Hartmann**, Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen. 76. Bası, 2011, (ZPO) Übers § 373 Rn. 6; Helmut **Rußmann**, Beweisrecht der ZPO, Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung. 1987, <https://ruessmann.jura.uni-saarland.de/rw20/akzpo/beweis.htm>, vor § 373 Rn. 1, E.T. 20.03.2022; Peter **Arens**/Wolfgang **Lüke**, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung, Europäisches Zivilverfahrensrecht. 10. Bası, München 2011, § 26 Rn. 296; Rudolf **Bruns**, Zivilprozessrecht, München 1979, § 35 Rn. 183; Gunter **Deppenkemper**, Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis, Osnabrück 2004, s. 307; Wolfgang **Grunsky**/Fritz **Baur**, Zivilprozessrecht, 12. Bası, Köln 2005, § 14 Rn. 183; Oğuz **Atalay**, in: Pekanttez Usül Medeni Usül Hukuku, C. 2, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1907; Hans Joachim **Bull**, Von der Bequemlichkeit, einem Zeugen zu glauben, DRiZ, 1972, s. 205;

durumun tekrar aynı şekilde ve koşullarda gerçekleşebilmesinin mümkün olmadığı düşünülürken, tanığın kendi algıladıklarını doğrudan mahkemeye aktarması, uyuşmazlığın çözülmesi ve gerçeğin aydınlatılması için zorunlu olabilir.² Ancak, insanın duyu algı kapasitelerinin sınırlılığı ve duyumsanan şeylerin objektif bir şekilde algılanması, hatırlanması ve tam olarak ifade edilmesindeki güçlükler tanık delilinin delil gücünü zayıflatmaktadır. Bu nedenlerle, Türk hukukunda takdiri deliller arasında sayılan tanık deliline hâkimin şüpheyle yaklaşması, tanığın dinlenilmesinden önce ve dinlenilmesi sırasında kanaatini oluşturması ve tanık ifadelerini her bir somut uyuşmazlıkta dikkat ve özenle değerlendirmesi ve bu husustaki kanaatlerini kararında açıkça gerekçelendirmesi gerekir. Bu hususlar, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin tanık delili bakımından zorunlu unsurları olarak değerlendirilebilir.

Tanık deliline olan güvensizlik, delil sistemlerindeki farklılığı da açıklamaktadır. Türk ve Alman Medeni Usul hukukunda farklı delil sistemleri mevcuttur. § 286 ZPO'ya göre Alman hukukunda kanuni ispat kuralları dışında delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi geçerli iken, Türk hukukunda HMK m. 198 uyarınca delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ve kanuni delil sisteminden (HMK m. 200 vd.) oluşan karma bir sistem geçerlidir.

Alman ve Türk hukuklarından bu bakımdan birbirinden farklılığı, Türk hukukundaki kesin delil ve takdiri delil ayırımına işaret eder. Türk hukukunda tanık deliline, ancak senetle (kesin delille) ispat zorunluluğu bulunmayan davalarda başvurulabilir. Fakat önemle belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda senetle ispat mecburiyetinin olmadığı uyuşmazlıklarda ve Alman hukukunda hâkimin takdir hakkının sınırlandığı kanuni ispat kurallarının geçerli olduğu haller³ dışındaki uyuşmazlıklarda tanık delili-

Guido **Kirchhoff**, Richter als Zeugen - Bericht über ein Wahrnehmungsexperiment, MDR 2001/12, s. 661 vd.; Siegmund **Knippel**, Zeugenbeweis ist schlechter Beweis, MDR, 1980/2, s. 112; Nedim **Meriç**, Türk ve Alman Hukukunda Tanık İfadesinin Değerlendirilmesi, Legal MİHDER, 2005, s. 89; Helmut **Rüßmann**, Physiologische und psychologische Streiflichter zum Zeugenbeweis, in: Broda, Christian/Deutsch, Erwin/Schreiber, Hans Ludwig/Vogel, Hans Jochen (Ed.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, Luchterhand 1987, s. 789.

² **Atalay**, in: Pekcanitez Usul, C. II. s. 1887.

³ § 286/2 ZPO kapsamında hâkimin takdir hakkını istisnai olarak sınırlayan kanun maddeleri şu şekilde sıralanabilir: § 165 ZPO, §§ 174, 195/2 ZPO, § 183 c. 2 ZPO, § 314 ZPO, §§ 415-418, 438/2 ZPO.

nin her iki sistemde serbestçe değerlendirilmesi gerekir. Hatta her iki sistemin, Alman hukukunda § 286/2 ZPO hükmünde belirtilen ispat kurallarının uygulama alanının genişletilmesi ve Türk hukukunda senetle ispat kuralında belirtilen parasal değerın yükseltilmesi ile birbirine yaklaştığı söylenebilir. Bu sebeple, delillerin değerlendirilmesi ilkesinin tanık delilini etkileyebilecek sınırları gittikçe daha dikkat çekici olmaktadır.

Delillerin değerlendirilmesi sürecindeki sınırlar, Alman ve Türk hukukunda benzer nitelikler göstermektedir. Bu sınırlar, tanık gösterilmesi, tanıkların dinlenilmesi ve tanık ifadelerinin değerlendirilmesi aşamalarında olmak üzere üç farklı süreçte gruplandırılabilir. Örneğin, tanıkların verilen kesin süre içerisinde gösterilmemesi halinde dinlenilmemelerine karar verilmesi ve ikinci tanık listesi verme yasağı (HMK m. 240/2) ve senetle ispat zorunluluğu (HMK m. 200, 201) veya Alman hukukunda geçerli istisnai yargılama prosedürü olan ve §§ 592 vd. ZPO’da düzenlenen “senet, poliçe ve çek prosedürü” (*Urkunden-, Wechsel und Scheckprozess*) gibi tanık delilinin gösterilmesinin mümkün olmadığı delil ikame yasakları (*Beweiserhebungsverbote*) hallerinde tanık delili sınırlandırılmış olmaktadır. Tanıkların dinlenilmesi sürecinde tanıklara soru kâğıdı gönderilmesi (HMK m. 246, § 377/3 ZPO) veya tanıkların istinabe yolu ile dinlenilmesi (HMK m. 259/4, § 375 ZPO) gibi doğrudanlık ilkesinin sınırlandırıldığı haller de tanıkların dinlenilmesi sürecinde tanık delilinin sınırlandırıldığı haller olarak belirtilebilir. Delillerin değerlendirilmesi sürecinde ise delil değerlendirilme yasaklarının (*Beweisverwertungsverbote*) yanında Alman ve Türk hukukunda doğa, mantık ve tecrübe kurallarının hâkimin delilleri değerlendirme özgürlüğünün doğal sınırları olduğu kabul edilmektedir.⁴

Alman ve Türk hukukunda hâkim, delillerin değerlendirilmesi sürecinde tamamen özgür değildir. Doğa, mantık ve tecrübe kuralları delillerin değerlendirilmesi ilkesini sınırlar.⁵ Mantık ve tecrübe kurallarına aykırı

4 **Leipold**, in: Stein/Jonas-ZPO-4, § 286 Rn. 17; **Prütting**, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 14; Ulrich **Foerste**, Parteiische Zeugen im Zivilprozess, NJW, 2001, s. 325; **Deppenkemper**, s. 282.

5 **Leipold**, in: Stein/Jonas-ZPO-4, § 286 Rn. 17; **Prütting**, in: MüKoZPO § 286 Rn. 14; **Foerste**, s. 325; **Deppenkemper**, s. 281.

şekilde delillerin değerlendirilmesi, HMK m. 198 ve § 286 ZPO hükümlerine aykırılık teşkil eder.⁶ Delillerin değerlendirilmesi eksiksiz ve tutarlı olmalıdır.⁷ Delillerin değerlendirilmesinin gerekçesi de aynı şekilde çelişkiden uzak ve tutarlı olmak zorundadır. Kararın içeriği ile gerekçesi birbiri ile mantıksal tutarlılık içerisinde değilse, HMK m. 27/2 (c), 297/1 (e) ve 298/2 hükümleri kapsamında bu husus temyiz sebebi oluşturabilir.⁸

Çalışmanın konusunu, Alman ve Türk mahkemelerinin “tecrübe kuralları” adı altında tanıkların değerlendirilmesinde başvurdukları kurallar ve bu kuralların tanık ifadelerinin değerlendirilmesindeki rolü oluşturmaktadır. Bu çerçevede, üç ana başlık altında oluşturduğumuz çalışmada öncelikle tecrübe kuralı kavramı üzerinde durulacak ve tecrübe kurallarının türleri tanımlanacaktır. Çalışmanın ikinci ana başlığında ise, sözü edilen bu kurallar ilgili içtihatlar ile birlikte ayrı ayrı açıklanacaktır. Çalışmanın üçüncü ana başlığında, bu kuralların hukuki niteliği değerlendirildikten sonra tanık deliline ilişkin tecrübe kurallarına yönelik Alman doktrininde sunulan görüşler değerlendirilecektir.

⁶ BGH, NJW 1993, 935, 937; BGH, NJW 1987, 1557, 1558; K. 2014/21613; Yarg. HGK, E. 1985/2-106, K. 1985/157, 6.3.1985; Yarg. HGK, E. 1968/2-168, K. 1969/731, 8.10.1969; 22.Yarg. HD., E. 2014/6800, K. 2015/19827, 8.6.2015; 2.Yarg. HD., E. 2014/10529, 5.11.2014, (Kazancı İctihat Bilgi Sistemi); Mesut **Ertanhan**, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s. 385; Ömer **Sivrihisarlı**, Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978, s. 98; Mehmet Kamil **Yıldırım**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 188 vd.; Leyla **Keser**, İlk Görünüş İspatı (prima facie Beweis), in: Dokuz Eylül Üniversitesi (Ed.), Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan. İzmir 2001, s. 236; **Deppenkemper**, s. 272; Egon **Schneider**, Beweis und Beweiswürdigung, Unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses, 5. Bası, München 1994, Rn. 702, 733; **Yıldırım**, s. 188 vd.

⁷ BGH, NJW 1993, 935, 937; **Foerste**, in: Musielak ZPO, § 286 Rn. 10a; Gerhard **Reinecke**, Der Krise der freien Beweiswürdigung im Zivilprozeß oder über die Schwierigkeit, einem Zeugen nicht zu glauben, MDR 1986/8, s. 634.

⁸ 9.Yarg. HD., E. 2014/37896, K. 2016/8168, 4.4.2016; 9. Yarg. HD., E. 2014/36117, K. 2016/6895, 23.3.2016, (Kazancı İctihat Bilgi Sistemi).

I. DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE TECRÜBE KURALLARI, EMARELER VE YARDIMCI VAKIALAR

A. Genel Olarak

Emareler ve tecrübe kuralları davayı çözümlerken hâkime yardımcı olmaktadır. Dava konusunu oluşturan bir olayın kesin olarak belirlenemediği durumlarda hâkim, tekil olaylarla ilgili sonuç çıkararak kurallardan (emareler, *Indizien*) ve genel olarak sonuç çıkararak kurallardan (tecrübe kuralları, *Erfahrungssätze*) yararlanabilecektir.⁹

Emarelerin delil kuvveti, somut olayda genel bir bakış açısıyla ve diğer delillerin sonuçları ile birlikte tespit edilir.¹⁰ Böylece ikame edilen delillerin hâkim tarafından delil kuvvetinin belirlenmesine olanak verilmiş olur. Alman hukukunda *Hilfstatsachen* olarak adlandırılan yardımcı vakıalar, tanık ifadelerinin delil kuvvetinin belirlenmesinde büyük bir öneme sahiptir.¹¹ HMK m. 255 ve § 395/2 ZPO kapsamında tanıklara itiraz söz konusu olabilir.¹² Tanıklara itirazda, taraflarla arkadaşlık ilişkisi gibi tanık ifadesinin doğruluğu konusunda kuşku gerektirecek sebepler ortaya konulur. Tanıklara itiraz, ispat konusu vakıa ile ilgili doğrudan ilgisi olmasa da diğer deliller ile birlikte değerlendirildiğinde, tanık ifadelerinin değerlendirilmesinde bir kontrol kriteri olarak işlev görmektedir.¹³ Benzer şekilde tanık psikolojisi ile ilgili kurallar da ifadelerin doğruluğu takdir edilirken yardımcı vakıalar olarak değerlendirilir.

⁹ Yıldırım, s. 117.

¹⁰ BGH, NJW 1991, 1894, 1895.

¹¹ Ahrens, in: Wieczorek/Schütze-ZPO, § 284 Rn. 1; Friedrich Stein, Das private Wissen des Richters, Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, Leipzig 1893, s. 20; Rudolf Bruns, Beweiswert, ZZZ (91) 1978, s. 64; Horst Konzen, Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken, Eberhard/Becker-Eberhard, Ekkehard/Gerhardt, Walter (Ed.), Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1997, s. 335; Egon Schneider, Die Ablehnung von Beweisanträgen im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, ZZZ (75) 1962, s. 211; Ertanhan, s. 287.

¹² Ahrens, in: Wieczorek/Schütze-ZPO, § 284 Rn. 18; Leipold, in: Stein/Jonas-ZPO-4, § 284 Rn. 23; Ellen Schlüchter, Wahrunterstellung und Aufklärungspflicht bei Glaubwürdigkeitsfeststellungen, Heidelberg 1992, s. 25; Yıldırım, s. 120.

¹³ Schneider 1994, Rn. 1087; Reinecke, s. 634.

Son olarak, tecrübe kurallarının düşünce kanunlarını (*Denkgesetze*) kapsadığı belirtilmelidir.¹⁴ Düşünce kanunları ile tecrübe kuralları arasında bir ayırım yapılması oldukça güç ve aslında gereksizdir. Ancak, doğa kanunları her zaman bir tecrübe kuralları olarak nitelendirilemez. Tecrübe kurallarının aksine doğa kanunları her zaman bilimsel bir değere sahiptir ve hâkimin delillerin değerlendirilmesi aşamasında karar verme özgürlüğünde önemli bir role sahiptir.¹⁵

B. Tecrübe Kurallarının Sınıflandırılması

Genel tecrübe kuralları; trafik kuralları, ticari örf ve adetler, esnaf kuralları, uzman ve mesleki eğitim ile edinilebilecek sanat, teknik ve bilime ilişkin bilgilere ilişkin tecrübe kurallarıdır.¹⁶ Doğa yasaları ve bilimsel bilgiler yanında, bilimsel olmayan ve günlük tecrübeye dair kurallar da tecrübe kuralları olarak değerlendirilmelidir.

Tecrübe kuralları, tümevarım yöntemine dayanır. Başka bir deyişle, özel vakıalar değerlendirilerek tümevarım yöntemiyle bir sonuca varılır.¹⁷ Hâkim, delillerin değerlendirilmesi aşamasında her türlü tecrübe kuralını dikkate almak zorundadır.¹⁸ Ancak, güvenilirlik açısından tecrübe kuralları ikiye ayrılmaktadır¹⁹: Zorunlu veya kesin (*zwingende oder absolute Er-*

¹⁴ Sivrihisarlı, s. 87 vd.

¹⁵ Dietmar Hainmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadenersatzprozeß, Tübingen 1966, s. 27; Schneider 1994, Rn. 158; Yıldırım, s. 194

¹⁶ Ahrens, in: Wiczorek/Schütze-ZPO, § 284 Rn. 29; Foerste, in: Musielak ZPO, § 284 Rn. 4; Leopold, in: Stein/Jonas-ZPO-4, § 284 Rn. 16; Prütting, in: MüKoZPO, § 284 Rn. 44; Ahmet Başözen, Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010, s. 159; Yıldırım, s. 115.

¹⁷ Mark Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß, Rationalität und Intuition, Tübingen 2015, s. 369; Stein, s. 23.

¹⁸ Schweizer, s. 370.

¹⁹ Doktrinde belirlenimci (*deterministisch*) ve belirlenimci olmayan (*indeterministisch, istatiki*) tecrübe kuralları ayırımı da yapılmıştır. Belirlenimci tecrübe kuralları, tümdengelim mantık kurallarına dayanan düşünce kanunlarına dayanmaktadır. Rüßmann, AK-ZPO, § 286 Rn. 6; Helmut Rüßmann, Allgemeine Beweislehre und Denkgesetze, Recht und Politik 1982, s. 63.

fahrungssätze) tecrübe kuralları ve basit veya genel (*einfache oder allgemeine Erfahrungssätze*) tecrübe kuralları.²⁰ Zorunlu (kesin) tecrübe kuralları, çoğunlukla bilimsel olarak kanıtlanmış doğa yasalarıdır.²¹ Genel tecrübe kuralları ise bilimsel değere daha az sahiptir ve hâkimin takdir hakkını daha az etkileyebilir niteliktedir.²² Tanığın algı kabiliyetini etkileyen durumların, genel tecrübe kuralları arasında sayıldığı belirtilmektedir.²³ Örneğin, tanığın alkol sebebiyle algılama yeteneğinin azalması ve bu sebeple dava konusu olayı hatırlayamaması bu tecrübe kurallarına örnek gösterilebilir. Zorunlu ve genel tecrübe kurallarının yanında ikisi arasında sınıflandırılan diğer tecrübe kuralları ise hayat tecrübelerine (*Lebenserfahrung*) dayanır ve ilk görünüş ispatında rol oynar.²⁴ Bu tecrübe kurallarını diğer tecrübe kurallarından ayıran özellik ise bu kuralların güncel tecrübeler ve bir gözleme dayanmasıdır.²⁵

²⁰ **Foerste**, in: Musielak ZPO, § 284 Rn. 4; **Leipold**, in: Stein/Jonas-ZPO-4, § 286 Rn. 56 vd.; **Hainmüller**, s. 26.

²¹ **Foerste**, in: Musielak ZPO, § 286 Rn. 10a; **Greger**, in: Zöller-ZPO, § 286 Rn. 11, 16; **Prütting**, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 57; **Hainmüller**, s. 27.

²² **Prütting**, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 61; **Hainmüller**, s. 26.

²³ **Hainmüller**, s. 26.

²⁴ **Prütting**, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 58; **Hainmüller**, s. 28.

²⁵ **Hainmüller**, s. 29 vd.

II. TANIK DELİLİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE TECRÜBE KURALLARI

A. Genel olarak

Tanık delili, tüm deliller arasında en sık kullanılan, ancak en az güvenilir olan delildir.²⁶ Hâkim, tanık ifadelerini objektif, eleştirel, net ve önyargılardan uzak bir şekilde değerlendirmelidir.²⁷ Sadece tahminlere, önyargılara veya istatistiksel olarak kanıtlanmamış tecrübe kurallarına dayanan değerlendirmeler, delillerin değerlendirilmesi ilkesine aykırılık teşkil eder.²⁸ Türk hukukunda senetle (kesin delillerle) ispat kuralının geçerli olmadığı hallerde hâkim delillerin değerlendirmesinde özgürdür. Alman hukukunda senetle ispat kuralı geçerli olmamakla beraber, hâkim sadece § 286/2 ZPO'da belirtildiği gibi kanuni ispat kuralları (*gesetzliche Beweisregeln*) ile bağlıdır. Buna rağmen, tanık ifadelerinin değerlendirilmesindeki güçlük, Türk ve Alman mahkemelerinde hâkimlerin "tecrübe kuralları" adı altında tanıkların güvenilirliğine ilişkin yeni kurallar yaratmasına sebep olmaktadır. Bu kurallar, § 286/2 ZPO kapsamında birer ispat kuralı veya bu hususlarda bir tecrübe kuralı mevcutmuş gibi ifade edilmektedir.²⁹ Böylece hâkimler, tanık ifadelerini objektif, eleştirel, net ve önyar-

²⁶ **Baumbach/Lauterbach**, in: ZPO, Übers § 373 Rn. 6; **Rüßmann**, in: AK-ZPO, vor § 373 Rn. 1; **Arens/Lüke**, § 26 Rn. 296; **Grunsky/Baur**, § 14 Rn. 183; **Bruns**, § 35 Rn. 183; **Deppenkemper**, s. 307; **Bull**, s. 205; **Kirchhoff**, s. 661; **Knippel**, s. 112; **Rüßmann**, s. 789; **Reinecke**, s. 631. Nach *Wach* sei der Zeugenbeweis „nach Kenntnis jedes Erfahrenen der schlechteste Beweis.“; Christoph **Bergfeld**, Der Zeugenbeweis im deutschen Zivilprozessrecht von 1877-1933, in: Gouron, André/Mayali, Laurent/Schioppa, Antonio Padoa/Simon, Dieter (Ed.), Subjektivierung des justiziellen Beweisverfahrens. Beiträge zum Zeugenbeweis in Europa und den USA (18-20-Jahrhundert). Frankfurt am Main 1994, s. 156.

²⁷ Gerhard **Reinecke**, Beweisfragen im Kündigungsschutzprozeß, NZA 1989, s. 579; **Reinecke**, s. 633.

²⁸ **Leipold**, in: Stein/Jonas-ZPO-4, § 286 Rn. 17; **Prütting**, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 62; **Yıldırım**, s. 116.

²⁹ **Ahrens**, in: Wicczorek/Schütze-ZPO, vor § 373 Rn. 99 vd.; **Prütting**, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 26; Jürgen **Bürkle**, Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts, Mit einer Analyse amtsrichterlicher Urteile in Zivilsachen zu richterlichen Theorien für die Glaubhaftigkeitsbeurteilung von Zeugenaussagen, Tübingen 1984, s. 166; **Foerste** 2001, s. 321; Guido **Kirchhoff**, Der Verkehrsunfall im Zivilprozeß - Von der Schwierigkeit, Zeugen zu glauben, MDR 1999, s. 1473; Rolf **Meyke**, Die Funktion der Zeugenaussage im Zivilprozess, NJW 1989, s. 2032; **Reinecke**, s. 630; Gerhard

gılarından uzak bir şekilde değerlendirmeye almadan tanık ifadelerinin inandırıcı olup olmadığı konusunda bir tespite varmaktadır. Bu tespit, aslında genellikle basit tahminlere, hâkimlerin önyargılarına veya istatistiksel olarak kanıtlanmamış tecrübe kurallarına dayanmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2018 yılında verdiği kararında bu kuralardan birini “kanuni karine” olarak ifade etmiştir.³⁰ Bu kanuni karine, mahkeme kararlarında “tanıklara itiraz” başlıklı HMK’nin 255. maddesine dayandırılmaktadır. İlgili maddede “tanığın davada yararı bulunmak gibi tanıklığının doğruluğu konusunda kuşkuyu gerektiren sebepler varsa” bunu iki taraftan birinin iddia ve ispat edebileceği belirtilmiştir. Mahkemelerin tarafların bu kuşkularını ortaya koymaları için onlara olanak vermemesi temyiz incelemesinde bozma sebebi teşkil edecektir.³¹ Ayrıca hâkim bu sebepleri, tanık ifadesinin doğruluğuna ilişkin değerlendirmesinde yardımcı vakıa olarak dikkate alacaktır. Ancak bu hüküm, mahkemelerin var olmayan tecrübe kurallarına göre karar vermeleri veya ikame edilen delillerin tümünü ve hâkimin yargılamayı bir bütün olarak değerlendirmeden tanıkların inandırıcılığı konusunda baştan kanaate varmalarını meşru kılmaz. Benzer bir eleştiri, Alman hukukunda § 286/2 ZPO kapsamında yeni “ispat kuralları” yaratılarak § 286 ZPO hükmünün ve tarafların ispat hakkının ihlal edildiği gerekçeleriyle yapılmıştır.

B. Alman ve Türk Hukukunda Tanıkların Güvenilirliğine İlişkin Teoriler

Hâkimin, delillerin değerlendirilmesi ilkesine istisna yaratan yeni ispat kuralları yaratması, HMK m. 198 ve § 286 ZPO hükümlerine aykırılık teşkil eder. Bu kurallar delil değerlendirmesinin doğal sınırı olarak kabul edildiği için, ancak tecrübe kuralı olarak nitelendirilebilirlerse kanuna aykırılık olmayabileceği düşünülebilir. Bu çerçevede çalışmamızda Alman ve Türk mahkemelerinde tanık ifadelerinin değerlendirilmesinde kabul edilen ve Alman Doktrininde “*richterliche Alltagstheorien*” olarak adlan-

Reinecke, Ende der Beifahrerrechtsprechung?, MDR 1989/2, s. 114; Egon **Schneider**, Erfahrungssätze und Beweisregeln, MDR 2001, s. 247.

³⁰ Yarg. HGK, E. 2018/22-703, K. 2018/1749, 20.11.2018, (Lexpera İçtihat Bilgi Sistemi).

³¹ Yarg. HGK, E. 1951/293, K. 1951/120, 30.5.1951; 4. Yarg. HD., E. 1957/5436, K. 1957/377, 25.1.1957; Bilge **Umar**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014, s. 780.

dırılan kurallara değinilecektir. Bu kuralların tecrübe kuralları ve dolayısıyla hâkimin delilleri özgürce değerlendirmesini sınırlayan bir niteliğe sahip olup olmadığı çalışmamızın bir sonraki bölümünü oluşturmaktadır.

1. Aksine Ciddi ve İnandırıcı Delil ve Olaylar Bulunmadıkça Asıl Olan Tanıkların Gerçeği Söylemiş Olmaları

Alman³² ve Türk hukukunda³³ tanık ifadelerinin değerlendirilmesinde en çok anılan kural, “*aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadığı sürece asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olduğunun kabul edileceğine*” dair kuraldır. Bu kural, Alman hukukunda³⁴ daha çok trafik kazalarına ilişkin uyuşmazlıklarda ve iş uyuşmazlıklarında; Türk hukukunda ise çoğunlukla boşanma davaları ve iş davalarında dinlenen tanık ifadelerinin değerlendirilmesinde uygulama alanı bulur.³⁵

Kural olarak tanıkların gerçeği söylemiş olduğunun kabulü gerekir. Hukuk Genel Kurulu, “*tanıkların doğruyu söylemediğine ilişkin geçerli bir kanıt dahi mevcut değilken sözlerine değer verilmemesini*” hukuka aykırı bulmaktadır.³⁶ Tanık ifadesinin inandırıcı bulunmaması, ancak istisnai durumlarda mümkündür. Bu istisnai durumlarda mahkeme, tanıkların

³² Bürkle, s. 166; Schneider 2001, Rn. 703; Foerste, s. 321; Bull, s. 205; Kirchhoff, s. 1473; Guido Kirchhoff, Zur Würdigung von Zeugenaussagen, MDR 2010/14, s. 792; Meyke, s. 2032; Reinecke 1989, s. 114; Schneider, 2001, s. 246.

³³ Yarg. HGK, E. 2017/29672, K. 2020/6095, 8.6.2020; Yarg. HGK, E. 2019/2-32, K. 2019/993, 3.10.2019; Yarg. HGK, E. 2016/22-2160, K. 2019/943, 24.9.2019; Yarg. HGK, E. 2015/22-1444, K. 2016/869, 29.06.2016; Yarg. HGK, E. 2013/9-1447, K. 2015/854, 25.02.2015; Yarg. HGK, E. 2014/22-578, K. 2014/766, 15.10.2014; Yarg. HGK, E. 2012/2, K. 2012/551, 12.09.2012; 2. Yarg. HD., E. 2019/2977, K. 2019/6605, 22.5.2019; 3. Yarg. HD., E. 2018/7003, K. 2019/2130, 14.3.2019; 2. Yarg. HD., E. 2017/4490, K. 2019/1205, 18.2.2019; 9. Yarg. HD., E. 2018/9872, K. 2018/22325, 5.12.2018; 2. Yarg. HD., E. 2018/7596, K. 2019/6992, 12.6.2018, (Lexpera İçtihat Bilgi Sistemi).

³⁴ Matthias Einmahl, Zeugenirrtum und Beweismaß im Zivilprozess, Eine Fallstudie am Beispiel des Verkehrsunfallprozesses, NJW 2001, s. 469 vd.; Reinecke 1989, s. 579.

³⁵ Yarg. HGK, E. 2006/11-160, K. 2006/208, 19.4.2006; Yarg. HGK, E. 1996/2-684, K. 1996/814, 20.11.1996; Yarg. HGK, E. 1983/2-8, K. 1984/808, 12.10.1984; Yarg. HGK, E. 1983/2-160, K. 1984/692, 8.6.1984; Yarg. HGK, E. 1987/2-490, K. 1988/12 13.1.1988; Alacak davalarında da uygulanmaktadır: Yarg. HGK, E. 1985/2-824, K. 1986/75, 31.1.1986, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

³⁶ Yarg. HGK, E. 2017/2-1900, K. 2020/102, 6.2.2020; Yarg. HGK, E. 1981/12-201, K. 1981/714, 4.11.1981, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

doğruyu söylemediğine dair bir somut delil, resmi kayıt veya bulgu aramaktadır.³⁷

Mahkeme kararları incelendiğinde, Türk ve Alman hukukunda hâkimlerin, tanıkların ifadeleri inandırıcı olmasa ve bu konuda şüpheleri bulunsa dahi tanıkların ifadelerini doğru bulma eğilimlerinde olduğu tespit edilmiştir. Stuttgart'ta yaklaşık 1400 tanık ifadesi arasında yapılan bir araştırmada, sadece 65 tanığın ifadesinin doğru bulunmadığı tespit edilmiştir.³⁸ Başka bir araştırmada ise doğru bulunmadığı tespit edilen tanık ifadelerinin toplam dinlenen tanıklara oranı, %6,88 olarak bildirilmiştir.³⁹ Hatta karşı tarafın da gösterdiği tanıkların dinlendiği hallerde bu oranın %3,26'ya düşmüş olduğu gözlemlenmiştir.⁴⁰

Türk hukukunda da mahkeme kararlarında HMK m. 255'e atf yapılarak "aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olduklarının" kabul edildiği tekrarlanmaktadır. Fakat söz konusu hükmün metninde benzer bir ifade bulunmamaktadır. HMK m. 255, "tanığın davada yararı bulunmak gibi tanıklığının doğruluğu konusunda kuşku gerektiren sebeplerden" bahsetmektedir. Bu sebeplerin varlığında dahi, doğrudan dinlenen tanıkların ifadelerinin dikkate alınmaması yanlış olur. Hâkim, bu sebeplerin varlığında tanık ifadelerine ihtiyatlı yaklaşmalı⁴¹, tanık ifadelerini bu şüpheyle değerlendirmeli ve her bir tanık ifadesini ayrı ve özel olarak değerlendirmelidir.

2. Tanığın Davada Yararı (Menfaati) Bulunması

Yargıtay, bazı uyuşmazlıklarda belirli tanıkların ifadelerinin hükme esas alınamayacağını içtihat etmektedir. Bunun sebebi, bu tanıkların dava sonucunda yararı olduğu için tarafsız bir şekilde tanıklık yapamayacakları görüşüdür.

Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre mera alanına ilişkin uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusu köy nüfusuna kayıtlı kişilerin tanıklıklarına

³⁷ Yarg. HGK, E. 2014/18-1109, K. 2016/589, 11.5.2016, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

³⁸ Rolf **Bender**/Rolf **Schumacher**, Erfolgsbarrieren vor Gericht, Eine empirische Untersuchung zur Chancengleichheit im Zivilprozeß des Instituts für Rechtstatsachenforschung Stuttgart e.V., Tübingen 1980, s. 137.

³⁹ **Bürkle**, s. 168.

⁴⁰ **Bürkle**, s. 169.

⁴¹ **Umar**, s. 608.

değer verilemez, çünkü bu kişilerin dava sonucundan yararı vardır.⁴² Bu uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusu meradan kişisel olarak yararlanma hakkı söz konusu olabileceğinden bu kişilerin sözlerine itibar edilmemektedir.⁴³ Ayrıca bu uyuşmazlıklara ilişkin mahkeme kararlarında tanıkların güvenilir bulunmamasının gerekçesi olarak “objektif nitelikteki eylemli duruma aykırı düşen sübjektif ve soyut nitelikteki yerel bilirkişi ve tanık beyanlarına değer verilemeyeceği” ifade edilmiştir.⁴⁴ Yargıtay, köy orta malına ilişkin olmayıp belediyenin taraf olduğu davalarda da aynı kuralı takip etmiştir.⁴⁵ Halbuki belde halkına ait kişilerin uyuşmazlık konusundan kişisel olarak yararlanmaları mümkün değildir. Yargıtay’ın bu uyuşmazlıklarda görüşünü değiştirmemiş olmaması, *Umar* tarafından haklı olarak eleştirilmiştir.⁴⁶

Benzer bir bakış açısı, iş uyuşmazlıklarında da karşımıza çıkmaktadır. Fazla mesai alacağına ilişkin uyuşmazlıklarda, aynı işyerinde çalışan kişilerin birbirine tanıklık yapması durumunda, bu kişilerin aynı sebeple hak talep eden kişiler olduğu ve doğrudan doğruya menfaat birliği içerisinde oldukları gerekçesiyle bu tanıkların ifadelerinin bu kişilerin tanıklık beyanlarına itibar edilemeyeceği içtihat edilmiştir.⁴⁷ Bu uyuşmazlıklarda dinlenen tanıklar, davalı aleyhine dava açmışlar ise, tanıkların konumu tanıklıklara duyulacak güveni etkiler.⁴⁸ Fakat davacı ile aynı işyerinde ça-

⁴² 14. Yarg. HD., E. 2016/6903, K. 2019/7842, 19.11.2019; 16. Yarg. HD., E. 2016/445, K. 2018/6340, 5.11.2018, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁴³ *Umar*, s. 780.

⁴⁴ 16. Yarg. HD., E. 2015/19804, K. 2018/2089, 26.3.2018; 16. Yarg. HD., E. 2016/3075, K. 2018/6875, 21.11.2018; 16. Yarg. HD., E. 2014/1265, K. 2014/4960, 14.4.2014; 7. Yarg. HD., E. 2013/24105, K. 2013/23288, 25.12.2013, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁴⁵ Yarg. HGK, E. 1974/7-446, K. 1974/1288, 29.11.1974, ABD 1975/3, 417; 21. Yarg. HD., E. 2012/7754, K. 2013/12774, 18.6.2013, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁴⁶ *Umar*, s. 780.

⁴⁷ 9. Yarg. HD., E. 2015/20572, K. 2018/1190, 24.1.2018; 22. Yarg. HD., E. 2017/19074, K. 2018/27743, 19.12.2018; 22. Yarg. HD., E. 2016/4799, K. 2016/16479, 6.6.2016; 9. Yarg. HD., E. 2014/25746, K. 2015/33201, 23.11.2015; 9. Yarg. HD., E. 2004/31714, K. 2005/23784, 5.7.2005; 9. Yarg. HD., E. 2013/13768, K. 2014/5632, 24.2.2014, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁴⁸ 9. Yarg. HD., E. 2018/10217, K. 2018/23122, 13.12.2018, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

lişmayan tanıkların davacının çalışma düzeni hakkında bilgi sahibi olmadıkları gerekçesiyle soyut tanık beyanları olduğu ve dolayısıyla hükme esas alınamayacağı belirtilmektedir.⁴⁹ Hatta tanık olarak işten ayrılan eski çalışanların gösterildiği durumlarda, bu tanıkların hangi süre içerisinde iş yerinde davacıyla birlikte çalıştığının belirlenmesi gerektiği içtihat edilmiştir.⁵⁰

Hizmet tespiti davalarında ise, dava konusu süreyle ilişkin Sosyal Sigortalar Kurumu'na verilen dönem bordrolarında adı geçen tanıklar, tarafsız bulunmaktadır.⁵¹ Bordrolarda tanık olarak dinlenebilecek bir kişi tespit edilemezse uyuşmazlık konusu dönemde işyerine komşu diğer işyerlerinde çalıştığı tespit edilen kayıtlı komşu işyeri çalışanlarının dinlenilmesine karar verilmektedir.⁵² Bu kişiler dışındaki kişilerin tanıklığının hükme esas alınacak nitelikte olmadığına hükmedilmektedir.⁵³ Bunların yanında, Yargıtay'ın iş akdinin feshinin tespitine ilişkin olarak 2020 yılında verdiği bir kararında, iş yeri çalışanı olan tanığın, fesih tarihinden sonra karşılıklı para alışverişi içerisinde olmasının, tek başına tanık beyanlarını geçersiz kılmaması gerektiğine dair isabetli görüşüne de değinilmedi.⁵⁴ Söz konusu davada, hâkim iş akdinin feshinden sonra kişinin aynı iş yerinde çalıştığı çalışma arkadaşları ile arasında ekonomik ilişkisi olmasının hayatın olağan akışına uygun olduğu kanaatine varmıştır. Men-

⁴⁹ 22. Yarg. HD., E. 2016/17548, K. 2019/14795, 2.7.2019; 22. Yarg. HD., E. 2015/15603, K. 2017/14535, 15.6.2017; 9. Yarg. HD., E. 2015/34061, K. 2019/19788, 13.11.2019; 22. Yarg. HD., E. 2017/21814, K. 2019/11243, 21.5.2019; 22. Yarg. HD., E. 2013/36175, K. 2015/10160, 16.3.2015; 9. Yarg. HD., E. 2015/27261, K. 2018/23166, 13.12.2018, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁵⁰ 22. Yarg. HD., E. 2017/22437, K. 2019/11109, 20.5.2019; 22. Yarg. HD., E. 2016/27616, K. 2020/624, 20.1.2020, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁵¹ Yarg. HGK, E. 2015/10-3900, K. 2019/640, 30.5.2019; 21. Yarg. HD., E. 2013/5231, K. 2013/8412, 30.4.2013; 21. Yarg. HD., E. 2013/3374, K. 2013/6521, 2.4.2013; 21. Yarg. HD., E. 2003/1596, K. 2003/2266, 18.3.2003; 21. Yarg. HD., E. 2012/24016, K. 2014/4721, 13.3.2014; 21. Yarg. HD., E. 2003/1606, K. 2003/2294, 20.3.2004; 21. Yarg. HD., E. 2016/10857, K. 2018/641, 25.1.2018, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁵² 10. Yarg. HD., E. 2018/5421, K. 2020/560, 3.2.2020; 10. Yarg. HD., E. 2016/13541, K. 2018/10347, 10.12.2018; 10. Yarg. HD., E. 2013/6720, K. 2014/4316, 3.3.2014, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁵³ 21. Yarg. HD., E. 2008/6706, K. 2009/4401, 24.3.2009, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁵⁴ 9. Yarg. HD., E. 2019/1385, K. 2020/1657, 6.2.2020, (Lexpera İçtihat Bilgi Sistemi).

faate ilişkin bu tecrübe kuralı, hâkimin şahsi bilgisi ve diğer tecrübe kuralları ile kontrol edilmesine yönelik isabetli bir örnek olarak gösterilebilir.

Hukuk davalarında, taraflardan biri ile tanık arasında husumet bulunması da tanık ifadelerinin dikkate alınmaması için gerekçe gösterilmektedir.⁵⁵ Taraf ile tanık arasındaki husumet, HMK m. 255 anlamında tanıklığın doğruluğu konusunda kuşkuyu gerektiren bir sebep olarak görülebilir. Ancak, taraf ile husumetli bulunduğu iddia olunan tanıkların tanıklıklarının doğrudan geçersiz sayılamayacağı da belirtilmelidir.⁵⁶

Tanığın, tanıklık yapılacak konu hakkında edindiği bilgisi, başkasından ve özellikle taraflardan duydukları hususlara dayanırsa, “Görgü Tanığı” (*Zeugen vom Hörensagen*) olarak nitelendirilir. Yargıtay’a göre, “*tanıkların taraflardan aktardıkları olaylar sabit kabul edilemez ve tanıkların duyuma dayalı beyanları hükme esas alınamaz.*”⁵⁷ Alman ve Türk hukukunda, görgüye dayalı tanık ifadelerinin kural olarak doğrudanlık ilkesine aykırı olmadığı⁵⁸, ancak bu ifadelerin sınırlı bir delil kuvveti olduğu için çok dikkatli olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁹

⁵⁵ Yarg. HGK, E. 2019/32, K. 2019/993, 3.10.2019; Yarg. HGK, E. 2020/154, K. 2020/334, 3.6.2020, (Lexpera İçtihat Bilgi Sistemi).

⁵⁶ Yarg. HGK, E. 2018/1120, K. 2019/24, 17.1.2019, (Lexpera İçtihat Bilgi Sistemi).

⁵⁷ 3. Yarg. HD., E. 2013/19835, K. 2014/4101, 17.3.2014; 2. Yarg. HD., E. 2007/6202, K. 2008/3728, 20.3.2008; 2. Yarg. HD., E. 2006/4397, K. 2006/10338, 28.6.2006; 2. Yarg. HD., E. 2003/8759, K. 2003/9911, 30.6.2003; 2. Yarg. HD., E. 2002/11181, K. 2002/12791, 20.11.2002; 2. Yarg. HD., E. 2001/11052, K. 2001/12765, 28.9.2001; 2. Yarg. HD., E. 2000/4299, K. 2000/5955, 8.5.2000; 2. Yarg. HD., E. 2000/2421, K. 2000/4207, 5.4.2000, (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁸ **Ahrens**, in: Wiczorek/Schütze-ZPO, § 373 Rn. 9; **Damrau**, in: MüKoZPO, § 373 Rn. 3; **Leipold**, in: Stein/Jonas-ZPO-4, § 284 Rn. 143; **Prütting**, in: MüKoZPO, § 284 Rn. 52; **Ertanhan**, s. 287; **Yıldırım** 1990, s. 93.

⁵⁹ BVerfG, NJW 1992, 168; BVerfG, NJW 1981, 1719, 1725; OLG Naumburg, NJW-RR 2012, 1423, 1424; **Prütting**, in: MüKoZPO, § 284 Rn. 52; **Deppenkemper**, s. 310 vd.; Necip **Bilge/Ergun Önen**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978, s. 536; Mustafa Reşit **Belgesay**, Hukuk ve Ceza Muhakemesinde Deliller, İstanbul 1940, s. 120; **Ertanhan**, s. 287; **Yıldırım**, s. 93.

Bu çerçevede bu beyanların doğruluğunun diğer delil ve doğruluğunu ispat edilmiş vakıalar aracılığıyla desteklenmediği sürece tek başına hükme esas alınmaması gerektiği vurgulanmaktadır.⁶⁰

Alman hukukunda, 1879 yılında yürürlüğe giren *Civilprozessordnung* (CPO)'nun yürürlükte olduğu zamandan beri tanıkların davanın sonucunda menfaatinin olması tanıkların güvenilirliği konusunda mahkemenin şüphe ile bakmasına sebep olmuştur. Dava konusu ile ilgili olarak hukuki çerçevede yakın ilişkide bulunan tanıkların davanın sonucunda menfaatinin olduğu kabul ediliyordu.⁶¹ Şirketin taraf olduğu davada şirket ortağı⁶², terekenin tespiti davasında borçlu⁶³ ve temsilci⁶⁴ § 358/4 CPO uyarınca yeminsiz dinlenilmesi gereken kişiler arasında sayılmaktaydı.

Alman hukukunda, tanıkların dava sonucu ile ilgili olarak menfaatinin bulunması hususunda en önemli içtihat, “*Beifahrerrechtsprechung*” olarak anılan trafik kazasına ilişkin davalarda kazaya konu araçta yolcu koltuğunda oturan kişinin tanıklığı ile ilgilidir. Bu kişilerin ilgili davalardaki ifadelerine, ancak ifadelerin doğruluğu diğer delil ve olgularla desteklenmediği halde güvenilmelidir.⁶⁵ Bu kişilerin, psikolojik olarak “dayanışma etkisi” (*Solidarisierungseffekt*) altında duygusal olarak yaşadığı olayları değiştirme ve eklemeler yapma eğiliminde oldukları düşünülmektedir.⁶⁶

Alman Yüksek Mahkemesi, yerel mahkemelerin bu konudaki görüşüne katılmamaktadır. Zira § 286 ZPO, hiçbir şekilde yolcu koltuğunda seyahat eden ve kazaya tanık olan kişilerin ifadelerini değerlendirmeden, bu kişilerin sözlerine en baştan itibar edilmemesini haklı çıkaramaz.⁶⁷ Bu

⁶⁰ BVerfG, NJW 1992, 168; BVerfG, NJW 1981, 1719, 1725; 21. Yarg. HD., 5.7.2011, E. 2011/10789, K. 2011/11466; 2. Yarg. HD., 22.1.2014, E. 2013/19067, K. 2014/1145; 6. Yarg. HD., 20.3.2001, E. 2001/1045, K. 2001/2245; **Ertanhan**, s. 287; 2. Yarg. HD., 25.1.2001, E. 2001/344, K. 2001/1158, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶¹ **RGZ** 8, 412.

⁶² **Bergfeld**, s. 155.

⁶³ **RGZ** 29, 29.

⁶⁴ **Bergfeld**, s.155 vd.

⁶⁵ BGH, NJW 1988, 566, 567; BGH, NJW 1987, 566.

⁶⁶ BGH, NJW 1988, 566, 567; **Einmahl**, s. 469 vd.

⁶⁷ BGH, NJW 1974, 2283; Gerhard **Walter**, in: BGH, NJW 1988, 566, 567; **OLG Frankfurt**, BeckRS 2016, 12118; **Reinecke** 1989, s. 115; Rhona **Fetzer**, Beweiserhebung und Beweiswürdigung im Verkehrsunfallprozess, MDR 2009, s. 605.

tarz bir değerlendirme, § 286 ZPO'nun zorunlu tuttuğu ikame edilen tüm delil sonuçlarının (*Ergebnisse der Beweisaufnahme*) ve yargılamanın tümünün (*gesamte Inhalt der Verhandlungen*) beraber değerlendirilmesi gerektiği hususuna açıkça aykırılık teşkil eder. Mahkemeler bu uygulama ile aslında yeni bir “ispat kuralı” yaratmaktadırlar.⁶⁸

Walter'e göre *Beifahrerrechtsprechung*, ispat hakkına (*Recht auf Beweis*) aykırıdır, bu tür bir delil değerlendirilmesi şüphe ile yaklaşılması gereken belirli delillerin ikame edilmesini engelleyen kanuni delil sisteminin başka bir şeklini oluşturur.⁶⁹ Bu kuralın, delillerin değerlendirilmesi ilkesi sınırları içerisinde kalabilmesi, bu konuda bir tecrübe kuralının varlığına bağlıdır.⁷⁰ Ancak, hem doktrinde⁷¹ hem de mahkeme içtihatlarında⁷², bu konuda, en azından zorunlu bir tecrübe kuralının var olmadığı konusunda görüş birliği hâkimdir.⁷³

3. Tanığın Tarafından Biri ile Akrabalık veya Yakınlık İlişkinin Bulunması

Alman ve Türk içtihatlarında, tanıkların, taraflardan biri ile arkadaşlık veya akrabalık ilişkisi içerisinde bulunması, tanıkların doğruyu söylemediğinin kabulü için gerekçe gösterilmektedir. Özellikle Alman hukukunda “*Beifahrerrechtsprechung*” olarak anılan trafik kazalarına ilişkin davalarda kazaya katılan kişilerin ve onların arkadaş ve akrabalarının tanık ifadeleri, inandırıcı bulunmamaktadır.⁷⁴

Alman hukukunda, sadece akrabalık veya arkadaşlık ilişkisinin varlığı sebebiyle tanıkların inandırıcı bulunmamasının delillerin değerlendirilmesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir.⁷⁵ Türk hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi akrabalık veya diğer bir yakınlığın başlı başına

⁶⁸ LAG Düsseldorf, BeckRS 2016, 65182, BGH, NJW 1988, 566, 567.

⁶⁹ Gerhard Walter, in: BGH, NJW 1988, 566; ayrıca bkznz. Foerste, s. 323.

⁷⁰ BGH, NJW 1988, 566, 567.

⁷¹ Ahrens, in: Wiczorek/Schütze-ZPO, vor § 373 Rn. 101; Fetzer, s. 605; Reinecke, s. 630 vd.

⁷² BGH, NJW 1988, 566, 567; KG, BeckRS2009, 10077.

⁷³ Ahrens, in: Wiczorek/Schütze-ZPO, vor § 373 Rn. 101; Fetzer, s. 605; Reinecke, s. 630 vd.

⁷⁴ BGH, NJW 1998, 566, 567; KG, BeckRS 2009, 10075; Reinecke 1989, 115.

⁷⁵ BGH, NJW 1988, 566; BGH, NJW 1955, 955, 956.

tanık beyanını değerden düşüren bir sebep olarak sayılamayacağı Yargıtay kararlarında açıkça belirtilmiştir.⁷⁶ İlk derece mahkemesi tarafından tanık beyanlarının, tanıkların davacıya olan yakınlıkları ve yaşları gerekçe gösterilerek dikkate alınmaması, bozma sebebi olarak kabul edilmiştir.⁷⁷ Hatta tanıkların taraflardan biri ile aynı meslekten olmalarının da tanıkların gerçeği saptırarak aktarmış sayılmasının veya tanıkların taraflı olabileceğinin kabulüne yeterli sayılamayacağına karar verilmiştir.⁷⁸ Bu kişilerin ifadelerinin inandırıcı bulunmaması, ancak HMK m. 255’de belirtildiği gibi “tanıklığın doğruluğu konusunda kuşkuyu gerektiren sebeplerin” veya “tanıkların olmamışı olmuş gibi ifade ettiklerine dair delil ve olguların”⁷⁹ bulunmasına ve hâkimin tanık ifadesinin bu sebepler dolayısıyla doğru olmadığına kanaat getirmesine bağlıdır.⁸⁰

Örneğin, taraflardan biri ile akrabalık ilişkisi içerisinde bulunan bir tanığın, tanık olduğu davanın tarafı ile birlikte başka bir davada taraf sıfatını almasının, davada verilecek kararın tanığın ifadesini etkileyebilecek olması sebebiyle HMK m. 255 anlamında tanık ifadesinin doğruluğu konusunda kuşkuyu gerektiren bir sebep olduğuna hükmedilmektedir.⁸¹ İş

⁷⁶ Yarg. HGK, E. 2019/2-32, K. 2019/993, 3.10.2019; Yarg. HGK, E. 2015/22-3298, K. 2019/516, 2.5.2019, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi); 3. Yarg. HD., E. 2017/9471, K. 2018/12221, 3.12.2018; Yarg. HGK, E. 2012/2-697, K. 2013/167, 30.1.2014, (Lexpera İçtihat Bilgi Sistemi); Yarg. HGK, E. 2014/22-578, K. 2014/766, 15.10.2014, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁷⁷ Yarg. HGK, E. 2017/1900, K. 2020/102, 6.2.2020; 2. Yarg. HD., E. 2014/15498, K. 2015/820, 3.2.2015, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁷⁸ Yarg. HGK, E. 1991/2-578, K. 1992/29, 29.01.1992, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁷⁹ Yarg. HGK, E. 2017/1900, K. 2020/102, 6.2.2020; İzmir BAM 2. HD., E. 2018/3720, K. 2020/122, 3.2.2020; 3. Yarg. HD., E. 2016/17957, K. 2018/7466, 3.7.2018; 2. Yarg. HD., E. 2014/27785, K. 2015/12178, 18.6.2015; 2. Yarg. HD., E. 2014/15498, K. 2015/820, 3.2.2015, (Lexpera İçtihat Bilgi Sistemi).

⁸⁰ BGH, NJW 1995, 955; BGH, NJW 1988, 566; OLG Hamburg, ZUM-RD 2007, 165; **Foerste**, s. 321; **Reinecke** 1989, s. 579; Egon **Schneider**, Beweisrechtverstöße in der Praxis, MDR 1998, s. 1000.

⁸¹ “Boşanma davalarının niteliği gereği genel olarak tanıklar tarafların yakınları olup beyanları hükümlere esas alınmakta ise de, somut olayda davacı murisin oğlu olan tanık K5’in davacının ölümü sonrası bu davada taraf sıfatını alması, bunun sonucu olarak bu dava sonunda verilecek kararın bu tanığı olumlu ya da olumsuz olarak doğrudan etkileyecek olması, davalı ile arasında başkaca davalar ve soruşturmalar bulunması karşısında HMK 255. maddesinde belirtilen “... tanıklığın doğruluğu konusunda kuşkuyu gerektiren sebepler” mevcuttur.” Yarg. HGK, E. 2020/154, K. 2020/334, 3.6.2020, (Lexpera İçtihat Bilgi Sistemi).

hukuku uyuşmazlıklarında işveren aleyhine dava açan davacının tanıdığı olan kişilerin beyanlarına dikkatle yaklaşılması ve bu kişilerin beyanlarına ancak diğer yan delillerle birlikte değerlendirilerek karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁸²

4. Tanık Anlatımlarının Birbiriyle Tutarlı ve Çelişkiden Uzak Olması

Yargıtay içtihatlarında, çelişkiden uzak ve somut olarak kabul edilen tanık ifadelerinin, sadece bu gerekçeyle inandırıcı bulunduğu gözlemlenmiştir.⁸³ Çelişkili ve soyut tanık beyanlarının ise hükme esas alınması, bozma sebebi olarak kabul edilmektedir.⁸⁴ Ayrıca, tanıkların ifadelerinin bazı kısımlarına itibar edilerek diğer beyanlarının inandırıcı bulunmamasının çelişki oluşturacağı gerekçesiyle mahkemeler, tanıkların tüm anlatımlarına inanma eğilimindedirler.⁸⁵

Alman hukukunda tanık anlatımlarının çelişkiden uzak olması, başlı başına tanıkların veya tanık ifadelerinin inandırıcı bulunmasına gerekçe

⁸² Yarg. HGK, E. 2016/869, K. 2015/22-1444, 29.6.2020; Yarg. HGK, E. 2015/22-1050, E. 2016/869, 8.3.2017; Yarg. HGK, E. 2015/22-1444, K. 2016/869, 29.6.2016; Yarg. HGK, E. 2013/9-1449, K. 2015/856, 25.2.2015; Yarg. HGK, E. 2012/2, K. 2012/2, 12.09.2012; Yarg. HGK, E. 2011/96, K. 2010/2-751, 13.04.2011; 22. Yarg. HD., E. 2018/15729, K. 2018/28056, 24.12.2018; 22. Yarg. HD., E. 2017/18037, K. 2018/26049, 3.12.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi. “Senette ismi geçen tanık Muzaffer de davacıardan Hacer’in kocasıdır, davada yararı vardır. Sözlerine de değer verilemez.” 2. Yarg. HD., E. 2002/7165, K. 2002/7795, 10.6.2002, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁸³ 2. Yarg. HD., E. 2015/7085, K. 2015/21890, 19.11.2015; Ankara BAM 8. HD., E. 2018/2466, K. 2019/1309, 9.5.2019, (Lexpera İçtihat Bilgi Sistemi).

⁸⁴ Yarg. HGK, E. 2015/22-3294, K. 2019/400, 4.4.2019; Yarg. HGK, E. 1997/2-558, K. 1997/791, 8.10.1997; 16. Yarg. HD., E. 2016/14883, K. 2019/7891, 29.11.2019; 3. Yarg. HD., E. 2016/22769, K. 2018/13093, 20.12.2018; 16. Yarg. HD., E. 2016/1755, K. 2018/5694, 11.10.2018; 16. Yarg. HD., E. 2016/5438, K. 2018/2334, 3.4.2018; 16. Yarg. HD., E. 2015/4184, K. 2016/2558, 14.3.2016; 9. Yarg. HD., E. 2014/25508, K. 2015/36388, 22.12.2015; 22. Yarg. HD., E. 2013/8187, K. 2014/7710, 10.4.2014; 3. Yarg. HD., E. 2012/6814, K. 2012/12718, 21.5.2012, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁸⁵ Yarg. HGK, E. 2016/2302, K. 2019/800; Yarg. HGK, 27.6.2019, E. 2016/2303, K. 2019/801, 27.6.2019, (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

gösterilmektedir.⁸⁶ Hatta, çelişkiden uzak ifadede bulunan tanıkların davada menfaatinin olması halinde dahi, bu ifadeler sadece çelişkili olmaması sebebiyle inandırıcı bulunmuştur.⁸⁷

Alman ve Türk hukukundaki çelişkiden uzak tanık ifadelerine inanma eğilimleri, aslında tanıklığın inandırıcılığı konusunda zayıf bir emaredir. Nitekim, ifade psikolojisi (*Aussagepsychologie*) alanında kabul edilen inandırıcılık kriterleri arasında yer alan çelişkisizlik, güvenilir ve güçlü olmayan bir kriterdir.⁸⁸ Tanık beyanının çelişkiden uzak olmasına rağmen doğru olmaması mümkündür.⁸⁹ Buna karşılık, tanık beyanında tutarsız ve çelişkili hususlar veya ifadeler olmasına rağmen tanığın doğru söylemesi de olasıdır.⁹⁰

III. TECRÜBE KURALLARININ TANIK İFADELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ SÜRECİNE ETKİSİ

A. Tanık Delinin Değerlendirilmesinin Standartlaştırılması

Tanıkların değerlendirilmesi sürecinde dikkate alınan ve tanıkların güvenilirliğine ilişkin yukarıda belirtilen kuralların ortaya çıkma sebepleri, başka bir deyişle, bu kuralların varoluş amacı, çeşitlidir. Kuşkusuz en önemli sebebi, tanık delilinin diğer delillere nazaran en az güvenilir delil olması ve bunun sebebinin tam olarak bilinmemesidir. Ancak başlı başına bu husus, bu kapsamda bir ispat kuralının varlığının kabul edilmesine neden olamaz.⁹¹ Aslında asıl neden, hâkimlerin çoğunluğunun tanıklara güvenmeyi, onların güvenilirliğinden şüphe etmekten daha kolay ve pratik bulmasıdır, çünkü hâkimlerin çoğunluğu tanık psikolojisi ve bu kapsamda

⁸⁶ **LG Magdeburg**, BeckRS 2011, 04852; **OLG Düsseldorf**, BeckRS 2012, 08125; **LG Frakenenthal**, BeckRS 2010, 08727, **OLG Celle**, BeckRS 1997, 15653; **LG München**, BeckRS 1991, 07759; BGH, NJW 1999, 2972, **OLG Hamburg**, ZUM-RD 2007, 165.

⁸⁷ **LG München**, BeckRS 1991, 07759; **LSG Bayern**, BeckRS 2012, 71477.

⁸⁸ Rolf **Bender**/Armin **Nack**, Tatsachenfeststellung vor Gericht, München 1981, Rn. 290; **Bender** 1995, Rn. 299; Micheal **Nonn**, Die Beweiswürdigung im Zivilprozess, Basel und Frankfurt am Main, 1996, s. 131,132; **Schneider** 1994, Rn. 1100.

⁸⁹ **Nonn**, s. 131; **Schneider** 1994, Rn. 1100.

⁹⁰ Rolf **Bender**/Armin **Nack**, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre Vernehmungslehre, 3. Bası, München 1995, Rn. 299.

⁹¹ **Reinecke**, s. 631.

tespit edilen tanık delilinin zayıf yönleri konusunda bilgi sahibi değildir.⁹²

Alman Yüksek Mahkemesi, tanığın davada yararı olması veya taraflardan biri ile yakınlık ilişkisi içerisinde olmasının başlı başına tanığın inandırıcı bulunmamasına bir gerekçe oluşturmayacağını, aksi takdirde § 286/2 ZPO kapsamında kanuna aykırı şekilde belirtilen bir ispat kuralı yaratılacağını belirtmiştir.⁹³ Alman hukuku doktrininde *Reinecke*⁹⁴, nin belirttiği gibi hâkim, tanığı inandırıcı bulup bulmadığı hususundaki tüm gerekçelerini kararında belirtmek zorunda değildir. Ancak, tanık ve ifade psikolojisi konusunda yeterli bilgi sahibi olmayan bir hâkimin de tanığı inandırıcı bulup bulmadığı konusundaki kanaatini gerekçelendirmekte zorlanacağı açıktır. Bu hususta hâkimin başvurabileceği tek yol, var olan eski ispat kurallarını devam ettirmek olacaktır. 1862 yılında *J.M. Plancks Enstitüsü*'nün yayınladığı rapora göre kanuni delil sisteminin kaldırılmasının tek sonucu, ispat kurallarının hukuki niteliğinin değiştirilmesidir. Kaldırılan ispat kuralları, varlığını “altın tecrübe kuralları” (*goldene Erfahrungssätze*) olarak sürdürmektedir. Bu nedenle, aslında bu kuralların her bir somut olayda mutlaka ayrıca kontrol edilmesi gerekir.

İlgili raporda belirtilen eski ispat kuralları, kökeni Roma hukukuna dayanan tanıklara ilişkin ispat kurallarına dayanmaktadır. Roma hukukunda bir vakıanın ispatı için en az iki tanık ifadesinin gerekliliğini vurgulayan “iki tanık prensibi” (*Zwei Zeugen Grundsatz*) yanında tanıklara duyulan güvensizlik sebebiyle tanıkların sınıflandırılmasına dayanan ispat kuralları, dikkat çekicidir. Bu kurallara göre tanıklar dört sınıfa ayrılmaktadır⁹⁵: *testes habiles* (ifadeye uygun tanıklar), *testes classici* (klasik tanıklar), *testes suspecti* (şüpheli tanıklar) ve *testes inhabiles* (ehliyetsiz/ifadeye uygun olmayan tanıklar). Roma hukukunda, tanığın davada menfaati olması veya taraflardan biri ile akrabalık veya yakınlık ilişkisi içerisinde olması halinde, ifadesi şüphe ve dikkat ile değerlendirilmekteydi. Bu alışkanlığın halen devam ettirilmesi şaşırtıcı değildir. Örneğin, Yargıtay Hu-

⁹² **Schneider** 1994, Rn. 881.

⁹³ BGH, NJW 1988, 566; BGH, NJW 1955, 955, 956.

⁹⁴ **Reinecke**, s. 632.

⁹⁵ Christoph Christian von **Dabelow**, System des gesammten heutigen Civil-Rechts, C. 1, Halle 1796, s. 482; **Reinecke**, s. 635.

kuk Genel Kurulu 2010 yılında dahi iki tanık prensibini anımsatan şu kararı verebilmiştir: “sadece bir tanığın beyanının kural olarak hükme esas alınamayacağı da kuşkusuzdur.”⁹⁶

Gerçekten hâkim, bu kuralları dikkate alabilir mi? Ya da bu kuralları, delil değerlendirilmesi sürecinde dikkate almak zorunda mıdır? *Schneider*⁹⁷’e göre, kanuni delil teorisinin kesin bir varlığından söz edilemez, ancak kabul edilmelidir ki, eski ispat kuralları, hâkimin hayat tecrübesine dayanan kurallar olarak varlığını sürdürmektedir.⁹⁸ Yazar, bu kurallarının halen varlığının sürdürülmesinin delil değerlendirilmesi sürecinin standartlaştırdığını (*Typisierung der Beweiswürdigung*) düşünmektedir.⁹⁹

Delil değerlendirme sürecinin standartlaştırılması, delillerin özgürce değerlendirilmesi ilkesinin özüne ve § 286 ZPO ile HMK m. 198 hükümlerine açıkça aykırıdır. Ayrıca, bu kurallara dikkat edilerek tanık ifadelerinin değerlendirilmesi halinde, gerekçe yükümlülüğü de açıkça ihlal edilmiş olacaktır. Zira, özellikle Alman hukukunda hâkimin tanık ifadelerinin değerlendirilmesine ilişkin gerekçeleri, tecrübe kurallarının standart cümle kalıplarının ötesine geçememekte ve “boş ifadeler” (*Leerformeln*¹⁰⁰) olarak anılmaktadır. Bunun dışında, bu husus delil değerlendirilmesinin standartlaştırılması yoluyla sınırlandırılması, delillerin olabildiğince “objektif, eleştirel ve önyargıdan uzak” bir şekilde ve somut olaya özgü olarak değerlendirilmesinin de ihlal edilmesi sonucunu doğurur.¹⁰¹

Tarihsel süreç dikkate alındığında, bu kuralların varlığı tartışmasızdır. Bu kuralların, tecrübe kuralı olarak nitelendirilmesi de mümkündür. Önemli olan husus ise, bu kuralların zorunlu tecrübe kuralı mı, yoksa genel tecrübe kuralı mı olarak kabul edileceği hususudur. Zira zorunlu tecrübe kuralları, yukarıda belirtildiği gibi delillerin değerlendirilmesi ilkesini istatistiki verilere dayandığı için kesinlikle sınırlayacaktır. Başka bir anlatımla, hâkim tecrübe kurallarını da dikkate alarak değerlendirmesini

⁹⁶ Yarg. HGK, E. 2010/364, K. 2010/364, 7.7.2010, (Lexpera İçtihat Bilgi Sistemi).

⁹⁷ **Schneider** 1994, Rn. 158.

⁹⁸ **Schneider** 1994, Rn. 158.

⁹⁹ **Schneider** 1994, Rn. 152.

¹⁰⁰ **Reinecke**, s. 632; **Schneider** 1994, Rn. 704; **Bull**, s. 205.

¹⁰¹ **Schneider** 1994, Rn. 143 vd.; **Foerste**, s. 324; **Reinecke**, s. 634.

yapmalıdır. Tanıkların, çoğunlukla gerçeği söylediklerine dair bir istatistik bilgi veya araştırma bulunmamaktadır.¹⁰² Bu sebeple, bu kuralların zorunlu tecrübe kuralları olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

İfade psikolojisine göre de benzer bir sonuca varılabilir. İfade analizinde, tanığın taraflardan biri ile akraba ya da arkadaş olması veya dava konusunda tanığın davada yararı olması gibi unsurlar, “Motivasyon Analizi” (*Motivationsanalyse*) sürecinde dikkate alınmaktadır. Ancak, bu unsurlar başlı başına tanık ifadesinin inandırıcı bulunmaması için yeterli sebep teşkil etmez.¹⁰³ Alman hukukunda *Bürkle* tarafından yapılan çalışmada, mahkeme tarafından dinlenen 458 tanık ifadesinin %58’inde tanığın taraf ile yakınlık ilişkisi içerisinde bulunması hususu, tanığın inandırıcılığına ilişkin karar verme sürecinde önemli bir rol oynamıştır. Mahkeme gerekçelerinde ise, taraflarla herhangi bir yakınlık ilişkisi içerisinde olmayan tanıkların tarafsız oldukları gerekçesiyle doğruyu söylediği kabul edildiği dahi görülmektedir. Halbuki ifade psikolojisi kurallarına göre, bir tanığın taraflar ile olan yakınlığı anlamında bir tarafsızlığa sahip olması, bu tanığı diğer tanıklara göre daha inandırıcı yapmaz. Hatta, doktrinde herhangi bir tanığın tamamen tarafsız olamayacağı konusunda bir tereddüt kalmadığı söylenebilir.¹⁰⁴ Zira, ifade psikolojisinde motivasyon analizi, eskisi kadar belirleyici bir kriter olarak kabul edilmemektedir.¹⁰⁵ Tanığın yalan söylememekteki gerçek motivasyonunu ve amacını belirlemek zordur. İfade psikolojisinde tanığın sınırlı hatırlama yeteneği veya tanığın başka bir doğruyu desteklemek veya açığa çıkarmak sebebiyle yalan söyleyebildiği kanıtlanmıştır.¹⁰⁶ Algı yanılgıları da düşünüldüğünde ifade psikolojisine göre tanıkların doğruyu söylememe olasılığı, doğruyu söyleme olasılığına göre daha fazladır. “*Eksiksiz bir hatırlamanın kural değil,*

¹⁰² **Reinecke**, s. 635; **Reinecke** 1989, s. 579.

¹⁰³ **Bürkle**, s. 142; Andreas **Geipel**, Handbuch der Beweiswürdigung, 2. Bası, Münster 2013, s. 359; Merve **Uysal**, Der Zeugenbeweis und seine Grenzen im Rahmen der freien Beweiswürdigung, Ein Vergleich zwischen dem deutschen und türkischen Zivilprozessrecht, Hamburg 2021, s. 504 vd.

¹⁰⁴ **Rüßmann**, AK-ZPO, vor § 373 Rn. 43; **Bender/Nack** 1995, Rn. 228 vd.; **Bender/Nack** 1981, Rn. 177; **Bürkle**, s. 116, 145; **Geipel**, s. 601.

¹⁰⁵ **Bender/Nack** 1995, Rn. 219; **Bender/Nack** 1981, Rn. 175; **Bürkle**, s. 142; **Geipel**, s. 602.

¹⁰⁶ Friedrich **Arntzen**, Psychologie der Zeugenaussage, System der Glaubhaftigkeitsmerkmale, 5. Bası, München 2011, s. 120; **Bürkle**, s. 116.

ancak istisna olabileceği” algı psikolojisinin temel prensiplerinden biridir.¹⁰⁷

Sonuç olarak, özellikle toplumsal ve tarihsel süreç dikkate alındığında, bu kuralların genel veya basit tecrübe kuralı olarak nitelendirilebileceği ve hatta delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınacağı söylenebilir. Her bir (genel veya zorunlu) tecrübe kuralı, bir üst önermeye dayanmalıdır. Örneğin, tanığın taraf ile olan akrabalık ilişkisinden dolayı inandırıcı bulunamayacağına ilişkin kurala ilişkin üst önerme şu şekilde ifade edilebilir: “Tarafların akrabaları, doğruyu söylemez.” Halbuki, yukarıda belirttiğimiz açıklamalar ışığında şu üst önerme tercih edilmelidir: “Tarafların akrabası (veya arkadaşı, eşi vb.) genellikle taraf lehine yalan söyler.”

Bu kurallar, mahkemelerin mevcut uygulamasında mahkemeleri gerekçe yükümlülüğünden dahi muaf tutacak kadar sert uygulanmaktadır.¹⁰⁸ Tecrübe kurallarının sanki bir “zorunlu tecrübe kuralı” niteliğini dahi aşarak bu kadar sert bir şekilde uygulanması, hâkimler tarafından bir tür kanuni olmayan ispat kuralı yaratılması anlamına gelir ki bu husus Alman doktrininde *Walter* tarafından işaret edildiği gibi tarafların ispat hakkına açıkça aykırılık teşkil eder.¹⁰⁹ Ayrıca, bu hususun Alman hukukunda § 286/2 ZPO ve Türk hukukunda HMK m. 198 hükümlerini de ihlal edeceği hatırlatılmalıdır. Tanık ifadelerinin mümkün olabildiğince somut olaya özgü ve özgün bir şekilde yapılması zorunluluğu, başka bir ifadeyle tanık ifadelerinin “objektif, eleştirel ve önyargıdan uzak” bir şekilde değerlendirilmesi de bu koşullarda mümkün olamayacaktır.¹¹⁰

¹⁰⁷ Udo **Undeutsch**, *Handbuch der Psychologie, Forensische Psychologie*, Köln 1967, s. 30; Stephan **Barton**, *Fragwürdigkeit des Zeugenbeweises, Aussagepsychologische Erkenntnisse und strafverfahrensrechtliche Konsequenzen*, in: ders. (Ed.), *Redlich, aber falsch. Die Fragwürdigkeit des Zeugenbeweises*. Baden-Baden 1995, s. 24, 42; Armin **Nack**, *Wiedergabe und Protokollierung von Zeugenaussagen*, in: Barton, Stephan (Ed.), *Redlich, aber falsch. Die Fragwürdigkeit des Zeugenbeweises*. Baden-Baden 1995, s. 68. İfade psikolojisinin kanıtladığının aksine tamamen tarafsız bir tanık olabileceği varsayımında dahi, bu husus ispat hukuku anlamında problem teşkil edebilir. Bu hususta bkz.: Yarg. HGK, E. 2003/8-255, K. 2003/268, 2.4.2003, (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁰⁸ Bu husustaki detaylı açıklamalar için bkz. **Uysal**, s. 469 vd.

¹⁰⁹ Gerhard **Walter**, in: BGH, NJW 1988, 566; Ve ayrıca bkz. **Foerste**, s. 323.

¹¹⁰ **Schneider** 1994, Rn. 143 vd.; **Foerste**, s. 324; **Reinecke**, s. 634.

Alman doktrin ve içtihatlarında, tanık beyanlarının “mümkün olabileceği kadar özgün” (*so individuell wie möglich*) bir şekilde değerlendirilmesinin, ancak ilgili tanık beyanlarının delil değerlendirilmesinde diğer daha güvenilir deliller ve yardımcı vakıalar (emareler) ile kontrol edilmesi halinde mümkün olabileceği ifade edilmiştir.¹¹¹ İfade psikolojisi kuralları, hâkime tanık ifadelerinin değerlendirilmesinde yardımcı olabilir. Fakat, bu kurallar “özgün” bir değerlendirme için yeterli gelmeyebilir. Bazı tanıklar dinlenirken hâkim, tanık üzerinde ifade analizinde kullanabileceği bir izlenim elde edememiş olabilir. Bu halde hâkim, ilgili tanık ifadesini değerlendirerek hükme esas alıp alamayacağı hususunu açıklığa kavuşturmalıdır. Diğer deliller ve delil malzemeleri ile desteklenemeyen bir uyuşmazlıkta, tanığın ifadesi hâkimin kanaatini oluşturarak kararını vermesinde belirleyici rol oynar. Bu durumlarda, Alman ve Türk hâkimleri tecrübe kuralı veya kanuni karine adı altında tanık ifadelerini yetersiz gerekçelerle doğru bulma eğilimindedirler.

Bu kanuna aykırı uygulamanın yerine geçmek üzere Alman doktrininde sunulan farklı çözüm önerilerinin incelenmesi, bu önerilerin Türk hukukunda uygulanabileceği hususunun da değerlendirilmesine olanak verir.

B. Alman Doktrininde Sunulan Çözüm Önerileri

Alman doktrininde tanık ifadelerinin değerlendirilmesindeki zorluklara ilişkin olarak sunulan çözüm önerileri, dört başlık altında incelenebilir.

Öncelikle, *Einmahl*'ın trafik kazalarına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından önerdiği “esnek ispat ölçüsü” kavramından bahsetmek gerekir. Trafik kazalarına ilişkin davalarda tanıkların ifade psikolojisine göre algı hatası sebebiyle doğruyu ifade edemediği gözlemlenmiştir.¹¹² Bu sebeple hâkimin, kural ispat ölçüsünde bir kanaate varması mümkün olamamaktadır. İlk görünüş ispatı için ise, buna dayanak teşkil edebilecek, hâkimin “tam kanaati tek başına sağlamaya yeten tecrübe kuralları”¹¹³ bu tür davalarda genellikle uygulama alanı bulamamakta ve bu sebeple ilgili tanık ifadeleri, delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınmamaktadır. Türk hukukunda

¹¹¹ Reinecke, s. 634; Reinecke 1989, s. 579.

¹¹² Einmahl, s. 470, 472.

¹¹³ Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 622.

bu hususta Yargıtay kararlarına yansıyan bir içtihat oluşmamıştır. Benzer haller, diğer delillerin hâkimin kanaatini oluşturmadığı ve ilgili vakıayı ispat etmek isteyen tarafın “*tanık ve bilirkişi deliline dayanılmadığından ispat külfetini yerine getirmediğine*” ilişkin karar verdiği uyuşmazlıklarla sınırlı kalmaktadır.¹¹⁴

Einmahl, bu problemin çözümünü, hâkime somut her bir olayda uygulanacak ispat ölçüsünü belirleyebilmesine yönelik bir yetki verilmesinde bulmuştur.¹¹⁵ Yazar, aslında uygulamada da hâkimlerin ispat ölçüsünü düşürdüğünü, bunun da en büyük göstergelerinden birinin “*asıl olan tanıkların doğruyu söylemiş olduklarına*” ilişkin kurala dikkat edilmesi olduğunu belirtmektedir. Almanya’da yapılan bir araştırmada, on bir farklı hâkim tarafından dinlenen tanıkların neredeyse hepsine inanıldığı ve on bir hâkimden altısının somut olayda farklı ispat ölçüsü uyguladıkları ve kararlarda ispat ölçüsünün düşürülmesini gerekçelendirmedikleri görülmüştür.¹¹⁶

Alman doktrininde *Einmahl*’ın görüşüne karşılık, § 286 ZPO’nun lafzından “bir iddianın gerçek/doğru” olarak değerlendirilmesinden bahsedilmektedir.¹¹⁷ Bu sebeple, kanuni bir dayanak olmadan ispat ölçüsünün hâkim tarafından düşürülmesinin, hâkimin takdir hakkını açacağı açıktır. Delillerin serbestçe değerlendirilmesine ilişkin § 286 ZPO, ispat ölçüsünün sadece kanunda öngörülen belirli istisnai hallerle sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Benzer bir yaklaşım, Türk hukuku için de geçerli olabilir. Her ne kadar, HMK m. 198’de “gerçek” olarak nitelendirilmesi hususu

¹¹⁴ 3. Yarg. HD., E. 2020/326, K. 2020/1047, 9.9.2020; Ankara BAM 22. HD., E. 2017/45287, K. 2018/1954, 7.2.2018; 22. Yarg. HD., E. 2016/500, K. 2016/3380, 10.2.2016; 22. Yarg. HD., E. 2015/35612, K. 2016/1799, 25.1.2016; 19. Yarg. HD., E. 2015/9977, K. 2015/15157, 19.11.2015; 7. Yarg. HD., E. 2014/3839, K. 2014/19288, 22.10.2014; 7. Yarg. HD., E. 2014/2705, K. 2014/10935, 15.5.2014; 22. Yarg. HD., E. 2014/8539, K. 2014/10001, 25.4.2014, (Lexpera İchtihat Bilgi Sistemi). Yargıtay, hâkimin aydınlatma ödevi çerçevesinde uyuşmazlığı aydınlatmakla görevli olduğunu ve bu sebeple uyuşmazlığın çözülmesi gerekirken davanın reddedilmesini kanuna aykırı bulmaktadır, 9. Yarg. HD., E. 2014/32470, K. 2015/1839, 22.1.2015. Yargıtay’ın kararlarında bu hususu “hatalı ve eksik değerlendirme ile hükme varılması” olarak ifade ettiği de görülmektedir. 15. Yarg. HD., E. 2008/525, K. 2009/616, 06.02.2009, (Kazancı İchtihat Bilgi Sistemi).

¹¹⁵ *Einmahl*, s. 473 vd.

¹¹⁶ *Einmahl*, s. 474.

¹¹⁷ *Berger*, in: Stein/Jonas-ZPO-5, § 286 Rn. 10; *Greger*, in: Zöller-ZPO, § 286 Rn. 20; *Prütting*, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 34.

açıkça belirtilmemiş olsa da, kural ispat ölçüsünün düşürülmesinin ancak, kanunda izin verilen hallerde mümkün olabileceği konusunda şüphe yoktur.

İkinci öneri, *Reinecke* tarafından öne sürülmüştür. *Reinecke*'ye göre özellikle tanık ifadelerinin inandırıcı bulunmadığı hallerde hâkimin kararlarını gerekçeli verme yükümlülüğünün yumuşatılması gerekir. Zira Alman Yüksek Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin delil değerlendirilmesini ve gerekçelerini, dinlenen tanık ifadelerinin inandırıcı bulunmaması halinde çoğunlukla yeterli bulmamaktadır. *Reinecke*, önerdiği gerekçe yükümlülüğünün kapsamını ayrıntılı olarak açıklamamıştır. Bu hususta *Van den Hövel*, birden çok tanık ifadesinin değerlendirilmesine ilişkin olarak mahkeme kararlarında “*rağmen veya ama*” (*zwar-aber*) kalıplarının kullanılmasını önermektedir.¹¹⁸ Örneğin, hâkimler tanık ifadelerini çoğunlukla “Tanık A...” şeklinde tutanağa geçirmektedir. “Tanık B anlaşılabilir bir şekilde ifade etmiştir ki...” şeklinde kullanılarak, hangi ifadenin daha inandırıcı bulunduğu karşılaştırılmalıdır. Ancak bu ifadeler, ilgili davada sadece tek tanık dinlenilmesi halinde kullanılamayacaktır. Bu halde, en uygun çözüm, yine tecrübe kurallarına başvurmak olacaktır. Ancak sadece ilgili tecrübe kuralına atıf yaparak uygulanacak kuralın kararda tekrarlanması, gerekçe yükümlülüğünün yerine getirilmesi için yeterli olmaz. Her bir somut olay için hâkim, değerlendirmesini yaparak tecrübe kuralı ile tanık hakkındaki izlenimleri arasındaki bağlantıyı somut gerekçeler ile kararında açıklamalıdır. Bu açıklamayı yaparken ifade psikolojisinde “ifade davranışları” ve “ifadenin yapısı” kapsamındaki kriterler¹¹⁹, hâkime yardımcı olabilecektir.

*Foerste*¹²⁰ ise, standartlaştırılmış delil değerlendirilmesinin irrasyonel yönüne odaklanmıştır. Ayrıca, tanık ifadelerinin ifade psikolojisi kuralları çerçevesinde analizinin hâkime yardımcı olacağını, ancak analizin her zaman sonuç doğurmayabileceğini kabul etmiştir. Yazara göre, sadece hâkimin tanığın yalan beyanda bulunacağına yönelik şüphesi, hâkimin ilgili tanığın ifadelerini dikkate almaması için yeterlidir.¹²¹ Almanya’da kanuni

118 Markus van den Hövel, Richterliche Arbeitstechnik, einschließlich Beweisaufnahme und Beweiswürdigung, 5. Bası, München 2013, s. 103.

119 Bu kriterler ve ayrıntılı açıklamaları için bkz. Uysal, s. 474 vd.

120 Foerste, s. 325.

121 Foerste, s. 326.

delil sisteminin kaldırılması, hâkime kendiliğinden delilleri sezgisel (*intuitiv*) olarak değerlendirebilme yetkisi vermiştir. Kanun koyucu, delillerin değerlendirilmesini tamamen objektifleştirmek isteseydi, kanuni delil sisteminin kaldırılmamış olması gerekirdi. Bu sebebin dışında *Foerste*, hâkimin deliller ile ilgili olarak değerlendirmesini tamamen rasyonel olarak gerekçelendirmesinin teknik olarak mümkün olmadığını belirtmiştir. Rasyonel bir gerekçelendirme, zorunlu olarak çelişki içerecektir, çünkü irrasyonel olarak kabul edilen delil değerlendirilmesinin, gerekçesinin rasyonel olması beklenemez. Yazara göre¹²², tanık ifadelerinin tecrübe kuralları vasıtasıyla değerlendirilmesi ve tanığın inandırıcı bulunmaması durumunda bu değerlendirme, objektif olarak gerekçelendirilemez. Sezgisel değerlendirme ise, hâkimin tecrübe kurallarının önermesine aykırı bir karar verebilmesini dahi mümkün kılar.

Son olarak, Alman doktrininde uzun yıllardır tartışılan tanığın güvenilirliğine ilişkin bilirkişi raporu alınması hususuna değinilmelidir. Alman hukukunda belirli şartlarda tanığın güvenilirliği veya ifadelerinin inandırıcılığı ile ilgili bilirkişiye başvurulabilmektedir. Söz konusu bilirkişi raporunda, tanığın karakteri ve yalan beyanda bulunma ihtimali göz önünde tutulur.¹²³ Özellikle tanık beyanına ilişkin bilirkişi incelemesinde, tanıklık edilen olay hakkındaki ayrıntıların, incelenen tanık beyanı ile ilişkisi incelenir.¹²⁴ Tanık beyanı ile ilgili bilirkişiye, ancak somut beyanın “içerik, tutarlılık ve diğer olayla ilgili özellikler” çerçevesinde analiz edilebilmesi halinde başvurulabilir.¹²⁵

HMK’de tanığın veya tanık ifadesinin güvenilirliğine ilişkin psikolog bilirkişiye başvurulabileceğine dair açık bir hüküm bulunmamakla beraber ceza davalarında olduğu gibi, hukuk davalarında da bu hususta bilirkişiye başvurulabileceği kabul edilmelidir.¹²⁶ Ancak bilirkişi, hiçbir durumda tanığın veya tanık ifadesinin inandırıcı olduğuna ve hükme esas alınması gerektiğine karar veremez. Alman hukukunda tanığın güvenilirliğine ilişkin bilirkişiye başvurulmasına ilişkin olarak kıyasen § 244/4

¹²² **Foerste**, s. 325.

¹²³ **Berger**, in: Stein/Jonas-ZPO-5, vor § 373 Rn. 28.

¹²⁴ BGH, FPR 2003, 571, 572; BGH, NJW 1999, 2746, 2747.

¹²⁵ BGH, FRP 2003, 571, 572; BGH, NJW 1999, 2746; OLG Saarbrücken, BeckRS 2011, 20786.

¹²⁶ **Ertanhan**, s. 386.

StPO hükmünün uygulanması gerektiği ve “*hâkimin tanık ifadesinin değerlendirilmesinde yeterli derece özel bilgiye sahip olduğu gerekçesiyle bilirkişiye başvuramayacağı görüşü*” hakimdi.¹²⁷ Yeni içtihatlarda bu görüş terk edilmiş ve bu gerekçenin § 244/4 StPO düzenlemesinin uygulanması için yeterli olmayacağı belirtilmiştir.¹²⁸ Buna rağmen, Türk hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda da tanık ve tanık ifadelerine ilişkin olarak bilirkişiye çok nadir başvurulmaktadır; çünkü hâkimin bu hususta bilirkişiye başvurabilmesi, özellikle ölçülülük ilkesi ve Alman Anayasası (*Grundgesetz*:GG) m. 1 ve 2 gereği çok sıkı şartlara bağlanmıştır.¹²⁹ Öncelikle, bilirkişi incelemesi tanığın özel hayatının gizliliğinin ihlali sayılmamalıdır.¹³⁰ İkinci olarak, bilirkişi incelemesi neticesinde varılacak sonuca, başka bir şekilde veya başka delillerle ulaşılamamalıdır.¹³¹ Örneğin, davada var olan tek delilin, tanık beyanı olduğu varsayımında bu şartın gerçekleştiği varsayılabilir.¹³² Bu iki şart gerçekleştiğinde dahi bilirkişi, tanığa ilişkin incelemesini mutlaka duruşma sırasında tanığı inceleyerek gerçekleştirmelidir. Böyle bir gereksinim ancak hâkimin bu hususta yeterli izlenimi elde edemeyeceği haller için söz konusu olabilir.¹³³ Bilirkişi incelemesinin duruşma salonu dışında yapılabilmesi ancak tanığın izin

¹²⁷ **Huber**, in: Musielak ZPO, § 403 Rn. 3; Hans Joachim **Musielak**/ Max **Stadler**, Grundfragen des Beweisrechts, Beweisaufnahme - Beweiswürdigung - Beweislast, München 1984, s. 50; Muhammet **Kızıl**, Tanık İfadesi ve İnanırcılık, ABD 2014, s. 402.

¹²⁸ OLG Saarbrücken, BeckRS 2011, 20786; BGH, NJW 1999, 2746.

¹²⁹ **Berger**, in: Stein/Jonas-ZPO-5, vor § 373 Rn. 29 vd.; **Damrau**, in: MüKoZPO, § 395 Rn. 5.

¹³⁰ **Berger**, in: Stein/Jonas-ZPO-5, vor § 373 Rn.29; Andreas **Evers**, Begriff und Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Beweiswürdigung, Freiburg 1979, s. 104.

¹³¹ **Berger**, in: Stein/Jonas-ZPO-5, vor § 373 Rn. 30.

¹³² **Berger**, in: Stein/Jonas-ZPO-5, vor § 373 Rn. 30; **Kızıl**, s. 402.

¹³³ **Berger**, in: Stein/Jonas-ZPO-5, vor § 373 Rn. 29.

verdiği hallerde mümkündür; çünkü tanık, § 372a ZPO'da belirtilen haller¹³⁴ dışında psikolojik, psikiyatrik veya başka herhangi bir tıbbi inceleme katlanmak zorunda değildir.¹³⁵ Bilirkişiye başvurulabilmesinde diğer bir zorluk ise, somut durumda hâkimin bilirkişiyi belirli kişiler arasından kendisinin seçebilmesinde yatar. Hâkimin ve atanan bilirkişinin tarafsızlığına gölge düşürebileceğinden bu hallerde, hâkimin kendi tecrübeleden yararlanarak tanık ifadelerini değerlendirmesi gerektiği savunulmuştur.¹³⁶

C. Çözüm Önerilerine İlişkin Değerlendirme

Alman ve Türk hukukunda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin hâkime sınırsız bir özgürlük vermediği; hâkimin doğa, mantık ve tecrübe kuralları ile bağlı olduğu kabul edilmektedir. Ancak, çalışmamızda belirtilen tecrübe kurallarının aslında eski ispat kurallarının devamı niteliğinde algılandığı tespit edilmiştir. Mahkemeler, bu suretle tanık beyanlarının objektif, kapsamlı ve eleştirel açıdan değerlendirilmesi gerekliliğini yok saymaktadır. Halbuki, delillerin değerlendirilmesi ilkesini sınırlayan bir tecrübe kurallarına bu ölçüde bir ispat kuvveti verilebilmesi, ancak bilimsel temellere dayanan “zorunlu tecrübe kuralları” için geçerli olabilir. Mevcut bilimsel veriler kapsamında, Alman ve Türk mahkemeleince uygulanan bu tecrübe kurallarının ise bilimsel bir dayanağı olmadığı görülmüştür. Bu kurallar, kanaatimizce “tecrübe kuralı” olarak nitelendirilebilir. Ancak bilimsel bir dayanağı olmadığı için “zorunlu tecrübe kuralı” niteliğini kabul edebilmek mümkün değildir.

Tanık ifadelerinin değerlendirilmesinde hâkimlerin bu tecrübe kurallarına sıkı sıkıya bağlılığı, gerekçe yükümlülüklerini de tam olarak yerine getirmemelerine sebep olmaktadır. Tanık ifadelerine ilişkin gerekçeler, çoğunlukla boş kalıplardan (*Leerformeln*) oluşan ifadeler ve tecrübe kurallarının tekrarı ile sınırlı kalmakta ve böylece delil değerlendirilmesi süreçleri standartlaştırılmaktadır.

Bu problemin çözümü olarak Alman doktrininde sunulan çözüm önerilerinin ise Alman ve Türk hukukunda ihtiyacı tam olarak karşılayacak

¹³⁴ Bu düzenlemeye göre, soybağının tespit edilmesi gerekli ise, hem taraflar, hem de üçüncü kişiler soybağının tespiti amacıyla kan ve doku örneği vermeye rıza göstermek zorundadırlar.

¹³⁵ **Berger**, in: Stein/Jonas-ZPO-5, vor § 373 Rn. 31; **Damrau**, in: MüKoZPO, § 395 Rn. 5; **Musielak**, s. 50; **Evers**, s. 10.

¹³⁶ **Evers**, s. 105.

nitelikte olmadığı söylenebilir. *Einmahl*'ın ispat ölçüsünün kanuni bir dayanak olmadan özellikle trafik kazaları davalarında yalan tanıklık ihtimalinin yüksek olması sebebiyle hâkimin yetkisinde olacağına dair görüşünü kanımızca kabul etmek mümkün değildir. Zira, o zaman her bir dava türü açısından içtihatlar ile ayrı bir ispat ölçüsü belirlenmesi gerekir ki, Alman ve Türk ispat hukukunda geçerli olan ve ancak kanunun izin verdiği halde ispat ölçüsünün düşürülebilmesine ilişkin kural düşünüldüğünde bunun kabulü hukuken mümkün değildir. Psikolojik veya psikiyatrik bilirkişi incelemesi de çalışmamızda belirtilen zorluklar sebebiyle uygun ve pratik bir çözüm önerisi sunamayacaktır. *Reinecke*'in önermiş olduğu gerekçe yükümlülüğünün kapsamının belirli durumlarda daraltılmasının ise, yargılamanın mevcut durumu düşünüldüğünde, hâkimlerin kapsamlı ve yeterli gerekçe oluşturma konusundaki motivasyonunu düşüreceği açıktır. Ayrıca, mahkemelerce halihazırda kararların gerekçe kısmı çoğunlukla ihmal edilmektedir. Kanaatimizce hâkime gerekçe yükümlülüğünün kapsamının daraltılması konusunda bir yetki verilmesi, her bir dava türü ve somut benzer olaylar bakımından ayrı bir asgari gerekçe yükümlülüklerinin belirlenmesini zorunlu kılar.

Son olarak, *Foerste*'nin “sezgisel delil değerlendirmesi” (*intuitive Beweiswürdigung*) olarak adlandırdığı delil değerlendirmesi anlayışının, Alman ve Türk hukuk sistemlerine uygun olduğu kanaatindeyiz. Ancak *Foerste*'nin görüşünde ifade psikolojisi kurallarına yeterince rol vermediği görülmektedir. Kanuni delil sisteminin kaldırılmasının hâkime kendiliğinden delilleri sezgisel (*intuitiv*) olarak değerlendirebilme yetkisi verdiği açıktır. Ancak, bu yetki kanaatimizce istisnai olarak ve somut olaya göre tanınmalıdır. Kanuni delil sistemi kaldırıldıktan sonra modern hukuk anlayışında dahi delillerin serbestçe değerlendirilmesinin doğa, mantık ve tecrübe kuralları ile sınırlandırıldığı kabul edilmiştir. Yargılama erkinin bu kapsamda tanıklık ve ifade psikolojisi hakkındaki mevcut bilimsel kural ve imkânlardan yararlanması gerektiği savunulabilir. Tanık veya beyanı hakkındaki bilirkişi incelemesi koşullarının ağırlığı düşünüldüğünde, bilimsel olarak nitelendirilen tanıklık ve ifade psikolojisi kuralları, yardımcı vakıa olarak hâkime tanık ifadelerini kapsamlı ve kontrol edilebilir bir şekilde değerlendirilmesine olanak verir. Ancak, Alman doktrininde de eleştirildiği gibi, her bir ifade analizi kanaate varmak için hâkime yeterli bilgi vermeyebilir. Hatta ifade psikolojisi alanında eserleri bulunan

yazarlar dahi, sezgisel bir değerlendirmenin, delil değerlendirilmesi sürecinin vazgeçilmez bir unsuru olduğunu vurgulamıştır.¹³⁷

SONUÇ

İfade analizinin sonuç vermediği ve diğer bilimsel kuralların mevcut olduğu durumlar dışında hâkimin, tecrübe kurallarına dayanması mümkün ve gereklidir. Aksi takdirde, en sık ama aynı zamanda en az güvenilir olarak nitelendirilen tanık delilini değerlendirebilmesi için hâkime başka bir yol tanınmamış olur. Kuşkusuz, kanuni delil sisteminin geçerli olmadığı uyuşmazlıklarda, sezgisel bir değerlendirme de delil değerlendirilmesinin önemli ve temel unsurlarından biridir. Bu aşamada, hâkim uzun yıllardır vazgeçemediği tecrübe kurallarından da yararlanacaktır. Ancak, bu kuralların neredeyse Alman hukukunda § 286/2 ZPO bağlamında “kanuni ispat kuralları” (*gesetzliche Beweisregeln*) veya Türk hukukunda kanuni delil sisteminin geçerli olduğu belirli bir delille ispatlanması zorunluluğunu içeren hükümler olarak uygulanması hukuka ve mahkeme kararlarının gerekçeli olma zorunluluğuna (AİHS m. 6; AY. m. 36, 141/3, HMK m. 27/2 (c)) aykırılık teşkil eder. Bu kapsamda, Alman ve Türk hukukundaki delil sistemlerindeki farklılığın ve özellikle hâkimin vicdani kanaatine göre hüküm vereceğini düzenleyen anayasal hükmün (AY. m. 138), Türk hukukunda hâkimi gerekçe yükümlülüğünden muaf tuttuğunu söylemek mümkün değildir.¹³⁸ Tanık ifadesinin değerlendirilmesine ilişkin tüm tanık ifadelerinin analizinde geçerli olacak şekilde kesin kriterler koymak, bu kriterler, tecrübe kuralı olarak nitelendirilse dahi, mümkün değildir. Bu nedenle, çalışmamızda bahsedilen kuralların ve eski ispat kurallarına dayanan anlayışın terkedilerek, hâkimin tanık ifadelerinin yanında bilimsel kuralların ve tecrübe kurallarının da dahil olduğu yardımcı vakıaları birlikte ve somut olaya özgü olarak değerlendirmesi gerektiği kabul edilmelidir.

¹³⁷ Olof **Ekelöf**, Beweiswert, in: Stürner, Rolf/Grunsky, Wolfgang/Walter, Gerhard/Wolf, Manfred (Ed.), Festschrift für Fritz Baur. Tübingen 1981, s. 347; Hans-Udo **Bender**, Merkmalskombinationen in Aussagen, Theorie und Empirie zum Beweiswert beim Zusammentreffen von Glaubwürdigkeitskriterien, Tübingen 1987, s. 105. Delil değerlendirilmesi sürecinde tecrübe kurallarına da yer verilmesi gerektiğine dair bkz. Bernhard **Maassen**, Beweismaßprobleme im Schadenersatzprozeß, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Problem des Beweismaßes im deutschen und anglo-amerikanischen Prozeßrecht unter Berücksichtigung des Schadensersatzprozesses, Köln 1975, s. 6.

¹³⁸ Alman ve Türk hukukunda hâkimin gerekçe yükümlülüğü ile vicdani kanaat arasındaki ilişki hakkındaki görüşler için bkz. **Uysal**, s. 464 vd.

KAYNAKÇA

Arens, Peter/Lüke, Wolfgang. Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung, Europäisches Zivilverfahrensrecht. 10. Bası, München 2011.

Arntzen, Friedrich. Psychologie der Zeugenaussage. System der Glaubhaftigkeitsmerkmale, 5. Bası, München 2011.

Barton, Stephan. Fragwürdigkeit des Zeugenbeweises, Aussagepsychologische Erkenntnisse und strafverfahrensrechtliche Konsequenzen. in: ders. (Ed.), Redlich, aber falsch. Die Fragwürdigkeit des Zeugenbeweises. Baden-Baden 1995.

Başözen, Ahmet. Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı. Ankara 2010.

Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter. Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen. 76. Bası, 2011, (ZPO).

Belgesay, Mustafa Reşit. Hukuk ve Ceza Muhakemesinde Deliller. İstanbul 1940.

Bender, Rolf/Nack, Armin. Tatsachenfeststellung vor Gericht. München, 1981.

Bender, Rolf/Nack, Armin. Tatsachenfeststellung vor Gericht, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre Vernehmungslehre. 3. Bası, München 1995.

Bender, Hans-Udo. Merkmalskombinationen in Aussagen. Theorie und Empirie zum Beweiswert beim Zusammentreffen von Glaubwürdigkeitskriterien, Tübingen 1987.

Bender, Rolf/Schumacher, Rolf. Erfolgsbarrieren vor Gericht. Eine empirische Untersuchung zur Chancengleichheit im Zivilprozeß des Instituts für Rechtstatsachenforschung Stuttgart e.V., Tübingen 1980.

Berger, Christian/Bork, Reinhard (Ed.). Kommentar zur Zivilprozessordnung. C. 4, 22. Bası, Tübingen 2008, (Stein/Jonas-ZPO-4).

Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Ed.). Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5. 23. Bası, Tübingen 2015, (Stein/Jonas-ZPO-5).

Bergfeld, Christoph. Der Zeugenbeweis im deutschen Zivilprozessrecht von 1877-1933. in: Gouron, André/Mayali, Laurent/Schioppa, Antonio

Padao/Simon, Dieter (Ed.), *Subjektivierung des justiziellen Beweisverfahrens. Beiträge zum Zeugenbeweis in Europa und den USA (18-20-Jahrhundert)*. Frankfurt am Main 1994.

Bilge, Necip/Önen, Ergun. *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. 3. Bası, Ankara 1978.

Bruns, Rudolf. *Zivilprozessrecht*. München, 1979.

Bruns, Rudolf. *Beweiswert*. ZZZ (91), 1978, 64 vd.

Bull, Hans Joachim. *Von der Bequemlichkeit, einem Zeugen zu glauben*, DRiZ, 1972, s. 205 vd.

Bürkle, Jürgen. *Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts, Mit einer Analyse amtsrichterlicher Urteile in Zivilsachen zu richterlichen Theorien für die Glaubhaftigkeitsbeurteilung von Zeugenaussagen*. Tübingen 1984.

Dabelow, Christoph Christian von. *System des gesammten heutigen Civil-Rechts*, C. 1. Halle 1796.

Deppenkemper, Gunter. *Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis*, Osnabrück 2004.

Einmahl, Matthias. *Zeugenirrtum und Beweismaß im Zivilprozess, Eine Fallstudie am Beispiel des Verkehrsunfallprozesses*. NJW 2001, 469 vd.

Ekelöf, Olof. *Beweiswert*, in: Stürner, Rolf/Grunsky, Wolfgang/Walter, Gerhard/Wolf, Manfred (Ed.), *Festschrift für Fritz Baur*. Tübingen 1981.

Ertanhan, Mesut. *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*. Ankara 2005.

Evers, Andreas. *Begriff und Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Beweiswürdigung*. Freiburg 1979.

Fetzer, Rhona. *Beweiserhebung und Beweiswürdigung im Verkehrsunfallprozess*. MDR 2009, s. 602 vd.

Foerste, Ulrich. *Parteiische Zeugen im Zivilprozess*, NJW, 2001, s. 321 vd.

Geipel, Andreas. *Handbuch der Beweiswürdigung*. 2. Bası, Münster 2013.

Geimer, Reinhold/Heßler, Hans-Joachim (Ed.). *Zöller Zivilprozessordnung*. 30. Bası, Köln 2014, (Zöller –ZPO).

Grunsky, Wolfgang/Baur, Fritz. *Zivilprozessrecht*. 12. Bası, Köln 2005.

Hainmüller, Dietmar. Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadenersatzprozeß, Tübingen 1966.

Keser, Leyla. İlk Görünüş İspatı (prima facie Beweis). in: Dokuz Eylül Üniversitesi (Ed.), Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birselle Armağan. İzmir 2001.

Kızıl, Muhammet. Tanık İfadesi ve İnandırıcılık. ABD. S.2, 2014, s. 395 vd.

Kirchhoff, Guido. Der Verkehrsunfall im Zivilprozeß - Von der Schwierigkeit, Zeugen zu glauben, MDR 1999, s. 1473 vd.

Kirchhoff, Guido. Richter als Zeugen - Bericht über ein Wahrnehmungsexperiment, MDR 2001/12, s. 661 vd.

Kirchhoff, Guido. Zur Würdigung von Zeugenaussagen, MDR 2010/14, s. 791 vd.

Knippel, Siegmund. Zeugenbeweis ist schlechter Beweis, MDR, 1980/2, s. 112 vd.

Konzen, Horst. Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken, Eberhard/Becker-Eberhard, Ekkehard/Gerhardt, Walter (Ed.), Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag. Bielefeld 1997.

Krüger, Wolfgang/**Rauscher**, Thomas (Ed.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Cilt 2, 5. Bası, München 2016, (MüKoZPO).

Maassen, Bernhard M.. Beweismaßprobleme im Schadenersatzprozeß, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Problem des Beweismaßes im deutschen und anglo-amerikanischen Prozeßrecht unter Berücksichtigung des Schadenersatzprozesses, Köln 1975.

Meriç, Nedim. “Türk ve Alman Hukukunda Tanık İfadesinin Değerlendirilmesi”. Legal MİHDER, 2005, s. 89 vd.

Meyke, Rolf. Die Funktion der Zeugenaussage im Zivilprozess. NJW 1989, s. 2032 vd.

Musielak, Hans Joachim/**Stadler**, Max. Grundfragen des Beweisrechts, Beweisaufnahme - Beweiswürdigung - Beweislast, München 1984.

Musielak, Hans-Joachim/**Voit**, Wolfgang (Ed.). Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. 14. Bası, München 2017, (Musielak ZPO).

Nonn, Micheal. Die Beweiswürdigung im Zivilprozess, Basel und Frankfurt am Main, 1996.

Pekcantez, Hakan/**Özekes**, Muhammet vd.. Medeni Usul Hukuku. Cilt 2, 15. Bası, İstanbul 2017, (“Pekcantez-Usul“).

Reinecke, Gerhard. Der Krise der freien Beweiswürdigung im Zivilprozeß oder über die Schwierigkeit, einem Zeugen nicht zu glauben, MDR 1986/8, s. 630 vd.

Reinecke, Gerhard. Ende der Beifahrerrechtsprechung?, MDR 1989/2, s.114 vd.

Reinecke, Gerhard., Beweisfragen im Kündigungsschutzprozeß, NZA 1989, s. 577 vd.

Rußmann, Helmut. Physiologische und psychologische Streiflichter zum Zeugenbeweis, in: Broda, Christian/Deutsch, Erwin/Schreiber, Hans Ludwig/Vogel, Hans Jochen (Ed.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag. Luchterhand 1987.

Rußmann, Helmut. Allgemeine Beweislehre und Denkgesetze. Recht und Politik 1982, s. 62 vd.

Rußmann, Helmut. Beweisrecht der ZPO, Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung. 1987, <https://ruessmann.jura.uni-saarland.de/rw20/akzpo/beweis.htm> , E.T. 20.03.2022, (AK-ZPO).

Schlüchter, Ellen. Wahrunterstellung und Aufklärungspflicht bei Glaubwürdigkeitsfeststellungen. Heidelberg 1992.

Schneider, Egon. Beweisrechtverstöße in der Praxis, MDR 1998, s. 997 vd.

Schneider, Egon. Beweis und Beweiswürdigung, Unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses, 5. Bası, München 1994.

Schneider, Egon. Erfahrungssätze und Beweisregeln, MDR 2001, s. 246 vd.

Schweizer, Mark. Beweiswürdigung und Beweismaß, Rationalität und Intuition, Tübingen 2015.

Schneider, Egon. Die Ablehnung von Beweisanträgen im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, ZZP (75) 1962, s. 173 vd.

Sivrihisarlı, Ömer. Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı. İstanbul 1978.

Stein, Friedrich. Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, Leipzig 1893.

Umar, Bilge. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014.

Undeutsch, Udo. Handbuch der Psychologie. Forensische Psychologie, Köln 1967.

Üstündağ, Saim. Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Bası, İstanbul 2000.

Uysal, Merve. Der Zeugenbeweis und seine Grenzen im Rahmen der freien Beweiswürdigung, Ein Vergleich zwischen dem deutschen und türkischen Zivilprozessrecht, Hamburg 2021.

van den Hövel, Markus. Richterliche Arbeitstechnik, einschließlich Beweisaufnahme und Beweiswürdigung. 5. Bası, München 2013.

Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A. (Ed.). Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Band 3, 4. Bası, Mörlenbach 2013, (Wieczorek/Schütze-ZPO).

Yıldırım, Mehmet Kamil. Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi. İstanbul 1990.



İstinaf Yeni Bir Temyiz Mahkemesi Midir?

Is the Appeal Court a New Supreme Court?

Mine ERCEVAHİR*

ÖZ

Uzun tartışmalar sonucunda Türk hukukuna dahil edilen istinaf kanun yoluna karşı günümüzde yöneltilen en büyük eleştiri istinafın bir temyiz merciine dönüştüğü eleştirisidir. Bu eleştirinin sebebi, ilk derece mahkemesinden çıkan bir kararın bir üst derece mahkeme tarafından yeniden denetimi ihtiyacına dayandırılan istinafın, zamanla, kanun koyucunun da iradesini farklı şekillerde ortaya koymasına nedeniyle, sadece bir hukukîlik denetimi aracına dönüşmesidir. İstinafın yeni bir temyiz mahkemesine dönüşüp dönüşmediği sorusu ise ancak istinafa duyulan ihtiyaç ve istinafın bu ihtiyaca ne şekilde ve ne ölçüde karşılık verdiği incelendikten sonra cevaplanabilir. Bu amaçla incelemeler; istinafın Türk hukukuna dahil edilmiş amaçları, istinaf mahkemelerinin faaliyete geçiş süreci, istinafın uygulamadaki yeri çerçevesinde yapılmaktadır. Fakat istinaf kanun yolunun işlerliği incelenirken kanun koyucunun, istinaf kanun yolunun sisteme entegrasyonuna yönelik müdahalelerini göz ardı etmemek gerekir.

* Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.

E-posta: mine.ercevahir@gmail.com. ORCID: 0000-0002-0706-3608.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 11.12.2021 / **Kabul/Accepted:** 11.06.2022.

Atıf/Cite as: Mine Ercevahir, “İstinaf Yeni Bir Temyiz Mahkemesi Midir?”, EBYÜ-HFD, C. 26, S. 1, Haziran 2022, (367-412).

Anahtar Kelimeler: istinaf, kanun yolları, Yargıtay, kanun değişikliği, hukukî denetim.

ABSTRACT

The biggest criticism leveled against the appeal law, which was included in Turkish law as a result of long discussions, is the criticism that the appeal has turned into an Supreme Court authority. The reason for this criticism is that the appeal, which is based on the need for re-examination of a decision by a higher court, turns into a tool of legality control over time, as the legislator also expresses her will in different ways. The question of whether the appeal has turned into a new Supreme Court can only be answered after examining the need for the appeal and how and to what extent the appeal responds to that need. For this purpose, reviews; The purposes of inclusion of the appeal in Turkish law are made within the framework of the operational process of the courts of appeal and the place of the appeal in practice. However, when examining the functionality of the appeal remedy, the interventions of the legislator for the integration of the appeal legal remedy into the system should not be ignored.

Keywords: appeal, legal remedies, Supreme Court, law amendment, legal audit.

GİRİŞ

Türk hukuk sisteminde istinaf kanun yolu, geçmişten günümüze uygulanışı veya uygulanmayışı ile pek çok tartışmaya neden olmuş, nihayetinde 2016 yılında Türk hukukunda fiilen tekrar uygulanmaya başlanmış ve bu süreçte pek çok eleştiriyi de beraberinde getirmiştir.

Çalışmamızda istinaf kanun yolunun geçmişi, amacı, karşılaştırmalı hukuktaki yeri ve özellikle temyiz kanun yolu çerçevesinde dereceli ve aşamalı yargılanmaya etkileri ve sonuçları incelenecek olup yeni istinaf sisteminin uygulamada ne şekilde karşılık bulduğu değerlendirilecektir. Bu içerik çerçevesinde çalışmamızda, uygulamada çokça dile getirilen istinafın aslında yeni bir temyiz mahkemesi olduğu, işleyişe ayrıca bir katkısının bulunmadığı, aksine işleyişi yavaşlattığı ve dosya yükünü daha da artırdığı, getiriliş amacı ve kanunî düzenlemelerin aksine pek çok kararında temyiz gibi hareket ederek çokça sorun yarattığına yönelik eleştirilerin yerinde olup olmadığı incelenecek ve istinafın gerek teoride gerek uygulamada yeni bir temyiz mahkemesi olup olmadığı ya da bu işleve soyunup soyunmadığı sorusuna da cevap aranacaktır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde istinafin kanun yolu çerçevesinde değerlendirilmesi; geçmişten günümüze ne şekilde konumlandığı, karşılaştırmalı hukukta yeri, istinaf hakkında görüşler ve istinafin temyiz kanun yolundan farkları çerçevesinde yapılmaya çalışılmıştır. İstinafin yeni bir temyiz mahkemesi olup olmadığı veya uygulamada böyle bir eğilimin var olup olmadığı tartışması da bu bölümden itibaren çalışmaya dahil edilmiştir. İkinci bölümde; istinafin uygulamada ne şekilde karşılık bulduğu, istinaf modelleri ve istinaf mahkemesince verilen kararlar bakımından istinafin amaca uygunluğu değerlendirilmiştir. Üçüncü ve son bölümde ise istinaf mahkemelerince ve Yargıtayca verilen kararlar çerçevesinde; 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin, istinafin asıl işlevini ihlal eden ve istinafi temyize yaklaştıran bir düzenleme olup olmadığı ortaya konmaya çalışılmıştır.

I. KANUN YOLU OLARAK İSTİNAF VE İSTİNAFIN TEMYİZE ETKİLERİ

A. Kanun Yolu Kavramı

Yargılama faaliyeti, her ne kadar bir hakkın yerine getirilmesini amaçlasa da yargılama sonucunda verilen kararlar her zaman doğru ve hukuka uygun olmayabilir. Bu sebeple taraflara veya üçüncü kişilere bu haksız ve/veya hukuka aykırı kararın sonuçlarından koruma ve ortaya çıkan bu risklere karşı bir teminat olarak yeni bir inceleme sürecinin sağlanması zorunluluğu doğmuştur¹.

Kanun yolu, mahkemelerce verilen kararın yanlış veya eksik olduğunu iddia eden davanın taraflarına, kararın tekrar incelenmesini ve/veya değiştirilmesini isteme hakkı tanıyan bir hukukî yoldur². Kanun yolu ile mahkemeler tarafından verilen hüküm, kesinleşmeden önce bir üst mahkeme tarafından da incelenerek taraflara usûlî bir imkân sağlanmış olur.

1 Fulya **Teomete Yalabık**, "İstinafsız Bir Temyiz, Temyiz Midir?", Legal Hukuk Dergisi, C. XVI, S. 19, 2011, s. 56; Hakan **Pekcantez ve diğerleri**, Pekcantez Usûl-Medenî Usûl Hukuku 3. Cilt, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2150; Tolga **Akkaya**, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 27.

2 Ali Cem **Budak**/Varol **Karaaslan**, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Adalet Kitabevi, Ankara 2020, s. 367; Baki **Kuru**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 468; Baki **Kuru**, Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt-2, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.

Türk hukuk sisteminde taraflara, verilen kararın incelenmesini isteme hakkı tanıyan birkaç yol vardır. Mahkemelerin verdiği farklı kararlar açısından, tarafların bu kararlara karşı koymasını sağlayan her imkân, kanun yolu sayılmaz³. Örneğin itiraz, belirli kararlar açısından, verilen mahkeme kararına karşı başvurulacak bir diğer yoldur fakat kanun yolu olarak kabul edilmez. Yine medeni usul hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nin 341. maddesinin 1-a bendi uyarınca kanun yolları, nihai kararlar bakımından kabul edilmiştir ve mahkemelerin nihai olmayan (ara) kararlarına karşı başvurulacak genel bir kanun yolu da düzenlenmemiştir⁴. Tüm bunlara ek olarak, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talepleri hakkında yüze karşı verilen kabul kararları da istinaf dışında tutulmuştur (HMK m. 341).

Mahkemelerin verdiği kararların hukukuna uygunluğunun denetlenmesi de kanun yollarının amaçlarındandır. Dolayısıyla usûl hukukunun amacıyla kanun yolu kurumunun getirilmesinin amacı birbirini tamamlar niteliktedir⁵.

Kanun yollarının bir diğer amacı da yanlış olduğu iddia edilen kararların gerektiğinde bozularak veya düzeltilerek, hukuk kurallarının uygulanmasında kararlar arasındaki çelişki ve aykırılıkların kaldırılması ile hukukun uygulanmasında birliğin sağlanması ve bu şekilde hukukun yeknesaklaştırılmasıdır⁶. Bu durum, hukuk sistemine güveni de sağlar niteliktedir.

1323; H. Yavuz **Alangoya**/M. Kâmil **Yıldırım**/Nevhis **Deren Yıldırım**, Medenî Usul Hukuku Esasları, 6. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 2006, s. 479; İsmail **Ercan**, Uygulamacılar İçin Medeni Usul El Kitabı, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 937; Murat **Atal**/İbrahim **Ermenek**, Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Ankara 2021, s. 317; Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**/Sema **Taşpınar Ayyavaz**, Medenî Usul Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 582.

³ Muhammet **Özekes**, Sorularla Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), 1. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s. 5.

⁴ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz**, s. 582; Derya Ece **Katayıfçı**, Yargı Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda İstinaf, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 22.

⁵ E. Gökçe **Karabel**, “Bölge Adliye Mahkemesi'nin Temyize Tabi Kararları”, Legal Hukuk Dergisi, C. XVI, S. 190, 2018, s. 4619.

⁶ **Akkaya**, s. 27; **Atal/Ermenek**, s. 318; Hakan **Pekcanitez/Oğuz Atalay**/Muhammet **Özekes**, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul

Açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere kanun yolu, hem yargı önüne gelen kişilere daha güvenceli bir yargılama imkânı sunmayı hem de genel anlamda yargı mekanizmasının daha iyi çalışmasını hedefler, böylece adalet mekanizması içinde kanun yolu bireysel ve kamusal yönden de önemli bir ihtiyacı karşılamış olur⁷.

B. Kanun Yolu Sınıflandırmasında İstinaf ve Temyizin Yeri

Kanun yolları genel olarak, olağan ve olağanüstü kanun yolu olmak üzere ikili bir ayrıma tâbidir⁸. Bu anlayışın temelinde kanun yolunun iki etkisinden biri olan erteleyici etki bulunur. Kanun yolunun erteleyici etkisi; hükmün şekli anlamda kesinleşmesini ertelemek, durdurmak anlamına gelirken; aktarıcı etki ise denetimi ve karar verme yetkisini bir üst mercie aktarmak anlamına gelir⁹.

Olağan kanun yolları, nihaî kararların kesinleşmesine engel olan kanun yolu şeklinde ifade edilebilir¹⁰. Bir diğer ifadeyle henüz kesinleşmemiş kararlara karşı olağan kanun yoluna başvurulur¹¹. Bu sebeple olağan kanun yollarında hem erteleyici hem de aktarıcı etkinin mevcut olduğu rahatlıkla söylenebilir. Zira kanun yolları kural olarak kesinleşmemiş mahkeme kararlarının bir üst merci tarafından yeniden değerlendirilmesi amacını taşır. Bunun aksine istisnaî olarak, kesinleşmiş hükümlere karşı

2021, s. 475; **Kuru**, s. 1323; **Pekcanitez ve diğerleri**, s. 2151; AYM, E. 1970/31, K. 1971/21, 18.02.1971, <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 02.04.2022.

7 **Akkaya**, s. 94; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 479; **Özekes**, s. 2.

8 **Akkaya**, s. 57; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 584; **Haşmet Sırrı Akşener**, “İstinaf Olağan Kanun Yolu ve 5235 Sayılı Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkilerini Düzenleyen Kanun Üzerine Bir İnceleme”, *Legal Hukuk Dergisi*, S. 26, 2005, s. 611; **Hâluk Konuralp**, “Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 1, 2001, s. 28; **Ercan**, s. 937; **Kuru**, s. 468; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 476.

9 **Akkaya**, s. 57; **Atalı/Ermenek**, s. 319; **Budak/Karaaslan**, s. 368; **Ercan**, s. 938; **Pekcanitez ve diğerleri**, s. 2160.

10 **Ahmet Cemal Ruhi**, *Adli Yargıda İstinaf ve Temyiz*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 3; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 584; **Ercan**, s. 929; **Kuru**, *Cilt-2*, s. 1324.

11 **Kuru**, s. 468; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 476.

başvurulan yol, olağanüstü (fevkalade) kanun yolu olarak tanımlanmaktadır¹².

Türk hukukunda istinaf ve temyiz kanun yolu, kanun yollarının olağan olup olmamasına göre yapılan bu ayırım çerçevesinde, olağan kanun yolu olarak kabul edilmektedir. Zira bir hükmün, istinaf veya temyiz yargılamasına konu edilebilmesi için erteleyici etkinin gerçekleşmiş olması yani verilen kararın kesinleşmemiş olması gerekmektedir. İstinaf ve temyiz kanun yollarının yanı sıra bölge adliye mahkemelerinin (BAM) faaliyete geçtikleri döneme dek uygulanan karar düzeltme kanun yolu da bu kapsamda değerlendirilmektedir¹³. Türk hukukunda olağanüstü kanun yolları da yargılamanın iadesi ve kanun yararına temyizdir.

C. Yargılamanın Aşamalarında İstinaf ve Temyizin Yeri

Türk hukukunda iki dereceli ve üç aşamalı bir yargı sistemi kabul edilmiştir. İki dereceden anlaşılması gereken, ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri iken; üç aşamadan anlaşılması gereken ilk derece yargılaması, istinaf yargılaması ve temyiz yargılamasıdır. Böyle bir ayırım yapılmasının nedeni, bölge adliye mahkemelerinin ilk derece mahkemeleri gibi inceleme yapması, Yargıtay'ın ise sadece hukukî denetim merci olması ve ilk derece mahkemesinin yerine geçerek tekrar hüküm tesis etmemesidir.

Anayasa'nın (AY) 9. maddesi gereği, “*Yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*”. Bu bağlamda; her ne kadar mahkemeler arası bir altlık-üstlük, bir hiyerarşi olamayacağı, bir mahkemenin vereceği kararı bir başka merciin yeniden değerlendiremeyeceği kabul edilse de bu durum, denetimin sağlanması amacıyla, mahkemeler arası derece sistemi getirilerek aşılmıştır.

12 **Akkaya**, s. 94; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 585; **Atalı/Ermenek**, s. 323; **Ercan**, s. 929; **Katayıfçı**, s. 24.

13 **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 585; **Kuru**, Cilt 2, s. 1325; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 478; “*Medeni usul hukukunda kanun yolları, 5235 sayılı kanunun HUMK. 'nun değiştirilen 5236 yasayla birlikte mahkeme kararlarına karşı başvurulabilecek ilk kanun yolu olarak istinaf kanun yolu düzenlenmiştir. Bu çerçevede karar düzeltme yolu kaldırılarak temyiz müessesesi de yeniden düzenlenmiştir.*” bkz. **Ruhi**, s. 4.

Ç. İstinaf Kavramı

İstinaf, kelime anlamı itibariyle “*yeniden başlamak*”, “*bir işi başından yeniden görmek*” şeklinde karşılık bulan bir kavramdır¹⁴. Etimolojik açıdan bakıldığında ise Arapçada “*ön veya uç*” anlamına gelen “*enf*” kökünden türetilmiştir¹⁵.

Hukukî anlamda ise istinaf, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı gidilebilecek bir kanun yoludur¹⁶. Klasik anlamda istinafin tanımına bakıldığında uyuşmazlığın ilk derece mahkemesi tarafından yapılan yargılamadan tamamen farklı, bağımsız bir biçimde herhangi bir sınırlama olmaksızın, yeni delil ve vakıaların incelendiği bir istinaf sistemi tanımı göze çarpmaktadır¹⁷. Bu tanım, usûl hukukundaki geniş anlamda istinaf sistemiyle örtüşür.

Geniş (tam) anlamda istinafta bir denetim yargılaması yapılmamakta; uyuşmazlık yeni iddia, delil ve vakıalarla yeniden görülmektedir ve bu şekilde aslında ilk derece mahkemesinde tamamlanmış yargılama tekrar husele getirilmiş, yargılama tümüyle tekrar edilmiş olmaktadır¹⁸. Dolayı-

14 Abdürrahim **Karşlı**, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Bası, Alternatif Düşünce Yayınevi, İstanbul 2014, s. 706; Adem **Albayrak**, İstinaf, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2016, s. 39; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz**, s. 589; **Katayıfçı**, s. 43; İbrahim **Ermenek**, “İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı”, www.izmirbarosu.org.tr, s. 2, E.T. 08.12.2021; Melis **Taşpolat Tuğsavul**, “İstinaf İncelemesi Sonucu Verilebilecek Kararlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 134, 2018, s. 314; Özgür **Memişoğlu**, “Hukuk Yargılamasında İstinafa Başvuru Usulü ve İstinafa Yeni Vaka ve Delillere Dayanılması”, Legal Hukuk Dergisi, C. X, S. 113, 2012, s. 74; Çağatay Serdar **Şahin**, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca İstinaf Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. XXI, Özel Sayı, 2019, s. 2666; **Teomete Yalabık**, s. 50; Ayrıca bkz. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr>, E.T. 02.04.2022.

15 **Taşpolat Tuğsavul**, s. 314; **Teomete Yalabık**, s. 50.

16 **Akkaya**, s. 62; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 480; **Atalı/Ermenek**, s. 324; **Budak/Karaaslan**, s. 373; **Ercan**, s. 943; **Kuru**, Cilt 2, s. 1335; **Pekcanitez ve diğerleri**, s. 2201.

17 **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz**, s. 589; **Albayrak**, s. 39; **Ermenek**, s. 2; **Katayıfçı**, s. 44.

18 **Atalı/Ermenek**, s. 319; **Karşlı**, s. 706; **Şahin**, s. 2666.

ıyla geniş anlamda istinaf sistemi, ilk derece mahkemesinde görülen davanın devamı olduğu yönünde eleştirilerin hedefi olmuş ve taraflara sağladığı kolaylık ve serbesti açısından da işlemez hâle gelmiştir¹⁹.

Bölge adliye mahkemesinin; yeniden yargılama yapacak dahi olsa tespitlerini, ilk derece mahkemesinin tespitlerine göre sınırladığı istinaf sistemi ise dar anlamda istinaf veya sınırlı istinaf olarak tanımlanmaktadır. Dar anlamda istinaf sisteminde bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin vakta tespitleri ve ilk derece yargılamasında toplanan dava malzemesi ile bağlı olup taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleriyle sınırlı bir inceleme yapmaktadır²⁰. Türk hukuk sisteminde de kanun koyucu, tercihini dar anlamda istinaf sisteminden yana kullanmıştır²¹.

D. Türk Hukuk Sisteminde İstinafın Tarihî Gelişimi

Türk hukuk sisteminde istinaf yargılamasına yer verilip verilmeyeceği tartışmasını açıklığa kavuşturabilmek için öncelikle istinaf mahkemelerinin²² ülkemizdeki tarihî sürecine bakılmalıdır. Bu çerçevede; 1879 yılında yürürlüğe giren Usûl-i Muhakeme-i Hukukîye Kanun-ı Muvakkatî'nin (Mehakimi Nizamiye Teşkilatı Kanunu Muvakkatî) başlangıcından, 1924 yılında 469 sayılı Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanun'un²³ kabul edilmesine kadarki süreçte ülkemizde tek hâkimli bidayet (ilk derece/asliye) mahkemesi ve beş kişiden

¹⁹ **Akkaya**, s. 101; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 589; **Ermenek**, s. 2.

²⁰ Her ne kadar dar istinaf sisteminde sınırlı bir incelemeden bahsedilse de HMK m. 355'te bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine aykırılık gördüğü durumlarda re'sen araştırma ilkesinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin sınırlı istinaf sisteminin getiriliş amacına aykırı olduğu görüşü için bkz. **Ermenek**, s. 13; **Şahin**, s. 2666.

²¹ **Akkaya**, s. 102; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 589; **Albayrak**, s. 40.

²² İstinaf/temyiz, kanun yollarının adıdır. Ülkemizde istinaf mahkemesi veya temyiz mahkemesi adı altında kurulan bir kurum bulunmamaktadır. Bu sebeple "*istinaf mahkemesi/temyiz mahkemesi*" kullanımlarının bir galat-ı meşhur olduğu kanaatindeyim. Bununla birlikte istinaf kanun yollarına ilişkin hakkındaki çalışmaların çoğunda söz konusu merciler, "*istinaf mahkemesi/temyiz mahkemesi*" şeklinde yer almaktadır. Dolayısıyla çalışmamızda, bir bütünlük olması amacıyla da istinaf yargılamasını gerçekleştiren merci "*istinaf mahkemesi/mahkemeleri*" temyiz yargılamasını gerçekleştiren merci de "*temyiz mahkemesi/mahkemeleri*" şeklinde ifade edilecektir.

²³ İlgili kanun için bkz. www.hukuki.net, E.T. 02.04.2022.

oluşan istinaf heyeti ile temyiz mahkemesi bulunduğu görülmektedir. Bu bakımdan istinaf, aslında Türk hukuk sistemine yeni girmiş bir kurum değildir.

İstinafin uygulandığı dönemde, Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkati'nin 196. maddesindeki düzenleme²⁴ çerçevesinde ise, geniş istinaf sisteminin davaların uzamasına neden olduğu görülür. Bu sebeple kanun metnine bu sistemi dar istinaf sistemine yaklaştıran 1911 tarihli bir ek (Zeyl²⁵) kanun koyulmuştur. İstinaf mahkemelerinin kanunda belirlenen hâllerde; dosyayı karara bağlamak yerine ilk derece mahkemesinin kararını kaldırdıktan sonra dosyayı yeniden hüküm tesisi için ilk derece mahkemesine göndermek (1879 tarihli Kanun'un 196. maddesi) konusunda geniş yetkilerinin olması, 1911 Zeyli'nin getirilmesindeki temel nedendir. Türk hukukunda istinaf yargılamasında; 1879 tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkati ile kanuna 1911 yılında eklenen Zeyil arasında geçen süreçte ise geniş istinaf modeli benimsenmiştir²⁶.

Dar istinafin kabul edildiği hukuk sistemlerinde; istinaf yargılamasını yapan merciin önüne gelen kararın kaldırılarak tekrar bir hüküm tesisi için ilk derece mahkemesine yeniden gönderilmesi yetkisinin geniş yorumlanması, istinafin bir küçük temyiz hâline geldiği eleştirilerini de beraberinde getirmiştir²⁷. Kaldı ki istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesince yapılan yargılama ve tahkikatı yeniden yapması usul ekonomisiyle de bağdaşmamaktadır.

Zeyl'in 24. maddesi gereği ilk derece mahkemesince verilen karar çerçevesinde istinafta önce şeklen ve esasen bir eksikliğin bulunup bulunma-

24 1879 tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkati'nin 196. maddesi şu şekildedir: “Eğer istinaf dava usul ve kaidesine tevfiқан icra olunup da zaten bi-esas olduğu tebeyyün eder ise red olunup bidayet mahkemesinin hüküm ve kararı tasdik olunur ve bilakis istinaf hususu haklı olduğu tahakkuk ettiği takdirde bidayet mahkemesinin ilamı feshi ile yeniden rüyet ve hüküm olunur.” bkz. **Budak**, s. 30.

25 Zeyil: Ek. Bir yazıya ek olarak katılan parça. bkz. <https://sozluk.gov.tr>, E.T. 30.03.2022.

26 Ali Cem **Budak**, “1879 Tarihli Eski Medenî Usul Kanunumuza Göre İstinaf Mahkemesinin Dosyayı İlk Derece Mahkemesine Göndermesi”, İlamat Torbası, Editörler Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 26.

27 **Budak**, s. 26.

diğına bakılır. Eğer bir hata veya eksiklik varsa ve bu da ilk derece mahkemesinin verdiği karara etkili olmuşsa veya karar hukuka aykırı verilmişse ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılır ve yeniden hüküm tesis edilerek karar düzeltilir. Buna karşılık söz konusu eksiklik veya hataların eğer hükme etkisi yoksa ve verilen karar hukuka uygunsu ilk derece mahkemesinin kararı onanır, bugünkü deyişle istinaf talebi reddolunur. Buna aykırı davranılıp kararın ilk derece mahkemesine gönderilmesi ise temyizde bozma sebebi teşkil etmektedir.

Sonraki süreçte istinaf mahkemeleri, Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanun (469 sayılı Kanun) ile kaldırılmış, onların yerine heyet hâlinde kurulan bidayet mahkemeleri getirilmiştir²⁸. Bu değişlikle bidayet mahkemelerinin heyet hâlinde çalışması dolayısıyla istinaf görevi göreceğine ve ayrıca yargılamanın daha makul sürede tamamlanacağına inanılmıştır. Zira istinaf mahkemelerinde görevli hâkimlerin aslında hukuk eğitimi almamış kişilerden oluştuğu, ilk derece yargılamasını yapan hukuk eğitimi almış, genç hâkimlerin vermiş olduğu kararları anlamakta zorlandıkları ve bu yüzden kararların denetimi sürecinde çoğu ilk derece mahkemesi hâkiminin verdiği kararın istinafta bozulduğu görülmüş ve bu durumun yargılamayı uzattığı düşünülmüştür²⁹. Fakat bu düzenleme sonraki süreçte, yargılamanın makul sürede yapılamadığı ve gerekli denetimin olmayışı sebebiyle hakkı olana hakkının tam veya gereği gibi verilmemesi gibi eleştirel yaklaşımlara da ön ayak olmuş ve istinaf yargılamasının tekrar uygulanmasının gerekliliği tartışılmaya başlanmıştır³⁰.

Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde yargı teşkilatında yapılan reformların da (Katılım Ortaklığı Belgesi) bir sonucu olarak 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un kabulü ile bölge adliye mahkemeleri kurulmuş ve istinaf kanun yolu Türk

²⁸ Naci Şensoy, "İstinaf", İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası, C. XII, S. 4, 1946, s. 1066.

²⁹ Osman Çalışkan, "Ülkemizde İstinaf Mahkemelerinin Tarihi Sürecine Bir Bakış", Legal Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi, S. 6, 2007, s. 72, Aksi düşünceler için bkz. Şensoy, s. 1069.

³⁰ İstinaf hakkındaki düşünceler için bkz. I-F.

hukuk sisteminde yeniden yerini almıştır³¹. Bu kanun, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen bölge adliye mahkemeleri o tarihte kurulup göreve başlamamıştır. Bunun üzerine 5235 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde bölge adliye mahkemelerinin kuruluşu öngörülmüştür.

Adli Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25. maddesi uyarınca Hâkimler ve Savcılar Kurulunun (HSK) olumlu görüşü alınarak bölgelerin coğrafi durumu ve iş yoğunluğuna göre İstanbul, Bursa, İzmir, Konya, Adana, Ankara, Samsun, Erzurum ve Diyarbakır'da dokuz bölge adliye mahkemesi kurulması kararlaştırılmış³² ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu 15.5.2007 tarihli kararınca bu bölge adliye mahkemelerinin hangi illerin mülkî sınırlarını kapsayacak şekilde kurulduğunu açıklamıştır. Daha sonra 5235 sayılı Kanun'un 25. maddesi uyarınca HSK'nin 07.06.2011 tarih ve 187 sayılı olumlu görüş kararı ve 13.06.2011 Adalet Bakanı oluru ile dokuz yere ek olarak Antalya, Gaziantep, Kayseri, Sakarya, Trabzon ve Van olmak üzere altı yerde daha BAM kurulması kabul edilmiştir. Ardından 07.11.2015 tarih ve 29525 sayılı Resmî Gazetede Adalet Bakanlığı ile Hâkim ve Savcılar Kurulu kararı ile BAM yargı çevreleri yeniden belirlenirken bölge adliye mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinden itibaren tüm yurtda göreve başlayacağına ilişkin karar yayımlanmıştır. Fakat bu kararla on beş ilde bölge adliye mahkemelerinin göreve başlayacağı beklenirken 01.03.2016 tarihli ve 29640 sayılı Resmî Gazetede HSK'nin 29.02.2016 tarih ve 53

31 “...perde arkasındaki sebep ise Avrupa Birliği hukuk uygulamalarının hukukumuzda yansıtılması mecburiyetidir. ...” bkz. **Karsh**, s. 707: Detaylı bilgi için bkz.: Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, <https://abgm.adalet.gov.tr>, E.T. 02.04.2022.

32 Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulmasına İlişkin Karar için bkz. RG.05.10.2007, Sa. 26543, <https://resmigazete.gov.tr> .

numaralı kararı ile 20.07.2016'da göreve başlayacak BAM'ların sayısı yediye düşürülmüştür³³.

2017 yılında Adana ve Bursa'da³⁴, 2018 yılında da Konya ve Sakarya'da³⁵ bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle istinaf mahkemelerinin sayısı on bire yükselmiştir. Daha sonra HSK'nin 28.06.2019 tarih ve 230 numaralı kararı ile Diyarbakır, Kayseri, Trabzon ve Van Bölge Adliye Mahkemeleri'nin 02.09.2019 tarihinde faaliyete geçirilmesinin planlandığı³⁶ Resmî Gazetede (RG) yayımlanmıştır. 02.09.2019 tarihinde faaliyete geçen bu dört BAM ile birlikte de istinaf mahkemelerinin sayısı on beşe yükselmiş, son olarak 10.06.2022 tarihinde Denizli, Malatya ve Tekirdağ bölge adliye mahkemeleri kurulmuştur ve bu sayı on sekize yükselmiştir. Kaldı ki teoride ülkemizin şartları göz önüne alındığında bölge adliye mahkemelerinin en az yirmi yerde kurulmasının uygun olacağı görüşü³⁷ de bulunmaktadır.

E. Karşılaştırmalı Hukuk Nezdinde İstinaf

1. Fransız Hukukunda İstinaf Modellemesi

İstinafın federal devletlerde uygulanabilir olduğu, üniter yapıllı devletlerde bu uygulamanın hukuk birliğinin ortadan kalkmasına neden olacağı; gerek hukukî gerekse siyasî bir eleştiri olarak hâla geçerliliğini korumaktadır. Dolayısıyla Türk hukuku uygulaması açısından, üniter bir devlet olan Fransa bağlamında istinaf kanun yolunun incelenmesi önemlidir.

Fransız hukukunda istinaf kanun yolu; birinci derece mahkemesi tarafından verilen bir kararın gerekirse yeniden tahkikat işlemleri yapılarak bir ikinci derece mahkeme (istinaf mahkemesi, cour d'appel) tarafından düzeltilmesi, iyileştirilmesi veya iptal edilmesine yönelik bir kanun yoludur³⁸.

³³ Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 477.

³⁴ RG. 05.08.2017, Sa. 30145.

³⁵ RG. 08.06.2018, Sa. 30445.

³⁶ RG. 26.06.2019, Sa. 30815.

³⁷ Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 478.

³⁸ Vincent **Vigneau**, "Fransız Yargı Yapılanmasında İstinaf Mahkemeleri", Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi,

Aksine bir hüküm bulunmadıkça birinci derece mahkemelerinin bütün kararlarına karşı istinaf kanun yolu açıktır. İstisnalar kapsamında olan (yargılama giderlerinin istinafa konu olan istemin tutarından daha yüksek olabileceği ihtimali çerçevesinde konusu belirli miktarın altında kalan, yargılamanın kısa tutulması amacıyla taşınmaz mal haczine ilişkin vs.) uyuşmazlıklarda ise istinaf kanun yoluna gidilemez. Kanun koyucu, bu uyuşmazlıklarda temyize başvuru yolunu ise açık bırakmıştır. Fakat bu hâlde; bunun iki dereceli bir yargılama olmadığı, sadece ilk derece mahkemesinin verdiği kararlarda hukuka uygunluk denetimi yapıldığının kabulü gerekir³⁹.

Fransız hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak geniş anlamda istinaf modeli benimsenmiştir⁴⁰. Geniş istinafi benimseyen sistemlerde istinaf derecesi, yeni bir usûl kesiti⁴¹ olarak kabul edilmektedir ve taraflar yeni vakıa ve delil getirme imkânına sahip olduğundan hüküm sebepleri yeni baştan ortaya konmaktadır⁴². İlk derece mahkemesinin kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulursa; uyuşmazlık artık maddî ve hukukî açıdan, tüm yönleriyle yeniden incelenmek üzere, istinaf mahkemesinin önüne gelir⁴³. İstinafın bu aktarıcı etkisi, kural olarak birinci derece mahkemesi kararına konu olan bütün maddî ve hukukî sorunlara uygulanmaktadır⁴⁴.

Fransız Medenî Usûl Kanunu'nda temyiz yolu ise sadece son derece mahkemelerinin verdiği kararlara karşı açıktır. Son derece mahkemeleri-

Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı, (Ankara, Türkiye, 2-3 Mart, 2006), T.C. Adalet Bakanlığı, 2007, s. 70, <https://abgm.adalet.gov.tr>, E.T. 02.04.2022; **Akkaya**, s. 78.

39 **Konuralp**, s. 33.

40 **Şahin**, s. 2669; **Budak**, s. 27.

41 **Katayfçı**, s. 44.

42 **Ermenek**, s. 2.

43 **Vigneau**, s. 70, <https://abgm.adalet.gov.tr>, E.T. 02.04.2022; Uyuşmazlığın ikinci derece mahkemesi tarafından yeniden incelenmesi (aktarıcı etki) için bkz. **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 490.

44 *"Hatta...istinaf hâkimi tüm davayı ele alıp yeni bir karar verebilmektedir. Buna 'evocation' hakkı denilmektedir."* bkz. **Akkaya**, s. 78.

nin kararları ise birinci derece mahkemesinin verdiği fakat istinaf incelemesine kapalı olan kararlar ile ikinci derece mahkemesince verilen kararlardır.

2. Alman Hukukunda İstinaf Modellemesi

İstinafın Alman hukukundaki işlevine ilişkin pek çok tartışma mevcuttur. Bu tartışmalar temelde; bir tarafın istinaf mahkemelerinin sadece ikinci derece bir vakıa mahkemesi olduğunu⁴⁵, diğer tarafın da istinafın ilk derece mahkemesi kararlarının denetlenmesi ve düzeltilmesine hizmet eden bir kanun yolu olduğunu ileri sürmesinden kaynaklanmaktadır⁴⁶.

Alman Medenî Usûl Kanunu'nda özellikle 2002 yılında yapılan reformlarla Alman hukukunda istinaf yargılamasının ne şekilde yapılacağına dair önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Zira bu değişikliklerle istinafın amacı yeniden düzenlenmiştir. Buna göre istinafın amacı artık, ilk derece mahkemesi hükmünü maddî hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı ve yapılan tespitlerin doğruluğu noktasında denetlemek ve olası hataları ortadan kaldırmaktır⁴⁷.

Yapılan değişikliklerle, ayrıca, istinaf incelemesinin vakıa değerlendirmesi görevi sınırlandırılmıştır⁴⁸. Buna göre ilk derece mahkemesinde sözlü duruşmanın tamamlanmasının ardından ortaya çıkacak deliller, istinaf mahkemesinde belirli koşullar hâlinde ileri sürülebilmektedir. İlk derece mahkemesinin vakıa tespitinin doğruluğundan şüphe edildiği hâllerde ise istinaf mahkemesinin delilleri yeniden değerlendirmesi söz konusu olabilmektedir. Burada ortaya çıkan deliller yalnızca yeni deliller değildir, aynı zamanda da ilk derece mahkemesince önemli sayılmayan deliller de istinaf yargılamasında incelemeye konu edilebilecektir⁴⁹.

45 Alman hukukunda kanun yolunun, derdest muhakemenin devamı düşüncesine dayandığına dair bkz. **Karabel**, Bölge Adliye Mahkemesinin Temyize Tabi Kararları, s. 4617.

46 **Akkaya**, s. 88.

47 Reinhard **Gaier**, “İstinaf Yargılamasında Dava Malzemesi”, Çev. Cenk Âkil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 1, 2012, s. 418.

48 **Karsh**, s. 707.

49 Nevhis **Deren Yıldırım**, “İstinafın Olası Sorunları”, Legal Hukuk Dergisi, C. VIII, S. 20 (216), 2016, s. 448; **Gaier**, s. 419.

Alman medenî usûl hukukunda, görüldüğü üzere, ilk derece mahkemelerinin yaptığı yargılamadan bağımsız, yeniden bir yargılama yapılmaktadır⁵⁰. Bu reformla birlikte de Almanya'daki istinaf mahkemelerinin hukukî kontrol mahkemelerine dönüştüğü ileri sürülmekte ve artık istinafin ilk derece yargılamasının devamı niteliğinde, ikinci bir vakıa inceleme derecesi olarak gören kanun yolu yaklaşımının savunulamayacağı ifade edilmektedir⁵¹.

Böylelikle 2002 yılında gerçekleştirilen reform, istinafin fonksiyonunun temyiz mahkemesine hangi ölçüde yaklaştığı ya da istinaf ile temyiz arasındaki farkın halen korunup korunmadığı tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmalar sürecinde de Alman Temyiz Mahkemesi bir dizi karar ile istinaf ile temyiz farklı fonksiyonlarını vurgulamış ve istinaf mahkemesinin bir vakıa mahkemesi olduğuna değinmiştir⁵². Dolayısıyla sınırlandırılmış olmakla birlikte istinaf mahkemesinin vakıa inceleme merci olarak kaldığı düşüncesi de halâ geçerliliğini korumaktadır⁵³.

F. İstinaf Kanun Yolunun Dayanakları ve İstinaf Hakkında Görüşler

Gerek uygulamada gerekse öğretilerde, ilk derece yargılaması ile temyiz yargılaması arasında bir maddî vakıa ve hukuka uygunluk denetimi gerçekleştirecek bir ara merciinin getirilmesi kabul görmüştür. Bu kabul, temelde bir gereksinime dayanmaktadır. Zira yargıda iş yükünün artması, gün geçtikçe altından kalkılması zor bir hâl almıştır.

1. Adli Yargıda İstinafa Duyulan İhtiyaç

Hukuk sisteminin toplumsal ihtiyaçlara karşılık verememesinin ve bireysel veya toplu hak arama çabalarının her seferinde boşa çıkmasının adalete güven duygusunu zedeleyeceği açıktır ve bunun için bir üst merci denetimi şarttır. Yargının denetlenmesi amacı da bir üst denetim mekanizması kurularak, kanun yolları ile sağlanmıştır. Her ne kadar hâkimlerin

⁵⁰ Roth, s. 121.

⁵¹ Deren Yıldırım, s. 447.

⁵² BGH, Urt. v. 12. März 2004 - V ZR 257/03, NJW 2004, 1876 , <https://www.uni-trier.de>, E.T. 09.11.2021.

⁵³ Roth **Herbert**: “Medeni Yargılamada Yeni Kanun Yolu Hukuku ve İstinaf Derecesi ve Somut Olay Adaleti”, Çev. Cenk Akil, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 2, 2010, s. 113.

karar verirken herkesten bağımsız olduğu, mahkemeler arasında bir altlık-üstlük, bir hiyerarşi ilişkisi olamayacağı kabul edilse de böyle bir kontrol mekanizmasının varlığı hâkimleri kararlarını verirken daha dikkatli olmaya sevk edecektir.

Uygulamada temyiz mahkemelerinde, mevcut üye hâkimlerin insanüstü bir çabayla dahi baş edemeyeceği dosya yükünün olması, yargılamanın makul sürede tamamlanmasını bir hayale dönüştürmüş ve çıkacak kararların da beklenen adaleti tesis edip edemeyeceğini tartışılır hâle getirmiştir. Yapılan değişikliklerle temyiz mahkemesi teşkilatının anormalleştiği dahi ifade edilmiştir; zira bu sorunu çözmek amacıyla raportörler arasından üye seçimi gibi⁵⁴ yollara bile başvurulmuştur⁵⁵. Hâl böyle iken Yargıtay'ın esas işlevini, yani sadece hukukî denetim yapma ve içtihat birliğini sağlama⁵⁶ işlevini, yerine getirmesi kendisinden beklenemez olmuştur. “*İstinaf kanun yolunu bir mecburiyet hâline getiren temel sorunlardan biri adli yargıda artan iş yükü ve iki dereceli yargılama sisteminde tek kanun yolu merci olan Yargıtay'ın temyiz kanun yolu ile amaçlanan kontrol fonksiyonunu artık gerektiği gibi yerine getiremeyeşidir.*⁵⁷”. Bununla birlikte ilk derece yargılamasında yapılan hataların yeniden görülecek bir yargılamayla düzeltilebilme imkânının oluşturulması da gerekmektedir ve bu ihtiyaç, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un genel gerekçesinde de “*Esasta denetim muhakemesinin en önemli evresini oluşturan temyiz yolunda, doğrudan öğrenme yargılaması yapılmaz. Temyiz üzerine verilecek hüküm sadece hukuka aykırılığı denetler; bu nedenle maddî ve hukukî gerçeklere ulaşmak ve adli hataları gidermek bakımından, uyuşmazlık ve çekişmenin maddî olay yani ispat yönünden ve hukuka aykırılık açısından uygun bir sonuca bağlanıp bağlanmadığını denetleyen ve temyiz yolundan önce gelen ayrı bir kanun yoluna gereksinim olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır.*⁵⁸” denerek açık şekilde ortaya konmuştur.

54 Mustafa Reşit **Belgesay** “Üst Mahkemeler Teşkilâtı ve Temyiz Usulünde Tadilat Lüzumu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası, C. XIV, S. 3-4, 1948, s. 631.

55 **Şensoy**, s. 1071.

56 **Özekes**, s. 13.

57 **Akkaya**, s. 39.

58 <https://mevzuat.tbmm.gov.tr>, E.T. 11.04.2022.

Bu hususlara ek olarak, temyiz merci olan Yargıtay'ın tek mahkeme şeklinde örgütlenmesi, denetim merci olarak ülkenin her yerine ulaşmasını imkânsız kılmış ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının bir gereği olarak da bir ara denetim merci oluşturulması zaruri hâle gelmiştir. Zira denetim ne kadar yüksekse adil olmayan kararın çıkma ihtimali o kadar az olacaktır⁵⁹.

2. Anayasal Dayanaklar

Mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun bir üst mahkemeye denetlenmesi, anayasal bir gerekliliktir⁶⁰. “*Anayasa ile güvence altına alınan hukukî korunma hakkı (Anayasa m. 36), sadece şekli olarak bir yargılama yapılmasını değil, aynı zamanda adil ve doğru bir yargılamayı gerektirmektedir. Adil yargılanmanın teminatlarından biri de kanun yollarıdır.*”⁶¹.

Birçok ülkede kanun yolunun birden fazla düzenlenmiş olması, yargılamanın daha adil ve makul bir sürede yapılması ve kişilerin hak arama hürriyetinin sağlanması ihtiyacındandır⁶². Ayrıca bireylerin hak arama özgürlüğünün ve hukukî korunma taleplerinin etkin bir şekilde güvenceye bağlanması da hukuk devletinin bir gereğidir⁶³.

İstinaftan önce mevcut olan temyiz kanun yolunun ve bu incelemeyi yapan Yargıtay'ın açık anayasal temelleri bulunmaktadır, hatta Anayasa'nın 154. maddesinde⁶⁴ yargılamanın iki dereceli yapılması bir anayasal zorunluluk olarak öngörülmüştür⁶⁵.

Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere; ilk derece mahkemesi kararlarının incelenmesi görevinin Yargıtay dışında bir üst mahkemeye

59 **Özekes**, s. 23.

60 **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 482.

61 **Akkaya**, s. 26.

62 **Karabel**, Bölge Adliye Mahkemesi'nin Temyize Tabi Kararları, s. 4619.

63 **Şule Güneş**, Medeni Usul Hukukunda İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2019, s. 164.

64 Anayasa m. 154: “*Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.*”.

65 **Akkaya**, s. 43.

birakılabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme, Türk yargı sisteminde Yargıtay dışında bir üst denetim merciinin kurulabilmesi yönünde anayasal bir dayanak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte bir üst mahkeme olarak bölge adliye mahkemelerinin kurulması, anayasal bir zorunluluk değildir. Bu çerçevede BAM'ların bir zorunluluk olarak değil, aksine yasal zemini oluşturulmuş ve ihtiyaca göre sisteme dahil edilebilecek bir kurum olduğu açıktır. BAM'ların kuruluşu da pozitif hukuk bağlamında 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'a dayanmaktadır.

Doktrindedeki bizim de katıldığımız görüşe göre⁶⁶, ilk derece mahkemelerinin kararlarının hukuka uygunluğunun bir üst mahkemece yapılması şeklindeki iki dereceli sistem aslında Anayasa'nın bir gereğidir. Çünkü yargı yerlerinin verdikleri kararlarda gerek yanılma gerekse başka şekilde yorumlama sonucu ortaya çıkabilecek ve olağan sayılması gereken hukuka aykırılıkların zamanında giderilmesi amacıyla öngörülen methodlardan biri de iki dereceli yargılamadır ve kanun yollarına başvurabilme imkânının kişiye ve topluma güvence sağlaması açısından Anayasa'ya uygun ve hukuk devletinin bir gereği olduğu açıktır.

3. İstinaf Kanun Yolu Hakkındaki Görüşler

İstinaf kanun yolunun hukuk sistemlerinde yer alıp almamasına yönelik farklı görüşler savunulmaktadır. Fakat bilinmelidir ki bu farklı görüşlerin ortaya çıkmasındaki tek amaç, hak arama hürriyetinin korunması ve hakkı olana hakkını makul sürede vererek adalet mekanizmasını işler kılmaktır.

İstinaf kanun yolunun lehine olan görüşlere bakıldığında; ilk olarak gelişmiş her ülkede istinaf derecesinin olduğu ve istinafın, hak arayanlar bakımından bir güvence olup hukuk devletinin bir gereği olduğu ifade edilmektedir⁶⁷. Bu görüş kapsamında bireyin dereceli yargılama yapılmasını talep hakkı, anayasal bir haktır.

Kararların istinaf ile bir üst denetime tabi tutulması, ilk derece mahkemesi hâkimlerini daha dikkatli karar vermeye sevk edecek ve böylece

⁶⁶ **Alangoza/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 479; M. Kâmil Yıldırım, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000, s. 23.

⁶⁷ **Kuru**, s. 1324; **Yıldırım**, s. 23.

ilk derece mahkemesinde yargılama yapan hâkimlerin hatalı karar vermesinin önüne geçilecektir⁶⁸.

İstinaf mahkemeleri faaliyetlerini belli noktalara yoğunlaştırdıkları için dava, istinaf mahkemesinde olgunlaşacağından, burada verilen karar daha sağlıklı olacaktır⁶⁹. İstinafta bir tür uzmanlaşmanın mümkün olduğu düşüncesi hâkimdir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına bakıldığında istinaf, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin mutlak bir gereği sayılmamakla birlikte istinafin, üye ülkelerin yargı sistemlerine adil yargılanma hakkı kapsamında önemli bir katkı sağlayacağı kabul edilmektedir. Avrupa Konseyi'nin de bu yönde tavsiye kararları mevcuttur⁷⁰.

Bir başka gerekçe de istinaf mahkemesi hâkimlerinin ilk derece mahkemeleri hâkimlerine oranla daha bilgili ve tecrübeli olmasıdır. Bu sebeple, davanın istinaf aşamasında bir kez daha görüşülmesi, adaletin gerçekleşmesi bakımından önem taşımaktadır⁷¹. Türk hukukunda ise istinafin uygulanmaya başlamasının özellikle fetö darbe girişimi dönemine denk gelmesi ve fetö ile irtibatları sebebiyle pek çok hâkimin ihraç edilmesinin ardından çok sayıda yeni hâkimin göreve getirilmesi, ne yazık ki davanın üst merci önüne geldiğinde tecrübeli hâkimlerce incelenmesi bir yana, ilk derece mahkemesinde dahi tecrübesiz hâkimlerce incelenmesine neden olmuştur. Bu durum, çıkan kararlara olumsuz yansiyacak, eksik ve hatalı incelemelerin önünü açacak ve nihayetinde de üst merci önüne gelen dosyalarda artışa neden olacaktır. Bu noktada üst merciin denetimi düşüncesinin altında yatan iki dereceli kontrol amacı, yine eksik kalmış olacaktır

68 **Özkes**, s. 13.

69 bkz.: "*Mesainin muayyen noktalara teksifi*", Faruk **Erem**, "İstinaf Mahkemeleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 12, 1950, s. 10.

70 "...İlke olarak, bir alt mahkemece ("ilk derece mahkemesi") verilen her kararın bir yüksek mahkeme ("ikinci derece mahkeme") tarafından denetimi mümkün olmalıdır. ... Üçüncü derece mahkemeye temyizler, özellikle üçüncü kez adli inceleme gerektiren mesela hukukun gelişmesini sağlayıcı veya hukuki yorumda birlik sağlamaya katkısı olacak davalar için kullanılmalıdır. ..." bkz. 07.02.1995 tarih ve 95 sayılı Avrupa Konseyi Kararı için bkz. <https://publicsearch.coe.int> , www.hsk.gov.tr , E.T. 02.04.2022.

71 **Belgesay**, s. 631; **Şensoy**, s. 1067.

ve istinaf, asıl amacını bir süre daha tam ve gereği gibi yerine getirilemeyecektir.

İstinafı gerekli gören düşüncenin bir diğer argümanı ise istinaf mahkemelerinin ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasında bir süzgeç görevi görmesi ve bu sayede bir üst denetime müracaat gereğinin ortadan kalkacağı inancıdır. Bu durum Yargıtay'ın iş yükünün azalmasını sağlayacak ve Yargıtay'ın gerçek işlevini yerine getirmesine katkıda bulacaktır⁷². Fakat istinafın amacı temelde bu olsa da uygulamada istinaf, ilk derece mahkemesinin kararının kesinleşmesinin önlenmesi için bir basamak olarak görülmüş ve nasıl olsa “*karar Yargıtay’dan döner*” mantığı yaygın bir düşünce hâline gelmiştir. Bu sebeple istinafın BAM’ın temyize tabi olmayan kararları haricinde temyiz iş yükünün azaltıldığını söylemek günümüzde pek de mümkün değildir.

İstinafın aleyhindeki görüşlere bakıldığında istinaf sistemine genel olarak yapılan en büyük eleştiri, istinaf kanun yolunda yargılama tekrarlanacağından bu usulün zaman kaybına ve davaların uzamasına neden olabileceğidir⁷³. Fakat hâlihazırda istinaf kanun yolunun getirilmesinin nedenlerinden biri de yargılamanın uzun zaman alması olduğundan ilk derece mahkemesinin kararları bir üst denetim mahkemesince incelenirken bu incelemenin kapsamının ne şekilde olacağı açıklığa kavuşturulmuştur⁷⁴. Bu düzenlemeler her ne kadar makul süre eleştirisini bertaraf edici nitelikte görülsede istinaf incelemesinin sınırlarının bir yasama kurnazlığı olan torba yasalarla her geçen gün daha da genişletildiği gözden kaçmamalıdır. Bu sebeple günümüzde istinaf kanun yolunun yargılama sürecini uzattığı eleştirisine karşı çıkmak ne yazık ki zordur.

Türk hukukunda istinaf kanun yoluna getirilen eleştirilerden biri de istinafın federal devletlerde uygulanabilir olduğu ve üniter yapıli devletlerde bu uygulamanın hukuk birliğinin ortadan kalkmasına neden olacağıdır⁷⁵. Yargılamanın bölgesel anlamda yürütülmesi fikrine sıcak bakılma-

⁷² Şahin, s. 2661; Akkaya, s. 39.

⁷³ Erem, s. 16.

⁷⁴ T.C. Adalet Bakanlığı Yayını, Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Ankara 2007, s. 7.

⁷⁵ Özekes, s. 18.

masının nedenlerinden biri de Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde siyasi bir-takım saik ve taleplerle “çözüm süreci” olarak geçen bir dönemin yaşan-masıdır.

Bir başka eleştiri, istinafin kabulü hâlinde yargılamanın pahalılaşacağı yönündedir⁷⁶ ki bu eleştiriye katılmak mümkün değildir. Çünkü unutul-mamalıdır ki işlerliği olmayan bir hukuk sisteminin ve adil olmayan ka-rarların sonuçları her açıdan daha ağır olacaktır.

İstinaf aleyhinde bir diğer görüşe göre, birden fazla istinaf mahkeme-sinin oluşturulması durumunda ülkedeki hukuk birliğinin sağlanmasında zorluk çekileceğidir. Fakat istinaf kanun yolunun en önemli sonuçlarından biri, Yargıtay'ın asıl işlevini tam olarak yerine getirmesine katkı sağlaması olduğundan istinafin içtihat karışıklığına yol açacağına dair eleştiriler ta-rafımızca doğru görülmemektedir.

Uygulamada ise hâlihazırda BAM'ın farklı daireleri arasında görüş ayrılıklarının bulunması, kanun yolu aşamasında dahi içtihat birliğinin oluşmadığı anlamına gelmektedir ve istinaf yargılamasında verilen karara duyulan güveni sarsmaktadır. Bu durumda BAM'ın verdiği karar, yeniden görülmesi amacıyla Yargıtay'ın önüne gideceğinden bu durum yargılama-nın makul sürede yapılması amacına uygun düşmeyecektir. Örneğin tica-ret mahkemesinin görev alanına giren menfi tespit davalarında arabulucu-luğun dava şartı olup olmadığı hakkında BAM'lar arasında görüş ayrılığı oluşmuş ve nihayetinde bu durum Yargıtay tarafından çözüme bağlanmış-tır⁷⁷.

Personel istihdamında maddî kaynak, alt yapı yetersizliği gibi konu-larda istinafa getirilen eleştirilerin ise haklılık payı bulunmaktadır. Ancak bu mahkemeler kurulmadıkça asıl ihtiyacın ne olduğu ve bunların nasıl

⁷⁶ Albayrak, s. 41.

⁷⁷ Ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığına ilişkin bkz. İstanbul BAM 14. HD., E. 2019/521, K. 2019/423, 21.03.2019; İstanbul BAM 16. HD., E. 2019/2568, K. 2019/2485, 15.11.2019. Ticari dava dava niteliğindeki menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğuna ilişkin bkz. İstanbul BAM 12. HD., E. 2019/1121, K. 2019/836, 20.06.2019; Erzurum BAM 3. HD., E. 2019/531, K. 2019/549, 27.03.2019; İstanbul BAM 19. HD., E. 2019/1734, K. 2019/1521, 28.06.2019. Ticaret mahkemesinin görev alanına giren menfi tespit davalarında arabuluculuğun dava şartı olmadığına ilişkin bkz. Yargıtay 19. HD., E. 2020/85, K. 2020/454, 13.02.2020. www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 02.04.2022.

giderileceği sorusunun cevabı da sürekli ertelenecek ve bu eksiklikler giderilemeyecektir⁷⁸.

Yukarıda istinaf lehine ve aleyhine olarak verilen görüşlerin tümü incelendiğinde; istinafin hem olumlu hem de olumsuz yönde etkiler doğurabileceği, bu yeni kurumun sisteme entegrasi sorunlarının yargılamayı ciddi ölçüde etkileyebileceği korkusu dile getirilmişse de yargıdaki iş yükü dikkate alındığında, doğru uygulanması ve yeterli imkânın sağlanması hâlinde, istinafin sisteme katkılarının büyük olacağı sonucuna varılmalıdır. Kanaatimizce her ne kadar istinafin sisteme katkılarının büyük olduğu ve imkân verildiğinde daha da büyük olacağı düşünülse de uygulamada entegrasyon ve maddî imkân yetersizliği gibi sorunların istinafin uygulanılmaya başlanmasının bir hata olduğunun dillendirilmesine sebebiyet verdiği de yadsınamaz.

G. Temyiz Kavramı ve Temyiz Kanun Yolu Tanımı

Temyiz, kanun yolları sınıflandırmasında olağan kanun yollarında yer alan diğer üst denetim yoludur. Temyiz kanun yolu, BAM'ların göreve başlamasıyla birlikte kural olarak BAM'ların kararlarına karşı başvuru bir kanun yoludur ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında (HMK m. 361), bölge adliye mahkemelerince verilen temyize kabil nihaî kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı başvurulacak bir yol olarak düzenlenmiştir.

Ülkemizde temyiz merci olarak görev yapan mahkeme, Yargıtay'dır ve Yargıtay, bir hukukî denetim merci olarak kabul edildiği için herhangi bir vakıa denetimi yapmamaktadır. Yargıtay'ın öncelikli amacı, hukuk kurallarının ülke genelinde yeknesak şekilde uygulanmasını sağlamaktır. Bunlarla birlikte Yargıtay, bir derece mahkemesi olmayıp sadece kontrol mahkemesi görevi üstlenmekte ve önüne gelen kararı bozma veya düzeltme suretiyle kanun yoluna başvuran tarafın tatminini sağlamaktadır.⁷⁹

Ğ. Temyiz Yargılamasının İstinaftan Farkları

Kanun yollarının amaçları bakımından istinaf ve temyiz yargılamasında her ne kadar hukuk birliğinin oluşması, adaletin tesisi ve ilk derece mahkemelerince verilen kararın denetiminden söz edilse de öncelikli amaç

⁷⁸ Özkes, s. 22.

⁷⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz, s. 607; Atal/Ermenek, s. 335; Budak/Karaaslan, s. 367; Ercan, s. 976; Kuru, C. 2, s. 1387; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 499.

istinafta somut olay adaletinin, temyizde ise hukuk birliğinin sağlanmasıdır.

İstinaf kanun yolu, ilk derece mahkemesinin nihaî kararlarına karşı gidilebilecek bir yol iken; temyiz kanun yolu, kural olarak, BAM'ın kararlarına karşı gidilebilecek bir yoldur. İlk derece mahkemesi taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmektedir. İstinaf, hem ilk derece mahkemesi kararını kanun yolu olarak denetlemekte hem de belirli şartlarda yargılamayı yeniden yaparak yeni bir hüküm tesis etmektedir. Temyiz incelemesinde ise alt derece mahkemesinin uyuşmazlık hakkında verdiği kararın sadece hukuka ve kanuna uygunluk denetimi yapılmaktadır, yeniden bir yargılama yapıp yeni bir hüküm tesis edilmez⁸⁰. Temyiz incelemesinde daha önce ileri sürülmeyen yeni vakıa ve delillerin ileri sürülmesi de mümkün değildir çünkü temyiz incelemesinde tahkikat yapılmamaktadır.

Yargıtay bir hukukî denetim merci olduğundan temyiz kanun yolunda yeni vakıa ve deliller ileri sürülemez. Zira temyiz sadece hukukun yanlış uygulanmış olduğu sebebine dayanır⁸¹. Dolayısıyla bir vakıa mahkemesi olarak BAM'ın yaptığı inceleme ve verdiği kararlar, temyiz incelemesinde Yargıtay'ın yaptığı inceleme ve verdiği kararlardan farklıdır.

İstinaf yargılamasında bölge adliye mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlıkta hem hukukî hem de maddî denetim yaparken; temyiz yargılamasında Yargıtay sadece hukuka uygunluk denetimi yapmaktadır. Ayrıca istinaf yargılamasında yapılan denetimin temyiz yargılamasına nazaran daha geniş⁸² olduğu söylenebilir. Bu noktada bölge adliye mahkemelelerinde de iş yükünün fazla olması sebebiyle, Yargıtay'daki gibi tetkik hâkimliğinin bulunması veya sistemin geneline hâkim yardımcılığı kurumunun eklenmesi gerektiği de sorunun çözümü konusunda bir görüş olarak ifade edilebilir.

Türk hukuk sisteminde değere bağlı bir kanun yolu modeli benimsendiğinden dava konusu kanunda belirlenen miktarın altında kalan birtakım uyuşmazlıklara kanun yolları kapatılmıştır. 2022 yılında bu değer istinaf

80 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 607; Atal/Ermenek, s. 335; Budak/Karaaslan, s. 367; Ercan, s. 976; Kuru, C. 2, s. 1387; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 499.

81 Ercan, s. 945; Kuru, s. 494.

82 Ercan, s. 945; Katayıfçı, s. 45; Memişoğlu, s. 74.

kanun yolu için 8.000, temyiz kanun yolu içinse 107.090 Türk lirasıdır⁸³. Böyle bir sınırlandırmanın getirilmesindeki amaç, miktar olarak önemsiz hususların yargılamaya konu edilerek yargıda iş yükünün önüne geçmek olsa da konusu bu sınır altında kalan kararların herhangi bir üst denetimden geçmeden kesinleşmesi de kanun yolunun amaçlarına aykırı görüldüğünden tartışılır niteliktedir.

Kanunda istinaf sebepleri içinse bir sınırlama bulunmamaktadır, sadece istinaf yoluna başvuran kişinin istinaf başvuru sebeplerini gerekçeyle birlikte açıkça belirtmesi aranmıştır (HMK m. 342/2-e). İstinaf incelemesi, istinaf dilekçesinde açıkça belirtilmesi beklenen bu istinaf sebepleriyle sınırlı olarak yapılmaktadır. Bunun dışında da istisnaî bir durum olarak HMK m. 355'te kamu düzenine aykırılık hâllerinin bölge adliye mahkemesince kendiliğinden gözetileceği hükme bağlanmıştır. Temyiz sebepleri ise kanunda tek tek sayılmamış olmakla birlikte HMK m. 371'de bozma sebepleri belirtilmiştir, bunlardan hareketle temyiz sebeplerini ortaya koymak mümkündür.

Temyiz kanun yoluna başvuru nedeni, temyiz niteliği itibarıyla, hukuk kurallarının somut olaya yanlış uygulanmasıdır. Bu sebeple istinaftan farklı olarak, Yargıtay ileri sürülen temyiz sebepleri ile bağlı olmayıp açık kanun hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilmektedir⁸⁴. Zira istinaf yargılaması ilk derece yargılamasının bir devamı olarak görülmekte ve bölge adliye mahkemeleri vakıa incelemesi yapabilmektedir, dolayısıyla dar istinaf sisteminin benimsendiği istinaf yargılamasında kamu düzenine ilişkin olan hâller haricinde ise tarafın talebi dışında bir inceleme yapılması söz konusu değildir.

İstinaf ve temyiz kanun yollarının niteliği gereği, yargılama sonucunda verilen kararlar da farklılık göstermektedir. Temyiz kanun yolunda esastan inceleme neticesinde Yargıtay; bozma, onama ve düzelterek onama şeklinde üç tür karar verebilir.

Bozma kararı, taraflarca ileri sürülen veya Yargıtay'ca tespit edilen temyiz sebeplerinin varlığı hâlinde derece mahkemesi kararının bozulmasıdır. Yargıtay, derece mahkemesinin kararını kısmen veya tamamen bozabilir fakat istinaf yargılamasında olduğu gibi ilk derece mahkemesinin

⁸³ 2022 Yılı HMK ve İİK'da Yer Alan Parasal Sınırlar için bkz. <https://www.osmaniyebarosu.org.tr>, E.T. 30.03.2022.

⁸⁴ **Atal/Ermenek**, s. 335; **Budak/Karaaslan**, s. 367; **Ercan**, s. 976; **Kuru**, C. 2, s. 1387; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 499.

yerine geçip yeniden yargılama yaparak yeni bir hüküm tesis edemez. Yargıtay'ın verdiği bozma kararına karşı ilk derece mahkemesi bu bozma kararına uyabilir veya bu karara direnebilir. Uygulamada istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını kaldırdığı durumlarda kararın bozulduğu söylemi ise sadece lafûgüzaftır.

Yargıtay, derece mahkemesinin kararını kanuna ve usûle uygun bulursa kararı aynen onar. Onanan karar şekli anlamda kesinleşir. İstinaf yargılamasında ise, dosyanın esasın reddi temyizdeki onama kararına benzetilmekte ve eleştirilmektedir⁸⁵. Yargıtay, HMK m. 370'te düzenlenen hâllerde ise derece mahkemesinin kararını düzelterek onama yoluna gitmektedir.

Yargıtay'ın en önemli görevi, hukuk kurallarının bütün yurttaki aynı şekilde uygulanmasının sağlanmasıdır. Mahkemelerin benzer nitelikteki olaylarda vereceği farklı kararlar AY m. 10 çerçevesinde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmesinin yanı sıra adalete olan güveni sarsıcı niteliktedir. Bu noktada da Yargıtay, ilgili içtihatları birleştirme kararı vererek hukukun uygulanmasında yeknesaklığı sağlamaktadır.

II. ÜÇ AŞAMALI YARGILAMADA İSTİNAFIN AMACI VE AMACA UYGUNLUK DEĞERLENDİRMESİ

İstinafin amaca uygunluğunu değerlendirirken istinaf kanun yolundan beklenen yararın ne olduğunun incelenmesi gerekmektedir. İstinaf yargılaması temelde, kanun yollarının amaçları doğrultusunda üstlendiği görev itibarıyla de ilk derece yargılamasında meydana gelebilecek hataların giderilmesi ve hak kayıplarının önüne geçilmesini hedeflemektedir. Bu bağlamda istinaf kanun yolunun getirilmesindeki temel amacın yargıdaki iş yükünün hafifletilmesi ve bu sayede yargılamanın makul sürede tamamlanması olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır.

İstinaf kanun yolunun hukuk sistemlerine dahil edilmiş süreçlerinde bahsedildiği üzere istinaf üzerine pek çok görüş ileri sürülmüş ve bazı konularda istinafin hukuk sistemimize dahil edilmesi doğru görülürken bazı konularda da eleştirilmiştir. Bu çerçevede istinafin ihtiyaca ne ölçüde cevap verdiği tartışılmalıdır.

85 Güneş, s. 139.

A. İstinafın Uygulamadaki Yeri Bakımından Amaca Uygunluk

Bölge adliye mahkemelerinin ilk derece mahkemelerinin yerine geçerek yeniden bir hüküm tesis etmesi açısından istinaf yargılamasında, somut adaletin sağlanmaya çalışılması fikri hâkimdir. Zira ilk derece mahkemelerinde yapılan yargılamalarda yapılacak hatanın geri dönüşünün olmayışı, toplumdaki adalet anlayışını da zedeler niteliktedir. Dolayısıyla ilk derece yargılamasında meydana gelecek hatalar, bir vakıa mahkemesi olarak bölge adliye mahkemelerince yapılacak kısmî yeniden yargılamayla giderilmeye çalışılmıştır.

Uygulamada istinafın Türk yargı sisteminde sadece bir kambur olduğu, uyumsuzlukları çözmekten ziyade var olan uyumsuzluğun yanı sıra yapılan yeni yargılama sonucu bir başka sorunu da beraberinde getirdiği düşünülse de ilk derece mahkemelerince tahkikatın yerinde yapılıp yapılmadığının incelenmesi ihtiyacı yadsınamaz. Bu ihtiyaç, 5235 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de yer bulmuştur. Kaldı ki denetimin tek bir merci tarafından yapılmasının beklenmesi, zamanla artan iş yükü karşısında da ihtiyaca cevap veremeyen bir denetim mekanizmasının ortaya çıkması anlamına gelecektir.

Günümüzde ise istinafın yargının iş yükünü azalttığını söylemek ise ne yazık ki mümkün değildir. İstinaf mahkemelerinin 2004'ten 2016'ya kadar geçen sürede hâkim eksikliği sebebiyle faaliyete geçemediği, 2016 yılında yaşanan darbe girişimi sonrasında da pek çok hâkim ve savcının görevden aldığı dikkate alındığında istinaf mahkemeleri tam da hâkim eksikliğinin zirvede olduğu bir süreçte faaliyete geçmiş ve ilk derece mahkemelerinde yıllardır görev almış kıdemli hâkimler, yeni kurulan bölge adliye mahkemelerine atanmışlardır. Bu durum ise ilk derece yargılamasının tecrübesiz hâkimler eliyle gerçekleştirilmesinin sonucunda eksik ve/veya hatalı kararlar verilmesinin önünü açmış, nihayetinde de bölge adliye mahkemelerine gelen dosya sayısını artırmıştır.

İstinafa giden bir dosyanın ise karara bağlanması ortalama iki yıldır⁸⁶. Bununla birlikte istinaf yargılamasının ardından, eğer karar temyizi kabil

⁸⁶ Her yıl sonunda, bölge adliye mahkemesinde bir sonraki yıla devreden dosya sayısı açıklanmaktadır. 2020 yılı sonunda BAM hukuk dairelerinde bir sonraki yıla devreden toplam 380.674 dosya bulunmaktadır. 2020 yılı için ise dosyanın BAM hukuk dairelerinde temizlenme oranı %47'lindedir. Bu istatistikler dikkate alındığında dosyanın karara bağlanması yaklaşık iki yıl olarak hesaplanabilir. bkz. <https://adlisicil.adalet.gov.tr>, E.T. 02.04.2022. 2021 yılına ilişkin verilen henüz yayınlanmamıştır.

bir kararsa, temyiz kanun yoluna da başvurulacağından yargılamanın aslında makul sürede yapılması hedefinin gerçekleşmediği de ortadadır. Yine, uygulamada dosyanın istinafta bir an önce görülmesi için UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) üzerinden “*öne alım dilekçesi*” adı altında talep dilekçeleri gönderilmekte, yine Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi (CİMER)’e de şikayetlerle sürecin bir an önce tamamlanması talepleri iletilmektedir. Hukuk normlarında ve düzeninde yer almayan, alsa dahi geçici nitelikte olacak bu uygulamalar hukuka güveni de azaltmaktadır. Özellikle cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçildikten sonra, cumhurbaşkanlığının hükümet ile özdeşleşmesi ve uzayan yargılama faaliyetinin de bu kuruma şikayet edilmesi, yargının bağımsızlığına da gölge düşürecek ciddi bir durumdur. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde istinafin kendisinden beklenen yargılamanın makul sürede, tam ve gereği gibi tamamlanması, ne yazık ki hayal olmuştur.

Pandemi sürecinde adliyelerdeki yoğunluğun azaltılması amacıyla, aslında bir zorunluluk olarak, 7251 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile HMK m. 149’da yapılan değişiklik çerçevesinde, duruşmaların uzaktan veya ses ve görüntü yoluyla yapılabilmesine ilişkin hükmün yargıdaki iş yükünü hafifletecek ölçüde olup olmadığı da ayrıca bir değerlendirme konusudur. Dünya genelinde bir salgının yaşandığı süreçte bu düzenleme yerinde görünse de bunun dosya sayısını azaltan bir düzenleme olmadığı açıktır, zira duruşmaların yapıldığı yerin değişmesi sadece duruşma saatini bekleyen avukatların duruşma salonlarının kapısında beklemesinin önüne geçecek bir düzenleme gibi gözükmemektedir. Ayrıca ne yazık ki özellikle belirli bir yaşın üzerindeki pek çok yargı görevlisinin teknoloji kullanımına uzak olduğu göz ardı edilmemelidir.

İlk derece mahkemelerince verilen kararın denetimi bakımından Yargıtay ile ilk derece mahkemesi arasında bir denetim mahkemesinin konulması, ilk derece mahkemelerince verilen her kararın hatalı olduğu gerekçesiyle Yargıtay’a taşınmasının önüne geçmektedir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda kanun yollarına ilişkin hükümler de buna hizmet eder ölçüde düzenlenmeye çalışılmıştır. Örneğin HMK m. 361’de hangi kararların temyizinin mümkün olduğu hükme bağlanmıştır, ayrıca temyizi mümkün olmayan kararlar da HMK m. 362’de genel çerçevede düzenlenmiştir.

Son dönemlerde ise özellikle son yapılan kanunî düzenlemelerle istinaf yargılama sürecinin, temyiz ile ilk derece yargılaması arasında bir basamak

olmadığı ve bir tür temyiz yargılamasına döndüğü eleştirisi bulunmaktadır. Bu eleştirinin kaynağında da farklı zamanlarda torba yasalarla yapılan değişiklikler ve uygulamadaki eksik ve/veya yanlış işleyiş yer almaktadır.

B. İstinaf Modelleri Bakımından Amaca Uygunluk

İstinaf modellemeleri açısından ele alındığında geniş istinaf sistemi, davanın istinaf merciinde adeta yeniden görülmesi ve yeniden hükme bağlanması esasına dayanırken; dar istinaf sistemi, ise ilk derece mahkemesinde hükme bağlanmış olan davanın yeniden görülmesinden ziyade o davada verilen hükmün denetimini esas alır⁸⁷.

Geniş istinaf sisteminde ikinci derece mahkemesinin önüne vakıa ve delillerin getirilmesi konusunda bir sınırlama bulunmamakta⁸⁸ ve istinaf incelemesi istinaf dilekçesinde belirtilen hususlarla sınırlandırılmamaktadır. Buna karşılık dar istinaf sisteminde kanun yolu incelemesi, kural olarak istinaf dilekçesinde gösterilen sebeplerle sınırlı (HMK m. 355) tutulmaktadır ve yeni vakıa ve delillerin ileri sürülmesi istisnaî hükümlerle⁸⁹ düzenlenmiştir. Kanaatimizce istinafın amacına uygun olan istinaf kanun yoluna başvuru sebeplerinin istinaf dilekçesinde gösterilmesi ve istinaf incelemesinin bu sebeplerle sınırlı olarak yapılmasıdır. Bu açıdan bakıldığında geniş istinaf sisteminin amacının doğru karar verilmesini sağlamak, dar istinaf sisteminin amacınınsa usûl ekonomisini gözetmek olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁹⁰. Kaldı ki geniş istinaf sistemine yöneltile eleştirilerden biri de her mahkeme kararını yeniden aynı şekilde bir üst yargılamaya tabi tutmanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. mad-

87 **Atalı/Ermenek**, s. 319; **Budak**, s. 25; **Ercan**, s. 937; **Karşlı**, s. 706; **Şahin**, s. 2666.

88 **Akkaya**, s. 97; **Ermenek**, s. 2.

89 bkz. HMK m. 357/3: “İlk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir.”.

HMK m. 355: “İnceleme, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Ancak bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözetir.”.

90 **Budak**, s. 31.

desi çerçevesinde makul sürede yargılanma hakkının ihlaline neden olacaktır⁹¹. Dolayısıyla istinaf sistemine belirli sınırlamaların getirilmesi, bu kanun yolunun getiriliş amacına da uygundur.

Sınırlı istinaf, kanunda istinaf sebepleri bakımından bir sınırlama yapıldığı anlamına gelmemektedir. Kaldı ki böyle bir sınırlama, istinafın niteliğine ve amacına da uygun düşmeyecektir. İstinaf yargılamasında gerektiğinde duruşma yapılarak ve işin esasına girilerek yeniden bir karar verilmesi mümkündür, dolayısıyla gerek usûl gerekse esasa ilişkin yargılamayı etkileyen hususlar istinaf sebebini oluşturur⁹².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda istinafa başvuru şartı olarak asgari bir parasal sınır da belirlenmiştir. HMK m. 341/2 gereği miktar ve değeri 8.000,00⁹³ Türk lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesin olup dava konusu değer bu sınırın üstünde olduğu kararlara karşı istinaf kanun yolu açık değildir. Bu düzenleme ile miktar açısından yargılama yapılmaya değer görülmeyen dava konusu şeylerin mahkemelerin iş yükünü artırmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

C. İstinaf Yargılaması Sonucunda Verilen Kararlar Bakımından Amaca Uygunluk

Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin verdiği kararı denetimi, aşama itibariyle, kanunda ön inceleme ve inceleme olarak düzenlenmiştir. Ön inceleme, aslında bir nevi dava şartlarının var olup olmadığının incelenmesi olarak da kabul edilebilir. İstinaf incelemesinde kastedilen hususun ise aslında HMK anlamında tahkikat olduğu açıktır⁹⁴.

Dosya bölge adliye mahkemesinin önüne gelene kadar yapılacak denetimde herhangi bir hususun gözden kaçırılma ihtimali bulunmaktadır. Dolayısıyla istinaf incelemesinde yapılacak şekil ve esas denetimine geçmeden önce usûl ekonomisi gereği HMK m. 352'de sayılan durumlar (kararın kesin olup olmaması, başvurunun süresinde yapıp yapılmaması...)

⁹¹ **Karabel**, Bölge Adliye Mahkemesi'nin Temyize Tabi Kararları, s. 4640.

⁹² **Akkaya**, s. 182; **Atalı/Ermenek**, s. 329; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 484.

⁹³ Parasal sınırlar her yıl, Vergi Usûl Kanunu Genel Tebliği'nde yer alan değerlendirme oranı hesaplanarak güncellenmektedir. Kanun yoluna ilişkin çalışmamızda verilen parasal sınır 2022 yılı içindir. 2022 yılı parasal sınırlar için bkz. <https://www.osmaniyebarosu.org.tr>, E.T. 30.03.2022.

⁹⁴ bkz. **Ercan**, s. 960.

ön inceleme aşamasında değerlendirilir. Eğer bölge adliye mahkemesi, önüne gelen dosyada bu maddede sayılan unsurlarda eksiklik görmezse artık istinaf dosya incelemesine alınır.

İstinafta verilecek kararlar açısından bir değerlendirme yapıldığında, bu kararlar usûle ve esasa ilişkin kararlar olarak sınıflandırılabilir. Ön inceleme aşamasında HMK m. 352’de (b,c,ç) sayılan unsurlarda bir eksiklik olması durumunda bölge adliye mahkemesi, istinaf talebinin yeterli olmadığı gerekçesiyle usulden ret kararı verir. İnceleme aşamasında ise incelemenin usule ya da esasa ilişkin olmasına göre verilen kararlar farklılık gösterir.

Usûle ilişkin eksikliklerde BAM’ın vereceği karar, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesidir. Bu kaldırma kararı, uygulamadaki alışlagelmışlik sebebiyle “*bozma*” olarak kullanılsa da bunun teknik anlamda bir bozma olmadığı ve bozmanın hukukî sonuçlarını taşımadığı unutulmamalıdır.

Esasa ilişkin yapılan incelemede ise eğer ilk derece mahkemesi kararının usûl ve esas yönünden hukuka uygun olduğunu tespit ederse bölge adliye mahkemesi, istinaf başvurusunu esastan reddeder. Bu durumda eğer ilk derece mahkemesi kararı temyizi kabil değilse ilk derece mahkemesinin kararı şekli anlamda kesinleşir, temyizi kabilsse kararın tebliğinden itibaren iki hafta içinde temyiz edilmezse ilk derece mahkemesinin kararı kesinleşir. Davanın esasının incelemesine geçildikten sonra belirtilen sebeplerle istinaf başvurusunun reddine karar verilmesi durumu, temyiz incelemesinde Yargıtay’a tanınan onama yetkisinin bölge adliye mahkemelerine de verildiğini düşündürmektedir ve durumun istinaf sisteminin getirilmesindeki amaca uygun düşmediği belirtilmiştir⁹⁵.

III. “İSTİNAF YENİ TEMYİZ MAHKEMESİ MİDİR?” TARTIŞMASI DEVAM EDERKEN YAPILAN 7251 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİ ÇERÇEVESİNDE İSTİNAF DEĞERLENDİRMESİ

Alışlagelen kavramların yeni sistemde yanlış kullanımı, bölgesel düzeyde kurulan BAM’ların sayılarının azlığı, hâkim sayısı ve kalitesinin yetersizliği gibi pek çok sebeple her daim güncel kalmayı başaran istinafın

⁹⁵ Güneş, s. 139.

bir temyiz mahkemesi mi olduğu tartışması, istinaf mahkemelerinde gün geçtikçe biriken dosya yükünü azaltmak amacıyla BAM'lara kanun eliyle tanınan iş yapmama hükmü ile daha da hararetle bir hâl almıştır. Kanaatimizce bu durum, ne yazık ki, istinafin getiriliş amacına bağlı kalınarak temyize dönüşmemesi için konulan hükümlerin uygulamacılar tarafından eksik ve/veya yanlış yorumlanmasının bir sonucudur.

28.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Başka Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 35. maddesiyle HMK m. 353/1-a,6'da yapılan değişiklik de istinafin amacı ve bu amaca ne ölçüde bağlı kalındığı noktasındaki tartışmaları daha da alevlendiren bir değişiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple söz konusu değişikliğin ayrıca ele alınmasında fayda görülmektedir.

1. HMK m. 353/1-a, 6 Kapsamında İstinafin Amaca Uygunluk Değerlendirmesi

İstinaf incelemesi duruşmalı veya dosya üzerinden duruşmasız olarak yapılabilir. Duruşmasız inceleme yapılabilecek hâller kanunda sınırlıdır, dolayısıyla duruşmasız karar verilebilecek hâller dışında kural istinaf incelemesinin duruşmalı yapılmasıdır⁹⁶. Kanunda belirtilen hâllerde bölge adliye mahkemesi, istinaf incelemesini, duruşma ve esas hakkında herhangi bir inceleme yapmadan dosya üzerinden karar vererek yapabilir. Bu hâller HMK m. 353/1-a'da sayılan hâllerdir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-a maddesinde sayılan hâllerde bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine kesin olarak karar verir.

Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere, m. 353/1-a kapsamında verilecek kararlar kesindir, dolayısıyla temyiz edilemez. Hatta HMK m. 369

⁹⁶ E. Gökçe **Karabel**, "Kesin Olarak Verilen İstinaf Kararı Temyiz Edilebilir Mi?", İlamat Torbası, Editörler Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 67; Varol **Karaaslan**, "İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin İstinaf Kabiliyeti, Ceza Yargılamasının Hukuk Yargılaması Bakımından Bekletici Mesele Yapılması ve Hakimın Davayı Aydınlatma Ödevi Konularındaki Bir Kararının Değerlendirilmesi, İlamat Torbası, Editörler Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 55.

uyarınca kanunun açık hükmüne aykırılık hâlinde Yargıtay'ın temyiz sebepleri ile bağlı olmayıp inceleme yapabileceği düzenlemesinin 353/1-a kapsamında da geçerliliğinin olmadığı kabul edilmelidir⁹⁷. Zira 353/1-a hükmünde, verilen kararın kesin olduğu açıkça belirtilmektedir.

7251 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle yapılan değişiklik ile “mahkemeye uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış olması veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması” hâlinde bölge adliye mahkemesi, esas hakkında inceleme yapmadan kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir. Bu noktada aslında deliller toplanmış, değerlendirilmiş, ispat faaliyeti yürütülmüş fakat uyuşmazlığın çözümüne etkili olabilecek ölçüde önemli deliller toplanmamıştır. Bu düzenleme, zaten tartışmalarla başlayan istinaf uygulamasının aslında “küçük Yargıtay'cıklar” uygulaması hâline gelmesine sebep olabilecek bir düzenlemedir. Zira bu “uyuşmazlığın çözümüne etkili olabilecek ölçüde önemli” vasfının tartışılması gerekmektedir çünkü bu kavram muğlak bir kavramdır ve bu noktada, delilin uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek kadar önemli olup olmadığına delilin esasen incelemeyen ve duruşma da açılmadan nasıl değerlendirileceği sorusu akla gelmektedir.

Bölge adliye mahkemesi, bu delilin uyuşmazlığın çözümüne etkili bir delil olup olmadığına değerlendirmesini yaparken zaten işin esasına girmek durumunda kalacaktır. Diğer tüm delilleri tek tek değerlendirecek ve değerlendirmeye alınmayan delil eğer değerlendirilseydi ilk derece mahkemesi tarafından verilecek hüküm başka türlü olacaktı ise dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilecektir. Özellikle takdiri delillerde o delilin uyuşmazlığın çözümüne etkili olup olamayacağına değerlendirilmesi ayrı bir önemi haizdir. Kanaatimizce bu durumda esasa girilerek delillerin inceleneceği açıktır ve dosyanın ilk derece mahkemesine yeniden bir inceleme yapılması için gönderilmesi uygun olmasa da hukuk sistemimizde dar istinaf modeli benimsendiğinden vakıa ve delillerin kural olarak ilk derece mahkemesince değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde taraflar iki dereceli bir yargılama hakkından mahrum kalacaklardır⁹⁸. Ancak

⁹⁷ **Karabel**, Bölge Adliye Mahkemesi'nin Temyize Tabi Kararları, s. 4637.

⁹⁸ **Budak/Karaaslan**, s. 379.

kesin bir yargıda bulunmadan önce söz konusu değişiklikten önce madde- nin doktrinde ve uygulamadaki yansımalarının neler olduğunu değerlen- dirmekte fayda görülmektedir.

a. 7251 Sayılı Kanun Öncesi Durum

7251 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile yapılan değişiklikten önce; HMK m. 353/1-a, 6 uyarınca "*Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması*" hâlinde bölge ad- liye mahkemesi, verilen kararın kaldırılıp davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine duruşma yapmadan ke- sin olarak karar vermekteydi.

HMK m. 353/1-a, 6 uyarınca, verilen kararın kaldırılıp dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi, yargılamanın uzamasına sebep olacağı ve bunun da istinafin getiriliş amacına aykırılık teşkil ettiği eleşti- risinin yanı sıra istinafin hukukî denetimi aslî işlev görerek sanki bir tem- yiz rolü üstlendiği tartışmasını beraberinde getirmiştir. Söz konusu hü- kümde geçen "*Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gös- terdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç de- ğerlendirilmeden karar verilmiş olması*" hâli ise gerek doktrinde gerekse uygulamada farklı şekillerde değerlendirilmektedir.

1) Doktrinde Yapılan Değerlendirmeler

Doktrinde; ilk derece mahkemesinin gerekli delilleri toplamadığı, top- ladığı delillerin nitelik olarak davanın çözümü için yeterli olmadığı veya değerlendirmedeği ya da kararının gerekçesiz olduğu hâllerde bölge adliye mahkemesinin HMK m. 353/1-a, 6 uyarınca dosyayı ilk derece mahkeme- sine göndereceği şeklinde bir ayırım⁹⁹ yapılmasının yanı sıra asıl tartışma konusu delillerin sadece bir kısmının toplanmış veya sadece bir kısmının değerlendirilmiş olması hâlinde dosyanın ilk derece mahkemesine gönde- rilip gönderilemeyeceğidir.

⁹⁹ Cenk Âkil, "Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m.353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 38, 2019, s. 2.

Bir görüşe göre¹⁰⁰; HMK m. 353/1-a, 6'nın lafzı esas alınmalı ve bölge adliye mahkemesinin, delillerin ilk derece mahkemesince sadece bir kısmının toplanması veya sadece bir kısmının değerlendirilmesi hâlinde diğer delilleri toplayıp değerlendirmesi ve buna göre bir karar vermesi gerekmektedir. Zira kanununda açıkça, gösterilen delillerin “hiçbiri”nin toplanmaması veya “hiç” değerlendirilmemesinden bahsedilmektedir. Buna göre; deliller çok sınırlı da olsa toplanmış veya yetersiz de olsa değerlendirilmişse artık bölge adliye mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine gönderemeyecek, tahkikatı tamamlayarak dosyayı karara bağlayacaktır.

Uygulamada delillerin hiç toplanmamış veya toplanan delillerin hiç değerlendirilmemiş olması çok istisnaî bir durumdur ve HMK m. 353/1-a, 6'nın çok istisnaî hâllerde uygulanması gerektiği kanun koyucu tarafından bilinçli şekilde kabul edilmiştir, zira kanun koyucu ilk derece mahkemesinin yapmadığı işi istinaf mahkemesine yüklemek ve ilk derece mahkemesinin ihmalini göz ardı etmek istememiştir¹⁰¹. Aksi yönde bir görüşün kabulü hâlinde istinafta yaşanan iş yükü dolayısıyla BAM hâkimi salt üzerindeki yükü atmak için delillerin ilk derece mahkemesince hiç toplanmadığını veya toplanan delillerin hiç değerlendirilmediğini ileri sürerek dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderebilecektir¹⁰². Bu durumda ise hâlihazırda dosyanın istinaftan dönmesi için beklenen süreye bir de ilk derece mahkemesinin tekrar karar vermesi için beklenecek süre de eklenecektir, hele ki ilk derece mahkemesi yeterince delil toplayıp da karar verdiğini ileri sürerse bu süreç daha da uzayacaktır.

Diğer görüşe göre¹⁰³ HMK m. 353/1-a, 6'nın lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması, delillerin sadece bir kısmının değerlendirilmesi hâlinde dahi bölge adliye mahkemesinin ilk derece yargılamasındaki eksikleri giderip gerekli tüm delilleri toplayıp tahkikatı tamamlaması, bölge adliye mahkemesinin aslı işlevi olan denetim işlevini zayıflatacaktır. Zira istinaf mah-

¹⁰⁰ **Katayfçı**, s. 180; Hakan **Pekcamtez**, “Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanununun Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 32, S. 144, 2019, s. 414; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 336.

¹⁰¹ **Âkil**, HMK m.353/1-a-6, s. 13; **Pekcamtez**, s. 414; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 336.

¹⁰² Hakan **Pekcamtez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özkes**, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 150, 2020, s. 287.

¹⁰³ **Ermenek**, s. 10; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 338.

kemelerinin kendilerinden beklenen denetim görevini yerine getirebilmeleri, ilk derece mahkemelerinin kendi üstüne düşen tüm yükümlülükleri yerine getirmesine bağlıdır.

Yine benzer yönde bir görüşe göre¹⁰⁴ de Türk hukukunda sınırlı istinaf sistemi benimsenmiştir, dolayısıyla yargılamaya ilişkin gerekli hususları ilk derece mahkemesi yerine getirecektir. Bununla birlikte delillerin hiç toplanmaması veya hiç değerlendirilmemesine rastlamak pek mümkün olmayacağından bunlara ek olarak tahkikatın çok yetersiz yapılması hâlinde de dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi gerekmektedir. Zira tahkikatın hiç yapılmaması ile yetersiz yapılmasının ulaşılan sonuç bakımından bir farkı bulunmamaktadır. Sadece kanunun lafzı dikkate alındığında bölge adliye mahkemesi ileri sürülen örneğin on delilden sadece birinin toplanması hâlinde, dosyayı ilk derece mahkemesine gönderemeyecek ve tüm eksiklikleri giderip dosyayı karara bağlamak zorunda kalacaktır. Oysa istinaf mahkemelerinin, ilk derece mahkemelerinin yerine geçip ilk derece yargılamasında toplanması gereken delilleri toplaması, değerlendirilmesi gereken delilleri değerlendirmesi ve buna göre bir karar vermesi iki dereceli yargılanma hakkının da ihlâli anlamına gelmektedir.

2) Üst Mahkemelerce Yapılan Değerlendirmeler

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 353/1-a, 6 hükmü; ilk derece mahkemesinin önüne gelen delilleri ne ölçüde değerlendirildiğine ilişkin olarak üst mahkemelerce farklı şekilde yorumlanmıştır. Öyle ki genellikle, bölge adliye mahkemeleri söz konusu hükmü geniş yorumlamayı tercih etmiş¹⁰⁵; Yargıtay ise kanunun lafzına bağlı kalmak suretiyle, delillerin az da olsa toplanmış olması durumunda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmeyerek noksanlığın bizzat bölge adliye mahkemesi tarafından

¹⁰⁴ Budak/Karaaslan, s. 400; Varol Karaaslan, "HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 37, 2017, s. 234.

¹⁰⁵ İzmir BAM 2. HD., E. 2017/690, K. 2017/538, 24.03.2017, <https://legalbank.net>, E.T. 02.04.2022; Gaziantep BAM 8. HD., E. 2017/2503, K. 2019/200, 29.01.2019, www.lexpera.com.tr, E.T. 02.04.2022; İzmir BAM 14. HD., E. 2019/615, K. 2020/588, 24.06.2020, www.lexpera.com.tr, E.T. 02.04.2022, İstanbul BAM 15. HD., E. 2020/907, K. 2020/732, 13.07.2020, <http://emsal.uyap.gov.tr>, E.T. 02.04.2022.

tamamlanması gerektiğini belirtmiş ve hükmü dar yorumlamıştır¹⁰⁶. Bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay arasındaki bu görüş farklılığının sebebi, aslında istinafin yeni bir temyiz merci olup olmadığı sorununun da temelini oluşturmaktadır. Zira istinaf, bir maddî vakıa denetimi merci olarak kabul edildiğinden delilleri toplama, değerlendirme ve buna uygun karar verme görevi de bölge adliye mahkemelerinin kabul edilmektedir.

b. 7251 Sayılı Kanun Sonrası Durum

Hâlihazırda HMK m. 353/1-a, 6 uyarınca “*mahkemece uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış olması veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması*” hâlinde bölge adliye mahkemesi, esas hakkında inceleme yapmadan kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verecektir.

Burada delillerin toplanmaması veya gösterilen delillerin değerlendirilmemesinden bahsedilmiş olsa da doktrinde, tahkikatın ilk derece mahkemesince yetersiz yapılmış olmasında da bu hükmün uygulanacağı kabul edilmektedir. Kaldı ki 7251 sayılı kanunla getirilen değişikliklerle, kanun koyucu da bu yönde bir irade ortaya koymuştur. Bu noktada aslında deliller toplanmış, değerlendirilmiş, ispat faaliyeti yürütülmüş fakat uyuşmazlığın çözümüne etkili olabilecek ölçüde önemli deliller toplanmamıştır.¹⁰⁷

7251 sayılı Kanun’un 35. maddesi ile yapılan değişikliğin bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay’ın vereceği kararlara etkisinin ne olacağını zaman gösterecektir. Ancak değişiklikten sonra çıkan kararlarda “*önemli delil*” ibaresini de dikkate almak suretiyle bölge adliye mahkemeleri, eksik delillerin toplanması ve incelemenin yeniden yapılması amacıyla dosya-

¹⁰⁶ Yarg. 2. HD., E. 2017/5594, K. 2017/13799, 04.12.2017, <https://legalbank.net>, E.T. 02.04.2022; Yarg. 4. HD., E. 2018/791, K. 2018/4655, 31.05.2018, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 02.04.2022; Yarg. 8. HD., E. 2017/10808, K. 2018/14928, 04.07.2018, www.kazanci.com.tr, E.T.02.04.2022; Yarg. 5. HD., E. 2018/7914, K. 2019/21019, 19.12.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 02.04.2022) Yarg. 5. HD., E. 2020/2025, K. 2020/4996, 11.06.2020, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 02.04.2022.

¹⁰⁷ **Âkil**, HMK m.353/1-a-6, s. 10; **Budak/Karaaslan**, s. 401; **Ercan**, s. 904; **Karabel**, Bölge Adliye Mahkemesi’nin Temyize Tabi Kararları, s. 4638.

nın ilk derece mahkemesine gönderilmesine; Yargıtay ise dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmeyerek noksanlığın bizzat bölge adliye mahkemesi tarafından tamamlanması gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu kararlarda delillerin önemli olup olmadığı nitelendirmesinin neye dayanarak yapıldığı ise açıklanmamıştır¹⁰⁸. Bu kararlar da dikkate alındığında kanun koyucu aslında, uygulamada bölge adliye mahkemelerince kabul edilen ve uygulanan fiilî durumu, hukukî hâle getirmiştir.

2. Kanaatimiz

Kanaatimizce bu düzenleme, zaten tartışmalarla başlayan istinaf uygulamasının aslında “*küçük Yargıtay’cıklar*” uygulaması hâline gelmesine sebep olabilecek bir düzenlemedir. Zira bu “*uyuşmazlığın çözümüne etkili olabilecek ölçüde önemli*” vasfının tartışılması gerekecektir. Çünkü bu kavram muğlak bir kavramdır ve bu noktada, delilin uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek kadar önemli olup olmadığının, delilin esasen incelemeyen ve duruşma da açılmadan nasıl değerlendirileceği sorusu aklı gelmektedir. Değişiklik sonrası çıkan Yargıtay kararları incelendiğinde de delillerin “*uyuşmazlığın çözümüne etkili olabilecek ölçüde önemli*” olup olmadığı değerlendirmesini yaparken kararlarda herhangi bir gerekçe de yazılmadığı, sadece kanun maddesinden bahsedildiği görülmektedir¹⁰⁹.

¹⁰⁸ İstanbul BAM 44. HD., E. 2020/2005, K. 2020/109, 01.10.2020, www.lexpera.com.tr, E.T. 02.04.2022; Sakarya BAM 9. HD., E. 2019/1810, K. 2020/119, 06.10.2020, www.lexpera.com.tr, E.T. 02.04.2022; Yarg. 5. HD., E. 2020/3760, K. 2021/1081, 08.02.2021, https://karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 02.04.2022.

¹⁰⁹ “*İlk derece mahkemesince tarafların gösterdikleri delillerin çoğu toplandığından Hukuk Muhakemeleri Kanununun 353/1-a-6 maddesi uyarınca eksik hususların ikmalî için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi doğru olmadığı gibi, eksik delillerin toplanması hususunda özellikle HMK’nın 353, 354 ve 373 maddeleri ele alındığında da kanundaki düzenleme karşısında bölge adliye mahkemesinde verilen kararın yerinde olmadığı anlaşılmaktadır. ... Yukarıda verilen hükümler değerlendirildiğinde; eksik delillerin bölge adliye mahkemesince toplanması gerektiğinden bölge adliye mahkemesince toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonuca göre bir karar vermesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığı...*” bkz. Yarg. 5. HD., E. 2019/12004, K. 2020/10825, 03.12.2020, www.lexpera.com.tr, E.T. 02.04.2022; “*...Yukarıda belirtilen hükümler değerlendirildiğinde eksik delillerin bölge adliye mahkemesince toplanması gerektiğinden bölge adliye mahkemesince toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. ...*” bkz. Yarg. 5. HD., E. 2020/1053, K. 2020/10345, 25.11.2020, www.lexpera.com.tr, E.T. 02.04.2022.

Her ne kadar bölge adliye mahkemelerine önlerine gelen dosyada delillerin ne ölçüde değerlendirildiğine ilişkin olarak bir takdir hakkı verilmesi gerektiği savunulmuşsa da¹¹⁰ bölge adliye mahkemesi, söz konusu delillerin uyuşmazlığın çözümüne etkili olup olmadığını değerlendirmesini yaparken zaten işin esasına girmek durumunda kalacaktır, diğer tüm delilleri tek tek değerlendirecek ve değerlendirmeye alınmayan delil eğer değerlendirilseydi ilk derece mahkemesi tarafından verilecek hüküm başka türlü olacaktı ise dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilecektir. Özellikle takdiri delillerde o delilin uyuşmazlığın çözümüne etkili olup olamayacağının değerlendirilmesi ayrı bir önemi haizdir.

Kanaatimizce, söz konusu delillerin uyuşmazlığın çözümüne etkili olup olmadığını değerlendirmesini yaparken delillerin dosyanın esasına girilerek inceleneceği açıktır. Bu durumda ise HMK m. 353/1-a'da düzenlenen ve gönderme kararını gerektiren hâllerin çok temel usûl hataları olduğu ve bu aşamada istinaftan beklenenin usûlî bir denetim olduğu değerlendirildiğinde, istinafin işlevi saptırılmış ve istisnaî bir düzenleme olan söz konusu hükmün yorumu ve uygulama alanı genişletilmiş olacaktır.

İstinafta ilk derece yargılamasındaki tüm eksikliklerin tamamlanması, ilk derece yargılamasını zayıflatıcı niteliktedir. Zira bu durumda ilk derece mahkemesi hâkimlerinin istinafta tamamlanacağı düşüncesi ile yeterince inceleme de yapmadan eksik veya hatalı kararlar vermesi kaçınılmazdır. Bunun yanı sıra ufak bir usûlî eksiklik dolayısıyla dosyanın incelenmesizin ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi de, temelde, istinaf incelemesini; sanki maddî vakıa denetimi merci değilmişçesine temyize dönüştürür ve kanun yollarının erteleyici etkisinden dolayı hükmün kesinleşmesi gecikeceğinden makul sürede yargılanma hakkının ihlali ve usûl ekonomisi ilkesine aykırılık sonucunu doğurur¹¹¹. Söz konusu hüküm ve bu hükmeye dayalı yapılan incelemeler, istinafin asıl işlevini ihlal eden ve istinafi temyize yakınlaştıran bir hükümdür ve üç aşamalı yargılama sisteminde, mahkemeler arası yerleşmiş bir görev dağılımının olmaması,

¹¹⁰ **Âkil**, HMK m.353/1-a-6, s. 14; **Karaaslan**, HMK m. 353/1-a, s. 236; Kaldı ki değişiklikten sonra da bu takdir hakkının tanındığı söylenemez. bkz. Cenk **Âkil**, “22.07.2020 Kabul Tarihli ve 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlar Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun İle İstinafa İlişkin Olarak Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 45, Y. 12, 2021, s. 431.

¹¹¹ Nesibe **Kurt Konca**, Güven Veren ve Erişilebilir Adalet Vizyonunda Üçüncü Yargı Paketi, 1. Bası, TurkuvaZ Haberleşme ve Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2020, s. 43.

Yargıtay'ın çok sayıda bozma kararı vermesine, dolayısıyla yargılamanın uzamasına neden olacaktır.

Tüm bu hususlara ek olarak bölge adliye mahkemelerinin sayısı, iş yükü ve faaliyet alanlarının bölgesel oluşu dikkate alındığında bölge adliye mahkemesinin delil toplarken sık sık istinabe yoluna başvurmak durumunda kalacağı açıktır. Bir davada doğru ve hakkaniyete uygun sonuca ulaşılabilmesi için ise hâkimin delili bizzat toplaması ve değerlendirmesi elzemdir. İstinabe, zorunlu hâllerde başvurulması gereken bir yol olarak kabul edilmelidir. Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin yerine davayı aydınlatmak adına (neredeysen) tüm delilleri istinabe yoluyla toplaması, delillerin doğrudanlığı ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Delillerin istinabe yoluyla elde edilmesi aynı zamanda daha çok masraf yapılmasına ve yargılamanın uzamasına sebep olacağından usûl ekonomisi açısından da uygun görülmemektedir. Bununla birlikte neredeyse her istinaf sürecinde delillerin istinabe yoluyla toplanmasının adil yargılanmayı da tehlikeye düşüreceği kabul edilmelidir.¹¹²

Hükümde geçen öznel bir ifade çerçevesinde verilecek kararın temyize tabi olmamasının da uygulamada ayrıca sorunlar doğuracağı açıktır. Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere, m. 353/1-a kapsamında verilecek kararlar kesindir, dolayısıyla temyizi kabil değildir. HMK m. 353/1-a hükmünde, açıkça, verilen kararın kesin olduğunu belirtildiğinden HMK m. 369 uyarınca kanunun açık hükmüne aykırılık hâlinde Yargıtay'ın temyiz sebepleri ile bağlı olmayıp inceleme yapabileceği düzenlemesinin m. 353/1-a kapsamında geçerliliğinin de olmadığı kabul edilmelidir. Bu sebeple, öznel bir ifadeye dayalı yapılan inceleme sonucu verilen kararın kesin olması da ilk derece mahkemelerinin kararının kaldırılıp yeniden hüküm ittihazi için dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi de sistemin bütünüyle uyuşmaması sebebiyle tartışmalıdır¹¹³.

SONUÇ

Türk hukuk sisteminde istinaf kanun yolunun mevcudiyeti her dönemde tartışmalara sebep olmuş ve iki aşamalı bir yargılamadan iki dere-

¹¹² Budak/Karaaslan, s. 78; Âkil, 7251 Değişikliklerinin Değerlendirilmesi, s. 425.

¹¹³ Karabel, Kesin Olarak Verilen İstinaf Kararı Temyiz Edilebilir Mi?, s. 71.

celi ve üç aşamalı yargılamaya geçilmesi uzun müddet eleştirilmiştir. Uygulamada ve teoride halâ tartışılan bu konu, her geçen gün daha da farklı boyutlara evrilmektedir.

İstinaf kanun yolu, Türk hukuk sisteminde sınırlı olarak kabul edilmiştir. Yani istinaf yargılaması, istinaf dilekçesine gösterilen istinaf gerekçeleriyle sınırlıdır. Türk hukukuna istinafin getiriliş amacı bakımından da sınırlı istinafin uygulanması yerindedir zira asıl amaç yargılamada meydana gelebilecek hataların usul ekonomisine bağlı kalarak düzeltilmesi ve adil yargılanma hakkının teminini sağlamaktır.

7251 sayılı kanunla yapılan değişiklikle istinaf kanun yolunun aslında temyiz yargılamasına bir kaim olarak getirildiği eleştirisi daha da kuvvetli dillendirilmeye başlanmıştır. Zira HMK m. 353/1-a,6'ya getirilen bu düzenleme ile uyuşmazlığın çözümüne etkili olabilecek ölçüde “önemli” bir delilin ilk derece mahkemesince dikkate alınmamasının doğru olup olmadığı incelenmesi, bölge adliye mahkemesi tarafından duruşma yapılmaksızın karara bağlanacaktır. Ve eğer delilin önemli olduğu kanaatine varılırsa dosya tekrar incelenmesi için ilk derece mahkemesine gönderilecektir. Bölge adliye mahkemesi, bu delilin uyuşmazlığın çözümüne etkili bir delil olup olmadığının değerlendirmesini yaparken zaten işin esasına girmek durumunda kalacaktır. Kanaatimizce, düzenleme gereği dosyanın esasına girilerek delillerin inceleneceği açıktır ve ilk derece mahkemesine yeniden bir inceleme yapılması için gönderilmesi uygun olmasa da hukuk sistemimizde dar istinaf modeli benimsendiğinden vakıa ve delillerin kural olarak ilk derece mahkemesince değerlendirilmesi gerekmektedir, aksi hâlde taraflar iki dereceli bir yargılama hakkından mahrum kalacaklardır. Fakat bu durum istinafin maddî vakıa denetiminden ziyade hukuka uygunluk denetimi fonksiyonunu öne çıkarmakta ve istinaf uygulamasını temyiz uygulamasına yaklaştırmaktadır. Bu sonuç da istinaf sisteminin getirilme amacına uygun düşmemektedir.

İstinafin, ülkemizde yargıdaki yükün hafiflemesine hizmet edeceğine yönelik temennilerin, ne şekilde karşılık bulduğu ve istinaftan beklenen yararın sağlanıp sağlanmadığı sorularının cevabı farklı şekillerdedir. Her ne kadar istinafin amacı, yargının işleyişini daha etkin kılmak olsa da günümüzde bölge adliye mahkemelerinin bu çizgide olmadığını kabulü gerekmektedir.

İstinafin Türk hukuk sistemine dahil oluşu ile yargılama, beklenenin aksine daha da uzamış, dosyalar bir üst mahkemeden dönmez olmuştur.

Kaldı ki istinaf hâkimlerinin verdiği kararlar da tatmin edici nitelikte değildir. Bu bağlamda, istinafın aslında yargıya bir kambur olduğu eleştirisi haksız görülmemelidir. İstinafın yargılamayı uzatan, hukuk birliğini bozan bir hukukî yol olarak görülmekten kurtarılması gerekmektedir. Aksi takdirde istinafın noterlere karşı haksız rekabet oluşturduğu düşüncesi her geçen gün daha da kabul görecektir.

Genel olarak değerlendirildiğinde; yargıdaki iş yükü ve ilk derece yargılamalarında ortaya çıkabilecek hataların düzeltilmesi gibi nedenlerden doğan ihtiyaç, Yargıtay'daki hukuk dairelerinin sayılarını artırmak yerine istinaf kanun yolunun hukuk sistemimize entegre edilmesiyle karşılanmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla istinaf kanun yolunun uygulamada yeni temyiz merci ihtiyacından kaynaklanmadığı görülmektedir. Buna karşın kanun koyucunun ortaya koyduğu irade ile uygulamada bazı çelişkiler ortaya çıkmaktadır. Fakat bu durum, istinafın bir yeni temyiz mahkemesi olarak yorumlanması için yeterli görülmemelidir. Zira unutulmalıdır ki bölge adliye mahkemelerinin aslî fonksiyonu hukukî ve maddî denetimi gerçekleştirmek iken; Yargıtay'ın aslî fonksiyonu hukuka uygunluk denetiminin gerçekleştirilmesi ve hukuk birliğinin sağlanmasıdır.

KAYNAKÇA

Acar, Fatih. Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Yargı Teşkilatında Yapılan Reformlar ve İstinaf Mahkemeleri. Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi SBE, 2008.

Âkil, Cenk. “22.07.2020 Kabul Tarihli ve 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlar Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun İle İstinafa İlişkin Olarak Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. S. 45, Y. 12, 2021, s. 417-436, (7251 Değişikliklerinin Değerlendirilmesi).

Âkil, Cenk. “Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m.353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. S. 38, Ankara 2019, s. 1-17, (HMK m.353/1-a-6).

Akkaya, Tolga. Medenî Usûl Hukukunda İstinaf. 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Akşener, Haşmet Sırrı. “İstinaf Olağan Kanun Yolu ve 5235 Sayılı Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkilerini Düzenleyen Kanun Üzerine Bir İnceleme”. Legal Hukuk Dergisi. S. 26, İstanbul 2005, s. 611-627.

Alangoya, H. Yavuz/**Yıldırım**, M. Kâmil/**Deren Yıldırım**, Nevhis. Medenî Usul Hukuku Esasları. 6. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 2006.

Albayrak, Adem. İstinaf. Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2016.

Arslan, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema. Medenî Usul Hukuku. 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Atalı, Murat/**Ermenek**, İbrahim. Medenî Usûl Hukuku. 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Belgesay, Mustafa Reşit. “Üst Mahkemeler Teşkilâtı ve Temyiz Usulünde Tadilat Lüzumu”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası. C. XIV, S. 3-4, İstanbul 1948, s. 631-643.

Budak, Ali Cem. “1879 Tarihli Eski Medeni Usul Kanunumuza Göre İstinaf Mahkemesinin Dosyayı İlk Derece Mahkemesine Göndermesi”. İlamat Torbası, Editörler, Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 25-37.

Budak, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol. Medenî Usul Hukuku. 4. Bası, Adalet Kitabevi, Ankara 2020.

Çalışkan, Osman. “Ülkemizde İstinaf Mahkemelerinin Tarihi Sürecine Bir Bakış”. Legal Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi. C. 3, S. 6, 2007, s. 69-73.

Deren Yıldırım, Nevhis. “İstinafın Olası Sorunları”. Legal Hukuk Dergisi. C. VIII, S. 20, İstanbul 2016, s. 443-458.

Ercan, İsmail. Uygulamacılar İçin Medeni Usul El Kitabı. 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Erem, Faruk. “İstinaf Mahkemeleri”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. VII, S. 12, Ankara, 1950, s. 9-17.

Ermenek İbrahim. İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı, www.izmirbarosu.org.tr, E.T. 08.11.2021.

Gaier, Reinhard. “İstinaf Yargılamasında Dava Malzemesi”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Çev. Cenk Âkil, C. 61, S. 1, Ankara 2012, s. 417-428.

Güneş, Şule. Medeni Usul Hukukunda İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar ve Sonuçları. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2019.

Karaaslan, Varol. “HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 22, S. 37, 2017, s. 219-239, (HMK m. 353/1-a).

Karaaslan, Varol. “İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin İstinaf Kabiliyeti, Ceza Yargılamasının Hukuk Yargılaması Bakımından Bekletici Mesele Yapılması ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Konularındaki Bir Kararının Değerlendirilmesi”. İlamat Torbası, Editörler, Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 39-56.

Karabel, E. Gökçe. “Bölge Adliye Mahkemesi’nin Temyize Tabi Kararları”. Legal Hukuk Dergisi. C. XVI, S. 190, İstanbul 2018, s. 4613-4678, (Bölge Adliye Mahkemesi’nin Temyize Tabi Kararları).

Karabel, E. Gökçe. “Kesin Olarak Verilen İstinaf Kararı Temyiz Edilebilir Mi?”. İlamat Torbası, Editörler, Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 57-72, (Kesin Olarak Verilen İstinaf Kararı Temyiz Edilebilir Mi?).

Karşlı, Abdürrahim. Medeni Muhakeme Hukuku. 4. Bası, Alternatif Düşünce Yayınevi, İstanbul 2014.

Katayıfçı, Derya Ece. Yargı Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda İstinaf. 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Konuralp, Hâluk. “Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 50, S. 1, Ankara 2001, s. 25-39.

Kurt Konca, Nesibe. Güven Veren ve Erişilebilir Adalet Vizyonunda Üçüncü Yargı Paketi. 1. Bası, Turkuvaz Haberleşme ve Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2020.

Kuru, Baki. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı. 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Kuru, Baki. Medenî Usul Hukuku El Kitabı İkinci Cilt. 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Memişoğlu, Özgür. “Hukuk Yargılamasında İstinafa Başvuru Usulü ve İstinafta Yeni Vaka ve Delillere Dayanılması”. Legal Hukuk Dergisi. C. X, S. 113, İstanbul 2012, s. 73-121.

Özekes, Muhammet. Sorularla Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz). 1. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008.

Pekcanitez, Hakan. “Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanununun Değerlendirilmesi”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. C. 32, S. 144, 2019, s. 387-419.

Pekcanitez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. S. 150, 2020, s. 247-299.

Pekcanitez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet. Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı. 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

Pekcanitez, Hakan/**Taş Korkmaz**, Hülya/**Özekes**, Muhammet/**Akkan**, Mine. Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku 3. Cilt. 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Roth, Herbert. “Medeni Yargılamada Yeni Kanun Yolu Hukuku ve İstinaf Derecesi ve Somut Olay Adaleti”. Ankara Barosu Dergisi. Çev. Cenk Akil, S. 2, Y. 2, Ankara 2010, s. 113-124.

Ruhi, Ahmet Cemal. Adli Yargıda İstinaf ve Temyiz. 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Şahin, Çağatay Serdar. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca İstinaf Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi/Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan. C. XXI, Özel Sayı, İzmir 2019, s. 2659-2701.

Şensoy, Naci. “İstinaf”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası. C. XII, S. 4, İstanbul 1946, s. 1058-1072.

Taşpolat Tuğsavul, Melis. “İstinaf İncelemesi Sonucu Verilebilecek Kararlar”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. S. 134, Ankara 2018, s. 313-354.

T.C. Adalet Bakanlığı Yayını. Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı. Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Ankara 2007.

Teomete Yalabık, Fulya. “İstinafsız Bir Temyiz, Temyiz Midir?”. Legal Hukuk Dergisi. C. XVI, S. 19, İstanbul 2011, s. 55-84.

Vigneau, Vincent. “Fransız Yargı Yapılanmasında İstinaf Mahkemeleri”, Türkiye Cumhuriyeti’nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı, (Ankara, Türkiye, 2-3 Mart 2006), T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2007, s. 69-83.

Yıldırım, M. Kâmil. Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf. Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://abgm.adalet.gov.tr>.

<https://adlisicil.adalet.gov.tr>.

<http://emsal.uyap.gov.tr>

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

<https://legalbank.net>.

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr>.

<https://publicsearch.coe.int>.

<https://sozluk.gov.tr>.

<https://www.osmaniyebarusu.org.tr>.

<https://www.lexpera.com.tr>.

<https://www.uni-trier.de>.

www.hsk.gov.tr.

www.hukuki.net.

www.izmirbarosu.org.tr.

www.kazanci.com.tr.

www.sinerjimevzuat.com.tr.