

PERIODICUM IURIS

Cilt / Volume: 1 Sayı / Issue: 1 Yıl / Year: 2023 ISSN: 2980-0889 e-ISSN: 2980-0625



*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi*

PERIODICUM IURIS

*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi*

*Cilt/Volume: 1 Sayı/Issue: 1 Yıl/Year: 2023
ISSN: 2980-0889 e-ISSN: 2980-0625*





Yayın Sahibi ve Temsilcisi

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Prof. Dr. Kamil Çolak

Sorumlu Müdür

Prof. Dr. Alpay Hekimler

Baş Editör

Prof. Dr. Kemal Şenocak

Editörler

Prof. Dr. Alpay Hekimler
Doç. Dr. Pelin Karaaslan
Dr. Öğr. Üyesi Elif Çelik
Dr. Öğr. Üyesi Bilge Aytuğar
Dr. Öğr. Üyesi Eylem Baş

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Furkan Yılmaz
Arş. Gör. Gökberk Atacan
Arş. Gör. Kübra Nur Kırallı
Arş. Gör. Sefa Mert Katiç

Tasarım

Prof. Dr. Şirin Şengel
Arş. Gör. Safa Akalay

İletişim

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Meşelik Kampüsü Büyükdere Mahallesi Prof. Dr. Nabi Avcı
Bulvarı No: 4 Odunpazarı/Eskişehir

+90 (222) 239 3750/4711

periodicumius@gmail.com



Publisher and Representative

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Prof. Dr. Kamil Çolak

Managing Director

Prof. Dr. Alpay Hekimler

Editor-In-Chief

Prof. Dr. Kemal Şenocak

Editors

Prof. Dr. Alpay Hekimler
Doç. Dr. Pelin Karaaslan
Dr. Öğr. Üyesi Elif Çelik
Dr. Öğr. Üyesi Bilge Aytuğar
Dr. Öğr. Üyesi Eylem Baş

Co-Editors

Arş. Gör. Furkan Yılmaz
Arş. Gör. Gökberk Atacan
Arş. Gör. Kübra Nur Kırallı
Arş. Gör. Sefa Mert Katiç

Design

Prof. Dr. Şirin Şengel
Arş. Gör. Safa Akalay

Contact

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Meşelik Kampüsü Büyükdere Mahallesi Prof. Dr. Nabi Avcı
Bulvarı No: 4 Odunpazarı/Eskişehir

+90 (222) 239 3750/4711

periodicumius@gmail.com

Yayın Kurulu (Editorial Board)

Prof. Dr. Mustafa Aksu

- aksum@istanbul.edu.tr, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ali Cem Budak

- acbudak@ticaret.edu.tr, İstanbul Ticaret Üniversitesi

Prof. Dr. Hayrettin Çağlar

- hayrettin.caglar@hbv.edu.tr, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi

- goztepe@bilkent.edu.tr, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Marc Engelhart

- marc.engelhart@hm.edu, Universität München

Prof. Dr. Alpay Hekimler

- alpay.hekimler@ogu.edu.tr, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi

Prof. Dr. Osman İsfen

- osman.isfen@fernuni-hagen.de, Fernuniversität

Prof. Dr. Olivier Leclerc

- olivier.leclerc@univ-st-etienne.fr, Universit s Jean Monnet et Lyon 2

Doç. Dr. Roberta Marini

- roberta.marini@uniroma2.it, Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Prof. Dr. Ahmet Mumcu

- ahmet.mumcu@ufuk.edu.tr, Ufuk Üniversitesi

Prof. Dr. Seldağ Güneş Peschke

- speschke@ybu.edu.tr, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Margherita Paola Poto

- margherita.p.poto@uit.no, The Arctic University of Norway

Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

- bilgint@bilkent.edu.tr, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü

- tutuncu@istanbul.edu.tr, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Oktay Uygun

- oktay.uygun@yeditepe.edu.tr, Yeditepe Üniversitesi

Prof. Dr. Gülriz Uygur

- guygur@ankara.edu.tr, Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Ali Yarayan

- yarayan@yarayan.com, Nurnberg Universität

Danışma Kurulu **(Advisory Board)**

Prof. Dr. Şebnem Akipek • *TED Üniversitesi*

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Jörg Albrecht • *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and*

Law **Prof. Dr. Lorena Bachmaier** • *Universidad Complutense*

Prof. Dr. Başak Baysal • *Kadir Has Üniversitesi*

Doç. Dr. Salvatore Cristaldi • *Università degli Studi di Enna- "Kore"*

Assist. Prof. Hossein Gholami • *Allameh Tabatabai University*

Dr. Christos Kypraios • *Oxford University, Bonovero Institute, Research Manager*

Prof. Dr. Susana Sánchez Ferro • *Universidad Autónoma de Madrid*

Dr. Michael Kilchling • *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Senior researcher*

Dr. Turkan Ertuna Lagrand • *Erasmus University School of Social and Behavioural Science, Senior Lecturer*

Assist. Prof. Firouz Mahmoudi • *University of Tehran*

Dr. Johanna Rinceanu • *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Senior*

Researcher **Prof. Dr. Stefano Ruggeri** • *Università di Messina*

Prof. Dr. Gianluca Ruggiero • *Università del Piemonte Orientale*

Dr. Dr. Silvia Tellenbach • *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Senior*

Researcher **Doz. Dr. iur. Erhan Temel, LL.M.** • *Universität Augsburg*

Prof. Dr. Salvatore Randazzo • *Università di LUM-Bari*

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel • *İstanbul Medipol Üniversitesi*

Prof. Dr. Haluk Nami Nomer • *İstanbul Üniversitesi*

Prof. Dr. K. Emre Gökyayla • *Bahçeşehir Üniversitesi*

Prof. Dr. Fulya Erlüle • *Marmara Üniversitesi*

Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir • *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi*

Hakkında

Periodicum Iuris, **uluslararası** ve **hakemli** bir dergidir. Dergide, hukuk ve hukukla ilişkili alanlarda yazılmış, yerel ve evrensel literatüre yenilik katmak amacıyla olan, orijinal ve bilimsel çalışmalara yer verilir. Dergimiz, ocak ve temmuz aylarında olmak üzere yılda iki (2) sayı olarak elektronik ve basılı şekilde yayımlanır.

Dergiye gönderilen tüm çalışmalar, gerekli hâllerde yayın kurulunun da görüşü alınmak suretiyle Dergi Editoryası tarafından ön incelemeye tabi tutulur. Derginin bilimsel yayıncılık standartları gereğince uygun bulunduğu makaleler ancak bu süreçten sonra hakem incelemesine gönderilir.

Etik İlkeler

Periodicum Iuris'te takip edilen makale kabul ve yayın süreçleri, bilginin tarafsız ve saygın bir şekilde gelişimine ve dağıtımına temel teşkil etmektedir. Bu doğrultuda uygulanan süreçler, yazarların ve yazarları destekleyen kurumların çalışmalarının kalitesine doğrudan yansımaktadır. Hakemli çalışmalar bilimsel yöntemi somutlaştıran ve destekleyen çalışmalardır. Bu noktada sürecin bütün paydaşlarının (yazarlar, okurlar ve araştırmacılar, yayıncı, hakemler ve editörler) etik ilkelere yönelik standartlara uyması önem taşımaktadır. Derginin yayın etiği kapsamında tüm paydaşlarının aşağıdaki etik sorumlulukları taşıması beklenmektedir. Aşağıda yer alan etik görev ve sorumluluklar oluşturulurken açık erişim olarak Committee on Publication Ethics (COPE) tarafından yayımlanan rehberler ve politikalar dikkate alınmıştır.

Yazarların Etik Sorumlulukları

Dergiye makale gönderen yazar(lar)ın aşağıdaki etik sorumluluklara uyması beklenmektedir:

- Yazar(lar)ın gönderdikleri çalışmaların özgün olması, yazar(lar)ın başka çalışmalardan yararlanması veya başka çalışmaları kullanmaları durumunda eksiksiz ve doğru bir biçimde atıfta bulunmaları ve/veya alıntı yapmaları gerekmektedir. Ayrıca yazar(lar) kör atıftan da kaçınılmalıdır. Makaleler, derginin belirlemiş olduğu yazım kuralları ve kaynak gösterme biçimlerine uygun olarak hazırlanmalıdır. Bu çerçevede yazar(lar)ın gönderdikleri çalışmalar intihal, sahtecilik, çarpıtma gibi etik ihlallerden arınmış olmalı ve Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'ne uygun olmalıdır.
- Makalenin yazar(lar)ı eksiksiz ve doğru bir biçimde belirtilmelidir. Makalenin yazar(lar)ı olduğu belirtilen tüm kişilerin çalışmaya doğrudan ve "fikri" bir katkısı bulunmalıdır. Fikri katkı sunmadan çalışmaya başka şekillerde destek sağlayan kişilerin isimleri ve sundukları katkının niteliği çalışmada belirtilmelidir.
- Dergiye gönderilen yazılar, daha önce yayımlanmamış ve Periodicum Iuris dışında bir dergiye eş zamanlı olarak yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Daha önce, ulusal ya da uluslararası kongre ya da sempozyumlarda sunulmuş ve özeti yayımlanmış çalışmalar, bu nitelikleri belirtilerek dergiye gönderilebilir.
- Yayımlanmak üzere gönderilen tüm çalışmaların varsa çıkar çatışması teşkil edebilecek durumları ve ilişkileri açıklanmalıdır.
- Yazar(lar)dan değerlendirme süreçleri çerçevesinde makalelerine ilişkin ham veri talep edilebilir, böyle bir durumda yazar(lar) beklenen veri ve bilgileri editörler kurulu ve bilim kuruluna sunmaya hazır olmalıdır.
- Yazar(lar) kullanılan verilerin kullanım haklarına, araştırma/analizlerle ilgili gerekli izinlere sahip olduğuna veya deney yapılan deneklere yönelik izin prosedürlerini gerçekleştirdiğini gösteren belgeye sahip olmalıdır.
- Yazar(lar)ın yayımlanmış, erken görünüm veya değerlendirme aşamasındaki çalışmasıyla ilgili bir yanlış ya da hatayı fark etmesi durumunda, dergi editörünü veya yayıncıyı bilgilendirme, düzeltme veya geri çekme işlemlerinde editörle iş birliği yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.
- Yazarlar çalışmalarını aynı anda birden fazla derginin başvuru sürecinde bulunduramaz. Her bir başvuru, önceki başvurunun tamamlanmasını takiben başlatılabilir. Başka bir dergide yayımlanmış çalışma Periodicum Iuris'e gönderilemez.
- Değerlendirme süreci başlamış bir çalışmanın yazar sorumluluklarının değiştirilmesi (Yazar ekleme, yazar sırası değiştirme, yazar çıkartma gibi) teklif edilemez.

Etik kurallar çerçevesinde; dergide değerlendirilmesi için Etik Kurul İzni gerektiren araştırmalar aşağıdaki gibidir:

- Anket, mülakat, odak grup çalışması, gözlem, deney, görüşme teknikleri kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel ya da nicel yaklaşımlarla yürütülen her türlü araştırmalar,
- İnsan ve hayvanların (materyal/veriler dahil) deneysel ya da diğer bilimsel amaçlarla kullanılması,
- İnsanlar üzerinde yapılan klinik araştırmalar,

- Hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalar,
 - Kişisel verilerin korunması kanunu gereğince retrospektif çalışmalar.
- Bu çerçevede dergimizde değerlendirmeye alınacak çalışmalarda;
- Olgu sunumlarında "Aydınlatılmış Onam Formu"nun alındığının belirtilmesi,
 - Başkalarına ait ölçek, anket, fotoğrafların kullanımı için sahiplerinden izin alınması ve bunun belirtilmesi,
 - Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

Editörün Etik Görev ve Sorumlulukları

Dergi editöryası, açık erişim olarak Committee on Publication Ethics (COPE) tarafından yayınlanan "COPE Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors" ve "COPE Best Practice Guidelines for Journal Editors" rehberleri temelinde aşağıdaki etik görev ve sorumluluklara sahip olmalıdır:

Genel Görev ve Sorumluluklar

Editörler, Dergide yayımlanan her yayından sorumludur. Bu sorumluluk bağlamında editörler, aşağıdaki rol ve yükümlülükleri taşımaktadır:

- Okuyucuların ve yazarların bilgi ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik çaba sarf etme,
- Sürekli olarak derginin gelişimini sağlama,
- Dergide yayımlanan çalışmaların kalitesini geliştirmeye yönelik süreçleri yürütme,
- Düşünce özgürlüğünü destekleme,
- Akademik açıdan bütünlüğü sağlama,
- Fikri mülkiyet hakları ve etik standartlardan taviz vermeden iş süreçlerini devam ettirme,
- Düzeltme, açıklama gerektiren konularda yayın açısından açıklık ve şeffaflık gösterme,
- Aldıkları tüm kararlarda tarafsız ve adil davranma,
- Hakemlik veya yayın sürecine dair yaşanabilecek aksaklıkların önüne geçilebilmesi için gerekli koordinasyonu sağlama.

Okuyucu ile İlişkiler

- Editörler; tüm okuyucu, araştırmacı ve uygulayıcıların ihtiyaç duydukları bilgi, beceri ve deneyim beklentilerini dikkate alarak karar vermelidir.
- Yayımlanan çalışmaların okuyucuya, araştırmacıya, uygulayıcıya ve onların bilimsel alanlarına katkı sağlamasına ve özgün nitelikte olmasına dikkat etmelidir.
- Ayrıca editörler okuyucu, araştırmacı ve uygulayıcılardan gelen geri bildirimleri dikkate almak, açıklayıcı ve bilgilendirici geri bildirim vermekle yükümlüdür.

Yazarlar ile İlişkiler

Editörlerin yazarlara karşı görev ve sorumlulukları aşağıdaki şekildedir:

- Editörler, çalışmaların önemi, özgün değeri, geçerliliği, anlatımın açıklığı ve derginin amaç ve hedeflerine dayanarak olumlu ya da olumsuz karar vermelidir.
- Yayın kapsamına uygun olan çalışmaları haklı bir gerekçe olmadığı sürece ön değerlendirme aşamasına almalıdır.
- Editörler, çalışma ile ilgili haklı bir gerekçe olmadıkça, olumlu yöndeki hakem önerilerini göz ardı etmemelidir.
- Yeni editörler, çalışmalara yönelik olarak önceki editör(ler) tarafından verilen kararları haklı bir gerekçe olmadıkça değiştirmemelidir.
- "Görmez Hakemlik ve Değerlendirme Süreci" mutlaka yayımlanmalı ve editörler tanımlanan süreçlerde yaşanabilecek sapmaların önüne geçmelidir.
- Editörler yazarlar tarafından kendilerinden beklenecek her konuyu ayrıntılı olarak içeren bir "Yazar Rehberi" yayımlamalıdır. Bu rehberler belirli zaman aralıklarında güncellenmelidir.
- Yazarlara açıklayıcı ve bilgilendirici şekilde bildirim ve dönüş sağlanmalıdır.
- Yazarların hassas kişisel verileri ayrımcılık unsuru olarak kullanılmamalıdır.
- İntihal, sahtecilik, çarpıtma gibi araştırma usulsüzlüğünün meydana geldiği çalışma tespit edilmeli ve bunun yayımlanmasını önlemek için gereken tedbirler alınmalıdır. Hiçbir koşulda bu tür usulsüzlükler teşvik edilmemeli veya kasıtlı olarak bu tür usulsüzlüklerin gerçekleşmesine izin verilmemelidir.

Hakemler ile İlişkiler

Editörlerin hakemlere karşı görev ve sorumlulukları aşağıdaki şekildedir:

- Hakemleri çalışmanın konusuna uygun olarak belirlemelidir.
- Hakemlerin değerlendirme aşamasında ihtiyaç duyacakları bilgi ve rehberleri sağlamakla yükümlüdür.
- Yazarlar ve hakemler arasında çıkar çatışması olup olmadığını gözetmek durumundadır.
- Görmez hakemlik bağlamında hakemlerin kimlik bilgilerini gizli tutmalıdır.
- Hakemleri tarafsız, bilimsel ve nesnel bir dille çalışmayı değerlendirmeleri için teşvik etmelidir.

- Hakemleri zamanında dönüş ve performans gibi ölçütlerle değerlendirmelidir.
- Hakemlerin performansını artırıcı uygulama ve politikalar belirlemelidir.
- Hakem havuzunun sürekli ve dinamik şekilde güncellenmesi konusunda gerekli adımları atmalıdır.
- Nezaketsiz ve bilimsel olmayan değerlendirmeleri engellemelidir.
- Hakem havuzunun geniş bir yelpazeden oluşması için adımlar atmalıdır.

Danışma Kurulu ile İlişkiler

- Editör, tüm danışma kurulu üyelerinin süreçleri yayın politikaları ve yönergelere uygun ilerletmesini sağlamalıdır.
- Danışma kurulu üyelerini yayın politikaları hakkında bilgilendirmeli ve gelişmelerden haberdar etmelidir.
- Danışma kurulu üyelerinin çalışmaları tarafsız ve bağımsız olarak değerlendirmelerini sağlamalıdır.
- Yeni danışma kurulu üyelerini, katkı sağlayabilir ve uygun nitelikte belirlemelidir.
- Danışma kurulu üyelerinin uzmanlık alanına uygun çalışmaları değerlendirme için göndermelidir.
- Danışma kurulu ile düzenli olarak etkileşim içerisinde olmalıdır.
- Danışma kurulu ile belirli aralıklarla yayın politikalarının ve derginin gelişimi için toplantılar düzenlemelidir.

Dergi Sahibi ve Yayıncı ile İlişkiler

Editörler (baş editör ve bölüm editörleri) ve yayıncı arasındaki ilişki editöryal bağımsızlık ilkesine dayanmaktadır. Editörler ile yayıncı arasında yapılan yazılı sözleşme gereği, editörlerin alacağı tüm kararlar yayıncı ve dergi sahibinden bağımsızdır.

Editör ve Görmez Hakemlik Süreçleri

Editörler; dergi yayın politikalarında yer alan "Görmez Hakemlik ve Değerlendirme Süreci" politikalarını uygulamakla yükümlüdür. Bu bağlamda editörler her çalışmanın adil, tarafsız ve zamanında değerlendirme sürecinin tamamlanmasını sağlar.

Kalite Güvencesi

Editörler; dergide yayımlanan her makalenin, dergi yayın politikaları ve uluslararası standartlara uygun olarak yayımlanmasından sorumludur.

Kişisel Verilerin Korunması

Editörler; değerlendirilen çalışmalarda yer alan kişilere, deneklere veya görsellere ilişkin kişisel verilerin korunmasını sağlamakla yükümlüdür. Çalışmalarda kullanılan kişilerin açık rızası belgeli olmadığı sürece çalışmayı reddetmekle görevlidir. Ayrıca editörler; yazar, hakem ve okuyucuların kişisel verilerini korumakla yükümlüdür.

Etik Kurul, İnsan ve Hayvan Hakları

Editörler; değerlendirilen çalışmalarda insan ve hayvan haklarının korunmasını sağlamakla yükümlüdür. Çalışmalarda kullanılan deneklere ilişkin etik kurul onayı, deneysel araştırmalara ilişkin izinlerin olmadığı durumlarda çalışmayı reddetmekle yükümlüdür.

Olası Suiistimal ve Görevi Kötüye Kullanmaya Karşı Önlem

Editörler; olası suiistimal ve görevi kötüye kullanma işlemlerine karşı önlem almakla yükümlüdür. Bu duruma yönelik şikâyetlerin belirlenmesi ve değerlendirilmesi konusunda titiz ve nesnel bir soruşturma yapmanın yanı sıra, konuyla ilgili bulguların paylaşılması editörün sorumlulukları arasında yer almaktadır.

Akademik Yayın Bütünlüğünü Sağlamak

Editörler çalışmalarda yer alan hata, tutarsızlık ya da yanlış yönlendirme içeren yargıların hızlı bir şekilde düzeltilmesini sağlamalıdır.

Fikri Mülkiyet Haklarının Korunması

Editörler; yayımlanan tüm makalelerin fikri mülkiyet hakkını korumakla, olası ihlallerde derginin ve yazar(lar)ın haklarını savunmakla yükümlüdür.

Ayrıca editörler yayımlanan tüm makalelerdeki içeriklerin başka yayınların fikri mülkiyet haklarını ihlal etmemesi adına gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Yapıcılık ve Tartışmaya Açıklık

Editörler; Dergide yayımlanan eserlere ilişkin ikna edici eleştirileri dikkate almalı ve bu eleştirilere yönelik yapıcı bir tutum sergilemelidir.

Eleştirilen çalışmaların yazar(lar)ına cevap hakkı tanınmalıdır.

Olumsuz sonuçlar içeren çalışmaları göz ardı etmemeli ya da dışlamamalıdır.

Şikâyetler

Editörler; yazar, hakem veya okuyuculardan gelen şikâyetleri dikkatlice inceleyerek bunlara aydınlatıcı ve açıklayıcı bir şekilde yanıt vermekle yükümlüdür.

Politik ve Ticari Kaygılar

Dergi sahibi, yayıncı ve diğer hiçbir politik ve ticari unsur, editörlerin bağımsız karar almalarını etkilemez.

Çıkar Çatışmaları

Editörler; yazar(lar), hakemler ve diğer editörler arasındaki çıkar çatışmalarını göz önünde bulundurarak, çalışmaların yayın sürecinin bağımsız ve tarafsız bir şekilde tamamlanmasını garanti eder.

Hakemlerin Etik Sorumlulukları

Tüm çalışmaların "Görmez Hakemlik" ile değerlendirilmesi yayın kalitesini doğrudan etkilemektedir. Bu süreç yayının nesnel ve bağımsız değerlendirilmesi ile güven sağlar. Dergi değerlendirme süreci çift taraflı görmez hakemlik ilkesiyle yürütülür. Hakemler yazarlar ile doğrudan iletişime geçemez, değerlendirme ve yorumlar dergi yönetim sistemi aracılığıyla iletilir. Bu süreçte değerlendirme formları ve tam metinler üzerindeki hakem yorumları editör aracılığıyla yazar(lar)a iletilir. Bu bağlamda Periodicum Iuris için çalışma değerlendiren hakemlerin aşağıdaki etik sorumluluklara sahip olması beklenmektedir:

- Hakemlik davetini kabul edip etmediğini makul bir süre içerisinde editöre bildirmelidir. Nitekim bu durum, yayın sürecinin gereksiz yere uzamasını engellemek açısından önem arz etmektedir.
- Sadece uzmanlık alanı ile ilgili çalışmaları değerlendirmeyi kabul etmelidir.
- Tarafsızlık ve gizlilik içerisinde değerlendirme yapmalıdır.
- Değerlendirme sürecinde çıkar çatışması ile karşı karşıya olduğunu düşünürse, çalışmayı incelemeyi reddederek, dergi editörünü bilgilendirmelidir.
- İlgili çalışmayı değerlendirmede kendini yetersiz hissettiğinde veya değerlendirmeyi verilen sürede tamamlanmasının mümkün olamayacağını tespit ettiğinde; bu yöndeki tespitlerini dergi editörü ile paylaşmalı, gerekirse hakem değerlendirme sürecinden çekilmelidir.
- Gizlilik ilkesi gereği inceledikleri çalışmaları değerlendirme sürecinden sonra imha etmelidir. İnceledikleri çalışmaların sadece nihai versiyonlarını ancak yayımlandıktan sonra kullanabilir. Bu çerçevede hakem, değerlendirme sürecinde elde ettiği bilgileri kendisi veya bir başkası yararına yahut bir kişi veya kurumu avantajlı yahut dezavantajlı duruma düşürmek amacıyla kullanmaz.
- Değerlendirmeyi nesnel bir şekilde sadece çalışmanın içeriği ile ilgili olarak yapmalıdır. Bilimsel nitelik taşımayan değerlendirmelerden kaçınılmalıdır. Milliyet, cinsiyet, dini inançlar, siyasi inançlar ve ticari kaygıların değerlendirmeye etki etmesine izin vermemelidir. Hakemin sayılan bu hususlara riayet etmediği tespit edildiği takdirde, kendisi ile iletişime geçilir ve yorumunu gözden geçirmesi ve düzeltmesi beklenir.
- Değerlendirmeyi yapıcı ve nazik bir dille yapmalıdır. Görüşlerini öneriler ile desteklemelidir. Düşmanlık, iftira ve hakaret içeren aşağılayıcı kişisel yorumlar yapmamalıdır.
- Değerlendirmeyi kabul ettikleri çalışmayı zamanında ve yukarıdaki etik sorumluluklarda gerçekleştirmelidir.
- Hakem, değerlendirdiği çalışma kapsamında telif hakkı ihlali ve intihalden haberdar olduğu veya bu durumdan şüphelendiği takdirde gecikmeksizin editöre durumu bildirmelidir.

Yayıncının Etik Sorumlulukları

Dergiye gönderilen tüm makaleler gönderim sırasında intihal programı tarafından (iThenticate (<http://www.ithenticate.com/>), Turnitin (<https://www.turnitin.com/>) vb.) taranmaktadır. Benzerlik oranının dipnotlar, alıntılar ve kaynakça hariç olmak üzere %20'den az olması gereklidir. Bu oranı aşan makaleler ayrıntılı olarak incelenir ve gerekli görülürse gözden geçirilmesi ya da düzeltilmesi için yazarlara geri gönderilir. İntihal ya da etik dışı davranışlar tespit edilirse yayımlanması reddedilir. Ancak lisansüstü tezlerden türetilen makalelerle ilgili olarak söz konusu oranın aranmaması konusunda dergi editöryasının takdir yetkisi bulunmaktadır.

Derginin yayıncısı olan Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Baş Editör dergiyle ilgili aşağıdaki etik sorumlulukların bilinciyle hareket etmektedir:

- Dergide yayımlanmış her makalenin mülkiyet ve telif hakkını korur ve yayımlanmış her kopyanın kaydını saklama yükümlüğünü üstlenir.
- Editörlere ilişkin her türlü bilimsel suiistimal, atıf çeteciliği ve intihalle ilgili önlemleri alma sorumluluğuna sahiptir.

Etik Olmayan Bir Durumla Karşılaşılması Durumu

Dergide yukarıda bahsedilen etik sorumluluklar dışında etik olmayan bir davranış veya içerikle karşılaşırsanız lütfen periodicum@iuris@gmail.com adresine e-posta yoluyla bildiriniz.

Yayın Politikası

- Periodicum luris, uluslararası ve hakemli bir dergidir. Ocak ve temmuz aylarında olmak üzere yılda iki (2) sayı olarak elektronik ve basılı şekilde yayımlanır. Dergide, hukuk ve hukukla ilişkili alanlarda Türkçe, İngilizce, Fransızca, İtalyanca ya da Almanca yazılmış, yerel ve evrensel literatüre yenilik katmak amacıyla olan, orijinal ve bilimsel çalışmalara yer verilir.
- Dergide yer alabilecek türdeki çalışmalar; araştırma makalesi, derleme makale, çeviri, yorum, teknik not, kitap değerlendirmesi türleridir.
- Dergiye gönderilen tüm çalışmalar, gerekli hallerde yayın kurulunun da görüşü alınmak suretiyle Dergi Editoryası tarafından bir ön incelemeye tabi tutulur. Dergiye gönderilen makaleler öncelikle şekil ve içerik yönünden ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Şekil şartlarının ve gönderim sürecinin derginin koşullarına uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunlara uymayan çalışmalar editoryal redde tabidir. Derginin bilimsel yayıncılık standartları gereğince uygun bulunduğu makaleler ancak bu süreçten sonra hakem incelemesine gönderilir. Bu konudaki ön eleme ve nihai karar, yayın kurulunun da görüşünü alacak olan Dergi Editoryasının tasarrufundadır. Dergiye sunulan makaleler için hakemlik sürecine alınacağı garantisizdir. Buna ek olarak, makalelerin değerlendirme süresi için tarih verilmemektedir.
- Dergi, hakem sürecine kabul edilen çalışmalarını en az iki 'görmez' hakeme yönlendirir. Hakem raporları arasında çatışma olması ve editörlerin gerekli gördüğü diğer durumlarda bir üçüncü hakem değerlendirmesine başvurulur. Hakem seçim ve süreci konusundaki her türlü yetki ve karar, editörlerin tasarrufundadır. Hakemlerin çalışmanın dahil olduğu uzmanlık alanına ve yayının dil koşuluna göre tayin edilmesi esastır. Hakemler kendilerine gönderilen eserleri, hakemler için düzenlenmiş esasları ele alan COPE ilkeleri doğrultusunda değerlendirir. (<https://doi.org/10.24318/cope.2019.1.9>)
- Değerlendirilmeye alınması istenen çalışmaların hangi sayı için uygun bulunabileceği, gönderim tarihleri esas alınmak üzere, hakem değerlendirmesinden gelecek sonuca göre şekillenir.
- Dergiye gönderilen çalışmalar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış ya da eş zamanlı olarak başka dergilere yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar bu konuya ilişkin taahhüt formunu çalışmasıyla birlikte dergiye iletmekle yükümlüdür.
- Hakem değerlendirmesinde olan ve bu süreci tamamlamış olan çalışmaların, bu süreçten sonra yazar tarafından geri çekilmesinin imkânı yoktur. Kendisine tanınan süre içinde gerekli değişiklikleri yapmayı reddeden yazarların çalışmalarına ret işlemi uygulanır.
- Dergi, her yayın döneminde ancak yeterli nitelikte bulunduğu sayıdaki çalışmayı yayımlar. Bu konudaki takdir Dergi Editoryasındadır.
- Yazarlar tarafından ya da ilişkide oldukları üçüncü kişiler tarafından hakem seçimleri ve hakemlik sürecine yönelik yapılabilecek müdahalelerin ve anonimliği gölgeleyecek davranışların saptanması halinde, çalışmalar hangi aşamada olduğuna bakılmaksızın dergi yönetimi tarafından reddedilir.

Ücret Politikası

Hiçbir ad altında yazar veya kurumundan ücret alınmaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Hakemlere de herhangi bir ödemedede bulunulmaz.

Periodicum Iuris

About

Periodicum Iuris is an **international** and **peer-reviewed** journal. The journal includes original and scientific studies written in the fields of law and law-related fields, aiming to add innovation to the local and universal literature. Our journal is published in two (2) issues per year, in January and July, in electronic and printed form.

All studies submitted to the journal are subjected to preliminary review by the Editors, if necessary, by taking the opinion of the Editorial Board. Articles deemed appropriate by the journal in accordance with scientific publishing standards are sent for peer review only after this process.

Ethical Principles

The manuscript acceptance and publication processes followed at Periodicum Iuris are the basis for the impartial and reputable development and dissemination of knowledge. The processes applied in this direction are directly reflected in the quality of the work of the authors and the institutions that support them. Peer-reviewed studies are studies that embody and support the scientific method. At this point, it is important that all stakeholders of the process (authors, readers, researchers, publishers, reviewers, and editors) comply with the standards for ethical principles. Within the scope of the journal's publication ethics, all stakeholders are expected to carry the following ethical responsibilities. Guidelines and policies published by the Committee on Publication Ethics (COPE) as open access were taken into consideration while creating the following ethical duties and responsibilities.

Ethical Responsibilities of Authors

The author(s) submitting an article to the journal are expected to comply with the following ethical responsibilities:

- The author(s) are required to ensure that the submitted work is original, and if the author(s) utilize other works or use other works, they must give full and correct attribution and/or citation. The author(s) should also avoid blind citation. The manuscripts should be prepared by the journal's drafting rules and referencing formats. Within this framework, the work submitted by the author(s) must comply with the Directive on Scientific Research and Publication Ethics of Higher Education Institutions and must be free from ethical violations such as plagiarism, forgery, distortion.
- The author(s) of the article must be indicated completely and accurately. All persons listed as author(s) of the article must have made a direct and "intellectual" contribution to the study. The names of the persons who provided support to the study in other ways without making an intellectual contribution and the nature of their contribution should be indicated in the study.
- Manuscripts submitted to the journal should not have been previously published and should not have been submitted to a journal other than Periodicum Iuris for simultaneous publication. Studies that have been previously presented at national or international congresses or symposia and whose abstracts have been published can be submitted to the journal by specifying these qualifications.
- All manuscripts submitted for publication should disclose any conflicts of interest and relationships.
- The author(s) may be requested to provide raw data on their manuscripts within the framework of the evaluation processes, in such a case, the author(s) should be ready to present the expected data and information to the editorial board and scientific committee.
- The author(s) should have a document showing that he/she has the rights to use the data used, has the necessary permissions related to the research/analyses, or has carried out the permission procedures for the experimental subjects.
- If the author(s) becomes aware of an inaccuracy or error in the published, early view, or under review manuscript, the author(s) must notify the journal editor or publisher and cooperate with the editor in correcting or withdrawing the manuscript.
- Authors cannot have their work in the submission process of more than one journal at the same time. Each application can be started after the completion of the previous application. Work published in another journal cannot be submitted to Periodicum Iuris.
- It cannot be proposed to change the author responsibilities (such as adding an author, changing the author order, or removing an author) of a study whose evaluation process has started.

Within the framework of ethical rules; researches that require Ethics Committee Permission for evaluation in the journal are as follows:

- All kinds of research conducted with qualitative or quantitative approaches that require data collection from

- participants using surveys, interviews, focus group studies, observations, experiments, interviews,
- Use of humans and animals (including materials/data) for experimental or other scientific purposes,
- Clinical trials in humans,
- Research on animals,
- Retrospective studies by the personal data protection law.

In this context, in the studies to be evaluated in our journal;

- Indication of receipt of the "Informed Consent Form" in case presentations,
- Obtaining permission from the owners for the use of scales, questionnaires, and photographs belonging to others and indicating this,
- For the intellectual and artistic works used, it must be stated that copyright regulations are complied with.

Ethical Duties and Responsibilities of the Editor

The journal editor should have the following ethical duties and responsibilities based on the "COPE Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors" and "COPE Best Practice Guidelines for Journal Editors" published by the Committee on Publication Ethics (COPE) in open access:

General Duties and Responsibilities

The editors are responsible for every publication in the Journal. In the context of this responsibility, the editors have the following roles and obligations:

- To strive to meet the information needs of readers and authors,
- Ensuring the continuous development of the journal,
- Carrying out processes to improve the quality of studies published in the journal,
- Supporting freedom of thought,
- Ensuring academic integrity,
- Maintaining business processes without compromising intellectual property rights and ethical standards,
- Demonstrating openness and transparency in terms of publication in matters requiring correction and clarification,
- Acting impartially and fairly in all decisions they make,
- Ensuring the necessary coordination to prevent any problems that may arise in the reviewing or publication process.

Relations with Readers

- Editors should make decisions by taking into account the expectations of knowledge, skills, and experience needed by all readers, researchers, and practitioners.
- They should pay attention that the published studies contribute to the reader, researcher, practitioner, and their scientific fields and that they are original.
- In addition, editors are obliged to take into account the feedback from readers, researchers, and practitioners and to provide explanatory and informative feedback.

Relations with Authors

The duties and responsibilities of editors towards authors are as follows:

- Editors should make a positive or negative decision based on the importance, original value, validity, clarity of expression, and the aims and objectives of the journal.
- Unless there is a justifiable reason, they should take the studies that are suitable for the scope of publication to the preliminary evaluation stage.
- Editors should not ignore reviewers' positive recommendations unless there is a justifiable justification for the study.
- New editors should not change the decisions made by the previous editor(s) unless there is a justified justification.
- "Reviewing and Evaluation Process" must be published and editors must prevent deviations that may occur in the defined processes.
- Editors should publish an "Author's Guide" that includes every issue expected from authors in detail. These guidelines should be updated at certain time intervals.
- Authors should be notified and returned in an explanatory and informative manner.
- Sensitive personal data of authors should not be used as an element of discrimination.
- The study in which research irregularities such as plagiarism, forgery, distortion, etc. occur should be identified and necessary measures should be taken to prevent its publication. Under no circumstances should such irregularities be encouraged or deliberately allowed to occur.

Relations with Reviewers

The duties and responsibilities of the editors towards the reviewers are as follows:

- Determine the reviewers by the subject of the study.
- They are obliged to provide the information and guidelines that the reviewers will need during the evaluation phase.

- He/she has to observe whether there is a conflict of interest between authors and reviewers.
- He/she should keep the identity information of the reviewer confidential in the context of reviewing.
- Encourage the reviewers to evaluate the manuscript in an impartial, scientific, and objective manner.
- Evaluate reviewers on criteria such as timeliness and performance.
- He/she should determine practices and policies to improve the performance of reviewers.
- Take the necessary steps to ensure that the reviewers pool is continuously and dynamically updated.
- Prevent unkind and unscientific evaluations.
- Take steps to ensure that the reviewer pool consists of a broad spectrum.

Relations with the Advisory Board

- The editor should ensure that all advisory board members carry out the processes following the publication policies and guidelines.
- The editor should inform the advisory board members about the publication policies and keep them informed of developments.
- Ensure that advisory board members evaluate the work impartially and independently.
- Identify new advisory board members who can contribute and are of appropriate quality.
- Send for evaluation studies appropriate to the expertise of advisory board members.
- Interact regularly with the advisory board.
- Organize periodic meetings with the advisory board for the development of publication policies and the journal.

Relations with the Journal Owner and Publisher

The relationship between editors (editor-in-chief and section editors) and the publisher is based on the principle of editorial independence. Following the written agreement between the editors and the publisher, all editorial decisions are independent of the publisher and the journal owner.

Editorial and Review Processes

Editors are obliged to implement the "Blind Reviewing and Evaluation Process" policies in the journal's publication policies. In this context, editors ensure that the evaluation process of each study is completed in a fair, impartial, and timely manner.

Quality Assurance

Editors are responsible for the publication of each article published in the journal in accordance with the journal's editorial policies and international standards.

Protection of Personal Data

Editors are obliged to ensure the protection of personal data regarding the people, subjects, or images in the evaluated studies. Unless the explicit consent of the people used in the studies is documented, they are responsible for rejecting the study. Editors are also responsible for protecting the personal data of authors, reviewers, and readers.

Ethics Committee, Human and Animal Rights

Editors are obliged to ensure the protection of human and animal rights in the evaluated studies. They are obliged to reject the study in the absence of ethics committee approval for the subjects used in the studies and permissions for experimental research.

Precautions Against Possible Abuse and Misconduct

Editors are obliged to take precautions against possible misconduct and malfeasance. In addition to conducting a rigorous and objective investigation in identifying and evaluating such complaints, it is among the editor's responsibilities to share the relevant findings.

Ensuring Academic Publication Integrity

Editors should ensure that errors, inconsistencies, or misleading judgments are corrected quickly.

Protection of Intellectual Property Rights

Editors are responsible for protecting the intellectual property rights of all published articles and defending the rights of the journal and the author(s) in case of possible violations.

In addition, editors are obliged to take the necessary measures to ensure that the contents of all published articles do not violate the intellectual property rights of other publications.

Constructivism and Openness to Discussion

Editors should take into account the convincing criticisms of the works published in the journal and show a constructive attitude towards these criticisms.

They should give the author(s) of the criticized studies the right to reply.

They should not ignore or exclude studies with negative results.

Complaints

Editors are obliged to carefully examine the complaints received from authors, reviewers, or readers and respond to them in an enlightening and explanatory manner.

Political and Commercial Concerns

The journal owner, publisher, and no other political or commercial considerations influence the independent judgment of the editors.

Conflicts of Interest

The editors guarantee the independent and impartial completion of the publication process, taking into account conflicts of interest between the author(s), reviewers, and other editors.

Ethical Responsibilities of Reviewers

The evaluation of all studies by "Blind Reviewing" directly affects the quality of the publication. This process provides confidence through objective and independent evaluation of the publication. The journal evaluation process is carried out with the principle of bilateral blind reviewing. Reviewers cannot communicate directly with the authors, evaluations, and comments are communicated through the journal management system. In this process, reviewer comments on evaluation forms and full texts are communicated to the author(s) through the editor. In this context, reviewers evaluating manuscripts for *Periodicum Iuris* are expected to have the following ethical responsibilities:

- They should inform the editor within a reasonable period whether or not they accept the invitation to review. Indeed, this is important to prevent unnecessary prolongation of the publication process.
- Agree to evaluate only studies related to his/her field of expertise.
- Evaluate with impartiality and confidentiality.
- If he/she thinks that he/she is faced with a conflict of interest during the evaluation process, he/she should refuse to review the study and inform the journal editor.
- When he/she feels inadequate in evaluating the relevant study or determines that it will not be possible to complete the evaluation within the given time; he/she should share his/her findings in this direction with the journal editor and, if necessary, withdraw from the peer review process.
- Due to the principle of confidentiality, they should destroy the manuscripts they have reviewed after the evaluation process. They can only use the final versions of the studies they have reviewed only after they are published. In this context, the reviewer shall not use the information obtained during the evaluation process for the benefit of himself/herself or someone else, or to advantage or disadvantage a person or institution.
- The evaluation should be made objectively only with respect to the content of the manuscript. Avoid evaluations that are not of a scientific nature. Not allow nationality, gender, religious beliefs, political beliefs and commercial concerns to influence the evaluation. If it is found that the reviewer does not comply with these points, he/she will be contacted and expected to revise and correct his/her comment.
- He/she should conduct the evaluation in a constructive and courteous manner. He/she should support his/her opinions with suggestions. They should not make derogatory personal comments containing hostility, slander and insults.
- They should carry out the work they accept for evaluation on time and with the above ethical responsibilities.
- If the reviewer is aware of or suspects copyright infringement or plagiarism in the manuscript, he/she should notify the editor without delay.

Ethical Responsibilities of the Publisher

All articles submitted to the journal are scanned by a plagiarism program (iThenticate (<http://www.ithenticate.com/>), Turnitin (<https://www.turnitin.com/>), etc.) at the time of submission. The similarity rate must be less than 20%, excluding footnotes, citations and bibliography. Articles exceeding this rate are reviewed in detail and, if deemed necessary, sent back to the authors for revision or correction. If plagiarism or unethical behavior is detected, publication is rejected. However, the editorial board of the journal has the discretion not to require the aforementioned ratio for articles derived from graduate theses.

As the publisher of the journal, Eskişehir Osmangazi University Faculty of Law and the Editor-in-Chief act with the awareness of the following ethical responsibilities regarding the journal:

- It protects the ownership and copyright of every article published in the journal and undertakes the obligation to keep a record of every published copy.
- He/she has the responsibility to take precautions against all forms of scientific misconduct, citation fraud and plagiarism related to editors.

In case of an Unethical Situation

If you encounter any unethical behavior or content in the journal other than the ethical responsibilities mentioned above, please report it via e-mail to periodicumius@gmail.com.

Publication Policy

- Periodicum Iuris is an international and peer-reviewed journal. It is published electronically and in printed form in two (2) issues per year, in January and July. The journal includes original and scientific studies written in Turkish, English, French, Italian or German in the fields of law and law-related fields, which aim to add innovation to the local and universal literature.
- The types of studies that can be included in the journal are research articles, review articles, translations, commentaries, technical notes and book reviews.
- All manuscripts submitted to the journal are subjected to a preliminary review by the Journal Editorial Board, with the opinion of the editorial board if necessary. Articles submitted to the journal are subjected to a preliminary review in terms of form and content. The formal requirements and the submission process must be fulfilled in accordance with the conditions of the journal. Studies that do not comply with these are subject to editorial rejection. Only after this process, articles that the journal deems appropriate in accordance with scientific publishing standards are sent for peer review. The preliminary screening and final decision on this issue is at the discretion of the Journal Editorial Board, which will also take the opinion of the Editorial Board. Articles submitted to the Journal are not guaranteed to be included in the peer review process. In addition, no date is given for the evaluation period of the manuscripts.
- The Journal refers accepted manuscripts to at least two 'blind' reviewers. In case of conflict between the review reports and in other cases deemed necessary by the editors, a third reviewer will be consulted. All authority and decisions regarding the reviewer selection and process are at the discretion of the editors. It is essential that reviewers are appointed according to the field of specialization in which the work is included and the language requirement of the publication. Reviewers evaluate the submitted manuscripts in accordance with the COPE guidelines, which address the guidelines for reviewers. (<https://doi.org/10.24318/cope.2019.1.9>)
- The number of issues for which the manuscripts requested to be considered will be shaped according to the results of the reviewer evaluation, based on the submission dates.
- The manuscripts submitted to the journal must not have been previously published elsewhere or sent to other journals for publication simultaneously. The author is obliged to submit the commitment form regarding this issue to the journal together with his/her work.
- It is not possible for the author to withdraw the manuscripts that are in the peer review process and have completed this process. Authors who refuse to make the necessary changes within the allotted time are subject to rejection.
- The Journal publishes only the number of manuscripts that it deems to be of sufficient quality in each publication period. This is at the discretion of the Journal Editorial Board.
- In the event that interventions by the authors or third parties with whom they are related to the selection of reviewers and the reviewing process and behaviors that may compromise anonymity are detected, the manuscripts will be rejected by the journal management regardless of the stage of the manuscript.

Fee Policy

No fee is charged to the author or his/her organization under any name. No royalties are paid to authors. No payment is made to the reviewers.

Yazım Kuralları

• Periodicum Iuris'e gönderilen çalışmalarda OSCOLA yazım stiline 4. edisyonu esas alınmalıdır. Daha fazla bilgi için:

<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf> adresinden yardım alınabilir.

- Her sayıda bir yazara ait yalnızca bir çalışma yer alabilir.
- Yazar unvanını, görev yaptığı kurumu, haberleşme adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir. Yazar ayrıca, <https://orcid.org/register> adresi üzerinden alacağı bilimsel araştırmacı numarasını (ORCID bilgisini) iletmelidir.
- Dergiye çalışmasıyla katkıda bulunmak isteyen yazar çalışmasıyla birlikte,
 - Telif Hakları Devir Sözleşmesi'ni,
 - Etik kurallara uygun hareket edildiğine ilişkin taahhütnameyi,
 - Çalışmasına ilişkin benzerlik oranını gösteren raporu sisteme yüklemelidir.
- Yazar, Periodicum Iuris'e gönderdiği çalışmanın bilimsel etik ilkelerine uygun hazırlandığını, çalışmasıyla birlikte göndereceği taahhütnameyle kabul eder. Bilimsel etik ilkelerine aykırılığı tespit edilen çalışmalar gecikmeksizin yayından kaldırılır.
- Yazar, Periodicum Iuris'e göndereceği taahhütname ile çalışmasının telif haklarını elinde bulundurduğunu ve bu hakları telif hakları devir sözleşmesiyle Eskişehir Osmangazi Üniversitesi'ne devrettiğini kabul eder.
- Periodicum Iuris'te değerlendirmeye alınacak olan bütün çalışmalar intihal programına tabi tutulacaktır. Kabul edilebilirlik için gerekli olan oran en fazla %20'dir.
- Periodicum Iuris'e gönderilen çalışmalarda aşağıdaki yazım kuralları dikkate alınmalıdır:

A. Sözcük Sınırı

Periodicum Iuris'e gönderilecek çalışmaların en az 150 en fazla 300 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce bir özet içermesi gerekmektedir. Çalışmalarda Türkçe ve İngilizce 5 anahtar kelimeye yer verilmesi gerekmektedir.

B. Yazı tipi ve boyutu

1. Çalışmalar, ana metin Times New Roman 12 punto, tek satır aralığında; dipnotlar Times New Roman 10 punto, tek satır aralığında hazırlanmalıdır.
2. Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÛMÜ BÛYÛK HARF

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Normal ve Sadece İlk Harfler Büyük

aa. Normal ve Sadece İlk Harfler Büyük

C. Dipnot ve Kaynakça Kuralları

1. Mevzuata Yapılan Atıf

- a. Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır:
Kanunun adı, Kanunun Numarası, Kanunun Kabul Tarihi, Resmî Gazete Tarihi/Resmî Gazete Sayısı.

Örnek:

Sinai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10.1.2017/29944.

- b. Yabancı mevzuata yapılacak atıflar için bkz.:

<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf>

2. Yargı Kararlarına Atıf

- a. Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerine atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır:
Mahkeme adı, Esas numarası/Karar numarası, Karar Tarihi.

Örnekler:

Yargıtay 11 HD, 14074/12707, 2.7.2014.

Danıştay 9 D, 14074/12707, 2.7.2014.

Ankara 2 BİM, 2882/2138, 15.10.2018.

Ankara 4 İdare Mahkemesi 882/2138, 15.10.2018.

- b. Yabancı mahkeme kararlarına yapılacak atıflar için bkz.:

<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf>

3. Kitaplara Atıf

- a. Kitaplara atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Atıf yapılan sayfanın numarası.

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

bb. Birden fazla cildi bulunan kitaplara yapılan atıflarda, italik fontta yazılan kitap adından sonra virgöl konularak, normal fontta cilt numarası yazılmalıdır.

Örnekler:

Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Bası, Turhan 2008) 274.

Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2* (15. Bası, Vedat 2020) 63.

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

Julian V Roberts and Mike Hough, *Public Opinion and the Jury: An International Literature Review* (Ministry of Justice Research Series 1/09, 2009) 42.

4. Editörlü Kitaplara Atıf

- a. Editörlü kitaplardaki yazarı olan bölümlere atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed / birden çok editör olması halinde eds), *Kitap Adı* (Yayınevi Yılı) Atıf yapılan sayfanın numarası.

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

Örnekler:

Hamdi Yasaman, 'Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler' in Feyzan Hayal Şehirli Çelik (ed), *6769 sayılı Sinai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu* (9-10 Mart 2017) (Yetkin 2006) 130.

Ergun Özsunay, 'Yaşamın sonu Aşamasında Tıbbi Tedaviye İlişkin Karara Hastanın Katılımı' in Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (eds), *III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı* Cilt 1 (Adalet 2019) 542.

- b. Yazarı olmayan eserlerin toplandığı editörlü kitaplara atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Editör Adı Soyadı (ed)/birden çok editör varsa (eds), *Kitap Adı* (Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Sayfa Numarası.

Örnek:

Jeremy Horder (ed), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series* (Oxford University Press 2000).

5. Basılı Dergilerde Yer Alan Makalelere Atıf

a. Basılı dergilerde yer alan makalelere atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.
Yazarın Adı Soyadı, 'Makalenin Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan sayfanın numarası.

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

Örnekler:

Kemal Şenocak, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider 87, 130.

Kemal Şenocak ve Ali Yarayan, 'Kötü Niyetli Marka Tescili' (2015) 10(111) Terazi Hukuk Dergisi 99, 102.

6. Elektronik Dergilere Atıf

a. Elektronik ortamda yer alan eserlere atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, 'Eserin Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı <websitesi> Erişim Tarihi.

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

Örnek:

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT <<http://ejlt.org/article/view/17>> 27 Temmuz 2010 tarihinde erişildi.

7. Web Sitelerinde ve Bloglarda Yer Alan Eserlere Atıf

a. Web sitelerinde ve bloglarda yer alan eserlere atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, 'Eserin Adı' (Web Sitesinin Adı, Eserin Yayın Tarihi) Erişim Tarihi

aa. İki yazarlı kitaplarda ilk yazar ile ikinci yazar arasında "ve" ibaresi bulunmalıdır. Çok yazarlı kitaplarda, son yazarın adından önce "ve" ibaresi bulunmalıdır.

Örnek:

Ali Paslı ve Mehmet Hamza Arslan, 'COVID-19 Salgını ve Patent Hukuku: Salgın Nedeniyle Patentli Buluş, Üçüncü Kişilerce Hak Sahibinin Rızası Olmaksızın Kullanılabilir Mi?' (IPR Gezgini, 28 Nisan 2020) <<https://iprgezgini.org/2020/04/28/covid-19-salgini-ve-patent-hukuku>> 13 Haziran 2021 tarihinde erişildi.

8. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması

a. Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde, ilk dipnottaki atıf yukarıda belirtildiği şekilde yapılır; sonraki dipnotlarda ise yazarın/yazarların soyadından sonra ilk dipnot numarasına "(n ...)" şeklinde referans verilir. İlk dipnot numarasına verilen referansın ardından atıf yapılan sayfanın numarası belirtilir.

b. Üst üste iki dipnotta aynı esere atıf yapılırsa, sonraki dipnotta "ibid" ifadesi kullanılır, ardından atıf yapılan sayfanın numarası belirtilir.

Örnek:

¹⁵Kemal Şenocak, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider 87, 130.

...

³⁹Şenocak (n 15) 120.

⁴⁰ibid 124.

c. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde, sonraki atıflarda eser adları uygun bir biçimde kısaltılmalıdır.

Örnek:

³Kemal Şenocak, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider, 87, 130.

...

⁸Kemal Şenocak, *Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi* (1. Bası, Turhan 2009) 160.

...

¹⁵Şenocak, 'Domain Name' (n 3) 99.

...

³⁰Şenocak, Hayat Sigortası Sözleşmesi (n 8) 140.

9. Çeviri Kitaplara Atıf

- a. Çeviri kitaplara atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, *Kitap Adı* (Çevirenin Adı Soyadı (tr)/birden çok çevirmen varsa (trs), Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Sayfa Numarası.

Örnek:

Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk* (İbrahim Kaya (tr), 8, Cambridge University Press 2017). 235.

10. Yeni Basımı Olan Eski Kitaplara Atıf

- a. Yeni basımı olan eski kitaplara atıf, aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, *Kitap Adı* (İlk basım tarihi, Yararlanılan kaynağın Kaçınıcı Bası Olduğu Yayınevi Yılı) Sayfa Numarası.

Örnek:

Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651, 23. Baskı YKY 2022) 268.

11. Yayımlanmamış Tezlere Atıf

- a. Yayımlanmamış tezlere atıf aşağıda belirtildiği ve örneklendirildiği şekilde yapılmalıdır.

Yazarın Adı Soyadı, 'Tezin Adı' (Tezin türü, Üniversitenin adı Tamamlanma yılı).

Örnek:

Javan Herberg, 'Injunctive Relief for Wrongful Termination of Employment' (DPhil thesis, University of Oxford 1989).

12. Kaynakça Hazırlanması

a. Dipnot atıflarından farklı olarak kaynakçada, öncelikle yazarın soyadına daha sonra adının ilk harfine yer verilir. Makalelerde sayfa aralığı da belirtilmelidir.

- b. Kaynakça yazarların soyadına göre, alfabetik olarak sıralanmalıdır.

c. Aynı yazarın birden fazla eserine atıflara ilişkin kaynakça kullanımında, ilk seferde genel kaynakça kuralları geçerliken, devamında verilen atıflarda iki kere "em dash" işareti kullanılır. Aynı yazarın kitaplarında ortak yazar veya yazarlar olması durumunda ise ortak yazarın adı tekrarlanır.

Örnekler:

Öztañ F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Bası, Turhan 2008)

Şenocak K, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider 87-141

— 'İnsansız Hava Aracı (Drone) İşletenin Sorumluluğu ve Sigortalanması' (2020) 36(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

— ve Yarayan A, 'Kötü Niyetli Marka Tescili' (2015) 10(111) Terazi Hukuk Dergisi 99-107

— ve Yarayan A, 'Das Markenrecht der Türkei nach dem neuen Gesetz über gewerbliche Schutzrechte' (2017) 19(11-12) MarkenR 514-519

Author Guidelines

• Periodicum Iuris is committed to the OSCOLA reference style 4th edition. For additional information the authors can see the official guidance at:

<http://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf>

• Authors can only submit a single manuscript for a certain issue.

• The authors must provide their academic titles, affiliations, phone numbers and emails. The authors are also expected to provide their ORCID numbers where they can access from the following address: <<http://orcid.org/register>>.

• The authors who will submit a manuscript to the journal must additionally upload the following to the system:

- The Copyright Transfer Agreement,
- A commitment letter to act in accordance with the ethical rules,
- A report showing the similarity score of the manuscript.

• The authors accept that the work submitted to Periodicum Iuris has been prepared in accordance with the scientific ethical principles with the commitment letter to be sent with the manuscript. Manuscripts that are found to violate the scientific ethical principles are instantly removed from publication.

• The authors agree that they retain the copyright of their work and transfer these rights to Eskişehir Osmangazi University with the copyright transfer agreement.

• All the manuscripts that are submitted to the journal will be evaluated through a plagiarism check program. This percentage must not exceed 20%.

• The following spelling rules must be followed in the manuscripts to be submitted to Periodicum Iuris:

A. Word Count Limit

Manuscripts to be submitted to Periodicum Iuris must include abstracts between 150 and 300 words in the language of the manuscript and in English. Also the manuscript must include 5 keywords in the language of the manuscript and in English.

B. The Font

1. Manuscripts must be written in Times New Roman font 12, single line spacing; the footnotes must be written in Times New Roman font 10 and with single line spacing.
2. Titles in the text must be organized as follows:

I. BOLD AND ALL CAPS

A. Bold and Initial Case

1. Bold and Initial Case

a. Normal and Initial Case

aa. Normal and Initial Case

C. Citations and Footnotes

1. Citing Legislation

- a. Citing legislation of the Republic of Turkey must be made as follows:

Name of the Act, Act No., Date of Adoption of the Act, Date of the Official Gazette of the Republic of Turkey/Issue No. of the Official Gazette.

Example:

Industrial Property Law, Act No.: 6769, Date of Adoption: 22.12.2016, RG 10.1.2017/29944.

- b. For citations to other legislation, see;

<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf>

2. Citing Cases

- a. Citing to court decisions of the Republic of Turkey must be made as follows:

Court Name, Case ID/Decision No., Judgement Date.

Examples:

Yargıtay 11 HD, 14074/12707, 2.7.2014.

Danıştay 9 D, 14074/12707, 2.7.2014.

İstanbul 16 BAM, 2882/2138, 15.10.2018.

Ankara 2 BİM, 2882/2138, 15.10.2018.

İstanbul 1 Sulh Mahkemesi 2882/2138, 15.10.2018.

Ankara 4 İdare Mahkemesi 882/2138, 15.10.2018.

- b. For citations to other court decisions, see;

<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf>

3. Citing Books

- a. Citation of books must be in accordance with OSCOLA reference style 4th edition, i.e. as follows;

Author, *Title* (Additional information, Edition, Publisher Year) Page/s.

aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

bb. In citations to books with more than one volume, a comma must be placed after the book title in italic font and the volume number should be written in normal font.

Examples:

Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Bası, Turhan 2008) 274.

Kemal Oğuzman and Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2* (15. Bası, Vedat 2020) 63.

Levent Yavuz, Türkay Alica and Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt II* (49-91. Maddeler) (2. Bası, Seçkin 2014) 3021.

Timothy Endicott, *Administrative Law* (OUP 2009).

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

Julian V Roberts and Mike Hough, *Public Opinion and the Jury: An International Literature Review* (Ministry of Justice Research Series 1/09, 2009) 42.

4. Citing Edited Books

- a. Citation of edited book chapters must be in accordance with OSCOLA reference style 4th edition, i.e. as follows;

Author, 'Title' in editor (ed), *Book title* (Additional information, Publisher Year) Page/s.

aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

Examples:

Justine Pila, 'The Value of Authorship in the Digital Environment' in William H Dutton and Paul W Jeffreys (eds), *World Wide Research: Reshaping the Sciences and Humanities in the Century of Information* (MIT Press 2010).

John Cartwright, 'The Fiction of the "Reasonable Man"' in AG Castermans and others (eds), *Ex Libris Hans*

Nieuwenhuis (Kluwer 2009).

- b. Edited books without an author must be cited as follows;
Editor/s (ed/eds), *Book title* (Additional information, Publisher Year) Page/s.

Example:

Jeremy Horder (ed), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series* (Oxford University Press 2000).

5. Citing Articles in Published Journals

- a. Citation to articles in published journals must be made as follows;
Author, 'Title' (Year) Volume (No) Journal Name or Abbreviation First Page of the Article Page.

aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

Examples:

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440.

Alison L Young, 'In Defence of Due Deference' (2009) 72 MLR 554.

6. Citing Electronic Journals

- a. Citation to journals that has published electronically must be made as follows;
Author, 'Title' (Year) or [Year] Volume/Issue Journal Name or Abbreviation <web adress> Date accessed.
- aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

Examples:

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT <<http://ejlt.org/article/view/17>> accessed 27 July 2010.

James Boyle, 'A Manifesto on WIPO and the Future of Intellectual Property' 2004 Duke L & Tech Rev 0009 <www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2004dltr0009.html> accessed 18 November 2009.

7. Citing Websites and Blogs

- a. Citation to websites and blogs must be made as follows;
Author, 'Title' (Name of the Website or Blog, Publication Date) <web adress> Date of Access.
- aa. For two or more authors, all named authors must be included. There must be an 'and' before the last author's name.

Example:

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009.

8. Further Citations to the Same Source

- a. In further citations to the same source, citation to the first footnote must be made indicated as above; in following footnotes after the authors the first footnote number must be indicated as '(n ...)'. After the citation of the first footnote, the number of the cited page must be indicated.
- b. If two or more consecutive references are from the same source, then they are cited using *ibid*.

Example:

¹Robert Stevens, *Torts and Rights* (OUP, Oxford 2007).

...

⁶Stevens, (n 1) 110.

⁷ibid 271-278.

- c. In cases of citing more than one sources of the same author, subsequent footnotes must be used in proper abbreviations.

Example:

³Kemal Şenocak, 'Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali' (2009) 25(3) Batider, 87, 130.

...

⁸Kemal Şenocak, *Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi* (1. Bası, Turhan 2009) 160.

...

¹⁵Şenocak, 'Domain Name' (n 3) 99.

...

³⁰Şenocak, *Hayat Sigortası Sözleşmesi* (n 8) 140.

9. Citing Translated Books

- a. Citation to translated books must be made as follows;

Author, *Title* (Translator/s (tr/trs), Additional Information, Publisher Year) Page/s.

Example:

Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk* (İbrahim Kaya (tr), 8, Cambridge University Press 2017) 235.

10. Citing Older Works

- a. Citation the the older works must be made as follows;

Author, *Title* (First edition date, Number of edition of the used book Publisher) Page/s.

Example:

Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651, 23th edn KY 2022) 268.

11. Citing Unpublished Theses

- a. Citation the unpublished theses must be made as follows;

Author, 'Title' (Type of Thesis, University Year of Completion).

Example:

Javan Herberg, 'Injunctive Relief for Wrongful Termination of Employment' (DPhil thesis, University of Oxford 1989).

12. Bibliographies

- a. In bibliography unlike the citations, the author's surname should precede their initial(s), with no comma separating them, but a comma after the final initial. The page range must also be specified in the articles.
- b. The bibliography must be listed alphabetically, according to the surnames of the authors.
- c. In the use of bibliography when there are citations to more than one sources of the same author, general bibliography ruled applies for the first one. Whilst in citations subsequent to the first one, double "em dash" must be used. If there are co-authors or other authors in the same author's books, the name of the joint author must be indicated.

Examples:

Fisher E, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism* (Hart Publishing 2007)

Hart HLA, *Law, Liberty and Morality* (OUP 1963)

—— 'Varieties of Responsibility' (1967) 83 LQR 346

—— *Punishment and Responsibility* (OUP 1968)

—— and Honoré AM, 'Causation in the Law' (1956) 72 LQR 58, 260, 398

İçindekiler

Tükürük Örneği Alınması ve Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanması Yasağı- Anayasa Mahkemesi'nin 21.04.2016 Tarih ve 2013/5617 Sayılı Sıtkı Güngör Başvurusu Kararının Değerlendirilmesi <i>Arş. Gör. Dr. Mehmet ARSLAN</i>	1
Uluslararası Çevre Hukukunda Geriye Gidilemezlik İlkesinin Yeri <i>Öğr. Gör. Nagehan İLEMİN ALAN</i>	29
Kamu Sağlığı Bağlamında Gıda İşletmelerinin Hukuka Uygun Davranma (Compliance) Yükümlülüğü: Gıda Kodeksleri Üzerine Bir Değerlendirme <i>Dr. Öğr. Üyesi Yasin AYDOĞDU</i>	49
İdari Rejimi Benimsemiş Beş Latin Amerika Ülkesinde Amparo Davası ve Türkiye'de Uygulanabilirliği <i>Arş. Gör. Ünal YILDIZ</i>	65
The Secret Behind the Survival of Arbitration: Self-Regulating Mechanism <i>Öğr. Gör. Dr. Bihter KAYTAZ EKER</i>	93
Soybağının Reddi Davası <i>Arş. Gör. Salih KARADENİZ</i>	117
Bugünkü Roma Hukuku Sistemi <i>Fredrich Carl von Savigny (Çev.: Dr. Öğr. Üyesi Melike Belkıs AYDIN)</i>	145

Table Of Contents

Taking Spit Sample and Prohibition of Compulsory Self-Incrimination – Under Consideration of Constitutional Court’s Decision in The Case of Sıtkı Güngör from 21.04.2016 (Case No. 2013/5617) <i>Arş. Gör. Dr. Mehmet ARSLAN</i>	1
The Status of The Principle of Non-Regression in International Environmental Law <i>Öğr. Gör. Nagehan İLEMİN ALAN</i>	29
Compliance Obligation of Food Companies in the Context of Public Health: An Assessment on Food Codexes <i>Dr. Öğr. Üyesi Yasin AYDOĞDU</i>	49
The Amparo Action in Five Latin America Countries That Have Adopted the Administrative Regime and Its Applicability in Turkey <i>Arş. Gör. Ünal YILDIZ</i>	65
The Secret Behind the Survival of Arbitration: Self-Regulating Mechanism <i>Öğr. Gör. Dr. Bihter KAYTAZ EKER</i>	93
The Case of Denial of Lineage Tie <i>Arş. Gör. Salih KARADENİZ</i>	117
System des Heutigen Römischen Rechts <i>Fredrich Carl von Savigny (Tr.: Dr. Öğr. Üyesi Melike Belkıs AYDIN)</i>	145

Sunuş

Değerli okuyucular,

Uluslararası hakemli bir dergi olarak yayın hayatına başlayan Periodicum Iuris'in ilk sayısını paylaşmanın heyecanını yaşıyoruz. Bu ilk sayımızda, hukukun farklı alanlarında Türkçe ve İngilizce kaleme alınmış altı makaleye ve bir çeviriye yer verdik. Makale ve çevirileri ile dergimize katkı sunan araştırmacılara, değerli vakitlerini ayırarak dergimize gönderilen çalışmalarını değerlendiren sayın hakemlere, dergimizin yayın ve danışma kurullarında görev yapmayı kabul eden kıymetli akademisyenlerimize editörler kurulu olarak teşekkürü bir borç biliriz.

Dergimizin ulusal ve uluslararası alanda nitelikli bir süreli yayın olabilmesi için çalışmalarımıza hızla devam etmekteyiz. Bu hedefimize katkı sunacak değerli çalışmalarınızı dergimizin Temmuz 2023'teki ikinci sayısında yayımlanmak üzere bekliyoruz.

Keyifli okumalar dileriz.

PI Dergisi Editörleri

Presentation

Dear Readers,

We are excited to share the first issue of Periodicum Iuris, which has started its publication life as an international peer reviewed journal. In this first issue, we present six manuscripts drafted in Turkish and English covering the different fields of law, and also a translation. As the editors of PI, we would like to thank the researchers who have contributed to our journal with their manuscripts and translations, the reviewers who took their valuable time to evaluate the works submitted to our journal, and our esteemed academicians who have accepted to take part on the editorial and advisory boards of our journal.

We are rapidly continuing our efforts to make our journal a qualified periodical in the national and international arena. We look forward to receiving your valuable studies that would contribute to this goal, in order to be published in the second issue of our journal in July 2023.

We wish you a pleasant reading.

PI Journal Editors

TÜKÜRÜK ÖRNEĞİ ALINMASI VE KİŞİNİN KENDİNİ SUÇLAMAYA ZORLANMASI YASAĞI – ANAYASA MAHKEMESİ’NİN 21.04.2016 TARİH VE 2013/5617 SAYILI SITKI GÜNGÖR BAŞVURUSU KARARININ DEĞERLENDİRMESİ (1)

Taking Spit Sample and Prohibition of Compulsory Self-Incrimination – Under Consideration of Constitutional Court’s Decision in The Case of Sıtkı Güngör from 21.04.2016 (Case No. 2013/5617)

  **Mehmet ARSLAN (2)**

ÖZET

Ceza muhakemesinde şüpheliden tükürük örneğinin alınması CMK m. 75 f. 1’de düzenlenmiştir ve şüphelinin örneğin alınmasına “*katlanma yükümlülüğü*” olduğu kabul edilmektedir. Adı geçen düzenleme ve yükümlülük şüphelinin vücut bütünlüğünün korunmasına (Ay. m. 17 f. 1) ve kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağına (Ay. 38 f. 5) dair temel insan haklarıyla uyumludur. Aynı husus, direnen şüpheliden tükürük örneğinin zorla alınması (PVSK m. 16 f. 1) için de geçerlidir. Bu ana ilkeler ışığında Anayasa Mahkemesinin Sıtkı Güngör başvurusu kararı incelenmiş ve Mahkemenin değerlendirilmesindeki bazı eksikliklere dikkat çekilmiştir. Bunlar özellikle adı geçen “*katlanma yükümlülüğünün*” gerekçesi, somut olayda başvurucuya şüpheli sıfatının verilmesi ve CMK’da üçüncü kişilerin vücutundan örnek alınmasına dair kanun boşluğunu ilgilendirmektedir. Çalışmada, ayrıca kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının kapsamının belirlenmesi bakımından önemli bir husus teşkil eden Ay. m. 38 f. 5 anlamında “*delil gösterme*” kavramının anlamı belirlenmeye çalışılmıştır.

¹ Araştırma Makalesi.

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 20.09.2021, Kabul Tarihi: 14.10.2021.

² Arş. Gör. Dr., Bochum Ruhr Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

Anahtar kelimeler: kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağı, şüpheli sıfatının verilmesi, üçüncü kişinin vücudundan örnek alınması, katlanma yükümlülüğü, delilin gösterilmesi

ABSTRACT

Taking spit sample from suspect in criminal proceedings is regulated by in section 75(1) of Turkish Criminal Procedure Code and it is generally acknowledged that the suspect has an 'obligation to bear' of the sample being taken. The aforementioned regulation and obligation are in line with the fundamental human rights regarding the protection of the suspect's body integrity (Article 17(1) of Turkish Constitution) and the prohibition of being forced to incriminate oneself (Article 35(8) of Turkish Constitution). The same is also valid for using of compulsion if the suspect resists to taking of sample (section 16(1) of Turkish Code of Police Duties and Powers). In the light of these main principles, the decision of the Constitutional Court in case of Sıtkı Güngör was examined by this article and some deficiencies in the evaluation of the Court were pointed out. These are particularly concerned with the justification of the 'obligation to bear', giving the applicant the status of suspect under circumstance of present case and taking samples from the body of a third person in accordance with Turkish Criminal Procedure Code. The article also deals with an important issue in determination of the scope of the prohibition of self-incrimination, namely the meaning of term of 'showing evidence' to which nobody may be compelled according to Article 38(5) of Turkish Constitution.

Keywords: prohibition of self-incrimination, attributing the status of suspect, taking spit sample of a third person's body, "obligation to bear", "showing evidence".

GİRİŞ

Ceza muhakemesinde tükürük örneğinin alınması bazı suçların soruşturulması ve kovuşturulması bakımından önemli bir delil elde etme tedbiri teşkil etmektedir.³ CMK m. 75 f. 1 şüpheli ve sanıktan tükürük örneğinin alınması için soruşturma ve kovuşturma mercilerine yetki verirken, m. 76 f. 1'de diğer kişilerden tükürük örneğinin alınması düzenlenmektedir. Bu hükümlerin anlaşılması ve uygulanmasının Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) güvence altına alınan kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağı (Ay. m. 38 f. 5; AİHS m. 6 f. 1) ve kişinin vücut bütünlüğünün korunmasına (Ay. m. 17 f. 1; AİHS m. 8 f. 1) dair temel insan haklarıyla bağlantılı bir şekilde gerçekleşmesi gerekir.

³ Yunus Emre Bağlar, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması' (2021) 45 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 121, 122 vd.; Z. Özen İnci, 'Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler' (2017) 7(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 119, 121; Özge Apiş, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması' (2012) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 267, 268; Asuman Tunçer İnce, 'Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi' (2018) 4(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 355, 368.

Bunun nasıl olacağı, bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinin Sıtkı Güngör bireysel başvurusu hakkında verdiği karar değerlendirilerek ortaya konulacaktır. ⁴ Kararın bu çalışmayı ilgilendiren kısmı şu olayı konu edinmiştir:

“İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından terör örgütü üyesi olmak, silahlı yağma, kasten yaralama, tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurma, ... ve 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’na muhalefet etme suçlarından başvuru ile birlikte toplam altmış dört şüpheli hakkında İstanbul 3 No.lu Hâkimliğinin (TMK mülga 10. madde ile görevli) 8/6/2013 tarihli ve 2013/5291 Teknik Takip No.lu kararı ile arama, el koyma, vücuttan tükürük örneği alınması ve moleküler genetik inceleme yapılmasına karar verilmiştir. Kararda itiraz süresi ve merci belirtilmemiştir.” (Ş 9)

İstanbul Emniyet Müdürlüğünün ilgili yazısına göre

“başvurucu ve diğer şüphelilerin vücutundan alınan örnekler üzerinde daha önceden söz konusu terör örgütü tarafından gerçekleştirildiğinden şüphelenilen faili meçhul bazı silahlı ve bombalı eylemler sonucunda olay yerinden elde edilen biyolojik delillerle ve diğer bazı suç delili olan materyaller üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılmak”

istendiği belirtilmiştir. Başvurucu, on gün sonra 18/6/2013 tarihinde saat 11.15’te yakalanarak gözaltına alınmıştır (Ş 66).

Başvurucu hastaneye götürülmek ve tükürük örneği vermek istemediğini belirtmiş, hastaneye götürülmek ve tükürük örneğinin alınmasına rıza göstermemesinden dolayı bunlara zorlanmıştır. *“Haseki Eğitim ve Araştırma Hastanesinde 19/6/2013 tarihli ve 19.33 saatli tutanakla Dâhiliye Uzmanı A.K.E. tarafından başvuruçunun tükürük örneği alınmıştır.” (Ş 12)*

“Kolluk görevlileri tarafından düzenlenen 19/6/2013 tarihli ve 22.30 saatli zor kullanma tutanağında başvuruçunun da aralarında bulunduğu toplam on şüphelinin tükürük örneği alınmak üzere gözaltından çıkarıldıkları sırada görevlilere direndikleri, şahısların kelepçelenerek araca bindirildikleri, tükürük örneği vermeyeceklerini beyan ettikleri, ... fiili saldırılarının artarak devam etmesi nedeniyle görevliler tarafından dirençlerini kıracak ölçüde göz yaşartıcı gaz sıkılarak etkisiz hâle getirildikleri, bu şekilde başvuruçunun tükürük örneğinin alınabildiği, ...ifade edilmiştir.” (Ş 13)

Başvurucu gözaltındayken avukatıyla görüşürülmüş ve avukatı görüşme tutanağına başvuruçunun tükürük örneğinin alınmasına dair iddialarını şu şekilde derç etmiştir: Müvekkil *“...biber gazı sıktıklarını, yerlerde sürükleyerek Hastaneye soktuklarını, polislerin elleriyle yüzüne bastırdıkları sırada doktorun ağzının içinden örnek aldığı, ...”* söyledi (Ş 16).

Kolluk görevlileri tarafından tükürük örneği alınmasında zor kullanıldığı ve bundan dolayı başvuruçunun bedenine müdahale edildiği için sağlık raporu alınmış ve tanzim edilen raporda; başvuruçunun *“sol ayakta 1/6/2013 tarihinde yapılan diz hizasına kadar alçı, kafanın oksipital alanında 3 cm’lik şişlik olduğu belirtilmiştir.” (Ş 14)* Başvurucu, gözaltının ardından tekrar doktor muayenesinden geçirilmiş ve düzenlenen raporda

⁴ AYM, Sıtkı Güngör Başvurusu, Başvuru No:2013/5617, K.T. 21.04.2016.

"başvurucunun sol alt bacakta alçı olduğu (Başvurucu bu alçının 31 Mayıs 2013 tarihinde Taksim'de Gezi olayları sırasında yaralanmasından dolayı meydana geldiğini doktora ifade etmiştir.), sağ el 2. parmak ve alt çene sağ köşede hassasiyet, alçılı ayak parmaklarında ödem olduğu, mevcut yaralanmasının basit tıbbi müdahale ile giderilebilir ölçüde hafif olduğu kayıtlıdır. "

ifadelerine yer verilmiştir (§ 15).

"... Başvurucu hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 24/6/2014 tarihli ve 2014/39749 soruşturma, E.2014/32052 sayılı iddianamesiyle kamu malına zarar verme, toplantı ve yürüyüşlerine silah veya 23. maddede belirtilen aletlerle katılma, silahlı terör örgütü yöneticisi olma, terör örgütü propagandası yapma, silahlı olarak katıldığı toplantı ve gösteri yürüyüşünde ihtara rağmen dağılmama ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarından kamu davası açılmıştır." (§ 23)

Başvurucu, bireysel başvuruyu gerçekleştirdiği sırada adı geçen dava İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde görülmektedir.

Bu çalışmayı ilgilendirdiği kadarıyla, Anayasa Mahkemesine göre başvurunun hak ihlali iddiaları;

1. Zorla tükürük örneğinin alınmasıyla kendi aleyhine delil vermeye zorlanma yasağının ihlal edildiği (Ay. m. 38 f. 5; AİHS m. 6 f. 1),
2. Zor kullanımıyla maddi ve manevi varlığının korunmasına dair hakkının (Ay. m. 17 f. 1; AİHS m. 8 f. 1) ihlal edildiği ve
3. Vücudundan örnek alınmasına dair Sulh Ceza Hakimliği kararına karşı kanun yolu korumasından faydalanma olanağının bulunmadığı (Ay. m. 40 f. 1; AİHS m. 13 f. 1) şeklindedir.

I. ANAYASA MAHKEMESİNİN İHLAL İDDİALARI HAKKINDAKİ KARARI VE BUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kendi Aleyhine Delil Vermeye Zorlanma Yasağına İlişkin Değerlendirmeler

Anayasa Mahkemesi, başvurunun, zorla tükürük örneğinin alınarak kendi aleyhine delil vermeye zorlanma yasağının (Ay. m. 38 f. 5) ve böylece adil yargılanma hakkının (Ay. m. 36 f. 1; AİHS m. 6 f. 1) ihlal edildiğine dair kısmının kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, başvuru hakkındaki ceza davasının hâlen derdest olduğuna işaret ederek, söz konusu hak ihlaline dair iddialar bakımından henüz tüketilmemiş kanun yollarının var olduğunu belirtmiştir (§ 47).

Anayasa Mahkemesinin bu tespiti eleştiriye açıktır.

1. Tükürük Örneği ve İlk Derece Mahkemesindeki Yargılama

Somut olayın koşulları altında, başvuru hakkında derdest olan ceza davasında; ilk derece mahkemesi tarafından, başvurunun kendi aleyhine delil vermeye zorlanma yasağı hususundaki iddiası için bir değerlendirme yapılması ihtimalinin olmadığı görülmektedir: Tükürük örneğinin delil olarak başvuru hakkında mahkeme önünde hâlen görülmekte

olan ceza davasında delil olarak sunulup sunulmadığı konusunda bir belirleme yoktur. Daha teknik bir ifade ile; mevcut koşullar altında, tükürük örneğinin Cumhuriyet savcısı tarafından CMK m. 170 f. 2 j bendi gereği başvurucuya yüklenen suçlar bakımından delil olarak sunulup sunulmadığı anlaşılmamaktadır.⁵ Gerçekten, ne başvurucu tarafından bu konuda ileri sürülmüş bir iddia ne de başvurucu hakkında hazırlanan iddianamede tükürük örneğinin aleyhe delil olarak sunulduğu konusunda bir bilgi mevcuttur. Bu durumda başvurucu hakkında devam etmekte olan ceza davasında; ne başvurucunun adı geçen yasağın ihlal edildiği konusunda bir iddiası ne de ceza mahkemesinin bu konuda verebileceği bir karar söz konusu olabilecektir. Başvurucu hak ihlali iddiasında bulunsa dahi; ceza mahkemesinin, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat talebine dair CMK hükümlerine (m. 141)⁶ ve idarenin hizmet kusurundan dolayı genel sorumluluğuna işaret etmekten başka bir seçeneği yoktur.⁷ Ceza mahkemesi CMK m. 225 f. 1'deki düzenleme gereği; sadece iddianamede gösterilen fiil ve faile ilişkin hüküm verebilir.⁸ Tükürük örneğinin delil olabileceği bir fiil iddianamede gösterilmediği için, ceza mahkemesinin önündeki yargılamanın tükürük örneğinin elde edilmesinin hukukiliği bakımından tüketilebilecek ve tüketilmesi gereken bir kanun yolu olmadığı ortadadır.

2. Tükürük Örneğinin Alınması Bakımından Başvurucunun Şüpheli Sıfatı

a. Örgüte üyelik şüphesi ve örgütün diğer suç teşkil eden eylemleri

Başvurucunun iddiasına daha dikkatli bir şekilde bakıldığında; Sulh Ceza Hakimliği'nin tükürük örneği alma kararını, daha sonra iddianameyle şüpheliye isnat edilenlerden farklı bazı suçlar için verdiği anlaşılmaktadır. Başvurucunun yargılandığı ceza davasında tükürük örneğinin delil olarak kullanılma ihtimalinin bulunmadığı buradan da anlaşılmaktadır (bkz. § 38). Yukarıda adı geçen İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nün yazısından da anlaşıldığı gibi; başvurucudan alınan tükürük örneği doğrudan kendisine yöneltilen bir suç ithamından dolayı alınmamıştır. Tükürük örneği, başvurucunun üyesi olduğundan şüphelenilen terör örgütünün "*gerçekleştirdiğinden şüphelenilen faili meçhul bazı silahlı ve bombalı eylemlerden*" dolayı "*olay yerinden elde edilen biyolojik delillerle ve diğer bazı suç delili olan materyaller üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılmak*" için alınmıştır (§ 66). Başvurucunun "*silahlı ve bombalı eylemlerin*" veya "*diğer bazı suçların*" şüphelisi olduğu ise adı geçen yazıdan

⁵ İddianamenin içeriği için bkz. Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerem Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 554; Erdener Yurtcan, *Ceza Mahkemesi Kanunu Şerhi* (9. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019) 561; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* Cilt. 3 (15. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 1309.

⁶ Bkz. Nabi Özalp, 'Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144)' (2019) 145 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 81 vd. Nitekim yazarın da belirttiği gibi CMK'da hukuka aykırı tükürük örneği alınmasından dolayı şüpheli veya üçüncü kişilere tanınan bir tazminat hakkı ve böylece gidilebilecek bir kanun yolu mevcut değildir. 153 vd.

⁷ Bkz. Aydın Akgül, 'İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri' (2014) 145 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 189 vd.

⁸ Hükmün konusu için bkz. Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (11. Bası, Seçkin Yayınları 2021) 187; Gökçen ve diğerleri (n 3) 612 vd.; Yurtcan (n 3) 796; Ünver ve Hakeri (n 3) 1660.

çıkılmamaktadır.⁹ Söz konusu Sulh Ceza Hakimliğinin kararında da bu konuda bir belirleme olup olmadığı anlaşılmamaktadır. Terör örgütü üyesi olmasından şüphelenilen başvurunun, söz konusu örgütün işlediğinden şüphelenilen eylemlerin aktüel şüphelisi olduğu gibi bir çıkarımın doğru olmadığını düşünmekteyiz. Esasında, örgütün işlediğinden şüphelenilen suçlardan bahsedilmesi, ceza muhakemesinde bir kişinin şüpheli sıfatını alması bakımından doğrudan bir öneme sahip değildir. Şüphelilik sıfatı için bu bağlamda önemli olan; örgüt yöneticisi, üyesi, örgüte yardım edenin veya örgüt adına hareket eden üçüncü bir kişinin örgütsel faaliyet olarak işlediğinden şüphelenilen bir suçun olup olmadığıdır. Terör örgütü üyesi olmasından şüphelenilen bir kişinin söz konusu örgütün faaliyetleri kapsamında işlenmiş suçların doğrudan şüphelisi olabileceğini kabul etmek ise hem maddi hukuk açısından hem de usul hukuku açısından beraberinde bazı sorunları getirmektedir.

Maddi hukuk açısından üyelik şüphelisinin örgüt adına işlenen suçların aktüel şüpheli olması; üyeliğiyle söz konusu eylemlere müşterek fail, azmettiren veya yardım eden olarak iştirak ettiğine dair bir ön kabule dayanacaktır. Ancak böyle bir kabul suç teorisi bakımından savunulamaz. Türk Ceza Kanunu üye olmak ve bunun sonucu olarak bizzat işlenen eylemler ile örgütün faaliyeti kapsamında diğer kişilerce işlenen eylemlerden dolayı sorumluluğu birbirinden kural olarak ayırmıştır.¹⁰

Üye olma şüphesi altında olan kişi örgüt adına işlenmiş diğer bazı suçların da şüphelisi olma potansiyeline sahiptir, ancak bu potansiyelliğin gerçekleşip gerçekleşmediğinin, yani aktüel olarak diğer suçlar için de bir şüphenin var olup olmadığının somut olayda tespiti gerekir. Şüpheli CMK m. 2 f. 1 bent a'ya göre 'soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişidir'. Üyelik şüphesi altında olduğu kabul edilen kişinin örgüt adına işlenen diğer suçlar bakımından da şüphe altında olup olmadığının ayrıca tespiti gerekecektir. CMK m. 2 f. 1 bent a 'suç şüphesi' derken her iki terimi de tekil olarak kullanmıştır. Başvurunun CMK m. 2 f. 1 bent a'ya göre üyelik şüphesi altında olduğunun kabulü, diğer suç teşkil eden fiillerden dolayı şüphe altında olduğu anlamına gelmez. Ne kadar suç isnadı varsa o kadar 'şüphe altında' olma tespitinin yapılması gerekir.¹¹ Somut olay bakımından başvurunun üyeliğe ilişkin fiili ile diğer suç teşkil eden fiillerinin birbirinden farklı olduğunu görmek gerekir.

⁹ Vücuttan örnek alınmasında şüpheli sıfatının olması için ayrıntılı bir şekilde bkz. Adar Özdemir Çiğdem, 'Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019) 58 vd.; Ümmügülsüm Kılıç, 'Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2010) 116.

¹⁰ TCK'da böyle bir sorumluluk türü sadece örgüt yöneticileri bakımından m. 220 f. 5'de öngörülmüş ve bu hükmün dahi yorumlanması (bkz. Muhammet Emre Tulay, 'Suç Örgütü Liderinin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hukuki Analiz ve Öneriler' (2019) 38 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 89 vd.) ve kusur ilkesine uygunluğu konusunda ciddi hâlâ aşılamamış şüpheler mevcuttur; bkz. Vesile Sonay Evik, 'Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu' (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 692 vd.; Zeki Hafizoğulları ve Kurşun Günel, 'Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk' (2007) 71 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 25, 41.

¹¹ Aynı şekilde Apiş (n 1) 279.

Öğretide kişinin 'suç şüphesi altında' olup olmadığının belirlenmesine dair genel olarak iki görüşün olduğu görülmektedir.¹² Birinci görüşe göre şüpheli sıfatı adli mercilerin buna yönelik ilgili bir işlemlerle verilecektir.¹³ Bu görüşün bir sonucu olarak adli merciler bir kişinin 'suç şüphesi altında' olduğunu kabul ediyorsa, o kişi şüphelidir. Keza aynı kişinin suç şüphesi altında olmadığı kabul ediliyorsa, o kişi şüpheli sıfatına sahip değil veya daha değildir. Burada şüpheli sıfatının alınması/verilmesi veya alınmaması/verilmemesi bakımından şekli bir kıstasın, yani adli mercilerin buna yönelik izhar edilmiş iradesinin esas alınması söz konusudur.¹⁴ Somut olay bakımından üyelik şüphesi altında olan başvuru organının örgütün faaliyetleri kapsamında işlenen diğer suçların da şüphelisi olduğunu adli merciler (bkz. yukarıda İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nün ilgili yazısı ve Sulh Ceza Hakimliğinin kararı) kabul ettiğinden dolayı, birinci görüşe göre başvuru organından tükürük örneği alınmasını gerektiren 'diğer suçlar' bakımından da şüpheli sıfatını almıştır.

İkinci görüş ise maddi bir kıstasa başvurulmasını savunmaktadır.¹⁵ Çünkü şekli bir kıstas esas alındığında adli mercilere şüphelilik sıfatının verilmesi veya verilmemesi konusunda bir nevi takdir yetkisinin verilmesi söz konusu olacak; birinci durumda maddi anlamda bir kişi 'şüphe altında' olmamasına rağmen kendisine şüpheli muamelesi yapılacak, ikinci durumda ise maddi anlamda 'şüphe altında' olmasına rağmen şüphelinin sahip olduğu haklardan (özellikle bilgilendirilme hakları, susma hakkı, müdafiden yararlanma hakları, bkz. CMK m. 147 vd.) mahrum edilecektir. Bundan dolayı 'şüphe altında bulunmanın' belirlenmesi maddi bir kıstasla *tamamlanmalıdır*.¹⁶ İkinci görüş bu şekilde adli mercilerin şüpheli sıfatını

¹² Öğretide şüpheli sıfatının verilmesi ayrıca objektif ve subjektif kıstaslar ayrımı yapılmaktadır, ayrıntılar için bkz. Rezzan İtişgen, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2013) 75 vd.

¹³ Krş. Gökçen ve diğerleri (n 3) 242.

¹⁴ Öğretideki bu yöndeki görüşlerin özeti için bkz. İtişgen (n 10) 75.

¹⁵ Krş. Ünver ve Hakeri (n 3) 160; Kılıç (n 7) 116 vd.; Apış (n 1) 279.

¹⁶ AİHM'in Sözleşmenin 6. maddesinin birinci fıkrası kapsamında geliştirmekte olduğu şüpheli sıfatının alınmasına dair içtihadına bakıldığında; Mahkeme'nin karma ve kişinin menfaatlerini esas alan bir teoriyi esas aldığı görülmektedir. Mahkeme bir taraftan adli mercilerin kişiye yönelik resmi, yani açık ve şekli, bir ithamda bulunmuş olması halinde kişinin artık m. 6 f. 1 anlamında şüpheli sıfatını aldığını ve bu maddenin koruması altında olduğuna işaret etmektedir (bkz. Malkov v Estonya Başvuru No: 31407/07 (AİHM, 04 Şubat 2010) § 56). Diğer taraftan adli mercilerin şüpheli sıfatının verilmesini geciktirerek, şüpheliyi 6. maddenin korumasından mahrum kılmaları tehlikesine karşı korumak için; maddi bir kıstasla adli mercilerin belirleme alanı daraltılmaktadır. Mahkeme'ye göre birincisi, resmi bir itham olmasa dahi kişiye karşı alınmış ve menfaatine halel getiren bazı tedbirlerden şüpheli sıfatının aslında verilmiş olduğu anlaşılabilir. İkincisi, ulusal mercilerin bir kişinin bir suça karışmış olduğuna dair makul nedenlere ('plausible reasons') sahip olması halinde, artık bu kişinin şüpheli sıfatını aldığını kabul etmek gerekir (bkz. Bandaletov v Ukrayna Başvuru No: 23180/06 (AİHM, 31 Ekim 2013) § 56; Yuriy Valkov v Ukrayna Başvuru No: 45872/06 (AİHM, 19 Aralık 2013) § 66). Örneğin Mahkeme bir kişi ulusal adli mercilerce her ne kadar tanık olarak dinlenmişse de, bu kişinin adı geçen ikinci kıstasa göre AİHM m. 6 f. 1 anlamında şüpheli olarak görülmesi gerektiği ve bundan dolayı kendisine kendini suçlamama hakkının sağlanması gerektiğine hükmetmiştir (bkz. Servet v Fransa Başvuru No: 20225/92 (AİHM, 20 Ekim 1997) §§ 40 vd.); AİHM'in içtihadına bakıldığında, kararlarının odağında daha ziyade şüpheli sıfatının verilmesinin geciktirilmesinden dolayı, kişinin hak yoksunluklarına maruz kalması tehlikesi bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, haksız yere şüpheli haline konulup hakkında bazı tedbirlere başvurulması (krş. CMK m. 158 f. 6) – gördüğümüz kadarıyla – Mahkeme'nin ele almadığı bir husustur. AİHM'in ilgili içtihadı için ayrıca bkz. David Harris, Michael

vermesindeki belirlemelerini maddi bir kıstasa da bağlayarak; ‘şüpheli adayının’ adı geçen menfaatlerinin de göz önünde bulundurulmasını talep etmektedir. Nitekim bu görüş CMK m. 158 f. 6’da 2017 yılında yapılan değişiklikte kanun koyucu tarafından da benimsenmiştir. Buna göre hakkındaki ihbar veya şikâyet ‘soyut ve genel olan’ durumlarda kişiye şüpheli sıfatı verilmez. Öğretide bu değişiklikten uzun süre önce benzer şekilde şüpheli sıfatının verilebilmesi için gerekli olan, basit veya başlangıç şüphesi olarak tabir edilen şüphenin, somut ve emarelere dayalı olmasının gerektiği dile getirilmekteydi. Söz konusu şüphenin ‘belirsizlikten çıkmış...emareye dayanan...belirli bir şahsa yönelmiş...o kişinin bir suçtan sorumlu olduğuna dair somut... dayanak noktalarının’ olması gerekir. Öğretide Şahin bu hususu şu şekilde özetlemektedir; ‘vakia yoksa şüphe de yoktur’.¹⁷ Biz de bu görüşteyiz.

AYM’nin kararına konu olduğu haliyle, başvuruya esas alınan olaya bakıldığında, başvuruçunun örgüt adına işlenen diğer suçlar bakımından şüpheli olmasını gerektirecek somut dayanak noktalarının olup olmadığı anlaşılamamaktadır.¹⁸ Üyelik şüphelisinin adı geçen ‘silahlı ve bombalı eylemleri’ veya ‘diğer bazı suçları’ işlediği konusunda ayrıca şüphe teşkil edebilecek belirti veya delillerin gerçekte varlığı ihtimalini elbette ki gözden kaçırmamak gerekmektedir. Bu durumda, kendisinden CMK m. 75 f. 1 gereği tükürük örneği alınmasının önünde bir engel olmayacaktı. Fakat bu şekildeki şüphenin varlığı en azından vücuttan tükürük örneği alınmasına dair tedbire karar verildiği anda teyit edilebilecek olmalıydı.¹⁹ Her ne kadar başvuruçunun hakkında şüphelinin var olduğu kabul edilen fiiller bakımından daha sonra bir iddianame düzenlenmemiş olması; şüphelinin gerekçesiz olduğu anlamına gelmeyecek ise de somut olayda böyle bir şüphelinin varlığı konusunda hangi belirti veya delilin olduğu muallaktır. Her halükârda sadece üyesi olduğu konusunda şüphelinin bulunması, *başlı başına*, kişinin adı geçen örgütün adına işlendiğinden şüphelenilen ‘silahlı ve bombalı eylemlerin’ ve ‘diğer bazı suçların’ aktüel şüphelisi olduğu çıkarımını haklı kılmaz. Peki bu durumda soruşturma mercilerinin eli kolu bağlı mı olacaktır? Örgüt adına işlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında bu suçların şüphelisi olmayan kişilerin vücutundan örnek alınması mümkün olmamalı mıdır? Somut olaya uygularsak, İstanbul Emniyet Müdürlüğü’nün talep ettiği “*başvuruçunun ve diğer şüphelilerin vücutlarından alınan örnekler üzerinde daha önceden söz konusu terör örgütü tarafından gerçekleştirildiğinden şüphelenilen faili meçhul bazı silahlı ve bombalı eylemler sonucunda olay*

O’Boyle, Ed Bates ve Carla Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Türkçe çeviri (çevirmenler; Mehveş Kılıcı Bingöllü ve Ulaş Karan) (1. Baskı, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi 2013) 210 vd.; ayrıca bkz. İtişgen (n 10) 76.

¹⁷ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (11. Baskı, Seçkin 2020) 36; somut belirtilerin olmasının gerekmesi için ayrıca bkz. Apış (n 1) 279.

¹⁸ Öğretide ayrıca şüphelinin vücutundan örnek alınabilmesi için gerekli olan şüphelinin derecesi bakımından da farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar için ayrıntılı bir şekilde bkz. Özdemir (n 7) 58 vd.; Kılıç (n 7) 117 vd.; Bu çalışma bakımından bu tartışmalara değinilmemiştir, çünkü kanaatimizce çalışmanın esas aldığı olayda basit bir başlangıç şüphesinin olup olmadığı dahi tespit edilmemiştir.

¹⁹ CMK m. 75 f. 1 gereği kişinin vücutundan örnek alınabilmesi için şüpheli sıfatının gerekliliği için ayrıca bkz. Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (3. Baskı, Seçkin Yayınları 2019) 225.

yerinden elde edilen biyolojik delillerle ve diğer bazı suç delili olan materyaller üzerinde moleküler genetik incelemeler" (S 66) yapmak mümkün olmamalı mıdır?

b. Şüpheli olmayan üçüncü kişiden tükürük örneğinin alınması

Kural olarak bu soruya evet cevabı vermek gerekir. Çünkü örnek alınması ve genetik inceleme suçların soruşturulması ve kovuşturulması gibi meşru bir amaca hizmet edecektir. Somut olayın koşulları altında örgüte üye olduğundan şüphelenilen kişiden 'silahlı ve bombalı eylemlerin' ve 'diğer bazı suçların' şüphelisi olarak değil; üçüncü kişi olarak CMK m. 76'ya göre tükürük örneğinin alınması ve CMK m. 78'e göre moleküller genetik incelemenin yapılması düşünülebilir. Fakat CMK, şüpheli dışında diğer kişilerin vücudundan örnek alınmasını kural olarak sadece mağdura hasretmiştir (m. 76 f. 1).²⁰ Her ne kadar Yönetmelikle mağdur dışındaki üçüncü kişilerin de beden muayenesinin yapılması ve vücutlarından örnek alınmasına izin verilmişse de²¹ üçüncü kişinin beden bütünlüğüne yapılacak bir müdahalenin Ay. m. 17 f. 2 ve AİHS m. 8 f. 2 anlamında bir 'kanunla' gerçekleşmesi gerektiği göz ardı edilemez. Üçüncü kişinin temel insan hakkına müdahale bakımından ilgili Yönetmeliğin hükümlerinin 'kanun' teşkil etmediği ortadadır.²² Aslında mehz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda benzer şekilde bir sınırlama mevcut değildir (bkz. m. 81c f. 1).²³ Bu durumda, üçüncü kişiden tükürük örneğinin alınmasının Cumhuriyet savcısının genel araştırma yapma yetkisine (bkz. m. 161 f. 1) dayandırılması söz konusu olabilir mi sorusu gündeme gelmektedir. Kanun koyucunun şüpheli dışında diğer kişilerden örnek alınmasını açık bir şekilde mağdurla sınırlandırması karşısında bu sorunun olumsuz yanıtlanması gerekecektir. Bunun istisnasını genel araştırma yetkisine dayanılarak (m. 161 f. 1) üçüncü kişinin *rızasıyla* vücudundan örnek alınması teşkil etmektedir.²⁴ Rızası olmayan üçüncü

²⁰ Bunun istisnasını, soy bağıнын belirlenmesi için çocuktan örnek alınması (CMK m. 76 f. 3) ve özel kanunlarda alkol ve kan muayenesi alınmasıdır; bunlar için bkz. İzzet Özgenc, 'Beden Muayenesi, Vücuttan Biyolojik Örnek Alma, Moleküler Genetik İnceleme ve DNA Verilerinin Muhafazası İşlemleriyle İlgili Rıza ve Yetki Sorunları Üzerine Hukuki Değerlendirmeler' (2020) 24(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 233, 247 vd.; ayrıca bkz. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Seçkin Yayınları 2019) 639 vd.; Bağlar (n 1) 142; Apiş (n 1) 286.

²¹ Bkz. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 7 ve 8.

²² Aynı doğrultuda Yenisey ve Nuhoğlu (n 18) 634; Öztürk ve diğerleri (n 17) 217; Bağlar, (n 1) 138; krş. Özdemir (n 7) 42 vd.; Berrin Akbulut, 'Dış Beden Muayenesi' (2016) 27 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 83, 117.

²³ Bunun için bkz. Hakan Kızılarlan, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2007) 251 vd. <<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/42321.pdf>> 08 Mayıs 2021 tarihinde erişildi; Alman ceza muhakemesi hukukunda üçüncü kişilerden örnek alınması bakımından oldukça tartışmalı olan hüküm m. 81h'dir. Bu hükme göre 'gönüllük' esasına dayalı olmak şartıyla, üçüncü kişilerden *toplu DNA araştırması* yapılmasına katılması için örnek alınabilmesi öngörülmektedir. Bu hükme eleştirel bir yaklaşım için bkz. Patricia Matulewicz, 'Die Problematik der Freiwilligkeit der DNA-Reihenuntersuchungen und der Verwertbarkeit der Daten' in Yener Ünver (Editör), *Ceza Hukuku ve Modern Teknolojiler* (Seçkin Yayıncılık 2018) 141 vd.

²⁴ Krş. Yönetmelik m. 18 f. 3: Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve *diğer kişilerin* kendiliğinden başvurarak *rıza göstermeleri* hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir.

kişiden, kendisinin işlediğinden şüphelenilmeyen bir suçun soruşturması kapsamında tükürük örneğinin alınmasının gerekliliği ve meşru olması karşısında; kanunda bir düzenleme boşluğu olduğu kanaatindeyiz.²⁵

Söz konusu boşluğa ilişkin sorunu burada daha fazla irdelemeden, bu çalışmanın konusu bakımından neticede şu tespiti yapılması gerekir: Her ne kadar başvurucu hakkında şüpheli sıfatıyla CMK m. 75 f. 1 ve devamı hükümleri uyarınca tükürük örneği alınmışsa da, örneğin alındığı düşünülen 'silahlı ve bombalı eylemler' veya 'diğer bazı suçlar' bakımından başvurunun şüpheli sıfatının varlığı konusunda ciddi tereddütler veya en azından Anayasa Mahkemesi kararında bu hususlardaki olguların eksik olarak belirlenmesi söz konusudur. Başvurucu her ne kadar daha sonra bu suçlardan dolayı hakkında iddianame düzenlenmediğine dikkat çekmişse de Anayasa Mahkemesi, başvurunun bu iddiasının akla getireceği şüpheli sıfatının var olup olmadığı sorununa değinmemiştir. Mevcut olay tasviri karşısında (özellikle diğer bazı suçlar bakımından şüpheli sıfatının sadece örgüt üyeliği şüphesine dayandırılmış olmasının anlaşılması karşısında), başvuru, hakkında örnek aldığı düşünülen fiiller bakımından üçüncü kişidir. Başvurucu, üçüncü kişi olarak, daha sonra iddianamede örgüt yöneticiliği şeklinde değiştirilen ithamdan dolayı yargılandığı ceza davasında ise kendini suçlamaya zorlanma yasağının ihlal edildiği iddiasında bulunamaz. Çünkü tükürük örneğinin alındığı düşünülen fiiller söz konusu ceza davasının konusu değildir (krş. CMK m. 175 f. 2 j bendi; m. 225 f. 2).²⁶ Bundan dolayı başvurunun bu iddiası için kanuni yolları tüketmediği tespiti adı geçen ceza yargılaması bakımından isabetli olmamıştır. Anayasa Mahkemesinin kabul edilebilirlik kararını bu nispette isabetli bulmuyoruz.

3. Üçüncü Kişi Olarak Başvurucunun Tükürük Örneğine İlişkin Muhtemel Hak İhlali İddiaları

Başvurucu hakkında derdest ceza yargılamasının başvurunun iddiaları bakımından gidilebilecek bir kanun yolu olmadığı gerçeği karşısında; Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya konu olan bu iddiaları irdelemesi gerekirdi. Bunun için öncelikle başvurunun iddialarının bireysel başvuruda hangi hak altında incelenebileceğinin belirlenmesi gerekirdi. Bu bağlamda iki hak veya en azından bunların biri altında bir incelemenin olabileceğini düşünmekteyiz: Başvurucu 'silahlı ve bombalı eylemlerin' veya 'diğer bazı suçların' şüphelisi olmamasına rağmen; neticede, şüpheli sıfatıyla kendisinden tükürük örneği alınmış olması karşısında, kendini suçlamaya zorlanma yasağına dayanarak bireysel başvuruya adil

²⁵ Aynı görüşte Öztürk ve diğerleri (n 17) 238; Aydın Aygün, 'Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma' (2016) 8 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49, 58; Recep Doğan, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma' (2019) 142 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 93, 118; karşı görüş için bkz; Pervin Aksoy İpekçioğlu, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma' (2012) LXX/2012(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 19, 24; ayrıca karşılaştırınız Veli Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (12. Baskı, Seçkin Yayınları 2019) 461; Yenisey ve Nuhoğlu (n 18) 641; Özgenç (n 18) 247; Gökçen ve diğerleri (n 3) 354.

²⁶ Hükmün konusu için bkz. Şahin ve Göktürk (n 6) 187; Gökçen ve diğerleri (n 3) 612 vd.; Yurtcan (n 3) 796; Ünver ve Hakeri (n 3) 1660.

yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilmelidir. Somut olayın koşulları altında başvuru hakkının şüpheli sıfatının isabetsizce kabul edilmiş olması, daha sonra hakkında tükürük örneği ve bunun delil olarak kullanılabilmesi bir fiil hakkında iddianame düzenlenmemiş ve/veya kovuşturma aşamasına geçilip mahkumiyet kararı verilmemiş olması; başvuru hakkının iddiasının adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesine engel teşkil etmemelidir.²⁷ Çünkü aksinin kabul edilmesi, bu gibi durumlarda kişilerin adil yargılanma hakkının güvencelerinden mahrum kalması tehlikesini doğurmaktadır.²⁸ Başka bir ifadeyle soruşturma mercilerine hem mesnetsiz şüpheli sıfatının verilmesi 'yetkisi' fiilen verilmiş olacak hem de bu durumlarda adil yargılanma hakkının gereklerine uymamaları hukuki denetime tabi olmayacaktır. Böylece bir kişiye adli mercilerce şüpheli sıfatının verilmesine, kişinin menfaatine olduğu oranda, 'geçerlilik' sağlanması ve yukarıda da görüldüğü gibi kişinin menfaatine muhalif olduğu durumlarda ise, geçerlilik sağlanmaması gerektiği kanısındayız.²⁹ Bu görüşümüzü kimsenin (burada adli mercilerin) kendi kusurundan/kanunsuzluğundan faydalanamayacağına (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) dair genel hukuk ilkesi desteklemektedir.³⁰ Yine adı geçen görüşü, kişinin (burada başvuru hakkının) hükmün (AİHS m. 6) kendi lehine olduğu kadarıyla uygulanmasını talep edebilmesini dair lehe kanun ilkesi de desteklemektedir.³¹

İkinci bir yol olarak başvuru hakkının tükürük örneği alınması bakımından esasında üçüncü kişi olduğu göz önüne alınarak; iddiası, beden bütünlüğüne yapılan bir müdahalenin temel insan haklarını ihlal etmiş olabileceği düşünülerek Ay. m. 17 f. 1 ve AİHS m. 8 f. 1 kapsamında değerlendirilebilir.³² Anayasa Mahkemesi'nin bu yolu tercih ettiği görülmektedir. Mahkeme bu tercihinde aslında derdest olan davanın tüketilebilecek bir kanun yolu olmadığını dolaylı olarak görmek mümkündür. Çünkü eğer derece mahkemesinin yargılanması tüketilebilecek bir kanun yolu olsaydı; olay mahkemesi Ay. m. 17 f. 1 ve AİHS m. 8 f. 1'e aykırılıkları da hakkında hüküm kurduğu fiili ilgilendirdiği oranda (bkz. CMK m. 225 f. 1) ele alması

²⁷ Başvuru hakkında ceza davasının açılmamış olması veya başvuru hakkının beraat etmesinin AİHS m. 6'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ileri sürmesine engel olmayacağı için bkz. Funke v Fransa Başvuru No: 10828/84 (AİHM, 25 Şubat 1993) § 44; Quinn v İrlanda Başvuru No: 36887/97 (AİHM, 21 Aralık 2000) § 55; Heaney ve McGuinness v İrlanda Başvuru No: 34720/97 (AİHM, 21 Aralık 2000) § 55.

²⁸ Aynı doğrultuda Marttinen v Finlandiya Başvuru No: 19235/03 (AİHM, 21 Nisan 2009) § 64.

²⁹ AİHM'in başvuru hakkının menfaati esaslı şüpheli sıfatının alınmasına dair içtihadı için bkz. Malkov v Estonya Başvuru No: 31407/07 (AİHM, 04 Şubat 2010) § 56.

³⁰ Bu ilke AİHM tarafından da başvurulan bir ilkedir, bkz. Monory v Romanya ve Macaristan, Başvuru No: 71099/01 (AİHM, 17 Şubat 2004); ilkenin kökeni ve anlamı için bkz. Talya Şans Uçaryılmaz, 'Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek Bona Fides İlkesi' (Doktora Tezi, Bilkent Üniversitesi 2018) <<http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/47574/10193407.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> 06 Mayıs 2021 tarihinde erişildi.

³¹ Bu ilke AİHS'te de vücut bulmuştur. Sözleşme'nin 53. maddesine göre; 'Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz'; lehe kanun ilkesi maddi ceza hukukunda da caridir. TCK m. 7 f. 2'ye göre 'suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.'

³² Bkz. Kılıç (n 7) 58.

gerekecek ve hükümde – şayet başvuruçunun iddiasını haklı bulsaydı – CMK m. 230 f. 1 b bendi gereği ‘dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere’ de değinmesi gerekecekti. Ancak derece mahkemesinin somut olayda vereceği hükümde bu hususlara değinmek zorunda olmayacağına yukarıda işaret etmiştik.

B. Zor Kullanımıyla Maddi ve Manevi Varlığının Korunmasına Dair Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin Değerlendirmeler

Anayasa Mahkemesi Ay. m. 17 f. 1 ve 2 ile AİHS m. 8 f. 1 ve 2 anlamında, başvuruçudan rızası hilafına ve zorla tükürük örneğinin alınmasının adı geçen hükümlerle güvence altına alınan temel insan hakkına bir müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir (§ 67).³³ Ancak bu hakkın sınırlanabilir olduğuna dikkat çekerek³⁴; incelemesinin devamında ‘müdahalenin yasal dayanağının bulunup bulunmadığı, müdahaleye dayanak olarak gösterilen amacın meşru olup olmadığı, kısıtlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığı ve kullanılan araçların orantılı olup olmadığı tespit edilmesi’ gerektiğine işaret etmiştir (§ 70).³⁵ Başvuruçudan tükürük örneğinin alınmasının CMK m. 75. f. 1’uyarınca yasal dayanağı olacak şekilde yapıldığını belirten Mahkeme (§ 73), bunun demokratik toplumlarda meşru bir amaç olan suçla mücadele için yapıldığını belirlemiştir (§ 75). Anayasa Mahkemesi, tükürük örneğinin CMK m. 75 f. 2 ve devamındaki güvenceler altında alındığını (§ 79), başvuruçunun şüpheli olarak tükürük örneği alınmasına ‘katlanma yükümlülüğü’ olduğunu (§ 80) ve kolluğun ilgili Yönetmelik (m. 18) ve PVSK m. 16 gereği sahip olduğu zor kullanma yetkisini somut olayda yerinde kullanmış olduğunu belirleyerek (§ 80 vd.), ölçülülük ilkesine riayet edildiğini tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu değerlendirmesi de bazı veçheleriyle eleştiriye açıktır.

1. Başvuruçudan Üçüncü Kişi Olarak Tükürük Örneğinin Alınmasının Yasallığı

Yukarıda da belirttiğimiz gibi; somut olayda başvuruçunun ‘silahlı ve bombalı eylemler’ ile ‘diğer suçlar’ bakımından şüpheli sıfatının varlığı konusundaki olgu tespiti eksikliği karşısında, CMK m. 75 f. 1’in tükürük örneğinin alınmasının yasal dayanağı olmadığını düşünmekteyiz. Mevzuatımızda rızası olmayan üçüncü kişinin vücudundan örnek alınması konusunda kanunda boşluk vardır. Bu hususlara yukarıda değinilmişti. Kanaatimizce Ay. m. 17 f. 2 ve AİHS m. 8 f. 2’de aranan yasal dayanak eksikliğinden dolayı, AYM ihlal kararı vermeliydi. Aşağıda Mahkemenin kararı başka bir veçhe altında incelenmeye devam edilecektir.

³³ Bkz. Vavricka and others v Çekya Başvuru No: 47621/13 (AİHM, 08 Nisan 2021) § 263; Gülay Öncü Arslan, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı* (Anayasa Mahkemesi 2019) 29 <https://www.anayasa.gov.tr/media/5604/ozel_yasam_hakki.pdf> 06 Mayıs 2021 tarihinde erişildi; Harris ve diğerleri (n 14) 348.

³⁴ Bkz. Vavricka and others v Çekya Başvuru No: 47621/13 (AİHM, 08 Nisan 2021) § 273.

³⁵ Ayrıca bkz. Öncü Arslan (n 31) 131; Harris ve diğerleri (n 14) 352.

2. Başvurucunun ‘Katlanma Yükümlülüğü’

Anayasa Mahkemesinin yukarıda ölçülülük ilkesi incelemesi kapsamında işaret ettiği ‘katlanma yükümlülüğünün’ varlığına kural olarak katılmaktayız.³⁶ Ancak, Mahkemenin bu yükümlülüğün gerekçelendirilmesi konusundaki açıklamalarının yeterli olmadığını düşünmekteyiz. Mahkemeye göre, ‘aksi durumun kabulü soruşturma ve kovuşturma sırasında bu delillerin toplanmasını imkânsız hale getirir ki, bu da kanun koyucunun amacıyla bağdaşmaz’ (§ 80). Mahkemenin bu şekildeki tespiti isabetli olsa da sadece bu tespitle kalınması halinde, katlanma yükümlülüğün diğer veçhesi olan şüphelinin meşru menfaatlerinin sınırları hususuna değinilmemiş olacaktır.³⁷ Şüphelinin kendisinden delil elde edilmesi bakımından içinde bulunduğu hukuki vaziyeti, sadece soruşturma ve kovuşturmanın meşru amaçları göz önüne alınarak belirlenmemelidir. Aksi halde sadece katlanma yükümlülüğü değil aynı zamanda aktif yardım etme yükümlülüğünün kabul edilmesinin önünde bir engel olmayacaktı. Esasında Anayasa Mahkemesi de ‘şüphelinin katlanma yükümlülüğü yapılacak işleme *aktif* bir şekilde *yardım etme* zorunluluğunu doğurma[diğini]’ (§ 80) kabul etmektedir. Ancak bu zorunluluğun neden doğmadığını açıklamamıştır. Bunun için Anayasa Mahkemesinin anayasamızda güvence altına alınan kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının (m. 38 f. 5) sınırlarını belirlemesi gerekirdi. Bu bağlamda özellikle şüphelinin ‘delil göstermeye’ zorlanamamasından ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Bu husus aşağıda ayrıntılı bir şekilde irdelenecektir.

3. Zor Kullanmanın Yasal Dayanağı ve Ölçülülüğü

Son olarak, Anayasa Mahkemesinin tükürük örneğinin alınmasında kullanılan zorlamanın yasal dayanağının olduğu (İlgili Yönetmelik m. 18 f. 1³⁸ ve PVSK m. 16) ve zor kullanımının somut olayda Ay. m. 17 f. 2 ve AİHS m. 8 f. 2 anlamında da ölçülü olduğu hususundaki tespiti bakımından şu belirlemede bulunmak yerinde olacaktır; adı geçen Yönetmeliğin Anayasa ve Sözleşmenin ilgili maddeleri anlamında zorlamanın ‘kanuni’ dayanak teşkil edip edemeyeceği hususunun ayrıca irdelenmesi gerekirdi.³⁹ Yukarıda da belirtildiği gibi başvurucudan üçüncü kişi olarak tükürük örneği alınması konusunda CMK’da bir yetki

³⁶ Katlanma yükümlülüğü için bkz. Şahin ve Göktürk (n 15) 164; Ünver ve Hakeri (n 3) 416; Esra Demir, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemeler* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 180; Gökçen ve diğerleri (n 3) 245; katlanma yükümlülüğü bakımından öğretilerdeki görüşlerin ayrıntılı bir özeti için bkz. Özdemir (n 7) 93 vd.

³⁷ Ceza muhakemesinin toplumsal ve bireysel menfaatlerin dengelenmesinin alanı olduğuna dair bkz. Kılıç (n 7) 59; şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınmasının maddi gerçeğin araştırılması için kural olarak gerekli olduğu için bkz. İnci (n 1) 121.

³⁸ m. 18 f. 1: “Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca *gerekli önlemler* alınır”; öğretilerde bu hükmün zor kullanımına başvurulması için Anayasa’ya uygun (bkz. m. 13 f. 1) dayanak teşkil etmediği dile getirilmiştir, tartışmalar için bkz. Akbulut (n 20) 115 vd.; ayrıca bakınız Tunçer İnce (n 1) 368. Kanaatimizce Ay. m. 38 f. 5, PVSK m. 16 f. 1 ile CMK m. 75 f. 1 beraberce yeterli dayanak teşkil etmektedir.

³⁹ Bu bağlamda ayrıca bkz. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020) 343.

hükmü mevcut değildir. Böyle bir yetki hükmün öngörülmesi halinde ise; kanaatimizce, PVSK m. 16 hükmü tükürük örneği almasında zor kullanımına *başvurulmasının* yasal dayanağını teşkil edebilecektir.⁴⁰ Diğer taraftan PVKS m. 16'ya uygun bir şekilde tükürük örneği alınması hususunda direnci kırılmak istenen başvurucuya ayrıca göz yaşartıcı gaz sıkılmış olması ve başvurucunun 'polislerin elleriyle yüzüne bastırdıkları sırada doktorun ağzının içinden örnek aldığı' iddiasının; ölçülülük incelemesinde ayrıca irdelenmesi gerekirdi. Anayasa Mahkemesi bunun yerine; 'başvurucunun mukavemetini kırmak için kullanılacak araç ve gerecin seçiminde kolluk görevlilerinin takdir yetkisinin bulunduğu, direnişin daha hafif bir müdahaleyle giderilme imkânının bulunduğu'na dair bir iddia ve tespitin mevcut olma[dığına]' işaret ederek orantılılık incelemesini sonlandırmıştır (§ 82).⁴¹ Bu husus başvurucunun zor kullanma esnasında ayrıca darp edildiği ve bununla işkence ve kötü muamele yasağının (Ay. 17 f. 3; AİHS m. 3) ihlal edildiği iddiasını ilgilendirmektedir. Ancak bu husus bu çalışmanın konusunun dışında kaldığı için; burada ayrıca ele alınmayacaktır.

C. Tükürük Örneği Alınmasına Dair Sulh Ceza Hakimliği Kararına Karşı Kanun Yolu Koruması ve Feragat

Anayasa Mahkemesinin incelediği bir başka iddia; başvurucunun tükürük örneği alınmasına karşı etkili bir koruma sağlayan kanun yoluna gitme hakkının ihlal edilmiş olmasına ilişkindir (Ay. m. 40 f. 1; AİHS m. 13).⁴² Başvurucuya göre ilgili hâkim kararı kendisine tebliğ edilmemiş ve bundan dolayı kendisi hukuki korumanın sağlanması için CMK'da var olan itiraz kanun yoluna gidememiştir (§ 84).⁴³ Gerçekten somut olayda başvurucu kendisinden tükürük örneğinin alınacağını, hastaneye götürülmek istendiğinde öğrenmiştir. Bakanlık, bireysel başvuru bakımından Anayasa Mahkemesi önünde dile getirdiği görüşünde; 'icra edilmiş bir karara karşı yapılacak itirazda hukuki yararının bulunmadığını' belirterek başvurucunun hak iddiasının mesnetsiz olduğunu dile getirmiştir (§ 52). Anayasa Mahkemesi ise başvurucunun adı geçen anayasal kanun yolu korumasının sağlanması hakkının ihlalden bahsedebilmesi için; öncelikle savunulabilir bir hak ihlali iddiasında bulunmuş olması gerektiğine dikkat çekerek, Ay. m. 40 f. 1'de güvence altına alınan hakkın ihlal edilmediğini tespit etmiştir (§

⁴⁰ CMK'da özel bir yetki hükmü olmadan CMK m. 161 f. 1 üzerinden veya doğrudan PVSK m. 16 f. 1'e dayanılarak üçüncü kişinin vücudundan örnek alınabileceğini düşünmüyoruz. Nitekim PVSK m. 16 f. 1'de polisin 'görevini yaparken' direnişle karşılaşması halinde zor kullanmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Yetki normu olmadan vücuttan örnek alınması bakımından polisin genel suç soruşturması görevini icra ettiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Aksi halde şüphelinin bütün temel insan hakları hakkındaki sınırlamalara ilişkin yetki normlarının CMK'da teker teker düzenlenmesi yerine sadece CMK m. 161 f. 1'deki genel yetkinin öngörülmesi yeterli olacaktı. Ancak özel kanuni düzenlemeler sadece kamu mercilerinin eylemlerinin kanuniliği ilkesi (Ay. m. 123 f. 1) gereği değil; aynı zamanda müdahale edilen temel insan haklarına ilişkin anayasal hükümlerin (özellikle Ay. m. 13 f. 1) gereğidir. Bundan dolayı PVSK m. 16 f. 1'deki 'görevini yaparken' ibaresini sistematik yorumlayarak yetki normu dahilinde 'görevini yaparken' şeklinde anlamak gerekir.

⁴¹ Vücuttan örnek alınmasında şüphelinin direnci üzerine uygulanacak zorlama tedbirlerindeki daha hafif müdahale teşkil edecek diğer alternatifler sorunu için ayrıca bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 18) 636.

⁴² Bunun için bkz. Harris ve diğerleri (n 14) 577 vd.

⁴³ İtiraz için ayrıntılı bir şekilde bkz. Gökçen ve diğerleri (n 3) 656 vd.; vücuttan örnek alınması kararlarına karşı itiraz için ayrıca bkz. Bağlar (n 1) 148 vd.; Apiş (n 1) 290; Yurtcan (n 3) 260.

89). Başka bir ifadeyle, AYM yukarıda yaptığı tükürük örneğinin alınmasının başvuruçunun maddi varlığının korunmasına dair Anayasa (m. 17 f. 1) ve Sözleşmede (m. 8 f. 1) güvence altına alınan temel insan hakkını ihlal etmediğine dair tespitini hatırlatarak; itiraz mercii önünde başvuruçunun zaten savunulabilir bir hak iddiasında bulunabilecek durumda olmamış olduğunu dile getirmiştir. Diğer taraftan Mahkeme isabetli bir şekilde, başvuruçunun, tükürük örneği alındıktan sonra itiraz yoluna avukatı vasıtasıyla gidebileceğine dikkat çekmiştir. Mahkeme tükürük örneği alındıktan iki gün sonra başvuruçunun avukatının ilgili Hakimlik kararını öğrendiğine dikkat çekmiştir. Her ne kadar kararda itiraz mercii konusunda bir belirleme olmasa dahi; avukat, itirazın yöntem ve süresini mesleki bilgisi gereği bilmeliydi (§ 89). Mahkeme açık bir şekilde dile getirmemiş olsa da kanaatimizce bilgisine rağmen itiraza gitmeyen avukat, başvuruçunun etkili kanun yoluna gitmeye ilişkin Anayasa ve Sözleşmeden doğan temel insan hakkından (Ay. m. 40 f. 1; AİHS m. 13 f. 1) feragat etmiş olmaktadır.⁴⁴

Anayasa Mahkemesinin bu değerlendirmeleri isabetli yönlerinin yanında, bazı veçheleriyle eleştiriye açıktır.

1. Tükürük Örneği Alınmış Olmasına Rağmen İtiraza Gidilmesinde Hukuki Yarar

Öncelikle, Bakanlığın görüşünün aksine, tükürük örneğinin halihazırda alınmış olmasının gidilecek itiraz kanun yolu bakımından (krş. CMK m. 75 f. 6; m. 76 f. 5) hukuki yarar eksikliğine yol açtığını düşünmüyoruz.⁴⁵ Nitekim Anayasa Mahkemesi de avukatın itiraza gidebileceğine işaret ederek; Bakanlığın bu görüşüne katılmadığını zımnen dile getirmiştir. İtiraza gidilmesinin fiilen tükürük örneğinin alınmamasına yol açamayacak olduğu doğrudur. CMK m. 35 f. 2'de açık bir şekilde koruma tedbirlerine dair kararların ilgisine tebliğ edilmeyeceği düzenlenmiştir.⁴⁶ Zaten somut olayda da başvuruçuya bir tebliğ yasa

⁴⁴ Müdafinin ceza yargılamasında şüpheli veya sanığın itiraz kanun yolu hakkından feragat edip edemeyeceği ve/veya bu hususta vekaletnamede özel bir izninin bulunmasının gerekli olup olmadığı ise ayrı bir konudur (krş. CMK m. 266 f. 2); bunun için ayrıntılı bir şekilde bkz. Gülsün Ayhan Aygörmöz Uğurlubay, 'Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz' (2014) 16(Özel) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3999, 4015; AİHS m. 6'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının muhtelif alt haklarından feragat ve koşulları için bkz. Pishchalnikov v Rusya Başvuru No: 7025/04 (AİHM, 24 Eylül 2009) § 77; Panovits v Kıbrıs Rum Kesimi Başvuru No: 4268/04 (AİHM, 11 Aralık 2008) § 68; müdafinin geçerli feragati için bkz. Batek and others v Çekya, Başvuru No: 54146/09 (AİHM, 12 Ocak 2017) § 57; adil yargılanma hakkı bakımından feragat için ayrıca bkz. Özdemir (n 7) 6.

⁴⁵ Öğretide, itiraza, vücuttan örneğin alınmasını durdurması etkisi tanınması yönünde görüşler mevcuttur, bkz. Demir (n 34) 77.

⁴⁶ CMK'nın sistematiği göz önüne alındığında, vücuttan örnek almanın bir koruma tedbiri olmadığı düşünülebilir. Ancak koruma tedbirlerinin sadece CMK m. 90 devamında düzenlenmiş oldukları gibi adı geçen şekildeki bir çıkarımın yerinde olmayacağını düşünmekteyiz. Her şeyden önce böyle bir sınırlama sadece lafzi bir yorum sonucu olur. Oysa savcılığın suç soruşturmasında vücuttan örnek alınması gibi delillerin elde edilmesi ve *koruma* altına alınması için doğrudan veya hâkim kararıyla harekete geçebileceğini görmek gerekir. Nitekim doktrinde de vücuttan örnek almanın bu anlamda bir koruma tedbiri teşkil ettiği kabul edilmektedir; bu görüşte örneğin Aygün (n 23) 52; Doğan (n 23) 98; öğretide de benden muayenesi ve vücuttan örnek alınma koruma tedbirleri

gereği isabetli bir şekilde yapılmamış ve başvuru hastaneye götürülmek istendiğinde tükürük örneğinin alınacağını öğrenmiştir. Bu aşamada zamansal olarak itirazın örnek alınmasına, hâkim kararının hukuka aykırı olduğu bir an için düşünülse dahi, engel teşkil edebilmesi fiilen mümkün olmayacaktır.

CMK m. 35 f. 2'nin amacı makul ve anlaşılabilir: Soruşturma ve kovuşturmanın amaçlarının, haber alan ilgilinin tedbirin yerine getirilmesi engelleyerek tehlikeye düşürülmesinin olabildiğince önüne geçmek.⁴⁷ Her ne kadar tebliğ Ay. m. 40 f. 1 ve AİHS m. 13 f. 1'de güvence altına alınan etkili kanun yolu korumasından faydalanma hakkı bakımından önemli bir işleve sahip olsa da başvurucuya adı geçen hâkim kararının tebliğ edilmemiş olmasının yasal ve meşru bir gerekçesinin olduğu ortadadır. Diğer taraftan tebligatın yapılmamış olması, kanaatimizce etkili kanun yolu koruması hakkını tamamen atıl bir duruma getirmemelidir. Bakanlığın görüşü takip edildiğinde, tamamen icra edilmiş koruma tedbirleri bakımından eksik tebligattan dolayı Ay. m. 40 f. 1 ve AİHS m. 13 f. 1 hükümleri itiraz kanun yolunda hiçbir koruma sağlayamayacaktır. Kanaatimizce, adı geçen tedbir bakımından da sonradan gidilecek itiraz kanun yolunda hukuki yarar hâlâ vardır. Bundan dolayıdır ki CMK m. 75 f. 6 ve m. 76 f. 5'te itiraz hakkı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Alınmış olan tükürük örneğinin hukuka aykırılığın itiraz mercii önünde ileri sürülmesi üzerine yapılacak itiraz yargılamasının; söz konusu iddianın ispatı bakımından (delillerin taze olması gibi) büyük avantajlara sahip olmasından dolayı, başvuru bakımından önemli hukuki yarara sahip olacağı izahtan varestedir. Keza itiraz mercii muhtemel bir hukuka aykırılık tespiti sadece idarenin tazminat sorumluluğu bakımından değil aynı zamanda tükürük örneğinin ileride delil olarak kullanılmasında ileri sürülebilecek muhtemel bir delil yasağı bakımından da (krş. CMK m. 75 f. 1 Son Cümle)⁴⁸ şüphelinin elini güçlendirecek bir karar olabilecekti. Son olarak muhtemel bir hukuka aykırılık veya hukuka uygunluk kararı aynı tedbirin daha sonra şüpheli bakımından tekrarlanması halinde yön gösterici olabilecekti.

Hukuki yarardan ziyade, AYM, başvuru kanun yolu mercii önünde savunulabilir bir hak ihlali iddiasında zaten bulunamayacağından dolayı başvuruyu reddetmiştir. Mahkemenin bu tespitine katılmadığımızı yukarıda belirtmiştik.

2. Ay. m. 40 f. 1 ve AİHS m. 13 f. 1 Anlamında Savunulabilir İddia

Yukarıda ortaya konulduğu gibi bizim değerlendirmemizde başvurucudan tükürük örneği yasal dayanak olmadan alınmıştır. Başvuru, itiraz mercii önünde vücut bütünlüğüne müdahale edilmemesine ilişkin Anayasa (m. 17 f. 1) ve Sözleşmede (m. 8 f. 1) güvence altına alınan temel insan hakkının ihlal edildiğini savunabilirdi. Bunun yanında, başvuru kanun yolu mercii önünde savunulabilir iddiasının olduğu; kendisine haksız yere şüpheli sıfatının varlığından da anlaşılmaktadır. Ancak bu husus başvuru kanun yolu mercii önünde Ay. m. 38 f.

altında ele alınmaktadır, örneğin Özbek ve diğerleri (n 23) 454 vd.; Öztürk ve diğerleri (n 17) 213 vd.; tartışmalar için ayrıca bkz. Özdemir (n 7) 45; Kılıç (n 7) 96.

⁴⁷ Aynı şekilde Özbek ve diğerleri (n 23) 137; Bağlar (n 1) 148 vd.

⁴⁸ Aynı şekilde Bağlar (n 1) 148 vd.; Apiş (n 1) 283; ayrıca bkz. Akbulut (n 20) 113; Tunçer İnce (n 1) 372.

5'teki yasağa dayanması bakımından bir engel teşkil etmemektedir. Bu hususlara yukarıda ayrıntılı bir şekilde değinilmiştir.

Başvurucunun iddialarının Ay. m. 40 f. 1 ve AHİS m. 13 f. 1 anlamında savunulabilir olması ile Ay. m. 17 f. 1, m. 38 f. 5 ve AHİS m. 6 f. 1, m. 8 f. 1 anlamında haklı/gerekçeli olması arasında fark vardır. Kanun yolu korumasından faydalanılması için iddianın esasında haklı olması gerekli değildir.⁴⁹ Savunulabilir olması yeterlidir. Yukarıda belirttiğimiz gibi CMK'daki boşluk ve başvurucunun Ay. m. 38 f. 5'teki yasağa isabetsiz verilmiş şüpheli sıfatıyla dayanabilecek olması savunulabilirlik için kanaatimizce yeterlidir.⁵⁰ AYM'den farklı olarak, Ay. m. 17 f. 1 ve AHİS m. 8 f. 1 bakımından zaten esastan ihlal kararı verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Başvurucunun itiraz merci önündeki Ay. m. 38 f. 5'teki yasağın ihlal edildiği hususundaki iddiasının haklı olup olmadığının tespiti için; tükürük örneği alınmasının gerçekten Ay. m. 38 f. 5 anlamında 'delil göstermeye' zorlanma olarak telakki edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Aşağıda gerekçelendirilecek kabulümüze göre, bu şekilde bir zorlama söz konusu değildi. Ancak bu tespit somut olayda savunulabilirliğin önünde bir engel değildi. İddiasının esasında haklı olup olmadığı bu aşamada önemli değildir. Bu husus gidilecek kanun yolunda irdelenecekti.

⁴⁹ Nuri Kurt v Türkiye Başvuru No:37038/97 (AİHM, 29 Kasım 2005) § 115; ayrıca bkz. Harris ve diğerleri (n 14) 580.

⁵⁰ Tükürük örneğinin alınması bakımında bir kişinin şüpheli değil üçüncü kişi olması, kural olarak kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının ileri sürebilmesi bakımından bir engel teşkil etmemektedir. Çünkü Ay. m. 38 f. 5 hükmü açık bir şekilde 'hiç kimse[nin]' kendi aleyhinde delil göstermeye zorlanamayacağını güvence altına almaktadır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında aksini kabul ediyor gibi görünse de (Bkz. AYM, 2004/31, 2007/11, 31/01/2007, R.G. 18.05.2007 – 26526; aynı şekilde Çağrı Kan Aydın, 'Adil Bir Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı' (2019) 91 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 146, 148; aksi görüşte Ali Yıldırım, 'Sanığın Susma Hakkı' (1998) 5-6 Ankara Barosu Dergisi 682, 686 vd.; İtişgen (n 10) 108; Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı* (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru 2018) 162 <https://www.anayasa.gov.tr/media/3547/04_adil_yargilanma_hakki_son.pdf> 06 Mayıs 2021 tarihinde erişildi; öğretilerdeki diğer görüşlerin ayrıntılı bir özeti için bkz. Yusuf Ertemel, 'Vergi Hukukunda Belge İbraz Yükümlülüğü ve Nemo Tenetur İlkesi' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018) 48 ve 67 vd.; bu yasağa dayanabilmesi için ilgili kişinin mutlaka şüpheli sıfatını almış olmasına gerek yoktur (Aynı şekilde Asuman Aytekin İnceoğlu, 'Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2000) 156; Özbek ve diğerleri (n 23) 461.). Nitekim bunun bariz örneği CMK'da tanıklara tanınan kendilerini suçlayıcı beyanlarda bulunmaktan çekinme hakkıdır (m. 48 f. 1). Sadece beyan delilinin elde edilmesinde değil; vücuttan örnek alınmasında da mağdurun aynı sebepten dolayı tanıklıktan kaçınabileceği ayrıca düzenlenmiştir (CMK m. 76 f. 4). Bu hükümler Ay. m. 38 f. 5'te güvence altına alınan kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının muhtelif görünümleridir (CMK'daki kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının diğer görünümleri olan m. 147 ve 148 için bkz. Mehmet Arslan, 'Şüphelinin İfade Verme ve İrade Özgürlüğü' in Yenisey Feridun ve diğerleri (Editör) *Silvia Tellenbach'a Armağan* (Seçkin Yayınları 2018) 787, 790 vd.

Her halükârda ceza muhakemesinde üçüncü kişi olarak muamele görseydi dahi başvurucunun da kural olarak bu hakka dayanabileceği kanaatindeyiz. Dayanmasının gerekçeli olup olmayacağı ise ayrı bir meseledir. Aşağıda ortaya konulacağı gibi, başvurucudan aktif bir şekilde tükürmesi istenmemiş, daha ziyade tükürük örneği alınmasına katlanması istenmiştir. Bundan dolayı Ay. m. 38 f. 5 anlamında bir delil 'gösterme' yoktur.

AYM'nin neticede etkili kanun yolu korumasından dolayı ihlal kararı vermemesine ise katılıyoruz. Çünkü başvurucunun avukatı pasifliğiyle adı geçen hükümlerle güvence altına alınan etkili korumaya ilişkin temel hakkından feragat etmiştir (bkz. § 89).⁵¹

II. 'DELİL GÖSTERMEYE' ZORLANAMAMANIN KAPSAMI

A. Başvurucunun İddiaları Bakımından Önemi

Yukarıda başvurucunun iddialarında haklı olup olmadığının; Ay m. 35 f. 5'teki 'delil göstermeye' zorlanamamanın sınırlarının belirlenmesine bağlı olduğu dile getirilmiştir.⁵² Anayasa Mahkemesi başvurucu hakkındaki derdest ceza yargılamasına dikkat çekerek, tükürük örneğinin zorla alınmasının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğine ilişkin kanun yollarının tüketilmediğini tespit etmiş ve biz de bu tespitin yerinde olmadığını belirtmiştik. Her ne kadar başvurucuya somut olayın koşulları altında tükürük örneğinin alınması bakımından yersiz bir şekilde şüpheli sıfatı verilmiş olsa da Mahkemenin başvurucunun adil yargılama hakkının ihlali iddiasını inceleyebileceğini tespit etmiştik.⁵³ Bu iddianın merkezinde ise zorla tükürük örneğinin alınmasının Ay. m. 38 f. 5 anlamında 'delil göstermeye' zorlama teşkil edip etmediğinin irdelenmesi yatmaktadır.

Anayasa Mahkemesi başvurucunun zorla tükürük örneği alınmasına dair hak ihlali iddiasını adil yargılanma hakkı bakımından değil; Anayasa (m. 17 f. 1) ve Sözleşmede (m. 8 f. 1) güvence altına alınan vücut bütünlüğünün korunması hakkı kapsamında incelemiştir. Böyle bir seçimin yapılabileceği yukarıda belirtilmişti. Mahkeme başvurucudan alınan tükürük örneğinin, görüşümüzün aksine, vücuduna yapılan yasal bir müdahale olduğunu (krş. CMK m. 75 f. 1) tespit ettikten sonra, bunun meşru bir amaç olan suç soruşturmasında delillerin toplanması için yapıldığını ve bu kapsamda başvurucunun şüpheli olarak 'katlanma yükümlülüğüne' sahip olduğunu, diğer taraftan da bu yükümlülüğün *yardım etme* zorunluluğunu doğurmadığını belirtmişti (§ 80). Söz konusu yükümlülüğün ve yardım etmeye zorlanamamanın ise Ay. m. 38 f. 5'te yer alan 'delil göstermeye' zorlanamamanın sınırları belirlenmeden açıklanabilmesinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

Aşağıda önce katlanma yükümlülüğü ile yardım etmeye zorlanamamanın Ay. m. 35 f. 5 ile ilişkisi irdelenecek; ardından da Anayasa Mahkemesi başvurucunun iddiasını adil yargılanma hakkı kapsamında da ele alsaydı nasıl bir karar verebileceği ortaya konulacaktır. Çalışmanın kapsamını fazla genişletmemek için burada AİHM'in şüphelinin kendini

⁵¹ AİHM m. 6'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının muhtelif alt haklarından feragat ve koşulları için bkz. Pishchalnikov v Rusya Başvuru No: 7025/04 (AİHM, 24 Eylül 2009) § 77; müdafinin geçerli feragati için bkz. Batek and others v Çekya, Başvuru No: 54146/09 (AİHM, 12 Ocak 2017) § 57; adil yargılanma hakkı bakımından feragat için ayrıca bkz. Özdemir (n 7) 6; Inceoğlu (n 48) 121, 153 vd. ve 166.

⁵² Aynı doğrultuda Akbulut (n 20) 114; aksi yönde görüş için bkz. Bağlar (n 1) 145 vd.

⁵³ Benzer şekilde bkz. Serves v Fransa Başvuru No: 20225/92 (AİHM, 20 Ekim 1997) §§ 40 vd.

suçlamama hakkı bağlamında maddi deliller alınmasına dair içtihatlarına yer verilmeyecektir.⁵⁴

B. Katlanma Yükümlülüğü ve Yardım Etmeye Zorlanamamanın Kaynağı Olarak Ay. m. 38 f. 5

Ay. m. 38 f. 5 maddi delil elde edilmesinde başvurulacak her türlü zorlamayı değil, sadece maddi delillerin 'gösterilmesi' için başvurulacak zorlamayı yasaklamaktadır. Bundan dolayı tükürük örneği *alınmasına katlanılmasının* 'delil gösterme' olarak telakki edilemeyeceği, sadece tükürük örneği *vermenin* 'delil gösterme' olarak görülebileceği düşünmekteyiz. Bu görüşümüzü biraz açmak için aşağıda Ay. m. 38 f. 5'te kullanılan 'göstermenin' anlamı ortaya çıkarılmaya çalışılacak ve daha sonra somut olaydaki değerlendirmelere dönülecektir.

Aktif bir şekilde tükürmenin Ay. m. 38 f. 5 anlamında 'delil gösterme' teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Kişinin buna zorlanması anayasal hükmün ihlalini oluşturacaktır. Her ne kadar ilk bakışta 'göstermek' *filii* dar anlamda bir delilin kendisine işaret etmek (doğrudan göstermek) veya bir delilin nerede olduğunu bildirmek (dolaylı göstermek) olarak anlaşılmaya müsaitse de 'göstermenin' *hukuki bir kavram* olduğu görülmeli ve sözlük anlamıyla sınırlı kalmayıp bu kavram anlamlandırılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin şüphelinin yardım etme yükümlülüğünün olmadığına dair tespitiyle uyumlu bir şekilde; 'göstermenin' aktif bir eylem olarak maddi bir delilin elde edilmesine yardım etme/katkıda bulunma olarak anlaşılmasının önünde bir engel olmadığı kanaatindeyiz.

Göstermenin, maddi bir delilin elde edilmesine yardım etme/katkıda bulunma, şeklinde anlaşılması için bir diğer neden ise; aksi halde gösterme fiilinin sadece bazı maddi deliller bakımından icra edilebilecek olmasıdır. Gösterme dar anlaşıldığında sadece dış dünyada

⁵⁴ Bunun bir diğer nedeni de Ay. m. 38 f. 5'in koruma alanının AİHM'in *maddi deliller bakımından* şüpheliye sağladığı haklardan daha geniş güvenceler içerdiğini düşünmemizdir. Gerçekten AİHM biraz da pratik mülahazalardan dolayı (fakat ayrıntılarına burada giremeyeceğimiz başka nedenlerden de dolayı) maddi deliller bakımından nefes, idrar, ses, kan, saç veya başka dokular gibi zaten adli mercilerin tasarrufuna fiziken açık olanları tamamen kendini suçlamaya zorlama yasağının kapsamından çıkarmaktır (bkz. Saunders v Birleşik Krallık Başvuru No: 19187/91 (AİHM, 17 Ekim 1996) §§ 69 vd.; Jalloh v Almanya Başvuru No: 54810/00 (AİHM, 11 Temmuz 2006) §§ 114 vd.; ayrıca bkz. Harris ve diğerleri (n 14) 263; Özdemir (n 7) 17 vd.; Ertemel (n 48) s. 42 vd.; Kılıç (n 7) 70; İnceoğlu (n 48) 161; İnci (n 1) 132). AİHM'in görüşü takip edildiğinde, her ne kadar örneğin şüphelinin tükürmesinde kendi aleyhine delil elde edilmesinde aktif bir katkısı olsa da şüphelinin tükürme iradesinin *oluşumunda* bu şekilde bir zorlama önemli değildir. Çünkü en nihayetinde tükürük şüphelinin iradesinden bağımsız bir şekilde de adli mercilerin tasarrufuna, erişimine fiilen açıktır. Ay. m. 38 f. 5 ise şüphelinin delil 'göstermeye', yani tükürmeye zorlanmayacağını düzenleyerek, AİHM içtihadındaki korumanın ötesine gitmektedir. Mahkeme'nin içtihadının ayrıntılarına girmeden, bu çalışma bakımından şu tespit yapılmasıyla yetiniyoruz: Kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının kapsamının Türk hukukunda belirlenmesi bakımından Ay. m. 38 f. 5 ile CMK'nın ilgili maddeleri, AİHM'in içtihatlarından *daha güvenceli oldukları oranda*, esas alınmalıdır. Mahkeme'nin içtihadı *vücuttan maddi delil elde edilmesi bakımından* ulusal hukukun tanıdığı güvencelerden daha dar olduğu için AİHS m. 53 hükmü gereği daha lehe olan ulusal hukukun uygulama bulunması gerekir. Başka bir ifadeyle AİHM'in vücuttan alınan örnekleri kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının kapsamından çıkarıcı içtihadının iktibas edilmemesi gerekir.

ayrık bir varlığı olan cisimler bakımından geçerli olacaktır. Şüphelinin katkısıyla üretilmesi gereken tükürük veya ses örneği gibi deliller bakımından m. 38 f. 5'in geçerli olmadığı kabul edilecektir. Şüphelinin ağızındaki tükürük örneğini 'göstermesi' gibi sesini 'göstermesinden' bahsetmek de anlamlı olmayacaktır. Üst bir kavram kullanılarak tükürük örneğinin alınmasına, örneğin tükürük, katkıda bulunması (veya Anayasa Mahkemesi'nin terminolojisine göre 'yardım etmesi') veya ses örneğinin alınmasına konuşarak katkıda bulunmasından bahsetmek ise daha anlamlıdır.

Neticede; 'gösterme' kelimesinin ilk çağrıştırdığı anlamı esas alınırsa, Ay. m. 38 f. 5'in güvence altına aldığı kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının alanı oldukça daraltılacaktır. Ancak, adı geçen hükmün amacının kişinin kendisini suçlamaya sadece beyanda bulunurken değil, diğer *her türlü maddi delillerin* de elde edilmesinde katkıda bulunmaya zorlanmayacağı şeklinde anlamak gerekir.⁵⁵ Maddi deliller arasında, gösterilebilecek maddi deliller ve gösterilemeyecek maddi deliller ayırımının yapılması; kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının koruma alanının anlaşılması güç sınırlamalar içermesine yol açacaktır. Bu nedenlerden dolayı 'göstermenin' diğer delillerin elde edilmesini de kapsayıcı şekilde hukuki bir kavram olarak 'katkıda bulunmak' şeklinde anlaşılmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz.

Buraya kadarki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere; Mahkeme'nin kararında bahsettiği şüphelinin tükürük örneğinin alınmasında 'yardım etmeye zorlanamaması' ve 'katlanma yükümlülüğü'; Ay. m. 38 f. 5 anlamında 'delil gösterme' kavramının Ay. m. 17 f. 1 ve AHİS 8 f. 1 ile CMK m. 75 f. 1 bağlantılı olarak yorumlanmasından çıkarılabilir. Nitekim kişinin kendisini suçlamaya zorlanması yasağının kapsamının/sınırlarının belirlenmesinde *benzer* anlamlara gelen aktiflik/pasiflik kriterlerinin kanun koyucu tarafından da CMK'nın 75. maddesinin hazırlık aşamasında göz önüne alındığı görülmektedir.⁵⁶

Yukarıdaki açıklamalar ışığında; tükürük alınmasına katlanmanın Ay. m. 38 f. 5 anlamında delil 'gösterme' teşkil etmediği ve *bundan dolayı* tükürük alınmasına zorlanmanın Ay. m. 38 f. 5'in kural olarak koruma alanına müdahale olmadığı ortadadır. Nitekim AYM de isabetle tespit ettiği gibi şüphelinin tükürük örneğini verirken yardım etmesi, başka bir ifadeyle aktif bir şekilde tükürmesi yükümlülüğü yoktur, sadece tükürüğün alınmasına katlanmak zorundadır (§ 80). Gerçekten de mevzuatımızda böyle bir yükümlülük ne Anayasa ne de kanun düzeyinde mevcuttur.⁵⁷ CMK m. 75 f. 1'de şüphelinin vücudundan örnek 'alınmasından' bahsedilmektedir, şüphelinin bunu vermesinden değil. Şüphelinin tükürük örneği vermesi yükümlülüğünün yasal olarak öngörülmesi, kanaatimizce m. 38 f. 5 anlamında hukuki bir zorlama teşkil ederdi. Başka bir ifadeyle, şüphelinin tükürük örneği

⁵⁵ Aynı şekilde İtişgen (n 10) 45.

⁵⁶ Tasarı Gerekeşi (m. 78), TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:22, Cilt:66, s. 39; aynı görüş doktrinde de savunulmaktadır. Bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 18) 645 vd.; Öztürk ve diğerleri (n 17) 217

⁵⁷ Bunun istisnasını m. 81 f. 1'de öngörülen şüpheli ve sanığın ses örneğinin alınması teşkil edebilir. Söz konusu hüküm ses örneğinin *verilmesi* konusunda bu kişilerin yardım etme yükümlülüğünün olduğu şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Bu şekilde anlaşılması ve uygulanması halinde; CMK m. 81 f. 1 hükmü ses örneğinin alınması bakımından Ay. m. 38 f. 5'e aykırı olacaktır; neticede aynı görüş için bkz. Özdemir (n 7) 10 vd.

vermesi için yardım etme yükümlülüğünün olmaması; aksinin kabulü halinde bunun Ay. m. 38 f. 5 anlamında zorlama teşkil edecek olmasından kaynaklanmaktadır.⁵⁸

C. Somut Olayın Değerlendirilmesi

Bizâtihi tükürmenin Ay. m. 38 f. 5 anlamında delil gösterme (veya Anayasa Mahkemesi'nin tabiriyle yardım etme) ve tükürüğün alınmasının ise Ay. m. 38 f. 5 anlamında delil göstermeye zorlanmama olarak kabul edilmesi gerektiği ortaya konulduktan sonra; başvurunun somut olaydaki iddiasının adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınması hususunun ayrıca ele alınması gerekir. İlk bakışta başvurunun kendini suçlamaya zorlanma yasağının ihlaline dair iddiasının kolayca reddedilebileceği düşünülebilir. Çünkü tükürük vermeye zorlanmamış, kendisinden tükürük örneği sadece alınmış olduğu için; Ay. m. 38 f. 5'teki zorlama yasağının korumasından faydalanamayacak denilebilir.⁵⁹ Fakat somut olayın koşullarına daha dikkatlice bakıldığında başvurunun tükürük alınmasına katlanmasını gerektirici bir normun mevzuatta bulunmadığının hatırlanması gerekir. Gerçekten bir şüphelinin tükürük örneği gibi vücudundan maddi bir delilin alınmasına 'katlanma yükümlülüğü'; suç soruşturması amacıyla söz konusu delilin alınmasına izin veren yetki normundan (CMK m. 75 f. 1) kaynaklanmaktadır.⁶⁰ Bu normun öngördüğü müdahaleler Ay. m. 17 f. 1 ve AİHS 8 f. 1 anlamında kural olarak yasal dayanağı olan, meşru ve ölçülü bir müdahalelerdir. Fakat somut olayda başvurucuya şüpheli sıfatının tükürük örneği bakımından mesnetsiz verildiğini düşündüğümüz için; CMK m. 75 f. 1'in adı geçen 'katlanma yükümlülüğünün' dayanağı teşkil ettiğini düşünmemekteyiz. Keza akla gelebilecek bir diğer hüküm olan CMK m. 76 f. 1'deki 'katlanma yükümlülüğü', başvurunun üçüncü kişi olarak mağdur sıfatının olmamasından dolayı, dayanak teşkil edemeyecektir. Böylece bir taraftan başvurucuya karşı tükürük örneğinin *alınmasında* kullanılan zorlama (PVSK m. 16) Ay. m. 38 f. 5 anlamında kendini suçlamaya zorlama teşkil

⁵⁸ Bu doğrultuda bkz. Saunders v Birleşik Krallık Başvuru No: 19187/91 (AİHM, 17 Ekim 1996) § 70; ayrıca bkz. Harris ve diğerleri (n 14) 263 vd.; öğretilerdeki zorlama tanımlarından bazıları için bkz. Özdemir (n 7) 14 ve 94; Ertemel (n 48) 46; İtişgen (n 10) 119; İnci, (n 1) 129; Arslan (n 48) s. 805 vd.

⁵⁹ Kanaatimizce şayet mevzuatta bir yasal dayanak olsaydı; üçüncü kişi olarak başvuru aktif bir şekilde dahi tükürmesinin dahi talep edilmesi Ay. m. 38 f. 5'e aykırı olmayacaktı. Çünkü şüpheli bir kişiden farklı olarak üçüncü kişinin CMK m. 76 f. 4'e dayanarak tükürük örneği vermekten kaçınabilmesi için; kendisinden alınacak örneğin kendisini suçlayıcı nitelikte olabileceğinin 'dayanağını oluşturan olguları' ayrıca bildirmesi gerekecektir (bkz. CMK m. 49). Bu durum karşısında somut olay bakımından şöyle bir durumla karşı karşıyayız: Şayet CMK m. 76 f. 1 diğer kişilerden vücut örneği alınmasını kural olarak mağdurla sınırlandırmamış olsaydı, başvuru şüpheli sıfatı verilmesine gerek olmayacak ve başvuru CMK m. 76 f. 4 ve m. 49 gereği kendini suçlama tehlikesi ihtimalini inandırıcı bir şekilde ortaya koyması gerekecekti. Somut olayın koşullarından anladığımız kadarıyla, böyle bir tehlike mevcut değildi. Neticede başvuru kendini suçlama tehlikesinin yokluğundan dolayı aktif bir şekilde dahi tükürmekle yükümlü olacak (Ay. m. 17 f. 1, m. 38 f. 5 ile bağlantılı CMK m. 76 f. 1, 4 ve m. 49) ve bu yükümlülüğü yerine getirmeyen başvuru karşı zor kullanılabilir (PVSK m. 16 f. 1). Görüldüğü gibi mevzuattaki boşluk ve uygulamadaki dikkatsiz verilmiş şüphelik sıfatı olayı hak ihlali içerecek duruma getirmiştir.

⁶⁰ Aynı doğrultuda Özgenç (n 18) 242 vd.; Kılıç (n 7) 139; krş. Şahin ve Göktürk (n 6) 65 vd.; Öztürk ve diğerleri (n 17) 216.

etmemiş;⁶¹ diğer taraftan ise başvurucudan tükürük örneğinin alınması tedbiri ve 'katlanma yükümlülüğünün' gerekçesi olabilecek yasal dayanak bulunamamıştır. Başka bir ifadeyle başvurucudan doğrudan Ay. m. 38 f. 5'teki delil gösterilmeye zorlama yasağına değil, *kanuni dayanağı olmayan bir zorlamaya tabi tutulmuştur*. Yasal dayanağı olmayan, esasında kendini suçlamaya zorlama da teşkil etmeyen bir tedbire başvurulmuş olmasının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmeyeceği ise ayrıca hakkında karar verilmesi gereken bir husustur. Kanaatimizce kullanılan zorlamanın Ay. m. 38 f. 5 anlamında 'delil göstermeye' yol açmamış olması, başvurucu hakkında daha sonra yasal dayanaktan yoksun alınmış tükürük örneği kullanılarak bir iddianame düzenlenmemiş olması ve başvurucunun adı geçen izin normunun olmadığına ilişkin iddiasını Ay. m. 17 f. 1 ve AİHS m. 8 f. 1 anlamında ileri sürebilecek olması göz önüne alındığında; kendini suçlamaya zorlama yasağı⁶² ve adil yargılanma hakkı bakımından bir ihlalin tespitini gerektirecek derece bir mağduriyetin olmadığını kabul etmek gerekir.⁶³ Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi başvurucunun iddiasını adil yargılama hakkı bağlamında ele alsaydı ve kendini suçlamaya zorlama yasağı bakımından Ay. m. 38 f. 5'in koruma alanını göz önünde bulundursaydı, ihlal kararı vermek zorunda değildi. Bu çıkarımımızda, zor kullanmanın işkence ve kötü muamele teşkil etmiş olması ihtimali önünde bulundurulmamıştır.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin Sıtkı Güngör başvurusu hakkında verdiği karar değerlendirildiğinde; somut olayın çözümlenmesi bakımından yukarıda şu ana çıkarımlarda bulunulmuştur:

- Başvuru yapılırken ve ele alınırken derdest olan ilk derece yargılaması tükürük örneğinin kanuna ve Anayasa'daki temel insan haklarına uyulmasının incelenmesi bakımından tüketilebilecek bir kanun yolu değildi. Tükürük örneği adı geçen yargılamanın konusu teşkil eden bir fiille bağlantılı olarak alınmamıştı.

⁶¹ PVSK m. 16'ya uygun bir şekilde tükürük örneği alınması hususunda direnci kırılmak istenen başvurucuya ayrıca göz yaşartıcı gaz sıkılmış olması ve başvurucunun 'polislerin elleriyle yüzüne bastırdıkları sırada doktorun ağzının içinden örnek aldığı' iddiasının; Anayasa Mahkemesi tarafından ölçülülük ilkesi incelemesinde ayrıca irdelenmesi gerektiğini ve bu hususun aydınlatılmadığını daha önce dile getirmiştik. PVSK m. 16 bağlamında kullanılan zorlamanın ölçülü olmadığı tespit edilseydi; bunun Ay. m. 38 f. 5'te güvence altına alınan kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının ihlaline yol açıp açmayacağına ayrıca belirlenmesi gerekecekti. Kanaatimizce, tükürük örneğinin alınmasında kullanılan zorlamanın işkence veya kötü muamele teşkil ettiğinin tespiti halinde, Ay. m. 38 f. 5'in ihlal gündeme gelebilecekti; bkz. Jalloh v Almanya Başvuru No: 54810/00 (AİHM, 11 Temmuz 2006) § 111 vd.; ayrıca bkz. Özdemir (n 7) 18; Kılıç (n 7) 88.

⁶² Bu yasağın tespiti için AİHM'in kullandığı ölçütler için bakınız Jalloh v Almanya Başvuru No: 54810/00 (AİHM, 11 Temmuz 2006 § 111; İtişgen (n 10) 10 vd.

⁶³ Adil yargılanma hakkının ihlalinin tespiti için göz önüne alınması gereken hususların ayrıntıları için bkz. Niculescu v Romanya Başvuru No: 25333/03 (AİHM, 25 Haziran 2013) § 109; ayrıca bkz. Trechsel Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings* (1. Bası, Oxford University Press 2006) 86 vd.; adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair tespitin yargılamanın bütününe göz önüne alınmasını gerektirdiğine dair içtihat için ayrıca bkz. Fahri Taner Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019) 53.

Bundan dolayı ilk derece mahkemesince tükürük örneği hakkında bir karar vermesi mümkün değildir. Esasında tükürük örneğinin delil teşkil edebileceği fiillerle ilgili soruşturmada; başvurucuya şüpheli sıfatının isabetli bir şekilde verildiğini de mevcut veriler karşısında göremiyoruz. Buna rağmen başvurucu Anayasa Mahkemesi önünde kural olarak Ay. m. 38 f. 5'te güvence altına alınan kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağına dayanarak adil yargılanma iddiasında bulunabilirdi. AYM maalesef tüketilmemiş kanun yoluna işaret ederek bu iddiayı incelememiştir. Başvurucunun iddiasının esasen gerekçeli/haklı olup olmadığı ise başka bir husustur.

- AYM başvurucunun tükürük örneğinin alınmasına dair hak ihlali iddiasını, vücut bütünlüğüne yapılan bir müdahale olmasından dolayı Ay. m. 17 f. 1 ve AİHS m. 8 f. 1 bağlamında incelemiştir. AYM'nin aksine başvurucudan şüpheli olarak alınan tükürük örneğinin yasal gerekçesi olarak CMK m. 75 f. 1'e dayanılamayacağını düşünmekteyiz. Çünkü başvurucunun hakkında tükürük örneğinin alındığı suçlar bakımından şüpheli sıfatına haiz olduğu konusunda ikna edici veriye rastlamadık. CMK m. 76 f. 1'de üçüncü kişilerden tükürük örneğinin alınması kural olarak mağdura hasredildiği için; mevzuatımızda diğer üçüncü kişiler bakımından boşluk olduğunu düşünmekteyiz. Neticede, Anayasa Mahkemesinin yasal dayanak yoksunluğundan Ay. m. 17 f. 1 ve AİHS m. 8 f. 1 bakımından ihlal kararı vermesi gerekirdi.
- Başvurucunun tükürük örneği alınmasına dair hakimlik kararına karşı etkili bir kanun yolu korumasından (Ay. m. 40 f. 1 ve AİHS m. 13 f. 1) faydalanmadığına dair iddiası bakımından; AYM'nin, başvurucunun savunulabilir iddiasının zaten olmadığı hususundaki tespitine katılmıyoruz. Başvurucunun şüpheli sıfatı konusundaki belirsizlikler ve adı geçen kanun boşluğu göz önüne alındığında; ilk bakışta savunulabilir hak ihlali iddiasında bulunabileceğini kabul etmek gerekirdi. Ancak AYM'nin avukatın pasif kalarak etkili kanun yolu korumasından feragat ettiği hususundaki tespitine katılıyoruz. Neticede Ay. m. 40 f. 1 ve AİHS m. 13 f. 1 bakımından ihlal kararının verilmemiş olması isabetlidir.

Bu çalışmanın somut olayın çözümlenmesinin değerlendirilmesinden başka, önem verdiği kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının kapsamının belirlenmesi konusunda ise şu çıkarımlarda bulunuldu:

Ay. m. 38 f. 5'te geçen 'delil göstermeye' zorlanamama ibaresinin hukuki bir terim olarak görülmesi gereği karşısında; göstermenin AYM'nin içtihadın da benimsediği gibi yardım etmeme/katkıda bulunma olarak anlaşılması gerekir. Böylece Ay. m. 38 f. 5 gereği hiç kimse kendi aleyhine delil elde edilmesi için katkıda bulunmaya zorlanamayacaktır. Somut olaya bakıldığında başvurucunun katkısının tükürük olarak cereyan edebileceği görülmektedir. Ancak kendisi aktif olarak tükürümeye zorlanmamış, tersine kendisinden tükürük örneği alınmıştır. Özellikle bu husus da göz önüne alındığında; başvuru adil yargılanma kapsamında ele alınsaydı dahi, başvurucunun Ay. m. 38 f. 5'te güvence altına alınan

zorlanma yasağının ve bununla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği hususundaki iddiasının esaslan reddedilmesi gerekirdi. Yukarıda da belirtildiği gibi AYM böyle bir incelemeyi maalesef yapmamıştır.

Kaynakça

- Akbulut B, 'Dış Beden Muayenesi' (2016) 27 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 83–123
- Akgül A, 'İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri' (2014) 145 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 189–236
- Aksoy İpekçioğlu P, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma' (2012) LXX/2012(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 19–38
- Apış Ö, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Saniğın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması' (2012) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 267–297
- Arslan M, 'Şüphelinin İfade Verme ve İrade Özgürlüğü' in Yenisey Feridun ve diğerleri (Editör) *Silvia Tellenbach'a Armağan* (Seçkin Yayınları 2018) 787–816
- Aydın ÇK, 'Adil Bir Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı' (2019) 91 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 146–180
- Aygörmez Uğurlubay GA, 'Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz' (2014) 16(Özel) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3999–4044
- Aygün A, 'Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma' (2016) 8 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49–73
- Aytekin İnceoğlu A, *Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı* (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2000)
- Bağlar YE, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması' (2021) 45 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 121–154
- Demir E, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemeler* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)
- Doğan R, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma' (2019) 142 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 93–132
- Ertemel Y, 'Vergi Hukukunda Belge İbraz Yükümlülüğü ve Nemo Tenetur İlkesi' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018)
- Evik VS, 'Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu' (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 667–697
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2020)
- Gözler K, *İnsan Hakları Hukuku* (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020)

- Hafizoğulları Z ve Kurşun G, 'Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk' (2007) 71 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 25–80
- Harris D, O'Boyle M, Bates E ve Buckley C, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Türkçe çeviri (çevirmenler; Mehveş Kılıcı Bingöllü ve Ulaş Karan) (1. Baskı, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi 2013)
- İnceoğlu S, *Adil Yargılanma Hakkı* (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru 2018) <https://www.anayasa.gov.tr/media/3547/04_adil_yargilanma_hakki_son.pdf> 06.05.2021 tarihinde erişildi
- İnci ZÖ, 'Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler' (2017) 7(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 119–168
- İtişgen R, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2013)
- Kılıç Ü, 'Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2010)
- Kızılarlan H 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2007) 251 vd. <<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/42321.pdf>> 08 Mayıs 2021 tarihinde erişildi
- Matulewicz P, 'Die Problematik der Freiwilligkeit der DNA-Reihenuntersuchungen und der Verwertbarkeit der Daten' in Yener Ünver (Editör), *Ceza Hukuku ve Modern Teknolojiler* (Seçkin Yayıncılık 2018) 141–156
- Öncü Arslan G, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı* (Anayasa Mahkemesi 2019) <https://www.anayasa.gov.tr/media/5604/ozel_yasam_hakki.pdf> 06 Mayıs 2021 tarihinde erişildi
- Özalp N, 'Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144)' (2019) 145 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 81–158
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (12. Baskı, Seçkin Yayınları 2019)
- Özdemir ÇA, 'Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019)
- Özgenç İ, 'Beden Muayenesi, Vücuttan Biyolojik Örnek Alma, Moleküler Genetik İnceleme ve DNA Verilerinin Muhafazası İşlemleriyle İlgili Rıza ve Yetki Sorunları Üzerine Hukuki Değerlendirmeler' (2020) 24(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 233–264

- Öztürk B, Eker Kazancı B ve Soyer Güleç S, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (3. Baskı, Seçkin Yayınları 2019)
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (11. Bası, Seçkin Yayınları 2020)
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (11. Bası, Seçkin Yayınları 2021)
- Taner GF, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Trechsel S, *Human Rights in Criminal Proceedings* (1. Bası, Oxford University Press 2006)
- Tulay ME, 'Suç Örgütü Liderinin Cezai Sorumluluğuna İlişkin hukuki Analiz ve Öneriler' (2019) 38 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 89–106
- Tunçer İnce A, 'Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi' (2018) 4(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 355–379
- Uçaryılmaz TŞ, 'Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek Bona Fides İlkesi' (Doktora Tezi, Bilkent Üniversitesi 2018) <<http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/47574/10193407.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> 06 Mayıs 2021 tarihinde erişildi
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Seçkin Yayınları 2019)
- Yıldırım A, 'Saniğin Susma Hakkı' (1998) 5-6 Ankara Barosu Dergisi 682–701
- Yurtcan E, *Ceza Mahkemesi Kanunu Şerhi* (9. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019)

ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKUNDA GERİYE GİDİLEMEZLİK İLKESİNİN YERİ (1)(2)

The Status of The Principle of Non-Regression in International Environmental Law

  Nagehan İLEMİN ALAN (3)

ÖZET

Devletler, ekonomik problemlerle karşılaştığında çevre mevzuatlarını askıya alabilmektedir. Finansal kaygılar nedeniyle çevre mevzuatlarında gerileme örnekleri gözlemlenebilmektedir. Covid-19, küresel bir salgın halini aldığından beridir yaşanan ekonomik problemlerin de çevre mevzuatlarına etkisi olmuştur. Bu süreçte bazı devletler çevresel izleme gerekliliklerini askıya almış, çevresel karar alma süreçlerinde halkın katılımını kısıtlamış ya da mevzuatta düzenleme altına alınan çevre standartlarını düşürmüştür. Bu noktada çevre hukukunun sağladığı mevcut güvencelerin zayıflatılmasını engellemek için uluslararası çevre hukukunda geriye gidilemezlik ilkesi göz önüne alınabilir. Nitekim geriye gidilemezlik ilkesi, çevresel bozulmaya yol açan veya çevrenin korunmasına ilişkin mevzuatın zayıflamasına neden olan devlet davranışının yasaklanmasını ifade etmektedir. Böylece bu ilke, çevrenin korunmasının sigortası niteliğindedir. İlkenin kökenleri insan haklarına dayanmaktadır; ancak, ilke ayrıca uluslararası çevre hukukunda da gelişmektedir. Doktrinde yeni görülmeye başlayan bir ilke olarak önemi vurgulansa da statüsü tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Bu nedenle öncelikle ilkenin, uluslararası insan hakları hukukundaki gelişimine bakılmalı ve sonrasında uluslararası çevre hukukunda özerk bir ilke olarak yeri netleştirilmelidir. İlke, bağlayıcı olmayan hukuk belgelerinde ve uluslararası bazı anlaşmalarda bulunabilir; ancak, ilkenin, başka terimlerle veya diğer ilkelerle yahut geriye gidilemezlik ilkesinin doğal sonucu olan ilkelerle ifade edildiğine dikkat edilmelidir. İlkenin amacına ulaşması için ise bütüncül bir yaklaşım gereklidir. Çevre hakkının ve çevresel adalete erişimin güvence altına alınması, ilkeyi destekleyeceği gibi bu bütünsel yaklaşımı da

¹ Araştırma Makalesi.

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 08.11.2021, Kabul Tarihi: 08.08.2022.

² Bu çalışmanın hazırlık aşamasındaki önerileri için Sayın Dr. Özge Aksoylu Ürger'e teşekkür ederim.

³ Öğr. Gör., Kocaeli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü. Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi.

sağlayabilir. Belirtilmelidir ki çevre hakkının, 2021 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi ve 2022 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından tanınması, ilkenin amacına ulaşmasını güçlendiren önemli adımlardır. Hem geriye gidilemezlik ilkesi hem çevre hakkı hem de çevresel adalete erişim, Çevre için Global Pakt'ın taslağında yer almıştır. Çevre için Global Pakt ile oluşturulan bütünsel yaklaşım, sürdürülebilir kalkınmanın yanı sıra hukukunun üstünlüğünü de güvence altına alacaktır.

Anahtar Kelimeler: Geriye Gidilemezlik İlkesi, Uluslararası Çevre Hukuku, Çevre için Global Pakt, İnsan Hakları, Çevre Hakkı

ABSTRACT

States may suspend environmental laws in the era of economic recession. It is also the case during the Covid-19 period. Some states have suspended environmental monitoring requirements, restricted public participation in environmental matters, or reduced environmental standards established by the laws. At this step, the principle of non-regression at the international level can be considered. The principle of non-regression refers to the prohibition of state behaviour that causes environmental degradation or weakens the legislation regarding environmental protection. Hence, it is insurance for the protection of the environment. The roots of the principle can be found in human rights. But also, it has been developed in International Environmental Law. Although its importance was highlighted as an emerging principle in the literature, its status has remained under debate. Therefore, first, its development must be examined in International Human Rights Law. Afterward, its position must be clarified as an autonomous principle in International Environmental Law. The principle already is implied in some soft law documents and treaties at the international level, with indirect terms or corollary principles. Merely it is not adequate, but a holistic approach is required to achieve its aim. The right to environment and access to environmental justice can secure the principle and provide a holistic approach. Already, the recognition of the right to the environment by the United Nations Human Rights Council in 2021 and the General Assembly of the United Nations in 2022 are important steps that strengthen the aim of the principle. The right to environment with the principle of non regression and access to environmental justice can be found in the draft of the Global Pact for the Environment. This approach provided by the Global Pact for the Environment will secure sustainable development and the environmental rule of law.

Keywords: The Principle of Non-Regression, International Environmental Law, Global Pact for the Environment, Human Rights, The right to environment

GİRİŞ

Ekonomi, devletlerin çevre mevzuatına yaklaşımını etkilemektedir. Ekonomik güçlükler ve siyasi kaygılar karşısında çevre mevzuatının gereklilikleri, devletler tarafından ekonomik gelişmenin önünde engel olarak algılanmaktadır. Bu algı nedeniyle devletler, ekonomik gerileme karşısında çevrenin korunmasına hizmet eden hukuki düzenlemeleri askıya alma,

değiştirme veya ortadan kaldırma eğiliminde olmaktadır.⁴ Bugün ise Covid-19 nedeniyle dünya çapında yaşanan ekonomik gerileme,⁵ çevrenin korunmasına dair hukuki düzenlemelerin durumunu tartışmaya açık hale getirmiştir. Dünyada bu gerilemenin farklı örnekleri gözlemlenebilir. Covid-19'un küresel bir salgın halini almasından beridir bazı hükümetlerin çevrenin korunması standartlarını düşürmesi, çevresel izleme gereksinimlerini askıya alması, çevre mevzuatlarındaki yaptırımları azaltması ve çevresel meselelerde halkın katılımını kısıtlaması şeklinde farklı uygulamaları görülebilmektedir.⁶

Örneğin; Brezilya, Kolombiya, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Endonezya ve Peru'da hükümetler, ekonomik gereklilik gerekçesine dayanarak insan haklarına müdahale eden, özellikle yerlilerin haklarını ve çevrenin korunmasını geri plana alan düzenlemeler yapmaktadır.⁷ Bu düzenlemeler mevzuatı değiştirmek, karar alma süreçlerine yerlileri dâhil etmemek, endüstriyel faaliyetleri arttırmak gibi çeşitli biçimlerde olabilmektedir.⁸ Bu gibi uygulamalar, sadece gelişmekte olan ülkelere de özgü değildir. Kanada'da yapılan bir araştırma, Covid-19'a hızlı cevap verilebilmesi için petrol, gaz ve madencilik endüstrilerini ilgilendiren mevzuatlarda lisans sürelerinin uzatılması, bazı rutin aktivitelerin ertelenmesi gibi düzenlemeler⁹ yapıldığını ortaya koymaktadır.¹⁰

İç hukuklarda görülen benzer değişikliklere ilişkin çalışmalar devam etmektedir. Birçok mevzuatta yapılan değişiklikten ya da uygulamadan kaynaklanan çevre hukukundaki gerilemelerin durumu bilinmemektedir. Nitekim her zaman çevre mevzuatlarındaki gerilemelerin gözlemlenmesi kolay olmayabilir. Devletler, genelde bu gibi gerilemeleri görünür kılmama eğilimindedir. Bu noktada uluslararası seviyede hukuki bir koruma mekanizması olarak geriye gidilemezlik ilkesi¹¹ (*the principle of non-regression*) tartışmaya

⁴ Birleşik Krallık'ın 1982'de ekonomik gerileme nedeniyle çevresel etki değerlendirmelerini askıya alma girişimi ve çevre mevzuatının devletler tarafından ekonomik gelişim karşısında maliyet ve gecikme sebebi olarak görülebileceğine dair bkz. Alan Bond ve diğerleri 'Impact assessment: Eroding benefits through streamlining?' (2014) 45 Environmental Impact Assessment Review 46, 53.

⁵ Ekonomik gerileme ve Covid-19 bağlamında yapılan son çalışmalardan biri için bkz. Parag Verma ve diğerleri 'A Statistical Analysis of Impact of COVID19 on the Global Economy and Stock Index Returns' (2021) 2(27) SN Computer Science 1, 13.

⁶ Benzer saptamalara ilişkin Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları ve Çevre Özel Raportörü David Boyd'un değerlendirmeleri için Bkz. Editorial 'COVID-19: "Not an excuse" to roll back environmental protection and enforcement, UN rights expert says' (*The United Nations Human Rights Office of the High Commissioner*, 15 Nisan 2020) <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25794&LangID=E>> 15 Ekim 2021 tarihinde erişildi.

⁷ Forest Peoples Programme ve diğerleri 'Rolling back social and environmental safeguards in the time of COVID-19 The dangers for indigenous peoples and for tropical forests' Discussion Paper (2021) 6.

⁸ Ibid.

⁹ Victoria Goodday, 'Environmental Regulation And The Covid-19 Pandemic: A Review Of Regulator Response In Canada' (2021) 14(10) The School of Public Policy Publications 10.

¹⁰ Üstelik bu düzenlemelerin neden yapıldığı detaylı olarak gerekçelendirilmemiştir. Ibid 11.

¹¹ 'Principle of non-regression' olarak ifade edilen bu ilkenin İngilizceden Türkçeye çevirisi 'geriye gidilemezlik' ilkesi olarak Nükhet Yılmaz Turgut tarafından yapılmıştır. Bkz. Nükhet Yılmaz Turgut 'Çevresel Göç ve Çevre Göçmenleri Sorununun Çevre Hukukundaki Yeri' (2018) 139 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 288, 334. Belirtmek gerekir ki literatürde, 'the principle of non-regression' yerine 'standstill principle' da kullanılmaktadır.

açılabilir. Bu ilke, “çevresel bozulmaya yol açan veya çevrenin korunmasına ilişkin mevzuatın zayıflamasına neden olan devlet davranışının yasaklanmasını” ifade etmektedir.¹² Belirtmek gerekir ki burada amaçlanan çevreye yönelik hukuki düzenlemelerin asla değişmemesi değildir. Diğer bir deyişle çevre hukukunu olduğu gibi dondurma amacı güdülmektedir.¹³ Bu ilke ile hedeflenen, mevzuatla güvence altına alınmış çevresel koruma düzeyinin standartlarını düşürmemektir.

Anlamı bu şekilde ortaya konulabilecek olan bu ilkenin, uluslararası çevre hukukunda yeni gelişmekte olan bir ilke olduğunu söylemek mümkündür. İlk kez insan hakları alanında gelişen ilke, uluslararası çevre hukukunun kapsamına sonradan dâhil olmuştur. Uluslararası çevre hukukunda ilk defa +20 Rio Zirvesi’nde (2012) ¹⁴ geriye gidilemezlik ilkesinin tanındığı¹⁵ kabul edilmektedir. Yeni ortaya çıkan bir ilke olarak bu ilkenin önemi doktrinde giderek vurgulanmaktadır; ancak, uluslararası çevre hukukundaki yeri tartışmalıdır.¹⁶

Gerek yeni bir ilke olması gerekse de bağımsızlığı yönünden tartışmalar yapılması nedeniyle önce bu ilkenin uluslararası çevre hukukundaki yerinin saptanması gereklidir. Böylece iç hukuklarda görülmeye başlanan gerilemeler karşısında uluslararası hukuktaki bu koruma mekanizmasının durumu belirlenmiş olacaktır. Kökenlerini insan haklarında bulan bu ilkenin, uluslararası çevre hukukunda yeri saptandıktan sonra ne şekilde güvence altına alınması gerektiği de incelemelidir. Nitekim uluslararası çevre hukukunda bir ilkenin sadece tanınması yeterli değildir. Çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemeleri bütüncül bir yaklaşımla ele almak gerekir.

I. ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKU KAPSAMINDA GERİYE GİDİLEMEZLİK İLKESİNİN TANINMASI

Uluslararası çevre hukukunda bütüncül bir yaklaşımın gereği, önce ilkenin¹⁷ doğuşundan başlamak gerekir. Geriye gidilemezlik ilkesi, ilk olarak insan hakları alanında ortaya çıktığı

¹² Lynda Collins, ‘Principle of non-regression’ in Jean-Frédéric Morin ve Amandine Orsini (eds) *Essential Concepts of Global Environmental Governance* (2nd edn, Routledge, 2020) 210.

¹³ Michel Prieur, ‘Non-Regression in Environmental Law’ (2012) 5(2) S.A.P.I.EN.S Surveys and Perspectives Integrating Environment and Society 53, 55.

¹⁴ ‘Report of the United Nations Conference on Sustainable Development’ Rio de Janeiro, Brazil 20-22 June 2012 UN Doc A/CONF.216/16. Bundan böyle kısaca ‘+20 Rio Zirvesi’ olarak ifade edilecektir.

¹⁵ +20 Rio Zirvesi’nde devletler, ‘Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı’nın sonucu olan taahhüdümüzden geriye dönmek çok önemlidir’ beyanında bulunmuşlardır. Ibid para 20. Böylece esasen ilkedeki açıkça bahsedilmemektedir. Daha fazla açıklama için bkz. s. 6.

¹⁶ Geriye gidilemezlik ilkesinin bağımsız bir ilke görünümüne sahip olmadığı yönünden yapılan kısa bir tartışma için bkz. L. Smorenburg-van Middelkoop, ‘European Environmental Principles in Dutch Case Law’ in Richard Macrory ve diğerleri (eds), *Principles of European Environmental Law* (Europa Law Publishing, 2004) <<https://avosetta.jura.uni-bremen.de/smorenburgrep03.pdf>> 14 Mart 2021 tarihinde erişildi.

¹⁷ Uluslararası hukuk kapsamında, bir ilkenin hukukun genel ilkesi kabul edilebilmesi için gerekli koşullardan kısaca bahsetmekte de fayda vardır. Hukukun genel ilkeleri, birçok devletin iç hukuklarında uygulama alanı bulan ve uluslararası hukuka uygulanmasına engel bulunmayan devletlerin ortak değerleridir. Hukukun genel ilkelerinin ortaya konmasında devletlerin hukuk düzenlerinde, ilgili ilkeyi açık ya da zımni benimseyip benimsemediğine bakılmaktadır. Hüseyin Pazarıcı *Uluslararası Hukuk* (12th edn, Turhan Kitabevi, 2013) 114, 115.

için önce insan hakları alanındaki gelişimi incelenmelidir. Ardından uluslararası çevre hukukundaki yeri saptanmalı ve ilkenin her iki alanda farklılaşan yönleri ortaya konulmalıdır. Belirtmek gerekir ki uluslararası çevre hukukunda, ilkelerin hukuki statüsü ve içeriği çoğu durumda belirsiz kalmaktadır.¹⁸ Yine de ilkelerin yerlerin saptanmasında ve açıklanarak netliğe kavuşmasında uluslararası anlaşmalar ve belgeler, iç hukuklardaki uygulamalar ve içtihatlar yol gösterici olmaktadır. Bu kaynaklardan yararlanılarak ilkenin uluslararası insan hakları hukukundan doğuşu ve uluslararası çevre hukukuna geçişi ile bağımsız bir ilke görünümünde olup olmadığı belirlenmelidir.

A. Uluslararası İnsan Hakları Hukukundan İthal Edilen Bir İlke Olarak Geriye Gidilemezlik İlkesi

İnsan haklarına dayanan geriye gidilemezlik ilkesi, uluslararası insan hakları hukukunda, bir insan hakkı tanındığında bunun sınırlanamayacağı, yok edilemeyeceği veya kaldırılamayacağı fikrini içermektedir.¹⁹ Uluslararası insan hakları belgelerinde geriye gidilemezlik ilkesinin çeşitli biçimlerde tanındığı ifade edilmektedir. Örneğin; Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin²⁰ 30. maddesi, bildirmede yer alan hükümlerden hiçbirinin burada yer alan hakları ortadan kaldıracak eylem ve etkinliklerde bulunmaya izin verecek şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Yine Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin²¹ 2. maddesinin 1. fıkrasında, yasal düzenlemeler dâhil hakların amacına ulaşması için devletlerin gerekli tedbirleri alması gerektiği belirtilmiştir.

Her ne kadar bu sözleşmede geriye gidilemezlik ilkesi açıkça yer almasa da Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, bu ilkenin sözleşme kapsamında önemini ortaya koymuştur. Buna göre²² sözleşmede yer alan sosyal, ekonomik ve kültürel hakların sözleşmenin varoluş sebebine uygun şekilde hayata geçirilmesi gerekir. Devletlerin bu amacı gerçekleştirmek için hızlı ve etkin bir şekilde hareket etme yükümlülüğü vardır. Gerçek hayatta ise bu her zaman mümkün olmayabilir. Yine de devletler, var olan standartları düşürücü önlemleri kasten aldıklarında bunun mutlaka sözleşmede yer alan haklar ile açıklanması ve doğrulanması gereklidir.

Geriye gidilemezlik ilkesi, bölgesel düzeydeki insan hakları mahkemeleri tarafından da Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne atıfta bulunularak yorumlanmaktadır. Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi ekonomik, sosyal ve kültürel haklar açısından geriye dönük tedbirlerin alınması için güçlü nedenlerin varlığının gerekli

¹⁸ İlkelerin açıklanmasının zorluğuna dair bkz. Timo Koivurova, *Introduction to International Environmental Law* (rev edn, Routledge, 2014) 88.

¹⁹ Prieur n (10) 55.

²⁰ The Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948) United Nations General Assembly (UNGA) Res 217 A III.

²¹ The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3. Bundan böyle kısaca 'Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi' olarak ifade edilecektir.

²² Office of the High Commissioner for Human Rights 'CESCR General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligation (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)'.

olduğunu vurgulamıştır.²³ Genel hatlarıyla bakıldığında insan hakları rejiminde geriye gidilemezlik ilkesinin gerek usul hukuku gerek maddi hukuk yönünden devletlere geniş çaplı yükümlülük yüklediği,²⁴ ve bu yükümlülüğünün ekonomik yeterlilik, teknolojik imkânlar gibi gerekçeler ile sınırlandırılabilmesi²⁵ görülmektedir. Çeşitli mevzuatlarda ekonomik ve sosyal haklar altında düzenleme altına alınan çevre hakkı açısından da bu yorumların geçerli olup olmadığı sorusu gündeme gelebilir.

Diğer bir deyişle, çevre hakkı bağlamında geriye gidilemezlik ilkesinin uygulanabileceği düşünülebilir. Lakin uluslararası hukuk kapsamında evrensel, bağlayıcı bir çevre hakkı henüz tanınmamıştır. Böylece Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi kapsamında da çevre hakkı bulunmamaktadır. Buna karşılık uluslararası hukukta hâlihazırda tanınan haklar üzerinden çevre hakkı çoğunlukla mahkeme kararlarıyla²⁶ dolaylı da olsa korunabilmektedir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde yer alan yeterli bir yaşam standardına sahip olma hakkı,²⁷ sağlık hakkı,²⁸ insan onuruna yaraşır bir ortamda çalışma hakkı²⁹ gibi haklar bu bağlamda düşünülebilir. Uluslararası hukukta bir uluslararası anlaşmada bağlayıcı şekilde tanınması oldukça tartışmalı olan çevre hakkına iç hukuklardaki yaklaşım ise farklıdır. İç hukuklara bakıldığında da en az 155 ülke anayasasında çevre hakkını tanımaktadır.³⁰ Çevre hakkının geriye gidilemezlik ilkesi kapsamında devlete yükümlülük yüklediğinin kabulü yönünden ise Belçika Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı örnek gösterilebilir.

Nitekim Belçika Anayasa'sında geriye gidilemezlik ilkesi açıkça tanınmamaktadır; ancak, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kapsamında ele alınan çevre hakkının geriye gidilemezlik ilkesi kapsamında düşünülmesi gerektiği hem anayasa yapım aşamasında hem de Anayasa Mahkemesi'nin içtihadında yerini bulmuştur.³¹ Anayasa Mahkemesi, geriye gidilemezlik yükümlülüğü kapsamında bazı yasa normlarını anayasaya aykırı bulmuştur.³² Belçika Anayasası'nın 23. maddesi her ne kadar bu ilke açıkça tanımamış olsa da insan hakları

²³ *Case of Acevedo Buendía et al. ("Discharged and Retired Employees of the Comptroller") v. Perú* (Inter-American Court of Human Rights, 1 July 2009) para 103.

²⁴ Markus Vordermayer-Riemer *Non-Regression In International Environmental Law* (Intersentia, 2020) 518.

²⁵ *Ibid* 521.

²⁶ Örneğin; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu yönde vermiş olduğu kararlar için bkz. *Lopez Ostra v. Spain* App no 16798/90 (ECtHR, 9 December 1994); *Öneriyıldız v. Turkey* App no 48939/99 (ECtHR, 30 November 2004).

²⁷ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi m.11.

²⁸ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 12.

²⁹ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 13.

³⁰ David R. Boyd, 'Catalyst for Change, Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment' in John H. Knox and Ramin Pejan (eds), *The Human Right to a Healthy Environment* (Cambridge University Press 2018) 40.

³¹ Luc Lavrysen, 'Recent Developments in Environmental Jurisprudence' (UNEP- 14th Global Major Groups and Stakeholders Forum (GMSF-14) Nairobi – Gigiri, Kenya, February 2013) s. 2 <https://stg-wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/13477/prof_lavrysen_%20Recent_developments_in_environmental_jurisprudence.pdf?sequence=1> 12 Mayıs 2021 tarihinde erişildi. Daha önce de belirttiği üzere literatürde, 'the principle of non-regression' yerine 'standstill principle' da kullanılmaktadır. Bu ifadeler bölgesel olarak değişiklik gösterebilmektedir.

³² *Ibid*.

bağlamında ilkenin ortaya konması mümkün hale gelmiştir. Böylece uluslararası hukukta bağlayıcı olarak bir anlaşmada yer almayan çevre hakkı düşünüldüğünde geriye gidilemezlik ilkesinin yerini, uluslararası çevre hukukunun kaynakları yönünden değerlendirmek de gerekir.

B. Uluslararası Çevre Hukukunda Özerk Bir İlke Olarak Geriye Gidilemezlik İlkesi

Uluslararası çevre hukukunun kaynaklarında, insan hakları alanına özgü ilkelerin benimsenmesinin başta felsefi temelleri vardır. Esasen uluslararası hukuk kapsamında insan hakları hukuku ve çevre hukuku bağımsız gelişmiştir. Buna karşılık iki disiplin de insan onurunun korunmasını, tüm insanlığın iyiliği gibi ortak değerlere sahiptir. İnsan haklarına göre daha yeni bir hukuk dalı olan çevre hukuku, bu gibi ortak değerlerden hareketle, insan haklarının bazı ilkelerinin çevre hukukunda tanınmasına imkân vermektedir. Böylece insan hakları alanında tanınan ilkeler, uluslararası çevre hukuku kaynaklarında ayrıca yerini bulabilmektedir. Geriye gidilemezlik ilkesi de bu ilkelerden bir tanesidir.

Geriye gidilemezlik ilkesinin uluslararası çevre hukukunda fikri temellerinin +20 Rio Zirvesi'nden önce de bulunduğu söylenebilir. Biyoçeşitliliğin korunmasını ilgilendiren uluslararası anlaşmalarda, geriye gidilemezlik ilkesi veya ilkenin doğal bir sonucu olan ileriye gidilmesi ilkesi açıkça düzenleme altına alınmamıştır; fakat bu anlaşmalarda insan hakları alanındaki düzenlemelere benzer yükümlülükler bulunabilir.³³ Örneğin; Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin³⁴ 8. maddesinin k bendi "*Sözleşmenin tarafları mümkün olduğunca ve uygun bir biçimde tehdit altındaki türlerin ve popülasyonların korunması için gerekli mevzuatı ve/veya düzenleyici diğer hükümleri geliştirecek veya idame ettirecektir.*" düzenlemesi ile geriye gidilemezlik ilkesi ile uyumlu gözükmektedir.³⁵

Geriye gidilemezlik ilkesi ile uyumlu olabilecek bu düzenlemelerin haricinde, bu ilkenin uluslararası çevre hukukunda ilk defa +20 Rio Zirvesi ile tanındığı kabul edilmektedir; fakat ilkeden +20 Rio Zirvesi'nde açıkça bahsedilmemiştir. +20 Rio Zirvesi'nde kısaca taahhütlerden geri dönmemenin önemine vurgu yapılmıştır. Bunun nedeni geriye gidilemezlik ilkesinin tanınmasında devletlerin görüş birliğine³⁶ varamamasıdır. Yine de geriye gidilemezlik ilkesi uluslararası çevre hukukunda yeni bir kavram³⁷ olarak dikkat

³³ Vordermayer-Riemer n(21) 334, 335.

³⁴ Convention on Biological Diversity (adopted 5 June 1992, entered into force 29 December 1993) 1760 UNTS 79.

³⁵ Vordermayer-Riemer n(21) 342.

³⁶ Avrupa Parlamentosu, Brezilya ve bazı hükümet dışı örgütler (NGOs) geriye gidilemezlik ilkesini desteklemiştir. Ann Powers, 'The Rio+20 Process: Forward Movement for the Environment?' (2012) 1(2) Transnational Environmental Law 403, 411. Buna karşılık Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Kanada ve Japonya ilkenin +20 Rio metninde yer almasına karşı çıkmıştır. Prieur n(10) 55.

³⁷ Bunun yanı sıra çevrenin korunmasına hizmet edebilecek ve geriye gidilemezlik ilkesinin amacını sağlayabilecek düzenlemelere diğer konulardaki uluslararası anlaşmalarda da rastlanabilir. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 311(6) 'Taraflar Devletler, 136. maddede ifadesini bulan insanlığın ortak mirasına ilişkin temel prensipte herhangi bir değişiklik yapılamayacağını ve bu prensipten sapan hiçbir anlaşmaya taraf

çekmiştir.³⁸ +20 Rio Zirvesi'nden bu yana uluslararası alanda devletlerin geriye gidilemezlik ilkesine yaklaşımı farklı şekillerde olabilmektedir.

Başta devletler, geriye gidilemezlik ilkesini açıkça tanıma eğiliminde olabilir. Örneğin; bölgesel bir anlaşma olan Latin Amerika ve Karayipler Anlaşması'nın³⁹ 3. maddesinin c bendi, Anlaşmanın uygulanmasında geriye gidilemezlik ilkesinin uygulanacağını tanımaktadır. Ya da geriye gidilemezlik ilkesinin amacına hizmet edebilecek düzenlemelere, ilkenin doğal sonucu olan ifadelerle rastlanabilmektedir. Yine örneğin; Paris Anlaşması'nın⁴⁰ 4. maddesinin 3. fıkrası⁴¹ "Anlaşmanın taraflarının, birbirini izleyen ve ulusal olarak belirlenmiş katkıları mevcut belirlenmiş ulusal katkılarından daha ileri olmalı ve mümkün olan en yüksek amacı yansıtmalıdır" hükmünü havidir. Böylece geriye gidilemezlik ilkesinin doğal bir sonucu olan ileriye gidilmesi ilkesi tanınmış olmaktadır.

Ayrıca uluslararası örgütler de geriye gidilemezlik ilkesinin önemini vurgulamaktadır. Dünya Doğa ve Doğal Kaynakları Koruma Birliği (IUCN), 2016 tarihli Dünya Deklarasyonu'nun 12. ilkesinde "Devletler, alt ulusal kuruluşlar ve bölgesel entegrasyon örgütleri, çevrenin hukuken korumasını veya çevresel adalete erişimi azaltma etkisine sahip eylemlere izin vermeyecek veya bu eylemleri sürdürmeyecektir."⁴² şeklinde beyanda bulunmuştur. Tüm bu gelişmeler, geriye gidilemezlik ilkesinin teamül hukukuna dönüşüp dönüşmediği sorusunu da gündeme getirebilir. Her ne kadar geriye gidilemezlik ilkesi uluslararası çevre hukukunun çeşitli aktörlerinin dikkatini çekmiş olsa da klasik teamül hukuku anlayışına göre devletlerin istikrarlı uygulamasının olduğunu söylemek güç gözükmektedir.⁴³

Bu noktada ayrıca devletlerin iç hukuktaki düzenlemelerine bakmak gerekir. Geriye gidilemezlik ilkesinin de gerek mevzuatlarda gerekse mahkeme kararlarında tanınmaya başladığını söylemek mümkündür. Bu ilkenin, çevre hukuku mevzuatının çeşitli yerlerinde tanınmasına Fransa'dan örnek verilebilir. 2016 yılında Fransa Biyoçeşitliliğin Korunması ve

olmayacaklarını kabul ederler.' şeklinde geriye gidilemezlik ilkesinin bir görünümü düzenleme altına alınmıştır. United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 16 November 1994, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 3.

³⁸ Powers, n (33) 411.

³⁹ Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (Escazu Agreement) XXVII.18 (adopted 9 April 2018, entered into force 22 April 2021). Burada sadece ilkenin adı geçmektedir. İçeriği yer almamaktadır.

⁴⁰ The Paris Agreement (adopted 12 December 2015, entered into force 4 November 2016) C.N.92.2016.TREATIES-XXVII.7.d (Paris Agreement) m 4(3).

⁴¹ Doktrinde bu maddenin doğrudan geriye gidilemezlik ilkesini düzenlediği yönünde yaklaşımlar da bulunmaktadır. Bkz. Jorge Viñuales, 'The Paris Climate Agreement: An Initial Examination- Part II of III (Blog of the European Journal of International Law, 2016) <<https://www.ejiltalk.org/the-paris-climate-agreement-an-initial-examination-part-ii-of-iii/>> 15 Ekim 2021 tarihinde erişildi. Buna karşılık ileriye gitme ilkesi (the principle of progression) olarak ayrı bir ilke olarak geriye gidilemezlik ilkesinin doğal sonucu olduğu da ifade edilmektedir.

⁴² International Union for Conservation of Nature (IUCN) 'World Declaration on the Environmental Rule of Law' The IUCN World Congress on Environmental Law, in Rio de Janeiro (Brazil) from 26 to 29 April 2016 Principle 12.

⁴³ Vordermayer-Riemer n(21) 435.

İyileştirilmesi Kanunu'nda geriye gidilemezlik ilkesi⁴⁴ ilk defa yerini bulmuştur. Ayrıca Fransa'da Çevre Kanunu'nda⁴⁵ da geriye gidilemezlik ilkesi tanınmıştır. Bunun yanı sıra geriye gidilemezlik ilkesi anayasalarda da tanınmaya başlanmıştır. Örneğin; Ekvador Anayasa'sında⁴⁶ devlet, geriye gidilemezlik ilkesi doğrultusunda çevreyi ilgilendiren mevzuatta, özellikle Latin Amerika ile Karayipler ülkeleriyle uyumun güçlendirilmesi taahhüdünde bulunmuştur. Bu açık düzenlemeler karşısında insan hakları rejimi ile uluslararası çevre hukuku arasında ne gibi farkların olduğu sorusu da akla gelebilir.

İnsan hakları rejimindeki geriye gidilemezlik ilkesinin düzenlenmesi ile uluslararası çevre hukukundaki düzenlemeler birbiriyle benzer olmakla beraber bazı farklılıklara da sahiptir. Mevcut uluslararası çevre anlaşmaları bu ilkenin yarattığı yükümlülüğü ve sınırlarını insan hakları alanındaki kadar açık zikretmemektedir.⁴⁷ Ayrıca uluslararası çevre hukuku anlaşmalarında gelişmiş ve gelişmekte olan ülke ayırımına göre devlerin yükümlülükleri belirlenebilmektedir.⁴⁸ İnsan hakları rejiminde özellikle Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve bu hakları düzenleyen diğer anlaşmalarda açıkça böyle bir ayırımı dayalı yükümlülük belirlenmemektedir.⁴⁹ Yine de yükümlülüklerin sınırları belirlenirken uluslararası çevre hukukundaki gibi tarafların ekonomik durumları ve teknolojik imkânları göz önüne alınmaktadır.⁵⁰

Hem insan hakları alanından farklılaşan yönleri bulunan hem de ayrıca düzenleme altına alınan geriye gidilemezlik ilkesi, uluslararası çevre hukukunda bağımsız bir ilke görünümüne sahiptir. Nitekim geriye gidilemezlik ilkesinin uluslararası hukuk metinlerinde,⁵¹ bölgesel

⁴⁴ The Law for the Recovery of Biodiversity, Nature and Landscapes (8 August 2016, No. 2016–1087) Fransa Hükümeti'nin açıklamaları için bkz. Editorial 'Reclaiming biodiversity, nature and landscapes' (*gouvernement.fr*, 22 Ağustos 2016) <<https://www.gouvernement.fr/en/reclaiming-biodiversity-nature-and-landscapes>> 14 Mayıs 2021 tarihinde erişildi. Ayrıca bkz., Ivano Alogna 'Environmental Law of France' in Alogna et al. (eds), *Climate Change Litigation Global Perspectives* (Brill, 2021).

⁴⁵ Code de l'environnement Article L110-1 9° <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000033033501/2018-06-30/> 14 Mayıs 2021 tarihinde erişildi.

⁴⁶ Ekvador Anayasası (2008) m. 423 (3) <<https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>> 14 Mayıs 2021 tarihinde erişildi.

⁴⁷ Vordermayer-Riemer n(21) 518, 521.

⁴⁸ Ibid 522.

⁴⁹ Ibid 523.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Geriye gidilemezlik ilkesinin yaygın bir biçimde kabul gördüğü alanlardan bir tanesi serbest ticaret ve yatırım anlaşmalarıdır. İlke, yabancı yatırımcıların teşvik edilmesi için iç hukuktaki var olan çevresel standartlardan düşülmemesini sağlama amacına sahiptir. Yapılan araştırmaya göre 130'dan fazla ülke en az bir tane uluslararası yatırım anlaşmasında bu fikri taşımaktadır. Tüm bu hususlar için bkz. Andrew Mitchell ve James Munro, 'No Retreat: An Emerging Principle of Non-regression From Environmental Protections In International Investment Law' (2019) 50 *Georgetown Journal Of International Law* 625. Örneğin; Birleşik Devletler-Meksika-Kanada Anlaşması madde 24.4 para 3 uyarınca 'Madde 24.3.1'e (Koruma Düzeyleri) halel getirmeksizin, Taraflar, ilgili çevre yasalarında sağlanan korumayı zayıflatarak veya azaltarak ticareti veya yatırımı teşvik etmenin uygun olmadığını kabul ederler. Buna göre, bir Taraf, Taraflar arasındaki ticareti veya yatırımı teşvik etmek için çevre yasalarında sağlanan korumayı zayıflatacak veya azaltacak şekilde çevre yasalarından feragat etmeyecek veya feragat etmeyi teklif etmeyecek veya başka bir şekilde bu yasalardan sapmayacak veya bu yasaları başka bir

anlaşmalarda ve iç hukuklarda tanınmaya başladığı ve gelişmeye devam ettiği görülmektedir.⁵² Bu gelişmenin tamamlanmasında, Knox'un çevre ve insan hakları alanında ortaya koyduğu çerçeve ilkelerde geriye gidilemezlik ilkesine vurgusu⁵³ dikkate alınabilir. Ayrıca Çevre için Global Pakt⁵⁴ girişiminde, geriye gidilemezlik ilkesinin açıkça tanınacağı öngörülmüştür. Çevre için Global Paktın bağlayıcı bir metin haline dönüşüp dönüşmeyeceği ise ilerleyen zamanlarda belli olacaktır.

II. ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKU KAPSAMINDA GERİYE GİDİLEMEZLİK İLKESİNİN GÜVENCE ALTINA ALINMASI

Çevre için Global Pakt girişimi ile uluslararası çevre hukukunda, geriye gidilemezlik ilkesinin açıkça tanınmasının gündeme getirilmesi başlı başına bir güvencedir. Bu tanımın sağlayacağı birçok fayda⁵⁵ bulunmaktadır. Taslak metin devletler tarafından kabul edildiğinde, çevrenin korunması ve insan hakları bağlamında bireyler doğrudan bir korumaya sahip olacaktır. İç hukuklarda çevre mevzuatında yer alan boşluklar doldurulacaktır. Devletlerin takdir yetkisinin sınırlarını aşan düzenlemelerle doğanın tehdit altında bırakılmasının önüne geçilecektir. Ayrıca sürdürülebilir kalkınma, nesiller arası eşitlik gibi birçok ilkenin sağlanmasına da hizmet edecektir.

Bunun yanı sıra uluslararası hukukta böyle bir tanımın yine de diğer hukuki düzenlemeler ile desteklenerek güvence altına alınması gerekir. Bu kapsamda ilk olarak insan hakları yönünden ilkenin gelişimi göz önünde tutulduğunda uluslararası hukukta bağlayıcı, evrensel çevre hakkının tanınması gündeme gelmektedir. Böylece insan hakları anlamıyla da geriye gidilemezlik ilkesi uygulama alanı bulabilir. İkinci olarak iç hukuklardaki uygulamaların saptanmasının zorluğu da göz önüne alındığında bir denetim mekanizmasının varlığı gereklidir. Bu noktada da hukuk kurallarının uygulanışını gözlemlemek için çevresel adalete erişimin sağlanması gerekir.

A. Uluslararası Hukukta Çevre Hakkının Tanınması

Uluslararası hukukta bağlayıcı bir şekilde henüz evrensel çevre hakkı tanınmamıştır. Böyle bir tanıma, yeni bir uluslararası anlaşmada ya da Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar

şekilde saptırmayacaktır.' The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA) (entered into force 1 July 2020).

⁵² UNGA, 'Gaps in international environmental law and environment-related instruments: towards a global pact for the environment' (30 November 2018) UN Doc. No. A/73/419.

⁵³ UNGA, 'Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment' (24 January 2018) UN Doc. A/HRC/37/59 para 33. Burada belirtilen 11. çerçeve ilke 'Devletler, ayrımcı olmayan, geriye dönük olmayan ve diğer şekillerde insan haklarına saygı gösteren, koruyan ve yerine getiren somut çevre standartları oluşturmalı ve sürdürmelidir.' şeklindedir.

⁵⁴ Le Club des Juristes 'Draft Project: Global Pact for the Environment' (24 June 2017) (Global Pact for the Environment) Bundan böyle kısaca 'Çevre için Global Pakt' olarak anılacaktır.

⁵⁵ Uluslararası çevre hukukunun, iç hukuklarda ne gibi olumlu etkilerinin olabileceğine dair bkz. Patricia Birnie, Alan Boyle, and Catherine Redgwell *International Law and the Environment* (3rd edn, Oxford University Press, 2009) 304.

Uluslararası Sözleşmesi'ne getirilecek ek bir protokol ile yapılabilir. Çevre için Global Pakt taslağında, çevre hakkının açıkça düzenleme altına alınmasından itibaren,⁵⁶ çevre hakkının tanınması için çalışmalar hızla devam etmektedir. Çevre ve İnsan Hakları Devletler Grubu ortak bildirisi⁵⁷ ve Birleşmiş Milletler kuruluşlarının ortak bir bildirisi⁵⁸ ile uluslararası hukukta çevre hakkının tanınması çağrısında bulunulmuştur. 2021 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi tarafından temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevrede yaşama hakkını bir insan hakkı olarak tanınmıştır.⁵⁹ 2022 yılında ise Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, sağlıklı ve temiz bir çevreye erişim hakkının evrensel bir insan hakkı olduğunu ilk kez tanımıştır.⁶⁰ Bu tanıma, hem geriye gidilemezlik ilkesinin amacı ile uyumludur hem de çevre hakkının uluslararası bağlayıcı bir metinde yer alması ihtimalini güçlendirmektedir. Özellikle Çevre için Global Pakt taslağı bu kapsamda ele alınabilir. Nitekim bu pakta çevre hakkı açıkça dâhil edilmiştir.

Çevre için Global Pakt taslağı çevre hakkını üç boyutuyla ele alması bakımından önemlidir. Öncelikle çevre hukuku ve insan hakları arasındaki bağı⁶¹ kurmaktadır. Ardından bağımsız çevre hakkını⁶² düzenleme altına almaktadır. Son olarak da hakkın tamamlayıcısı olarak devletlere çevreyi koruma yükümlülüğü⁶³ getirmektedir. Böylece bağlayıcı bir metinde çevre hakkının tanınması, devletlerin yükümlülüklerinin netleştirilmesini sağlayacaktır. Ayrıca iç hukuklarda hukukun üstünlüğünün uygulanmaması, etkin hukuki yolların olmaması, ekonomik gelişmenin ön plana alınması, ekonomik yeterliliğin olmaması, çatışmalar gibi çeşitli nedenlerle çevre hakkının askıya alınmasının önüne geçilmiş

⁵⁶ Daha önceki birçok gelişme de çevre hakkının tanınması için önemli adımlardır. Örneğin; Birleşmiş Milletler tarafından su hakkının tanınması bkz. United Nations Human Rights Council 'Human rights and access to safe drinking water and Sanitation' (30 September 2010) UN Doc A/HRC/RES/15/9 para 1; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları ve Çevre Raportörünün çevre hakkının tanınması çağrısı bkz. 'The Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment' (19 July 2018) UN Doc A/73/188.

⁵⁷ Human Rights Council, 45th Session. General Debate, Item 3 'Joint statement of the Core Group on Human Rights and the Environment' (September 2020).

⁵⁸ Human Rights Council, 46th Session. General Debate, Item 3 'Joint statement of United Nations entities on the right to healthy environment' (08 March 2021).

⁵⁹ United Nations Human Rights Council, 'The human right to a clean, healthy and sustainable environment' (8 October 2021) UN Doc No. A/HRC/RES/48/13 para 20(1) '...Recognizes the right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right that is important for the enjoyment of human rights...'

⁶⁰ <<https://news.un.org/en/story/2022/07/1123482>> 8 Ağustos 2022 tarihinde erişildi.

⁶¹ Çevre için Global Pakt Taslağı Başlangıç. Maddelerin Türkçeye çevirisi için bkz. Fevzi Özlüer ve Serde Atalay (trs) *Çevre için Küresel Antlaşma* (Ekoloji Kolektifi, 2018) <<https://ekolojikolektifi.org/wp-content/uploads/2018/06/%c3%87evre-%c4%b0%c3%a7in-K%c3%bcresel-Antla%c5%9fmas%c4%b1-978-605-81514-1-3-a.pdf/>> 16 Aralık 2021 tarihinde erişildi.

⁶² Çevre için Global Pakt Taslağı madde 1: 'Her insan, sağlığı, esenliği, onuru, kültürü ve memnuniyeti için elverişli ekolojik olarak sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.'

⁶³ Çevre için Global Pakt Taslağı madde 2: 'Her Devlet veya uluslararası kurum, gerçek veya tüzel, kamu veya özel her kişi çevreye özen göstermekle yükümlüdür. Bu amaçla, Dünya ekosisteminin muhafaza edilmesine, korunmasına ve bütünlüğünün yeniden sağlanmasına herkes kendi düzeyinde katkıda bulunur.'

olacaktır.⁶⁴ Çevre aktivistleri ve dezavantajlı gruplar için güvence sağlanacaktır.⁶⁵ Son olarak çevre problemlerinin sınır ötesi ihtilaflar yarattığı göz önüne alındığında başta iklim değişikliği karşısında çevre hakkının bir zorunluluk haline geldiği de söylenebilir.⁶⁶

Çevre için Global Pakt taslağındaki gibi bir yaklaşımla hem çevre hakkı koruma altına alınabilecek hem de mevzuat değişiklikleri ile bireylerin var olan hukuki güvencelerden yoksun bırakılması engellenecektir. Geriye gidilemezlik ilkesinin açıkça tanınması ile de devletler, mevcut çevre koruma standartlarının altına düşmeme konusunda yükümlülük altına girmiş olacaklardır. Böylece esasen hukukun üstünlüğü de güvence altına alınacaktır. Bu noktada uygulama açısından da bakıldığında çevresel adalete erişimin de sağlanması gerekir. Böylece hem çevre hakkı hem de geriye gidilemezlik ilkesi kapsamında devletlerin çevrenin korunmasını zarara uğratan eylemleri gözlemlenebilir.

B. Çevresel Adalete Erişimin Sağlanması

Uluslararası çevre hukuku, son dönemde en hızlı gelişen hukuk dallarından biridir. Bugüne kadar 1300'ün üzerinde çevrenin korunmasını ilgilendiren çok taraflı anlaşma akdedilmiştir.⁶⁷ Buna karşılık uluslararası çevre hukukunun icrası ve uygulaması konusunda yaşanan zorluklar henüz aşılabilmiş değildir. Burada belirtilmesi gerekir ki uluslararası hukukun işleyişi iç hukuklardan farklıdır. Uluslararası hukuk kurallarının uygulanıp uygulanmadığının gözlenmesi çeşitli komitelerin denetimi, raporlama zorunlukları gibi mekanizmalarla işlemektedir. Bunun yanı sıra uluslararası normların doğrudan iç hukukta uygulanmasını kabul eden sistemler olduğu gibi bu kuralların iç hukuka geçirilmesini zorunlu tutan sistemler de bulunmaktadır. Böylece çevresel adalete erişimin sağlanmasında öncelikle iç hukuklardaki durumlara bakılmalıdır.

Çevresel adalete erişim noktasında iç hukuklarda görülen engeller⁶⁸ benzerdir. Genellikle iç hukuklarda görülen problemler çevre davalarında davacıların dava ehliyetinin sınırlandırılması, dava harçlarının ve bilirkişi ücretlerinin yüksek olması, hâkimlerin çevre hukuku eğitiminin yeterli olmaması gibi noktalarda toplanmaktadır. Bu gibi iç hukuklarda görülen sorunların, çevresel adalete erişimin⁶⁹ önünde engel olduğu ortadadır. Çevre için Global Pakt taslağı bu ortak noktada toplanan sorunlara yanıt vermektedir. Nitekim burada

⁶⁴ Nagehan İlemin, An Cliquet, and Hendrik Schoukens 'The Right to Environment as a Standalone Right in the Scope of International Law' (2019) Ghent University Master of Laws in International and European Law LL.M Paper 38.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid 39.

⁶⁷ Oregon Üniversitesi'nin projesi için bkz. Ronald B. Mitchell and the IEA Database Project, 'International Environmental Agreements (IEA) Database Project' (University of Oregon, 2002-2020) <<https://iea.uoregon.edu/>> 12 Mayıs 2021 tarihinde erişildi.

⁶⁸ Bu konuda Birleşmiş Milletler Çevre Programı etkin çalışmalar sürdürmektedir. Örneğin; bkz. The United Nations Environment Programme (UNEP), 'The Environmental Rule of Law: First Global Report' (2019).

⁶⁹ Bu gibi sorunların genel olarak önüne geçilebilmesi iç hukuklarda çevre mahkemelerinin kurulması ön görülmektedir. Gerçekten de çevre mahkemeleri, çevresel adalete erişimin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Bkz. The UNEP, 'Environmental Courts & Tribunals- A Guide For Policy Makers' (2016).

pakta taraf olacak devletler, çevresel adalete erişimin sağlanması için yükümlü tutulmaktadır. Taslak metnin 11. Maddesinde,⁷⁰ kamu otoritelerinin veya özel kişilerin kastlarıyla veya ihmalleriyle çevre hukukunu ihlal etmeleri durumunda etkili ve düşük maliyetli idari ve yasal süreçlere erişim hakkının tanınması gerektiğini belirtmiştir.

Çevresel adalete erişim etkin bir biçimde sağlandığında bireyler, mevcut çevresel koruma düzeyinden geriye gidişleri yargı yoluna taşıyabilirler. Böylece esasen gözlenmesi güç olan çevresel tahribatlar, üstü örtülü olarak çevre hukukunun askıya alınması, anlaşılması güç mevzuattaki değişiklikler mahkemelere erişim ile görünür hale gelmektedir. İç hukukları ilgilendiren bu hususun bir uluslararası anlaşma ile hak olarak düzenleme altına alınması ve devletlere yükümlülük yüklemesi çevre hakkı açısından olduğu gibi hukukunun üstünlüğünün sağlanmasında önemli bir adımdır. Özellikle uluslararası hukuk kapsamında bir insan hakkı olarak çevresel adalete erişimin tanınması, icrai yönden de çevresel adaletin sağlanmasını kolaylaştıracaktır.

SONUÇ

Çevre hukukuna ilişkin mevzuatın karşılaştığı en büyük tehditlerden biri, devletlerin ekonomik kaygıdır. Ekonomik kaygılar, çevre mevzuatının anlamını yitirecek derecede askıya alınmasına, değiştirilmesine veya yok edilmesine neden olmaktadır. Geçmişten günümüze aynı gerekçe ve aynı uygulama beraber devam etmektedir. Ekonomi kötüye giderse hukukta ilk feda edilenlerden biri çevre hukukuna ilişkin düzenlemelerdir. Bugün de Covid-19'un yarattığı ekonomik gerileme, çevre mevzuatlarında gerilemeyle karşımıza çıkmaktadır. Hâlihazırda çevre mevzuatlarındaki gerilemeler Covid-19 döneminde Brezilya, Kolombiya, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Endonezya ve Peru'da gözlemlenmiştir. Ayrıca yapılan bir araştırma, Kanada hükümeti tarafından Covid-19'a hızlı cevap verilebilmesi için çevre mevzuatında yapılan değişiklikleri ortaya koymuştur.

Uygulamalar çeşitlilik göstermektedir. Bazı hükümetlerin çevrenin korunması standartlarını düşürmesi, çevresel izleme gereksinimlerini askıya alması, çevre mevzuatlarındaki yaptırımları azaltması ve çevresel meselelerde halkın katılımını kısıtlaması şeklinde uygulamaları olabilmektedir. Belirtmek gerekir ki ekonomik gerileme ve çevre mevzuatındaki değişikliklerin her durumda gözlemlenmesi kolay değildir. Devletler, genelde bu gibi gerilemeleri görünür kılmama eğilimindedir. Devletlerin ekonomi perdesi altına sığınarak doğanın korunmasında hukukla elde edilen çabaları, gözlemlenmesi güç bir şekilde anlamsızlaştırması karşısında uluslararası seviyede geriye gidilemezlik ilkesi dikkate alınabilir. Nitekim bu ilkenin temel amacı mevzuatta sağlanan çevresel korumanın, mevzuatta yapılan değişikliklerle daha aşağıya çekilmemesidir.

⁷⁰ Çevre için Global Pakt Taslağı madde 11: Taraflar, mevcut Antlaşmanın hükümlerini dikkate alarak, resmi makamların veya özel kişilerin çevre hukukuna aykırı eylemlerine veya ihmallerine itiraz etmek için tazminat ve dava yolu dâhil olmak üzere, idari ve adli yargıya etkili şekilde ve düşük bir maliyetle erişme hakkını temin edeceklerdir.

Geriye gidilemezlik ilkesi, insan hakları alanından ithal edilen ve uluslararası çevre hukukunda bağımsız bir ilke görünümüne kavuşan bir ilkedir. Yeni sayılabilecek bu ilkenin, gelişmeye devam ettiği söylenebilir. Giderek artan bir şekilde iç hukuklarda, bölgesel anlaşmalarda ve uluslararası hukuk metinlerinin çeşitli yerlerinde görülebilmektedir. Görünüm biçimleri çok çeşitlidir. Örneğin; Belçika Anayasa Mahkemesi, çevre hakkı kapsamında ilkeyi değerlendirmiştir. Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nde ilkenin fikri temelleri yer almaktadır. +20 Rio Zirvesi'nde çevrenin korunmasında verilen taahhütlerden geri dönmemenin önemi vurgusu söz konusudur. Bölgesel bir anlaşma olan Latin Amerika ve Karayipler Anlaşması'nda ilke, açıkça ifade edilmiştir. Paris Anlaşması'nda ise ilkenin doğal sonucu olarak ileriye gidilmesinin gerektiğinin hüküm altına alınmıştır.

Böylece tanınmasının yanı sıra fikri temeller, ilkenin sonucu olan diğer ilkeler, çevre hakkı kapsamında yüklediği yükümlülükler gibi türlü şekillerde de ifade edilebilmektedir. Tüm bu farklı düzenlemelerin temel mantığı ise çevre hukukunun sağladığı güvencelerden ve çevrenin korunmasında ulaşılan seviyeden geriye düşmemektedir. Henüz gelişmeye devam eden geriye gidilemezlik ilkesinin gerek açıklanmasında gerek yerinin netleştirilmesinde ayrı bir uluslararası anlaşma faydalı olacaktır. Böyle açık bir tanımayı, Çevre için Global Pakt taslağı sunmaktadır. Açık bir düzenleme, ilkenin hukuki içeriği ve yeri bakımından güvence sağlamaktadır. Buna karşılık sadece ilkenin tanınması yeterli olmamalıdır. Geriye gidilemezlik ilkesinin amacına ulaşması için bütüncül bir yaklaşım şarttır.

Bu kapsamda geriye gidilemezlik ilkesinin güvence altına alınması için ilk olarak çevre hakkı ile desteklenmesi gerekir. Nitekim geriye gidilemezlik ilkesinin kökenleri insan haklarında yer almaktadır. Bu anlamda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi'nin ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun çevre hakkını ilk defa tanıması önemli adımlardır. Ayrıca çevre hakkının evrensel ve bağlayıcı olarak tanınması ihtimalini de güçlendirmektedir. Çevre hakkı, bu şekilde tanındığında devletlerin yükümlülükleri netleşecektir. Bunun yanı sıra iç hukuklarda hukukun üstünlüğünün uygulanmaması, etkin hukuki yolların olmaması, ekonomik gelişmenin ön plana alınması, ekonomik yeterliliğin olmaması, çatışmalar gibi çeşitli nedenlerle çevre hakkının askıya alınması engellenebilir.

İkinci olarak çevresel adalete erişimin sağlanması gerekir. Böylece çevre hukukundaki gerilemeler gözlemlenebilir. Çevresel adalete erişim etkin bir biçimde sağlandığında bireyler, gerilemelere karşı yargı mekanizmalarını kullanabilir. Esasen gözlenmesi güç olan çevresel tahribatlar, üstü örtülü olarak çevre hukukunun askıya alınması, anlaşılması güç mevzuattaki değişiklikler mahkemelere erişim ile görünür hale gelmektedir. İç hukukları ilgilendiren bu hususun bir uluslararası anlaşma ile hak olarak düzenleme altına alınması ve devletlere yükümlülük yüklemesi çevre hakkı açısından da olduğu gibi hukukunun üstünlüğünün sağlanmasında önemlidir.

Hem evrensel çevre hakkı hem çevresel adalete erişimin sağlanması hem de geriye gidilemezlik ilkesi bütün halinde, Çevre için Global Pakt taslağında yer almaktadır. Bu bütüncül yaklaşım, sürdürülebilir kalkınmanın yanı sıra hukukunun üstünlüğünü de güvence altına alacaktır. Çevre için Global Pakt henüz bağlayıcı bir metin olmasa da

müzakereler devam etmektedir ve bağlayıcı bir metin haline dönüşebilir. Böylece uluslararası çevre hukukunun temel ilkeleri de bir metinde tüm çevre sorunlarına bütüncül bir yaklaşım sağlayabilir.

Çevre için Global Pakt, bağlayıcı bir metin haline dönüşebilirse uluslararası çevre hukukundaki birçok hukuki boşluğu dolduracaktır. Uluslararası çevre hukukundaki en tartışmaları konularda, belirli noktalarda çözüm sunacaktır. Bugün, pandemi ile yaşadığımız belirsizlikler karşısında belirli olanın doğanın korunması olduğu unutulmamalıdır. Diğer bir deyişle, çevreyi koruma kavramının Covid-19 döneminde daha iyi anlaşıldığı ancak çevresel tahribatın devam ettiği düşünüldüğünde, devletlerin iradesinin ötesine bakmanın ve çevre hukuku kapsamında hukukunun üstünlüğünü sağlamanın zamanı gelmiştir. Jane Goodall'ın ifade ettiği üzere geleceğimizin en büyük tehlikesi kayıtsızlıktır.

Kaynakça

Kitaplar ve Tezler

- Alogna I., 'Environmental Law of France' in Alogna et al. (eds), *Climate Change Litigation Global Perspectives* (Brill, 2021)
- Birnie P., Boyle A., and Redgwell C., *International Law and the Environment* (3rd edn, Oxford University Press, 2009)
- Boyd D.R., 'Catalyst for Change, Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment' in John H. Knox and Ramin Pejan (eds), *The Human Right to a Healthy Environment* (Cambridge University Press 2018)
- Collins L., 'Principle of non-regression' in Jean-Frédéric Morin ve Amandine Orsini (eds) *Essential Concepts of Global Environmental Governance* (2nd edn, Routledge, 2020)
- Ilemin N., Cliquet A., and Schoukens H., 'The Right to Environment as a Standalone Right in the Scope of International Law' (2019) Ghent University Master of Laws in International and European Law LL.M Paper
- Koivurova T., *Introduction to International Environmental Law* (rev edn, Routledge, 2014)
- Middelkoop L.S., 'European Environmental Principles in Dutch Case Law' in Richard Macrory ve diğerleri (eds), *Principles of European Environmental Law* (Europa Law Publishing, 2004) <<https://avosetta.jura.uni-bremen.de/smorenburgrep03.pdf>> 14 Mart 2021 tarihinde erişildi
- Pazarıcı H., *Uluslararası Hukuk* (12th edn, Turhan Kitabevi, 2013)
- Vordermayer-Riemer M., *Non-Regression in International Environmental Law* (Intersentia, 2020)

Makaleler ve Bildiriler

- Bond A. ve diğerleri, 'Impact assessment: Eroding benefits through streamlining?' (2014) 45 *Environmental Impact Assessment Review* 46, 53
- Goodday V., 'Environmental Regulation and the Covid-19 Pandemic: A Review of Regulator Response in Canada' (2021) 14(10) *the School of Public Policy Publications* 1, 20
- Mitchell A. ve Munro J., 'No Retreat: An Emerging Principle of Non-regression From Environmental Protections In International Investment Law' (2019) 50 *Georgetown Journal Of International Law* 625, 708
- Prieur M., 'Non-Regression in Environmental Law' (2012) 5(2) *S.A.P.I.EN.S Surveys and Perspectives Integrating Environment and Society* 53, 56

Verma P. ve diğeri, 'A Statistical Analysis of Impact of COVID19 on the Global Economy and Stock Index Returns' (2021) 2(27) SN Computer Science 1, 20

Yılmaz Turgut N., 'Çevresel Göç ve Çevre Göçmenleri Sorununun Çevre Hukukundaki Yeri' (2018) 139 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 287, 346

Mahkeme Kararları

Case of Acevedo Buendía et al. ("Discharged and Retired Employees of the Comptroller") v. Perú (Inter-American Court of Human Rights, 1 July 2009)

Lopez Ostra v. Spain App no 16798/90 (ECtHR, 9 December 1994)

Öneriyıldız v. Turkey App no 48939/99 (ECtHR, 30 November 2004)

Uluslararası Belgeler

'Report of the United Nations Conference on Sustainable Development' Rio de Janeiro, Brazil 20-22 June 2012 UN Doc A/CONF.216/16.

'The Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment' (19 July 2018) UN Doc A/73/188

Convention on Biological Diversity (adopted 5 June 1992, entered into force 29 December 1993) 1760 UNTS 79

Convention on Biological Diversity (adopted 5 June 1992, entered into force 29 December 1993) 1760 UNTS 79

International Union for Conservation of Nature (IUCN) 'World Declaration on the Environmental Rule of Law' The IUCN World Congress on Environmental Law, in Rio de Janeiro (Brazil) from 26 to 29 April 2016

Le Club des Juristes 'Draft Project: Global Pact for the Environment' (24 June 2017) (Global Pact for the Environment)

Office of the High Commissioner for Human Rights 'CESCR General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligation (Art. 2, Para. 1 of the Covenant)'

Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (Escazu Agreement) XXVII.18 (adopted 9 April 2018, entered into force 22 April 2021)

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3.

The Paris Agreement (adopted 12 December 2015, entered into force 4 November 2016) C.N.92.2016.TREATIES-XXVII.7.d (Paris Agreement)

The Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948) United Nations General Assembly (UNGA) Res 217 A III

The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA) (entered into force 1 July 2020)

UNGA, 'Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment' (24 January 2018) UN Doc. A/HRC/37/59

United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 16 November 1994, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 3

United Nations General Assembly 'Gaps in international environmental law and environment-related instruments: towards a global pact for the environment' (30 November 2018) UN Doc. No. A/73/419

United Nations Human Rights Council 'Human rights and access to safe drinking water and Sanitation' (30 September 2010) UN Doc A/HRC/RES/15/9

United Nations Human Rights Council, 'The human right to a clean, healthy and sustainable environment' (8 October 2021) UN Doc No. A/HRC/RES/48/13

Diğer Kaynaklar

Forest Peoples Programme ve diğerleri 'Rolling back social and environmental safeguards in the time of COVID-19 the dangers for indigenous peoples and for tropical forests' Discussion Paper (2021)

Human Rights Council, 45th Session. General Debate, Item 3 'Joint statement of the Core Group on Human Rights and the Environment' (September 2020)

Human Rights Council, 46th Session. General Debate, Item 3 'Joint statement of United Nations entities on the right to healthy environment' (08 March 2021)

Human Rights Council, 'The human right to a clean, healthy and sustainable environment' (8 October 2021) UN Doc No. A/HRC/48/L.23/Rev.1

Lavrysen L., 'Recent Developments in Environmental Jurisprudence' (UNEP - 14th Global Major Groups and Stakeholders Forum (GMSF-14) Nairobi – Gigiri, Kenya, February 2013) https://stg-wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/13477/prof_lavrysen_%20Recent_developments_in_environmental_jurisprudence.pdf?sequence=1 12 Mayıs 2021 tarihinde erişildi

The United Nations Environment Programme (UNEP), 'the Environmental Rule of Law: First Global Report' (2019)

UNEP, 'Environmental Courts & Tribunals - A Guide for Policy Makers' (2016)

İnternet Siteleri ve Bloglar

Editorial 'COVID-19: "Not an excuse" to roll back environmental protection and enforcement, UN rights expert says' (*The United Nations Human Rights Office of the High Commissioner*, 15 Nisan 2020) <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25794&LangID=E>> 15 Ekim 2021 tarihinde erişildi

Editorial 'Reclaiming biodiversity, nature and landscapes' (*gouvernement.fr*, 22 Ağustos 2016) <<https://www.gouvernement.fr/en/reclaiming-biodiversity-nature-and-landscapes>> 14 Mayıs 2021 tarihinde erişildi

Editorial 'UN General Assembly declares access to clean and healthy environment a universal human right' (*UN News*, 28 July 2022) <<https://news.un.org/en/story/2022/07/1123482>> 8 Ağustos 2022 tarihinde erişildi.

Mitchell R.B. and the IEA Database Project, 'International Environmental Agreements (IEA) Database Project' (*University of Oregon*, 2002-2020) <<https://iea.uoregon.edu/>> 12 Mayıs 2021 tarihinde erişildi

Özlüer F. ve Atalay S. (trs) *Çevre için Küresel Antlaşma* (Ekoloji Kolektifi, 2018) <<https://ekolojikolektifi.org/wp-content/uploads/2018/06/%c3%87evre-%c4%b0%c3%a7in-K%c3%bcresel-Antla%c5%9fmas%c4%b1-978-605-81514-1-3-a.pdf>> 16 Aralık 2021 tarihinde erişildi

Viñuales J., 'the Paris Climate Agreement: An Initial Examination - Part II of III' (*Blog of the European Journal of International Law*, 2016) <<https://www.ejiltalk.org/the-paris-climate-agreement-an-initial-examination-part-ii-of-iii/>> 15 Ekim 2021 tarihinde erişildi

KAMU SAĞLIĞI BAĞLAMINDA GIDA İŞLETMELERİNİN HUKUKA UYGUN DAVRANMA (COMPLIANCE) YÜKÜMLÜLÜĞÜ: GIDA KODEKSLERİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME (1)

Compliance Obligation of Food Companies in the Context of Public Health: An Assessment on Food Codexes

  Yasin AYDOĞDU (2)

ÖZET

Toplumun yeme içme gibi temel ihtiyaçlarının sağlıklı bir şekilde karşılanmasını sağlamak devletin en önemli görevlerinden biridir. Devletler bu görevlerini çıkardıkları hukuki düzenlemeler ve yetkili kurumlar aracılığıyla yapılan denetimler üzerinden yerine getirir. Bu alandaki en özel hukuki düzenlemeler gıda kodeksleridir. Yetkili kuruluş ya da komisyonlarca belirlenmiş ve satışı yapılacak besin ürünlerine ilişkin standartlar bütünü olarak tanımlanan gıda kodeksleri günümüzde uluslararası standartlara ulaşmıştır. Bunun yanında ulusal düzeyde yer alan düzenlemelerde de farklı yaptırımlar öngörülmektedir. Faaliyetleri tarım ve gıda ürünleri üzerine olan ticari işletme ve şirketler bu düzenlemelere uyum sağlamak zorundadır. Gıda işletmeleri olarak adlandırabileceğimiz bu firmaların uyumu (*compliance*) kamu sağlığı bakımından doğrudan pozitif etki sağlayacaktır.

Çalışmanın konusu gıda işletmelerinin hukuka uygun davranma (*compliance*) yükümlülüğüdür. Bu işletmelerin hukuka uygun davranması aynı zamanda kamu sağlığının korunmasına hizmet etmektedir. Çünkü gıda ve tarım ürünlerinde ticari faaliyetlerde bulunan işletme ve şirketlerin yapacakları ufak bir ihmalde dahi kamu sağlığı doğrudan olumsuz etkilenebilmektedir. Sorunu kaynağında çözebilmek için “önleyici adalet” mekanizmasının işletilmesinin önerildiği bu çalışmada gıda işletmelerinin çalışanları, yöneticileri ve tüzel kişilik olarak hukuka uygun davranma yükümlülükleri ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Sağlığı, Gıda Kodeksi, Gıda İşletmeleri, Compliance, Hukuka Uygunluk.

¹ Araştırma Makalesi.

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 27.04.2022, Kabul Tarihi: 26.05.2022.

² Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

ABSTRACT

Ensuring that the basic needs of the society such as eating and drinking are met in a healthy way is one of the most important duties of the state. States fulfill these duties through the legal regulations they issue and the inspections carried out by authorized institutions. The most specific legal regulations in this area are food codexes. Food codexes, which are defined as a set of standards for food products to be sold and determined by authorized institutions or commissions, have reached international standards today. In addition, different sanctions are foreseen in the regulations at national level. Commercial businesses and companies whose activities are on agriculture and food products must comply with these regulations. The compliance of these companies, which we can call food companies, will have a direct positive effect in terms of public health.

The subject of the study is the obligation of food companies to comply with the law. The fact that these enterprises act in accordance with the law also serves to protect public health. Because even the slightest negligence of businesses and companies engaged in commercial activities in food and agricultural products can directly affect public health negatively. In this study, in which it is recommended to operate the '*preventive justice*' mechanism in order to solve the problem at its source, the obligations of acting in accordance with the law as employees, managers and legal entities of food enterprises are discussed.

Keywords: Public Health, Food Codex, Food Companies, Compliance, Lawfulness.

GİRİŞ

Kamu sağlığı; 'genel sağlık', 'toplum sağlığı' gibi kavramlarla aynı anlamlarda kullanılmakta olup, toplumu oluşturan tüm bireylerin sağlık koşulları içinde hayatlarına devam etmesi şeklinde açıklanabilir. Bireylerin sağlıklı bir şekilde hayatlarını sürdürebilmeleri için her şeyden önce fiziksel ihtiyaçlarını düzgün bir şekilde karşılamaları gerekmektedir. Nitekim birey sağlığını doğrudan etkileyen durumların başında gıda ve tarım ürünleri tüketimi kaynaklı sorunlar gelmektedir. Bu sorunların kaynağında çözülmesi ve toplum sağlığının olumsuz etkilenmemesi için kamu otoritelerinin üreticiler üzerinde denetimlerini sıklaştırması, yaptırımları arttırması ve toplumsal farkındalığı oluşturması gerekmektedir. Bununla beraber insan sağlığı ve daha geniş bakış açısıyla kamu yahut toplum sağlığı bakımından tarımsal üretim ve gıda ürünlerinin oluşturacağı doğrudan riskler kadar, aynı zamanda doğrudan olmayan ve beklenmeyen risklere karşı da önlemler alınmalıdır.³ Devletler ulusal düzeyde kendi hukuk normlarıyla bu önlemleri aldıkları gibi; uluslararası kuruluşlar da devletler için belirleyici olması bakımından belirli standartlar getirmektedir.

³ Örneğin genetiği değiştirilmiş gıdalarda bu risk daha ön plana çıkmaktadır. Alexander Haslberger, 'Codex Guidelines for GM Foods Include the Analysis of Unintended Effects' (2003) 21(7) Nature Biotechnology, 739.

Demokrasi ve temel hakların korunması hususlarında 'ileri' düzeyde olan belirli 'gelişmiş' ülkelerde uluslararası düzenlemelere uygun şekilde, hatta bazı durumlarda daha sıkı standartlar uygulayarak, gıda ve tarım ürünleri ticareti üzerinde oldukça sıkı denetimlerde bulunmaktadır. Bu ülkelerin tarım ve gıda ürünleri ithalatının ağırlıklı olarak gelişmemiş ülkelerden yapılması ise ihraç eden ülkeler için ekstra bir yükümlülük getirmektedir. Bunlar üretici ve tedarikçi konumundaki ülkeler için gelişmiş ülkelerin gıda kodeks standartlarına uyum sürecinde sağlamaları gereken yükümlülüklerdir. Bu durum tarım ve gıda ürünleri ticareti yapan şirketlerin rekabet gücünü azaltmaktadır. Bunun sonucunda şirketlerin faaliyet gösterdiği ülkelerin gıda ve tarım ürünleri ithalatı azalmakta ve hatta bazı yabancı tedarikçilerin sektörden çekildiği gözlemlenmektedir.⁴

Sektöre dair düzenlemeler Dünya Ticaret Örgütü (*World Trade Organization*) kuruluna kadar belirli bir hukuk kuralına bağlı değildi. Uluslararası pazarda dezavantajlı konuma düşmemek için ülkelerin gönüllü olarak uyguladığı gıda kodeksleri vardı. 1994 yılında Örgütün kurulmasıyla imzalanan antlaşmalarla gıda ve tarım ürünleri dış ticaretinde gıda kodekslerine uygun hareket edilmesi zorunlu hale gelmiştir. Bu zorunluluk kodeks standartların bilimsel geçerliliğe dayanmasına katkı sağlamış, yıllık hacmi 3 trilyon doları bulan gıda ve tarım ürünleri dış ticaretinin yanı sıra yurt içinde de uygulanmasıyla toplum sağlığının korunmasında önemli bir kriter olmuştur.⁵

Çalışmada toplumu oluşturan bireylerin sağlığının korunması anlamında kullanılan kamu sağlığı politikaları bağlamında gıda ve tarım ürünleri üzerine ticari faaliyetlerde bulunan işletme ve şirketlerin bu alandaki hukuki düzenlemeler olarak karşımıza çıkan gıda kodekslerine uyum sağlama süreci ele alınacaktır. Çalışmada üzerinde durulan konu gereği, tam veya yarı-yapısal herhangi bir ampirik çalışma yapılmayacaktır. Temel metodolojimiz açıklama, yorum ve tartışma yöntemlerinin kullanıldığı hukuki inceleme yöntemi olacaktır.

Çalışmamız temelde üç başlıktan oluşacaktır. İlk başlık altında, kavramsal olarak kamu sağlığı, gıda kodeksi ve tarım ve gıda ürünleri ticareti kavramları genel hatlarıyla açıklanacaktır. Ardından çalışma konumuzun merkezi noktasında yer alan 'gıda kodeksi' üzerine açıklamalarda bulunacağız. Çalışma boyunca kullanacağımız 'gıda kodeksi' ile anlaşılması gereken, yetkili otoritelerce belirlenmiş ve satışı yapılacak besin ürünlerine ilişkin standartlardır. Bu bakımdan uluslararası düzenlemeler ve Türk Hukukundaki düzenlemeler bakımından iki alt başlık altında açıklamalarımıza yer vereceğiz. Ardından gıda kodeksleri özelinde hukuki normların tamamına uyum sağlama yükümlülüğü bulunan gıda işletmelerinin belirli yükümlülükleri üzerinde duracağız. Bu başlık altında şirketler

⁴ Yang Qizhong, Honda Keiichiro and Otsuki Tsunehiro, 'Structure Demand Estimation of the Response to Food Safety Regulations in the Japanese Poultry Market' (2019) 9 Euroasin Business Review, 371.

⁵ Sinan Duru, Aykut Gül ve Seyit Hayran, 'Gıda Kodekslerinin Tarım ve Gıda Ürünleri Dış Ticareti Bakımından İncelenmesi' (2019) 9(2) İğdır Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, 1183. Kodeks standartlarının bir amacı da uluslararası ticareti kolaylaştırmak amacıyla yerel standartların tekdüze hale getirilmesine yardımcı olmaktır. Bu bakımdan gıda kodeksleri, dış ticaret standartları dışında ülke içinde geçerli olan iç ticaret standartlarını da belirlemektedir. Michael Livermore, 'Authority and Legitimacy in Global Governance: Deliberation, Institutional Differentiation, and The Codex Alimentarius' (2006) 81(2) New York University Law Review, 794.

hukukundaki 'compliance' yani "hukuka uygun davranma yükümlülüğü" konusu ile beraber kendi konumuzu harmanlayacağız. 'Compliance'ın amacı potansiyel ve mevcut hukuka aykırılıkların önceden tespit edilerek engellenmesidir. Başka bir anlatımla sorunu kaynağında tespit ederek ortaya çıkmasını önlemektir. Önleyici hukuk, hukuka aykırılık oluşturabilecek bir eylemin, ortaya çıkmadan evvel tespit edilip gerçekleşmesinin engellenmesini, böylelikle düzenin korunmasını, hukuka aykırılıkların asgari düzeye indirilmesini amaçlamaktadır. Buradaki hukuk anlayışı, "caydırma" değil, "önleme" mekanizması üzerine kurulmuştur.⁶ Nitekim çalışmanın sonunda sonuç ve değerlendirmeler kısmında gıda işletmelerinin hukuka uygun davranma yükümlülüğünün kamu sağlığına doğrudan pozitif etkisini ortaya koyacağız.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Öncelikle çalışmanın ana konusunu teşkil eden temel kavramların ele alınmasında fayda görmekteyiz. Bu bakımdan ayrı başlıklar altında "kamu sağlığı", "gıda kodeksi" ve "tarım ve gıda ürünleri ticareti" konularını ele alacağız.

A. Kamu Sağlığı Kavramı

Kamu sağlığı kavramı hukuk literatüründe daha çok kamu (amme) düzeni konusunda karşımıza çıkmaktadır. Anayasada ve mevzuatta devletin temel görevlerinden biri olarak karşımıza çıkan kamu düzeni, kural olarak toplumun maddi düzeninin sağlanmasıdır.⁷ Bu düzen, bireylerin canları ve mallarının her türlü tehdit ve tehlikelerden âri bir şekilde hayatlarına devam etmeleriyle mümkün olabilmektedir.⁸

Kamu düzeninin bir unsuru olarak kamu sağlığı; "genel sağlık", "toplum sağlığı" gibi kavramlarla eş anlamda kullanılmakta olup, toplumu oluşturan tüm bireylerin hastalıklardan korunması ve hayatlarının sağlıklı bir şekilde devam ettirilmesi anlamına gelmektedir.⁹ Bu kapsamda bireylerin beslenme gibi temel ihtiyaçlarının sağlıklı bir şekilde karşılanması gerekir.

⁶ Z. Jill Barclift, 'Preventive Law: A Strategy for Internal Corporate Lawyers to Advise Managers of Their Ethical Obligations' (2008) (31) Journal of Legal Profession, 34.

⁷ Gündelik hayatta sıkça karşılaşılan kamu düzeni kavramı başta idare hukuku, anayasa hukuku ve devletler özel hukuku alanlarında olmak üzere hukukun birçok alanında temel bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. Bu alanlardaki kullanımlarından yola çıkarak genel bir kamu düzeni tanımı şöyle yapılabilir: Toplumun huzur ve güvenliğinin temini, devlet ve idari teşkilatının korunmasını sağlayan kurallar bütünü. Bu bakımdan kamu düzenini sağlamak devletin asli görevlerinden biridir. Kamu düzeni kavramı hakkında açıklamalar için ayrıca bkz. Arda Atakan, 'Kamu Düzeni Kavramı' (2007) 13(1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 59-136; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (9. Bası, Turhan 2013) 646 vd.

⁸ Kamu düzeni kavramı yasal düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu düzenlemelerde kamu düzeninin tanımı yapılmadığı gibi unsurlarıyla ilgili herhangi bir açıklama da bulunmamaktadır. Bunun sebebi; kavramın içeriği ve taşıdığı anlam zamanla değişiklik gösterebileceği için unsurlarını yasal düzenlemelerle belirlemenin doğru bir yaklaşım olmayacağıdır. Yılmaz Altuğ, 'Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)' (1972) 27(3), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 376.

⁹ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (8. Baskı, Adalet 2020) 275.

Kamu sağlığı kavramını daha iyi anlayabilmek için öncelikle sağlık kavramından tam olarak ne anlaşılmaması gerektiğini ele almak istiyoruz. Gündelik hayatta sıkça kullanılan “sağlık”; bedensel ve ruhsal olarak yapısal bir bozukluğun olmaması anlamında kullanılmaktadır.¹⁰ Yine sözlük anlamıyla sağlık; “*vücudun hasta olmaması durumu, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet*” ve ayrıca “*sağ, canlı, diri olma durumu*” anlamlarında kullanılmaktadır.¹¹ Kavrama yasal düzenlemelerde de rastlamak mümkündür. Örneğin, 5.1.1961 tarih ve 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’da¹² sağlık kavramı “*yalnız hastalık ve malüliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali*” olarak açıklanmaktadır (m. 2).

Kamu düzeninin bir unsuru olarak sağlık ise her bir bireyin hastalıklardan korunması ve kurtarılması anlamına gelmemektedir. Kamu düzeninin bir unsuru olarak sağlık, genel sağlıktır.¹³ Bu bağlamda bireylerin sosyal hayatlarının sağlık koşulları içerisinde sürmesi anlamına da gelir.¹⁴ Bireylerin sağlıklarının korunması kamu sağlığını ve böylelikle kamu düzenini de korumuş olacaktır. Bu bakımdan kamu sağlığı, her türlü gıda maddesinin üretimi ve pazarlamasının sağlık bakımından denetimi, toplum sağlığı bakımından hijyen şartlarının ve standartlarının belirlenmesini ifade eder.¹⁵

B. Gıda Kodeksi Kavramı

Gıda kodeksi kavramını açıklamadan evvel tamlamayı oluşturan “gıda” ve “kodeks” kavramlarını ayrı ayrı tanımlamakta fayda görüyoruz. Bu bakımdan gıda, insanların yaşamını sürdürebilmesi için enerji sağlayan ve tüketimi zorunlu maddelere denir. Kodeks ise, etimolojik olarak Latince’de tıp biliminde kullanılan bir kavram olup; TDK Güncel Türkçe Sözlük’te şöyle tanımlanmaktadır: “*Tedavi edici etkisi kesin olarak kabul edilen ilaçların formüllerini, fiziksel ve kimyasal özelliklerini, tanınma reaksiyonlarını, saflık kontrollerini, miktar tayinlerini ve saklama koşullarını içeren resmî kuruluş tarafından onaylı başvuru kaynağı.*”¹⁶

Gıda ve kodeks kavramlarının anlamlarının birleşmesi ile ortaya çıkan gıda kodeksi kavramı bu çalışmada gıda alanında düzenlemeler getiren kurallar şeklinde kullanılacaktır. Bu bakımdan çalışmada gıda kodeksinden anlaşılması gereken, yetkili otoriteler tarafından belirlenmiş ve ticareti yapılacak besin ürünlerine dair tüm standartlardır. Bu tanımdan yola çıkarak Türk Gıda Kodeksini de Türkiye’de ticareti yapılacak besin ürünlerine ilişkin standartlar olarak tanımlayabiliriz.

Gıda kodeksi ile beraber sıklıkla kullanılan “*Codex Alimentarius*”¹⁷ kavramı ise gıda kuralları

¹⁰ Ünal Er, *Sağlık Hukuku* (1. Baskı, Savaş 2008) 1.

¹¹ Türk Dil Kurumu, *Büyük Türkçe Sözlük* <<https://sozluk.gov.tr/>> 11 Aralık 2020 tarihinde erişildi.

¹² RG 12.1.1961/10705.

¹³ Metin Günday, *İdare Hukuku* (10. Baskı, İmaj 2011) 293.

¹⁴ Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku Cilt II* (2. Baskı, Ekin 2009) 473.

¹⁵ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2016) 588.

¹⁶ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük* <<https://sozluk.gov.tr/>> 11 Aralık 2020 tarihinde erişildi.

¹⁷ Kodeks Alimentarius 1960’larda iki uluslararası örgüt olarak Gıda ve Tarım Örgütü ile Dünya Sağlık Örgütü tarafından yürütülen müşterek bir çalışmanın ürünüdür. Gıda gereksinimlerinin ve tanımlarının sağlanması

veya gıda kanunu anlamına gelmekte olup, gıda ticaretinde tüketici sağlığını korumak ve uygulamaların iyi niyet ilişkileri içerisinde devam etmesi amacıyla formüle edilmiş standartlardır. Standartlarda nihai amaç özeldir tüketicilerin bireysel sağlıklarının genelde ise kamu sağlığının korunmasıdır. Bunun dışında gıda ticaretinde adil pratiklik sağlama amacı taşımaktadır.¹⁸ Örneğin GLOBAL G.A.P. ve BRC gibi özel zorunlu gıda kodeks standartları ile adil ticaretin temin edileceği ifade edilmektedir.¹⁹

Uluslararası ve ulusal düzeyde kabul edilen gıda kodekslerine geçmeden evvel bu düzenlemelere uyum sağlamakla yükümlü olan alanlardan ilki olarak gıda ve tarım ürünleri ticaretini kısaca ele almakta fayda görmekteyiz.

C. Tarım ve Gıda Ürünleri Ticareti

Tarım, insanlık tarihi boyunca temel ihtiyaçlardan biri olan beslenme gereksiniminin karşılanması için gereken ürünlerle gıda hammaddelerinin temin edildiği bir sektör olarak büyük önem taşımaktadır. Günümüzde tarım sektörü tüm devletler için vazgeçilmez bir alan olup, kısa-orta ve uzun vadeli planlarda üzerinde önemle durulan bir sektördür.²⁰

İnsanlık için hayati öneme haiz tarım sektörü farklı açılardan toplumları etkileyebilir. Ancak bu konudaki farklı disiplinlerde yürütülen çalışmalardan yola çıkarak tarımın etkileri ve katkılarını temel olarak şu dört başlıkta açıklayabiliriz: Ekonomik kalkınma, yoksulluğun azaltılması, gıda güvenliği ve çevresel sürdürülebilirlik.

Ekonomik kalkınma bakımından tarım sektörü, ülkelerin gelişmişlik düzeyi fark etmeksizin hayati derecede öneme haizdir.²¹ Nitekim 2022 yılı başlarında Rusya ile Ukrayna arasında yaşanan gerilim ve Rusya'nın Ukrayna'yı işgal etmek için başlattığı savaş sonrası yaşanan gelişmeler doğrultusunda, özellikle Avrupa ülkeleri için, ciddi gıda sorunları yaşanmaktadır. Gelişmiş ülkeler için tarımsal dışa bağımlılık; gelişmekte olan ülkelerde ise kırsal alanlarda yaşayanların geçimlerini idame ettirdikleri temel sektör olarak birçok fonksiyona haizdir.²²

rehber olmak ve bu alandaki standartları ileri bir düzeye taşımak, bunların uyumuna yardımcı olmak ve böylece uluslararası ticareti kolaylaştırmak çalışmanın temel amaçlarıdır. Kodeks Alimentarius'a üye 166 ülke bulunmaktadır. Üyelik sayesinde, ülkeler standartların taslaklarında işbirliği yapabilir ve çoğu zaman da ulusal ve bölgesel seviyede temsil edilebilirler. Codex Alimentarius Komisyonu (CAC), Uluslararası Salgın Hayvan Hastalıkları Ofisi (OIE) ve Uluslararası Bitki Koruma Konvansiyonu (IPPC), Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından toplum sağlığı bakımından üç kardeş kuruluş olarak adlandırılmaktadır.

<<http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/en/>> 27 Ocak 2021 tarihinde erişildi.

¹⁸ Livermore (n 4) 775-776.

¹⁹ Dima Faour Klingbeil and Todd Ewen, 'A Review on the Rising Prevalence of International Standards: Threats or Opportunities for the Agri-Food Produce Sector in Developing Countries, with a Focus on Examples from the MENA Region' (2018) 7(3) Multidisciplinary Digital Publishing Institute, 10 <<https://www.mdpi.com/2304-8158/7/3/33>> 30 Ocak 2021 tarihinde erişildi.

²⁰ Pınar Kaya ve Hande Erdoğan Aktan, 'Türk Tarım Sektörü Verimliliğinin Parametrik Olmayan Bir Yöntemle Analizi' (2011) 3(1) Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi, 262.

²¹ Zeki Doğan, Seçkin Arslan ve Ayberk Berkman, 'Türkiye'de Tarım Sektörünün İktisadi Gelişimi ve Sorunları: Tarihsel Bir Bakış' (2015) 8(1) Niğde Üniversitesi İİBF Dergisi, 31.

²² Bunlardan en önemlileri şöyle sıralanmaktadır:

Tarım sektöründe son yıllarda uluslararası piyasada yaşanan daralmalar ve tarım ürün fiyatlarındaki fahiş artış sebebiyle ülke ekonomilerinde sektörün iç ve dış pazarlarda rekabet edebilecek bir yapıya ulaştırılması yönünde gereklilikler oluşmuştur. Bu süreçte sektöre rehber olacak, sektörün sorunlarına etkin ve akıllı çözümler üretecek, sektörün uluslararası pazardaki rekabet yapısını adilleştirecek ve sektöre yön verebilen etkin politika önerilerinin oluşturulmasına katkı sağlayacak olan uygulamalı çalışmalara ihtiyaç her geçen gün artmaktadır.²³ Zira küçük bir köy haline gelen günümüz dünyasında bir ülkede yetişen bir ürün başka ülkelerde talep görebilmektedir. Bu durum tarım ve gıda ürünleri dış ticaretini oluşturmaktadır.

Covid19 pandemisinin etkileri henüz atlatılamamış iken Rusya ve Ukrayna arasında çıkan savaş sonrası gıda ve tarım ürünleri dış ticareti aksayarak ülkeler için birçok alanda tedarik sorununa yol açmıştır. Gıda ve tarım sektöründeki risk faktörlerinin belirsizliği ve tüketici tercihlerinin farklılığı sebebiyle farklı risk belirleme kriterleri ortaya çıkmıştır. Bu risk kriterlerinde uygulama birliği sağlanması amacıyla yetkili uluslararası kuruluşlar bilimsel veriler üzerinden hareket etmektedir.²⁴ Aşağıda yetkili uluslararası kuruluşlar ve yapılan düzenlemeler ayrıca ele alınacaktır.

II. GIDA KODEKSİ DÜZENLEMELERİ

Gıda kodeksine dair düzenlemeler ulusal ve uluslararası düzenlemeler şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Ancak gerek Anayasanın 90. maddesinde²⁵ 2004 yılında yapılan değişiklik sonrası temel hak ve hürriyetlere ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşma hükümlerinin iç hukuk bağlamında bağlayıcı olacağını göz önünde bulundurduğumuzda, gerekse gıda kodeksine dair uluslararası düzenlemelerin ulusal düzenlemelere yön verdiğini göz önünde bulundurarak öncelikle bu alandaki uluslararası düzenlemeleri ele almakta fayda görüyoruz.

A. Uluslararası Düzenlemeler

Gıda kodeksleri merkezi Roma'da bulunan Gıda Kodeks Komisyonu (*Codex Alimentarius Comission*) tarafından düzenlenmektedir. Bu Komisyon, Birleşmiş Milletler bünyesinde yer

- Temel gıda maddeleri üretimini garanti etmek,
- Nüfusun önemli bir kısmına istihdam imkânı yaratmak,
- Sınai sektöre emek, ara malı ve piyasa sağlamak,
- Ekonomiye döviz kazandırarak iç piyasanın genişlemesine yol açmak,
- Ekonomik gelişme sürecine katkıda bulunmak.

Adem Doğan, 'Yoksullar Lehine Büyümede Tarımın Rolü: Sahra-Altı Afrika Örneği' (2009) 11(16) KMÜ İİBF Dergisi, 22.

²³ Ayşe Peker, 'Türkiye Hububat ve Baklagil Alt Sektörünün Avrupa Birliği Pazarı Karşısındaki Rekabet Gücü' (2015) 5(2) Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İİBF Fakültesi Dergisi, 3.

²⁴ İsmail Mert, 'Küreselleşme ve Su Ürünlerinde Kalite Kontrol' (2002) 2(1) Sumae Yunus Araştırma Bülteni, 7.

²⁵ AY m. 90/son: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

alan Dünya Gıda ve Tarım Örgütü (*Food and Agriculture Organization-FAO*) ve Dünya Sağlık Teşkilatı (*World Health Organization-WHO*) tarafından 1963 yılında kurulmuştur.²⁶ Komisyon, gıda kodekslerini, WTO standartlarına bağlı olarak, gıda ve tarım ürünlerinin uluslararası ticarete küresel güvenlik standartlarını sağlaması ve tüketici sağlığını korumak amacıyla belirlemektedir.²⁷

Komisyonun en temel hedefi dünya gıda ticaretini kolaylaştırmak üzere gıda ve tarım ürünlerinin taşınması gereken asgari kalite ve hijyen standartlarının belirlenmesi ve dünyada gıda ve tarımla ilgili uygulamaların sağlık ve teknoloji yönünden belirli bir standarda bağlanmasıdır. Bu hedef doğrultusunda yapılan düzenlemelerle tüketici sağlığının korunması ve gıda sanayiine rehberlik edilmesi de amaçlanır.

Komisyonun bu amaçlarla hazırladığı düzenlemeler devletler için güvenli gıda üretiminde referans olarak kullanılmaktadır. Bu düzenlemeler devletler için uygulanması zorunlu standartlar olmamakla birlikte, devletler ulusal standartlarını hazırlarken farklı amaçlarla kodeks standartlarını dikkate almaktadırlar. Örneğin gıda güvenliği ve tüketicilerin korunmasına ilişkin anlaşmazlıkların çözümünde WTO tarafından uluslararası referans standardı olarak bu düzenlemeler tanınmaktadır. Bu bakımdan kodeks standartları üye devletler için bağlayıcı olmamakla beraber WTO tarafından uluslararası gıda ticaretinde otorite olarak kabul edilmektedir.²⁸

Türkiye 01.10.1963 tarihinde Kodeks Alimentarius Komisyonuna üye olmuştur. Komisyon çalışmalarında Türkiye’de kodeks odak noktası olarak Tarım ve Orman Bakanlığı bünyesinde Gıda ve Kontrol Genel Müdürlüğü görev yapmaktadır. Müdürlük, uluslararası düzenlemeler bağlamında uygulamalarını geliştirmektedir. Bununla beraber Türkiye’de tarım ve gıda ürünleri ihracatında alıcı olan ithalatçı ülke veya şirketin özel bir talebi bulunmuyorsa, ürünlerin standartlara uygunluğu bakımından Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliği hükümleri esas alınmaktadır. Bu bakımdan konuya dair ulusal düzenlemelere ayrıca değinmekte de fayda vardır.

B. Ulusal Düzenlemeler

Türk Hukuk mevzuatında şimdikiye kadar gıda kodeksi olarak kabul edilebilecek birçok yönetmelik ve alt düzenleyici işlem çıkarılmıştır.²⁹ Ancak Türkiye’nin 1963 yılında Dünya

²⁶ Gıda Kodeks Komisyonunun kurulması, FAO’nun 1961 yılındaki 11. Toplantısı ile WHO’nun 1963 yılındaki 16. Toplantısında kararlaştırılmıştır. Rafi Afonso Pereira, ‘Why Would International Administrative Activity Be Any Less Legitimate? – A Study of the Codex Alimentarius Commission’ (2008) 9(11) German Law Journal, 1994.

²⁷ Erik Millstone and Patrick van Zwanenberg, ‘The Evolution of Food Safety Policy–Making Institutions in the UK, EU and Codex Alimentarius’ (2002) 36(6) Social Policy and Administration, 594-595.

²⁸ Arpad Somogyi and others, ‘Scientific Issues Related to Codex Alimentarius Goals: A Review of Principles, with Examples’ (2011) 60(1) Regulatory Toxicology and Pharmacology, 161.

²⁹ Türkiye’de gıda kodeksi olarak kabul edilen ilk yasal düzenleme 1926 yılında çıkarılan 767 sayılı Türk Kodeksi Hakkındaki Kanun’dur. Bu kanun ilaç kullanımıyla ilgili olup, özel olarak ilk gıda kanunları 1928 yılında çıkarılan Hayvanların Sağlık Zabıtası Hakkında Kanun ve 1930 yılında çıkarılan 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu olmuştur. Daha sonrasında 1942 yılında Gıda Nizamnamesi, 1952 yılında ise Gıda Maddeleri Tüzüğü yürürlüğe

Gıda Kodeksi'ne üye olmasının ardından yaşanan gelişmelerle beraber süreç içerisinde Türkiye'de gıda kodekslerinin gönüllü uygulamadan zorunlu uygulanmasına geçiş sağlanmıştır. Özellikle kişi başına düşen milli gelirin artması ve bireylerin bilinçlenmesiyle paralel bir şekilde gıda güvenilirliği ve kodekslerinin öneminin artmasıyla mevzuatta birçok değişiklik yaşanmaktadır.³⁰

Türk pozitif hukuk mevzuatındaki hükümler doğrultusunda Türk gıda kodeksi ile ilgili yasal düzenlemelerin temel dayanağı 11.6.2010 tarih ve 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanununun 23³¹ ve 27.³² maddelerine dayanarak çıkarılan Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliği oluşturmaktadır.

girmiştir. Ardından Türkiye'nin Gıda Kodeksi Komisyonuna (*Codex Alimentarius Comission*) taraf olmasıyla (1963) ilk kez 13 Şubat 1964 tarihinde yürürlüğe giren Türk Milli Gıda Kodeksi Yönetmeliği 1982 yılında Tarım ve Orman Bakanlığı Türk Milli Gıda Kodeks Komitesi Yönetmeliği adını almıştır. Bu Yönetmelik daha sonra 1994 yılında Ulusal Gıda Kodeks Komitesi Yönetmeliği adını almıştır. WTO'nun 1994 yılında kurulmasıyla oluşturulan SPS ve TBT Anlaşmaları ile 1995 yılında Gümrük Birliği'ne üyelik kapsamında 1995 yılında 560 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlüğe giren Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair KHK ile gıda kodeksinin hazırlanacağı belirtilmiş olup 7. maddeye dayanarak 16 Kasım 1997 tarihinde Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliği ile Gıda Mevzuatı ve Ulusal Kodeks oluşturulmuştur. Bu yasanın hazırlanmasında FAO, WHO, Kodeks Alimentarius Komisyonu, ABD Gıda ve İlaç Dairesi ile Avrupa Birliği'nin tavsiye kararları baz alınarak hazırlanmıştır. Devlet Planlama Teşkilatı İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, *Ulusal Gıda ve Beslenme Stratejisi Çalışma Grubu Raporu* (1. Baskı, 2001) vii.

³⁰ T.C. Kalkınma Bakanlığı, *10. Kalkınma Planı Gıda Ürünleri ve Güvenirliği Özel İhtisas Komisyon Raporu* (1. Baskı, 2014) 15 <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/10/10_GıdaUrunleriveGüvenilirliğı.pdf> 11 Ocak 2021 tarihinde erişildi.

³¹ "(1) Bakanlık, gıda ve gıda ile temas eden madde ve malzemelerle ilgili asgarî teknik ve hijyen kriterleri, bitki koruma ürünü ve veteriner ilaç kalıntıları, katkı maddeleri, bulaşanları, numune alma, ambalajlama, etiketleme, nakliye, depolama esasları ve analiz metotlarını belirleyen gıda kodeksini hazırlar ve yayımlar. Bakanlık, kodeksin hazırlanmasında ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapabilir ve bu amaçla komisyonlar kurabilir. Bakanlık, uluslararası Kodeks Alimentarius Komisyonunun temas noktasıdır ve konu ile ilgili çalışmaları yürütür. Bakanlık gıda kodeksini hazırlamak üzere Ulusal Gıda Kodeks Komisyonu oluşturur. Komisyonun üye seçimi, görev süresi, alt komisyon oluşturulması, Ulusal Gıda Kodeks Komisyonu ve alt komisyonların çalışma usul ve esaslarını belirlemeye Bakanlık yetkilidir. Komisyonun sekreteryaya hizmetleri Bakanlıkça yürütülür.

(2) Gıda ve takviye edici gıdaların etiketinde, tanıtımında veya reklamında sağlık beyanı kullanılabilmesine Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunca izin verilir.

(3) Bakanlık, tarım ve gıda ile ilgili coğrafi işaret veya geleneksel ürün adlarının kullanımının tescilde belirtilen özelliklere uygunluğunu denetler.

(4) Bakanlık, gıda güvenilirliği ile ilgili her türlü araştırma ve projeleri yapar veya hizmet satın alma yoluyla yaptırabilir.

(5) Bu maddenin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir."

³² "(1) Herhangi bir katkı, aroma veya zenginleştirme amaçlı madde ilave edilen kaynak suları, içme suları, doğal mineralli sular ve yapay suların üretimi, ambalajlanması, satışı, ithalat ve ihracatına ilişkin esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir. Ancak; kaynak suları, içme suları, doğal mineralli sular ve tıbbi amaçlı suların üretimi, uygun şekilde ambalajlanması, satışı, ithalat ve ihracatına ilişkin usul ve esaslar ile içme-kullanma sularının teknik ve hijyenik şartlara uygunluğu, kalite standartlarının sağlanması, kalite standartlarının izlenmesi ve denetimi ile ilgili usul ve esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir. Bu esaslara uygunluk bakımından belediye veya il özel idarelerinin sorumluluğunda bulunan içme sularının Türkiye Halk Sağlığı Kurumu tarafından yapılacak veya yaptırılacak her türlü tetkik ve tahlil bedelleri ilgili belediye veya il özel idaresince karşılanır. Belediyelerce ödenecek tetkik ve tahlil bedelleri, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına belediyelerce tahakkuk ettirilecek su kullanım

5996 sayılı Kanunun "Gıda kodeksine aykırı gıda ve gıda ile temas eden madde ve malzeme üretilemez, işleme tâbi tutulamaz ve piyasaya arz edilemez." Şeklindeki 21/5. maddesi hükmü ile gıda kodeksinin bağlayıcılığı ayrıca vurgulanmaktadır. Kanundan alınan dayanak doğrultusunda çıkarılan Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliği gıda kodeksini yatay ve dikey gıda kodeksi olmak üzere iki farklı şekilde düzenlemektedir.

1. Yatay Gıda Kodeksi

Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliğine göre yatay gıda kodeksi:

"Gıdalara eklenebilecek vitaminler, mineraller ve belirli diğer öğeler, gıda katkı maddeleri, aroma vericiler ve aroma verme özelliği taşıyan gıda bileşenleri, gıda enzimleri, bulaşanlar, pestisit kalıntıları ve veteriner ilaç kalıntıları, numune alma ve analiz metotları, hedef dışı yemlere taşınması önlenemeyen koksidiyostatların ve histomonostatların hayvansal gıdalarda bulunabilecek maksimum miktarları, etiketleme, mikrobiyolojik kriterler gibi tüm gıdalara ve gıda ile temas eden madde ve malzemelere uygulanacak olan kriterleri içeren gıda kodeksini"

ifade eder (m. 4/1-d).

Kapsamı Yönetmelikte ayrıntı bir şekilde düzenlenen³³ yatay gıda kodeksi, gıda ve gıda ile temas eden madde ve malzemeler için ilgili yatay gıda kodeksi hükümlerine uyulması zorunludur (m. 7/1).

2. Dikey Gıda Kodeksi

Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliğine göre dikey gıda kodeksi: *"Belirli bir gıda veya gıda grubu veya gıda ile temas eden madde ve malzeme için belirlenmiş özel kriterleri içeren gıda kodeksini"* ifade eder (m. 4/1-c).

Kapsamı Yönetmelikte ayrıntı bir şekilde düzenlenen³⁴ dikey gıda kodeksi, yatay gıda kodeksi hükümleri ile birlikte uygulanır (m. 7/2).

bedellerinden mahsup edilir. Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığının birliklerince talep edilen içme ve kullanma sularına ilişkin analizler ilgili mevzuatına göre Sağlık Bakanlığına bağlı laboratuvarlarda ücretsiz olarak yapılır."

³³ "(1) Yatay gıda kodeksi; a) Gıda katkı maddelerinin kullanımı, etiketlenmesi ve saflık kriterleri, b) Aroma vericiler ve aroma verme özelliği taşıyan gıda bileşenlerinin kullanımı ve etiketlenmesi, c) Gıda enzimlerinin kullanımı ve etiketlenmesi, ç) Bulaşanların maksimum limitleri, d) Gıdalarda bulunmasına izin verilen pestisitlerin maksimum kalıntı limitleri, e) Hayvansal gıdalarda bulunabilecek veteriner ilaçlarına ait farmakolojik aktif maddelerin sınıflandırılması ve maksimum kalıntı limitleri, f) Gıdaların mikrobiyolojik kriterleri, g) Gıda ile temas eden madde ve malzemeler ile ilgili genel kurallar, ğ) Gıdaların etiketlenmesi, h) Gıdalara eklenebilecek vitaminler, mineraller ve belirli diğer öğeleri, ı) Numune alma ve analiz metotları, i) Hedef dışı yemlere taşınması önlenemeyen koksidiyostatların ve histomonostatların hayvansal gıdalarda bulunabilecek maksimum miktarları, konularını içerir."

³⁴ "(1) Dikey gıda kodeksi; yatay gıda kodeksi hükümlerine ilave olarak, kapsadığı gıda veya gıda grubu veya gıda ile temas eden madde ve malzemelere yönelik olarak belirlenecek özel kriterleri içerir. (2) Belirli bir gıda veya gıda grubu veya gıda ile temas eden madde ve malzeme için özel olarak düzenlenmiş numune alma ve analiz metotlarına ilişkin mevzuat da dikey gıda kodeksi kapsamındadır. (3) Herhangi bir gıda katkı maddesi, aroma verici veya aroma verme özelliği taşıyan gıda bileşeni veya diğer gıda bileşenleri ilave edilen kaynak suları, içme suları, doğal mineralli sular ve yapay sodanın özellikleri dikey gıda kodeksi ile belirlenir."

Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliği kapsamındaki yatay veya dikey gıda kodeksinde hüküm bulunmayan hususlarda öncelikle ilgili ulusal standart uygulanır. Ulusal standardın bulunmaması durumunda ise uluslararası standartlar dikkate alınır (m. 11).

Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, gıda işletmeleri olarak da adlandırabileceğimiz, esas faaliyet konusu tarım ve gıda ürünleri ticareti olan şirketlerin gıda kodeksine uyum sağlaması hukuken zorunludur. Bu bakımdan bu tür şirketlerin gıda kodeksine uyum sorunu kamu sağlığının korunması bakımından oldukça büyük bir öneme sahiptir.

III. ŞİRKETLERİN GIDA KODEKSİNE UYUM (COMPLIANCE) SORUNU

Sermaye şirketleri ekonomik menfaatleri doğrultusunda tüzel kişilik perdelerinin arkasına sığınarak hukuka aykırı eylem ve işlemlerde bulunabilmektedir. Hukuka aykırı işlemleri dolayısıyla cezalandırılmadıkları gibi maddi olarak çok büyük kazanç elde etmektedirler. Rudolf von Jhering'in 1877 yılında kaleme aldığı Hukukta Amaç (*Der Zweck im Recht*)³⁵ adlı kitabındaki şu ifadeler günümüzde dahi bu soruna ışık tutmaktadır: Anonim şirketler, kanun koyucunun gözleri önünde, gizli hikayeleri cezaevlerindekiyelerden çok daha hainlik, rezillik ve alçaklık içeren hırsızlık ve dolandırıcılık kuruluşlarına dönüşmüşlerdir. Ancak burada hırsızlar, haydutlar ve dolandırıcılar demir (parmaklıklar) yerine altın içinde yaşamaktadır (oturmaktadır).

Jhering'in uzun yıllar önce ifade ettiği üzere şirketler, tüzel kişilik perdelerinin arkasına sığınarak, hukuka aykırı eylemlerde bulunduğu zaman cezalandırıcı adalet mekanizması tarafından uygulanan yaptırımlar ıslah mekanizmasını yeterince işletmemektedir. Bu durumun oluşturduğu sakıncaları giderebilmek için tarihsel süreç içerisinde 'cezalandırıcı adalet' anlayışı yerine 'önleyici adalet' anlayışı geliştirilmiştir. Önleyici adalet anlayışının modern araçlarından birisi de 'compliance'dır.

'Compliance'³⁶ kavramı önleyici hukuk teorisi (*preventive law theory*) ile doğrudan bağlantılıdır. Zira, içeride kurulacak sistemle şirketlerin hukuk kurallarına uygun eylem ve işlemlerde bulunması amaçlanmaktadır. Yani, hukuka aykırılık ortaya çıkmadan önce sorun kaynağında çözülerek muhtemel ihtilafların mümkün olduğunca azaltılması amaçlanmaktadır.³⁷

³⁵ Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht* (11th Press, Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel 1877). Yukarıda çevirisini yaptığımız metnin Almanca orijinali şöyledir: "Unter den Augen unserer Gesetzgeber haben sich die Aktiengesellschaften in Raub und Betrugsanstalten verwandelt, deren geheime Geschichte mehr Niederträchtigkeit, Ehrlosigkeit, Schurkerei in sich birgt als manches Zuchthaus, nur, dass Diebe, Räuber und Betrüger hier statt in Eisen in Gold Sitzen." Ibid 222.

³⁶ İngilizce bir kelime olan 'compliance', "uymak, razı olmak" anlamına gelen "comply (with)" fiiline dayanmakta olup, "uygunluk, uyumlu olmak" şeklinde Türkçeye çevrilebilir <<https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/comply%20with>> 18 Ocak 2021 tarihinde erişildi.

³⁷ Ali Paslı, '-Compliance- Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi' (2013) 71(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 320.

'Compliance' ile amaçlanan, işletmenin/şirketin kendi içerisinde benimsediği kurallar bütünü de dahil olmak üzere hukuka aykırılığın önlenmesi için etik ve kültürel normlar dahil tüm kurallara uygun bir şekilde davranmak ve bu uyumla ilgili kamusal otoritelere güvence vermektir.³⁸ Yani 'compliance' sadece yasal düzenlemelere uygunluğu ifade etmemekte, etik ve kültürel normlara uygunluğu da sağlamaktadır.

'Compliance'ın ilk işlevi, özellikle dış ilişkilerde, şirketin hukuki sorumluluğunu doğuracak olayları minimize etmektir. Şirket yöneticilerinin gerek yönetim faaliyetleri esnasında gerekse karşılaşılan somut olaylarda hukuk kurallarına uygun davranmalarıyla bu işlev yerine getirilebilir. Hukuka uygunluğun, ortaya ihtilaf çıkmadan evvel, yönetim politikası ve eylemlerle sağlanması şirketin ve onu geniş anlamda yönetenlerin "uyum" iradeleri ve istekleri ile mümkündür.³⁹

Şimdiye kadarki açıklamalarımız doğrultusunda gıda işletmelerinin 'compliance' sorunu bağlamında yükümlü olarak ilk başta tüzel kişiliğin uyumunu inceleyeceğiz. Ardından yönetici ve çalışanların uyumu bakımından yükümlülüklerini ele alacağız.

A. Tüzel Kişiliğin Uyumu

Tarım ve gıda ürünleri ticareti yapan firmaların hukuka uygun davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak, bu firmalar çoğu zaman ticari işletme ve şirket yapılanması şeklinde karşımıza çıktığı için ilk olarak tüzel kişiliğin hukuka uygun davranma yükümlülüğünün incelenmesi gerekmektedir. Aksi bir durumda, yani işletmenin hukuka aykırı işlemler yaptığı ortaya çıkar ise, işletme itibarını lekeleyerek iş imkanlarını kaybedeceği gibi,⁴⁰ kamu sağlığını tehlikeye sokma eylemlerinden kaynaklanan cezai⁴¹ ve hukuki sorumlulukla da karşı karşıya kalacaktır. Bu bakımdan gıda işletmelerinin gıda kodeksleri özelinde hukuka uyum sistemlerinin kurulu olması durumunda hukuki sorumluluk bağlamında karşılaşılabilecekleri idari yaptırımlarda indirim uygulanması faydalı olacaktır.⁴²

Şirketlerin hukuka uygun davranma yükümlülüğünün bir "dış", bir de "iç" yönü bulunmaktadır. Buna göre tüzel kişiliğinin hukuk normlarına uyumu ve bunun sağlanması dış cephesi iken; bir hukuk normuna aykırılık yani 'non-compliance' durumunda şirket

³⁸ Miriam Hechler Baer, 'Governing Corporate Compliance' (2009) 50(4) Boston College Law Review, 958. İlgili makaleye şu adresten de ulaşılabilir: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2423&context=bclr>> 18 Ocak 2021 tarihinde erişildi.

³⁹ Paşlı (n 37) 319-320.

⁴⁰ Tuğçe Nimet Yaşar, *Anonim Şirketler Hukukunda "Uyum" (Compliance)* (1. Baskı, Oniki Levha 2020) 91.

⁴¹ Türk Hukukunda tüzel kişilerin cezai sorumlulukları kural olarak kabul edilmemektedir (AY m. 38/7 ve TCK m. 20/1). Ancak özel hukuk tüzel kişi menfaatine işlenen bazı suçlardan dolayı, ilgili tüzel kişilik hakkında güvenlik önlemleri uygulanabilmektedir (TCK m. 20/2 ve 60). Bu konuda ayrıca bkz. Muharrem Özen, 'Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış' (2003) 52(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 63-88; Nur Centel, 'Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu-Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3313-3326.

⁴² Benzer görüş için bkz. Yaşar (n 40) 94.

bünyesinde kimlerin sorumluluğunun işletileceği meselesi iç cephesidir.⁴³ Şirket içinde uyum sağlanması durumunda dış cephede de bir uyum sorunu yaşanmamaktadır. Bu bakımdan şirket içindeki uyumdan temel olarak sorumlu olan şirket yöneticilerin uyumu çok önemlidir.

B. Yöneticilerin Uyumu

Gıda işletmelerinde yönetim çoğunlukla işletme sahibi olarak ilgili tüccarın hakimiyetinde iken; gıda şirketlerinin türüne göre değişkenlik gösterebilmekle beraber gıda şirketlerinde genel müdür yahut yönetim kurulunun hakimiyetinde olmaktadır. Bu bakımdan ilgili yöneticilerin hukuk kurallarına uyumu doğrudan tüzel kişiliği etkilemektedir.

Firmaların uyum anlayışı çerçevesinde hukuk kurallarına uygun hareket etmesi bağlamında kullanılan bir diğer araç da yönetici pozisyonunda ayrı bir uyum görevlisi (*compliance officer/manager*) atanmasıdır. Söz konusu pozisyonun temel görevi, kurumsal yönetim açısından uyumsuzlukların tespit edilmesi, bunlarla ilgili iç soruşturmanın yürütülmesi, raporlanması ve olası uyumsuzluk risklerinin şirket içindeki nihai karar mercilerine bildirilmesidir.⁴⁴

Gıda işletmelerinin hukuka uygunluğunu sağlamak için sadece yönetim kadrosundakilerin eylem ve işlemleri yeterli değildir. Nitekim yöneticiler bazı işlemleri için yetki devri ile başkalarını görevlendirmiş olabilirler. Bu gibi durumları göz önünde bulundurarak şirket yönetimi ile birlikte şirketin diğer organları ve çalışanları ile topyekûn iş ve işlemlerinin hukuka uygun olması da gerekmektedir.⁴⁵

C. Çalışanların Uyumu

Gıda işletmelerinde çalışanların hukuka uygun davranma yükümlülüğü hem kendilerinin hem ilgili tüzel kişiliğin hem de kamu sağlığının menfaatine bir durum oluşturmaktadır.⁴⁶ Şöyle ki: Kamu sağlığı ve temel ihtiyaçların karşılanması bakımından oldukça hayati bir konumda olan gıda işletmelerinin hukuka uygun davranması çalışanları daha fazla motive ederek hem üretim konusunda kaliteyi arttırmakta hem de işletmeye olan aidiyetlerini kuvvetlendirmektedir. En alt kademede yer alan çalışanların iyi performansları işletmenin değerini arttıracığı gibi kamu sağlığı bakımından da bir teminat oluşturacaktır.

⁴³ Paslı (n 37) 320.

⁴⁴ İbid 328. İşletmenin yapısı büyüdükçe uyum incelemesi ile görevlendirilecek yönetici sayısı da artabilir, bu şekilde işletme örgütü içinde bunlardan müteşekkil bir birim kurulabilir. Birimin başındaki kişi için '*chief compliance officer*' ifadesi kullanılmaktadır. İbid 329.

⁴⁵ Yaşar (n 40) 22.

⁴⁶ İbid 96.

SONUÇ YERİNE: ŞİRKETLERİN GIDA KODEKSİNE UYUMUNUN KAMU SAĞLIĞINA YARARI

Tarım ve gıda ürünleri üretim ve ticaretinde faaliyetlerde bulunan işletme ve şirketlerin gıda kodekslerine uyum sağlamalarının hem ekonomik hem de kamu sağlığı bakımından farklı boyutları içeren birçok yönü bulunmaktadır. Başka bir anlatımla gıda işletme ve şirketlerinin hukuka uyumu (*compliance*), kamu sağlığı ve toplum menfaatine hizmet etmekle beraber devlet ekonomisi için ayrı bir önem arz etmektedir.⁴⁷ Gıda kodekslerine uyum sağlayan Batı menşeli şirketler, bu ülkelerin tarım ve gıda ticaretindeki ihracat payını artırmaktadır. Bu alandaki dünya geneli ticaretin toplam payı içerisinde Türkiye'nin payı oldukça düşüktür. Bu payın artması için Türkiye'nin kodeks standartlarını güncellemesinde yetkili otorite olan Ulusal Gıda Kodeks Komisyonunun daha etkin hale gelmesi için kanuni düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Çalışmamızın konusu sürecin ekonomik yönünden ziyade kamu sağlığı bakımından oluşabilecek zararlar yahut uyum sağlanması halinde elde edilebilecek kamusal menfaattir. Bu bakımdan Türkiye'de pazar rekabetinde avantaj sağlaması için kodeksler baz alınarak oluşturulan standartlara uyumun denetimi yetkili otoritelerce etkin bir şekilde yapılmalıdır. Ayrıca mevzuata uymayan kişi ve kuruluşlara uygulanacak yaptırımların daha caydırıcı olması kamu sağlığının korunmasına olumlu katkı sağlayacaktır.

Kodeks standartlarında uyum sağlanması halinde elde edilecek kamusal menfaat ortadadır. Ancak bunun yanında ekonomik menfaat bakımından firmaların üstüne gereksiz yük de eklenmemelidir. Konuya bu açıdan yaklaşan ATAD eski bir kararında AİHM'nin ölçülülük ilkesinin kontrolünde uyguladığı tartma işlemine benzer bir yöntem kullanmıştır. Olayda İngiltere, pastörize süt ve krema ürünlerinin ithalatını istisnasız bir şekilde, hiçbir devlette, İngiltere'nin sağlık kolluğu alanında geçerli olan normlarına uygun bir üretim sisteminin var olmadığını varsayarak yasaklamıştır. Divan, bu tedbirin topluluk yararları yönünden yol açtığı zararın, sağlık alanında sağladığı yararı aştığını belirterek İngiltere'nin Andlaşma'yı ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴⁸

ATAD kararında da vurgulandığı üzere temel hak ve özgürlüklerin korunması ile kamu düzeni arasında makul bir denge sağlanmalıdır. Bu bakımdan gerek ulusal düzeyde bağlayıcı olacak gıda kodeksleri, gerekse uluslararası standartları belirleyecek kodekslerin oluşumunda gıda ve tarım sektöründe faaliyet gösteren muhatapların görüşlerinin de alınarak ekonomik dengelyi bozmayacak düzenlemelerin yapılması sağlıklı olacaktır.

⁴⁷ Zeynel T. Kangal, 'Türk Ceza Hukuku Açısından Compliance' (2013) Türk Alman Hukuku Sempozyumu – Teori ve Uygulama Açısından İşletmelerde Hukuk Kurallarına Uygun Hareket Etme (Compliance) Tartışmaları 1 Temmuz 2011, 76-77.

⁴⁸ ATAD 261/85, 04.02.1988.

Kaynakça

- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2016)
- Altuğ Y, 'Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)' (1972) 27(3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, 371-385
- Atakan A, 'Kamu Düzeni Kavramı' (2007) 13(1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 59-136
- Baer M H, 'Governing Corporate Compliance' (2009) 50(4) Boston College Law Review, 949-1019
- Barclift Z J, 'Preventive Law: A Strategy for Internal Corporate Lawyers to Advise Managers of Their Ethical Obligations' (2008) 31 Journal of Legal Profession, 30-51
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri* (8. Baskı, Adalet 2020)
- Devlet Planlama Teşkilatı İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, *Ulusal Gıda ve Beslenme Stratejisi Çalışma Grubu Raporu* (1. Baskı, 2001)
- Doğan A, 'Yoksullar Lehine Büyümede Tarımın Rolü: Sahra-Altı Afrika Örneği' (2009) 11(16) Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi İİBF Dergisi, 21-38
- Doğan Z, Arslan S ve Berkman A, 'Türkiye'de Tarım Sektörünün İktisadi Gelişimi ve Sorunları: Tarihsel Bir Bakış' (2015) 8(1) Niğde Üniversitesi İİBF Dergisi, 29-41
- Duru S, Gül A ve Hayran S, 'Gıda Kodekslerinin Tarım ve Gıda Ürünleri Dış Ticareti Bakımından İncelenmesi' (2019) 9(2) Iğdır Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, 1177-1185
- Er Ü, *Sağlık Hukuku* (1. Baskı, Savaş 2008)
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt II* (2. Baskı, Ekin 2009)
- Gözübüyük Ş ve Tan T, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (9. Bası, Turhan 2013)
- Günday M, *İdare Hukuku* (10. Baskı, İmaj 2011)
- Haslberger A, 'Codex Guidelines for GM Foods Include the Analysis of Unintended Effects' (2003) 21(7) Nature Biotechnology, 739-741
- Jhering R v, *Der Zweck im Recht* (1th Press, Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel 1877)
- Kangal Z T, 'Türk Ceza Hukuku Açısından Compliance' (2013) Türk Alman Hukuku Sempozyumu – Teori ve Uygulama Açısından İşletmelerde Hukuk Kurallarına Uygun Hareket Etme (Compliance) Tartışmaları 1 Temmuz 2011, 71-87
- Kaya P ve Erdoğan Aktan H, 'Türk Tarım Sektörü Verimliliğinin Parametrik Olmayan Bir

- Yöntemle Analizi' (2011) 3(1) Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi, 261-282
- Klingbeil D F and Ewen T, 'A Review on the Rising Prevalence of International Standards: Threats or Oppurtunities for the Agri-Food Produce Sector in Developing Countries, with a Focus on Examples from the MENA Region' (2018) 7(3) Multidisciplinary Digital Publishing Institute, 1-23
- Livermore M, 'Authority and Legitimacy in Global Governance: Deliberation, Institutional Differentiation, and The Codex Alimentarius' (2006) 81(2) New York University Law Review, 766-801
- Mert İ, 'Küreselleşme ve Su Ürünlerinde Kalite Kontrol' (2002) 2(1) Sumae Yunus Araştırma Bülteni, 6-8
- Millstone E and Zwanenberg P v, 'The Evolution of Food Safety Policy-making Institutions in the UK, EU and Codex Alimentarius' (2002) 6(36) Social Policy and Administration, 593-609
- Paslı A, '-Compliance- Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi' (2013) 71(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 317-334
- Peker A, 'Türkiye Hububat ve Baklagil Alt Sektörünün Avrupa Birliği Pazarı Karşısındaki Rekabet Gücü' (2015) 5(2) Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İİBF Fakültesi Dergisi, s. 1-20
- Pereira R A, 'Why Would International Administrative Activity Be Any Less Legitimate? – A Study of the Codex Alimentarius Commission' (2008) 9(11) German Law Journal, 1693-1718
- Qizhong Y, Keiichiro H, Tsunehiro O, 'Structure Demand Estimation of the Response to Food Safety Regulations in the Japanese Poultry Market' (2019) 9 Euroasin Business Review, 367-385
- Somogyi A and others, 'Scientific Issues Related to Codex Alimentarius Goals: A Review of Principles, with Examples' (2011) 60(1) Regulatory Toxicology and Pharmacology, 161-164
- T.C. Kalkınma Bakanlığı, *10. Kalkınma Planı Gıda Ürünleri ve Güvenirliği Özel İhtisas Komisyon Raporu* (1. Baskı, 2014)
- Yaşar T N, *Anonim Şirketler Hukukunda "Uyum" (Compliance)* (1. Baskı, Oniki Levha 2020)

İDARİ REJİMİ BENİMSEMİŞ BEŞ LATİN AMERİKA ÜLKESİNDE AMPARO DAVASI VE TÜRKİYE’DE UYGULANABİLİRLİĞİ (1)

Amparo Action in Five Latin America Countries That Have Adopted the Administrative Regime and Its Applicability in Turkey

  Ünal YILDIZ (2)

ÖZET

Latin Amerika ülkelerinde temel hak ve hürriyetlerin korunmasını amaçlayan, örneğin *habeas corpus* ve *habeas data* gibi, birçok bireysel başvuru yolu bulunmaktadır. Bunlardan biri amparo davasıdır. Amparo davası kamu gücü içeren işlemlere karşı bireylere, temel hak ve hürriyetlerini ivedi bir şekilde koruma imkânı sunmaktadır. Amparo davası olağan dışı bir dava türüdür. Amparo davasının olağan dışı olmasıyla kastedilen, amparo davası açmadan önce kural olarak idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi gerektiğidir. Amparo davasının yüksek mahkemelerde açılmasına yönelik bir zorunluluk bulunmamaktadır, dava ilk derece mahkemelerinde açılabilir. Amparo davasının yasama işlemleri, mahkeme kararları ve idarenin işlem ve eylemlerine karşı açılabilmesi nedeniyle; amparo davasının idarenin yargısal denetimini sağlayan bir dava türü olduğunu söylemek mümkündür. Amparo davası, çalışmada incelenen ülkelerin bazılarında özel hukuk tüzel kişilerinin ve gerçek kişilerin işlem ve eylemlerine karşı açılabilir. Çalışmada amparo davasının idare ile ilgili kısmı mercek altına alınmıştır, yani idareye açılan amparo davaları incelenmiştir. Çalışmada öncelikle amparo davasının teorik arka planı açıklanacaktır, sonrasında idari rejimi benimsemiş beş Latin Amerika ülkesinde amparo davasının uygulaması incelenecektir. Davanın, Türkiye’de uygulanabilirliğini incelemek için idari rejimi benimsemiş bu ülkeler seçilmiştir. Çalışmanın son bölümünde Türkiye’de bu dava türünün uygulanabilirliği incelenecektir.

¹ Doktora Tezinden türetilmiş Araştırma Makalesi.

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 19.05.2022, Kabul Tarihi: 26.07.2022.

² Arş. Gör., Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi.

Anahtar kelimeler: Bireysel Başvuru, İvedi Yargılama Usulü, Mahkeme Kararlarının Uygulanması, Anayasa Şikâyeti, Yargısal Emir.

ABSTRACT

There are several of constitutional complaints such as habeas corpus and habeas data that aims to protect fundamental rights and liberties in Latin America countries. One of these constitutional complaints is called the amparo action. The Amparo action, give opportunity to individuals to protect their basic rights and liberties summarily against acts that based on public power. The amparo action is an unusual type of lawsuit. What is meant by unusualness is that, as a general rule, administrative and judicial remedies must be exhausted before filing the amparo action. There is no obligation for the amparo action to be filed in the high courts, the amparo action can be brought before first instance courts. Since the amparo action can be filed against legislative acts, court decisions, as well as public administration's acts and actions; it is possible to say that the amparo action is a type of action that provides judicial control of the public administration. In this study, the part of the amparo action related to the administration is emphasized, that is, the amparo action filed against the administration is examined. In this study, firstly the amparo action's theoretical background will be explained, secondly the amparo action's application in Latin America countries that adopted the administrative regime. These countries, which have adopted the administrative regime, were selected to examine the applicability of the amparo action in Turkey. In the last part of the study, the applicability of the amparo action in Turkey will be examined.

Key words: Individual Application, Urgent Judicial Procedure, Enforcement of Court Orders, Constitutional Complaint, Judicial Order.

GİRİŞ

Amparo davası, Latin Amerika ülkelerinde temel hak ve hürriyetlerin resmi makamların işlem, eylem ve ihmallerine karşı ivedi bir şekilde korunmasını sağlayan bir dava türüdür. Amparo davası, Latin Amerika ülkelerinin anayasalarında düzenlenmektedir. Bu minvalde amparo davası, Latin Amerika ülkelerine özgü bir bireysel başvuru modelidir. Neredeyse tüm Latin Amerika ülkelerinde amparo davasının uygulanmasına karşılık, çalışmada ele alınan beş ülkenin seçilmesinin nedeni bu ülkelerin idari rejimi benimsemiş olmalarıdır. Türkiye'de de idari rejimin benimsenmiş olması nedeniyle, ülkemizde amparo davasının uygulanıp uygulanamayacağını ele alabilmek için kriter olarak bu Latin Amerika ülkeleri seçilmiştir. Çalışmada incelenen ülkelere Meksika haricindeki Kolombiya, Dominik Cumhuriyeti, Uruguay ve Guatemala üniter devlet yapısına sahiptir. Meksika ise federal bir devlettir. Çalışmanın amacı, amparo davasının ne olduğunu açıklamak, seçilen ülkelerde amparo davasının uygulamasını incelemek ve amparo davasının Türkiye'de uygulanıp uygulanmayacağını tartışmaktır. Çalışma üç bölümden oluşacaktır. İlk bölümde amparo davasının anlamı ve özellikleri incelenerek bu şekilde amparo davasının teorik yapısı aktarılmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde çalışma için seçilen Latin Amerika ülkelerinde

amparo davasının anayasal dayanakları incelenecek ve amparo davasının uygulaması, ülkelerin anayasa ve amparo davası kanunlarındaki hükümler esas alınarak açıklanacaktır. Amparo davası bu ülkelerin bazılarında idari işlemler, eylemler, ihmaller dışında mahkeme kararlarına ve yasama işlemlerine karşı da açılabilir. Ayrıca yine bu ülkelerin bazılarında dava, gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin işlem ve eylemlerine de açılabilir. Bununla birlikte çalışmada incelenen ülkelerde amparo davasının daha çok idareyi ilgilendiren kısmının üzerinde durulmuştur. Yani, idareye karşı açılan amparo davası ele alınmıştır. Ülkelerde amparo davasının uygulamasını somutlaştırmak için bu bölümde alt başlıklar; davacı, davalı, dava konusu, dava açma süresi, görevli ve yetkili mahkeme, yürütmenin durdurulması, amparo davasının olağan dışı bir yargısal yol olması, ivedi yargılama usulü ve karar olarak düzenlenmiştir. Yürütmenin durdurulması ve ivedi yargılama usulü alt başlıklarında, ülkemizdeki yürütmenin durdurulması ve ivedi yargılama usulüyle kısaca mukayese yapılacaktır. Son bölümde ise amparo davasının Türkiye’de uygulanabilirliği tartışılacaktır. Şayet amparo davasının olumlu yönleri varsa bunların hangi alanlarda ve nasıl uygulanabileceği de bu bölümde incelenecektir.

I. AMPARO DAVASI

A. Amparo Davasının Anlamı

Amparo, İspanyolca’da koruma anlamına gelmektedir.³ Amparo davası, koruma davası olarak Türkçeye çevrilebilir. Amparo davasının ortaya çıkışı, 1841 tarihinde Meksika’nın Yucatan federe devletinin anayasasına bu konuda bir madde konulmasıyla gerçekleşmiştir. 1857 yılında ise amparo davası, Meksika Anayasası’nda düzenlenmiştir.⁴ Bu sebeple Latin Amerika’da amparo davasının ortaya çıktığı ilk ülke Meksika’dır.⁵ Meksika’dan sonra; Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panama ve Costa Rica gibi merkez Güney Amerika ülkeleri de amparo davasını hukuk sistemlerine entegre etmişlerdir.⁶ Amparo davasına, farklı Latin Amerika ülkelerinde ayrı isimler verilse de, örneğin Kolombiya’da *accion de tutela* ya da Brezilya’da *mandado de injucao gibi*, bu isimler koruma anlamına

³ Helen L. Clagett, ‘Mexican Suit of Amparo’ (1945) 33(4) Georgetown Law Journal 418, 418; Carlos Sanchez Mejorada, ‘The Writ of Amparo Mexican Procedure to Protect Human Rights’ (1946) 243 The Annals of the American Academy of Political and Social Science, 107, 107; Mauro Arturo Riviera Léon, ‘An Introduction to “Amparo Theory: a Complex Mexican Constitutional Control Mechanism’ (2020) 12(2) Krytyka Prawa, 190, 192.

⁴ Benito Flores, ‘The Writ of Amparo under Mexican Law’ (1921) 7(8) American Bar Association Journal, 388, 390; Clagett (n 1) 420; Richard D. Baker, Judicial Review in Mexico A Study of the Amparo Suit (1. Bası, Latin American Studies Association 1971) 22; Pedro Pablo Camargo, ‘The Claim of “Amparo” in Mexico: Constitutional Protection of Human Rights’ (1970) 6 California Western Law Review, 201, 204; Hector Fix Zamudio, ‘A Brief Introduction to The Mexican Writ of Amparo’ (1979) 9(2) California Western International Law Journal, 306, 313; Riviera Léon (n 1) 195.

⁵ Eder Phanor Eder, ‘Judicial Review in Latin America (1960) 21(4) Ohio State Law Journal. 570, 571; Camargo The Claim of Amparo (n 2) 204; Zamudio (n 2) 312; Jose Gamas Torruco, ‘Constitutional Jurisdiction in Mexico’ (2011) 49(2) 293, 295; Ece Göztepe, Anayasa Şikayeti (1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1998), 37.

⁶ Eder, (n 3) 572; Camargo, The Claim of Amparo (n 2) 212; Hector Fix Zamudio, ‘The Writ of Amparo in Latin America’ (1981) 13(3) Miami International Amnesty Law Review, 361, 362.

gelmektedir ve aynı dava türüne işaret etmektedir.⁷ Amparo davası,⁸ Latin Amerika ülkelerinde kişilerin anayasada düzenlenen temel hak ve hürriyetlerini korumayı amaçlayan bireysel başvuru yoludur.⁹ Amparo davası, kamu otoritelerinin, özel hukuk tüzel kişilerinin veya gerçek kişilerin işlem veya eylemleri sebebiyle temel hak ve hürriyeti zarar gören ya da zarar görme tehlikesi altında olan kişiler tarafından kullanılabilen bir yargısal başvuru yoludur.¹⁰ Örneğin, Meksika'da kamu gücü tarafından temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilmesi sebebiyle amparo davası açılabilir. Meksika'da amparo davasının konusu; kanunlar, mahkeme kararları veya idari işlemler, eylemler olabilir.¹¹ Amparo davasında, yargısal süreç genellikle bir koruma emri verilmesiyle sonuçlanır.¹² Ancak amparo davasını sadece yargısal emir veya koruma emri olarak nitelendirmek mümkün değildir, amparo davası başlı başına bir yargısal süreçten oluşmaktadır.¹³ Latin Amerika ülkelerinde amparo davası, bir hak olarak genellikle ülkelerin anayasalarında doğrudan düzenlenmektedir.¹⁴ Ancak aşağıda görüleceği üzere Uruguay Anayasası'nda amparo davasının dolaylı olarak düzenlenmiştir.

Amparo davasında, dava konusu temel hak ve hürriyetlere yönelik doğrudan, kişisel ve mevcut bir zararın veya zarar tehlikesinin bulunmasıdır. Zararın ve zarar tehlikesinin doğrudan ve kişisel olmasının anlamı, davacının zarardan veya zarar tehlikesinden doğrudan etkilenmesi anlamını taşımaktadır. Davacı, kural olarak başkasının temel hak ve hürriyetinin zarar görmesi veya zarar görme tehlikesi altında bulunması halinde bu davayı açamaz.¹⁵ Davanın açılabilmesi için zararın veya zarar tehlikesinin mevcut olması, yani duraksamamış veya sonlanmamış olması gerekir.¹⁶ Amparo davası, temel hak veya

⁷ Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America A Comparative Study of the Amparo Proceeding* (1. Bası, Cambridge 2008) 77.

⁸ Camargo, amparo davasının anlamının ve uygulama alanının, geçmişte Latin Amerika ülkelerinde farklılık göstermiş olduğunu belirtmektedir. Örneğin; Arjantin, Meksika, Şili gibi ülkelerde amparo, *habeas corpus* ile eş anlamlı olarak kullanılmıştır. Bu ülkelerde amparo davası, yukarıda verilen tanıma uygun olarak hem temel hak ve hürriyetleri için korunmasını amaçlayan bir dava türü olarak kullanılmış, hem de *habeas corpus* başvurusu için kullanılmıştır. Pedro Pablo Camargo, 'The Right to Judicial Protection: "Amparo" and Other Latin American Remedies for the Protection of Human Rights' (1971) 3(2) *Miami International Amnesty Law Review*, 210, 222. Günümüzde de amparo davasının anlamının ve uygulama alanının, Latin Amerika'da ülkeden ülkeye değişebildiğini söylemek mümkündür. Örneğin, Meksika Hukuku'nda amparo davasının uygulama alanına giren konular arasında; temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilave olarak, *habeas corpus* başvurusu, temyiz başvurusu, kanunların anayasaya uygunluğu, idarenin işlemlerinin yargısal denetimi, sivil toplum denetimi mekanizması, yasama ihmallerini denetleme mekanizması bulunmaktadır. Riviera León (n 1) 202-203. Ayrıca amparo başvurusunun İspanya'daki uygulaması için bkz. Maria Emilia Casas Baamond, *Amparo Başvurusu* (2009) 25(1) *Anayasa Yargısı Dergisi*, 101-110.

⁹ Sibel İnçeoğlu, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Amerika Modelleri* (1. Bası On İki Levha Yayınları 2017) 1.

¹⁰ Brewer-Carias, (n 5) 1; Allan R Brewer-Carias, 'The Latin American Amparo Proceeding and The Writ of Amparo in The Phillippines' (2009) 1(1) *City University of Hong Kong Law Review*, 73, 73.

¹¹ Genaro David Gongora Pimentel, 'Amparo Ne İçindir?' (2009) 26 *Anayasa Yargısı*, 163, 164.

¹² Brewer-Carias *Constitutional Protection* (n 5) 1; Brewer-Carias, *The Writ of Amparo* (n 8) 73-74.

¹³ Brewer-Carias, *The Writ of Amparo* (n 8) 73-74.

¹⁴ Brewer-Carias, *Constitutional Protection* (n 5) 77-78.

¹⁵ İbid 261.

¹⁶ İbid 262.

hürriyetin zarar görmesi veya zarar görme tehlikesi altında olması ihtimallerine göre onarıcı veya önleyici bir nitelik taşımaktadır. Amparo davasının kaynağı olan işlem veya eylem kişilerin temel hak ve hürriyetine zarar veriyorsa, bu durumda amparo davasının amacı zararın ortadan kaldırılarak ilgili temel hak ve hürriyetten yeniden yararlanılmasını sağlamaktır. Bu halde amparo davası onarıcı bir nitelik taşımaktadır.¹⁷ Amparo davası, gerek bir zarar için gerekse zarar tehlikesi nedeniyle açılın dava sonucunda verilen kararda her zaman bir tarafın belli bir işlemi veya eylemi yapmasına veya yapmamasına yönelik bir yargısal emir içerir. Bunun amacı gelecekte tekrar ortaya çıkabilecek bir zarar tehlikesini önlemek için davalıyı belli bir işlemi, eylemi yapmaktan yasaklamak veya belli bir işlemi veya eylemi yapması için davalıyı zorlamaktır. Bu şekilde zarar tehlikesi olması halinde amparo davası, önleyici bir etkiye sahiptir.¹⁸

B. Amparo Davasının Özellikleri

Amparo davasının¹⁹ özelliklerini sıralamak gerekirse: (1) Amparo davası, anayasada düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin yanında Latin Amerika ülkelerinin üyesi olduğu uluslararası antlaşmalardan, kanunlarından ve insan onuruna ilişkin ve insan olmanın özünden doğan tüm temel hak ve hürriyetlerin korunmasını amaçlamaktadır, (2) birçok Latin Amerika ülkesinde amparo davası sadece temel hak ve hürriyetlerin korunmasını amaçlayan bir yargısal yol anlamına sahip olmakla birlikte aynı zamanda bir temel hak ve hürriyet olarak kabul edilmektedir, (3) amparo davasının usulü basit, ivedi ve etkilidir, yani amparo davası normal davalardaki gibi usulü formaliteleri içermez ve amparo davası ivedi yargılama usulüne göre görülür, (4) amparo davası açma hakkına vatandaş veya yabancı olmasına bakılıp bakılmaksızın herkes sahiptir ve amparo davası, temel hak ve hürriyetlere zarar veya zarar tehlikesinin kimden geleceğine bakılmaksızın herkese karşı açılabilir, zira zarar ve zarar tehlikesi kamu otoritelerinden gelebileceği gibi özel hukuk tüzel kişilerinden veya gerçek kişilerden gelebilir.²⁰ Amparo davasının bir diğer özelliği amparo davasının, ilk derece mahkemeleri gibi, herhangi bir mahkemede açılabilir olmasıdır. Amparo davasının bireysel başvuru yolundan en büyük farkı da budur. Bu sebepten ötürü amparo davasının

¹⁷ Ibid 276.

¹⁸ Ibid 283.

¹⁹ Amparo davasının doğduğu ülke Meksika olduğu için, amparo davasının Meksika'daki özelliklerine kısaca değinmek gerekmektedir. Meksika özelinde amparo davasının temel amacının, anayasa tarafından güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinden herhangi birinin kamu otoritelerinin işlem veya eylemleriyle ihlal edilmesi halinde bireylere hukuki çare sunmak olduğu belirtilmektedir. Yine Meksika özelinde amparo davasının özellikleri şu şekilde sıralanmaktadır: kamusal bir otoritenin işlemine karşı açılır (bu devletin üç erkenden birisi olabilir), doğrudan ve kişisel bir zarar oluştuğuna dair kanıt gerekir ve amparo davası sonucunda verilen karar yalnızca davanın tarafları için bağlayıcıdır. Eder (n 3) 600. Meksika'da amparo davasının geçmişte 5 uygulama alanı olduğu ileri sürülmektedir. Bunlar; temel hak ve hürriyetlerin korunması, kanunların anayasa uygunluğunu denetlenmesi, mahkeme kararlarına karşı kanun yolu olma işlevi, federal makamların idari işlemlerine karşı başvuru yolu, çiftçilerin sosyal haklarının tarım reformuyla ilgili kanunlara karşı korunması olarak sıralanmaktadır. Zamudio, A Brief Introduction (n 2) 316-317; İncooğlu (n 7) 7-8; Zamudio, Writ of Amparo (n 4) 367-368.

²⁰ Brewer-Carias, The Writ of Amparo (n 8) 82-87.

bireysel başvuruya göre kolay bir usule sahip olduğu ileri sürülmektedir.²¹ Son olarak, amparo davası olağan dışı bir yargısal yol olma özelliğine sahiptir. Şöyle ki amparo davası, temel hak ve hürriyetleri korumak için bir idari veya yargısal başvuru yolu bulunmadığında veya bulunsa dahi, bunların ilgili temel hak ve hürriyeti ivedi bir şekilde korumak için yetersiz kalması halinde açılabilir. Latin Amerika ülkelerinin çoğunluğunda temel hak ve hürriyetleri korumak amacıyla amparo davasını açmak için öncelikle idari ve yargısal başvuru yollarının, bireysel başvuru yolunda olduğu gibi, tüketilmesi aranmaktadır. Bununla birlikte bazı Latin Amerika ülkelerinde zararın “ağır” ve “*telafisi olanaksız*” olması halinde temel hak ve hürriyeti korumak için başka idari ve yargısal başvuru yolları olsa dahi amparo davası açılabilir.²² Aşağıda görüleceği üzere, çalışmada incelenen ülkelerin bazılarında amparo davası açmak için idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi gerekmez.

II. İDARİ REJİMİ BENİMSEMİŞ BEŞ LATİN AMERİKA ÜLKESİNDE AMPARO DAVASI

A. Anayasal Dayanak

Kolombiya Anayasası'nın 86. maddesine göre:

“Herkes, herhangi bir zamanda ve yerde, tarafından anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlükleri kamu otoritelerinin işlemleri, eylemleri veya ihmalleri nedeniyle zarar görürse veya zarar tehlikesi altında olursa, bunların korunması için kendisi veya temsilcileri vasıtasıyla mahkemelerden öncelikli ve ivedi yargılanma yoluyla hukuki korunma talep edebilir. Koruma, yetkili mahkeme tarafından koruma talep edilen tarafın belli bir şeyi yapmasına veya yapmamasına yönelik yargısal emir içeren bir kararla verilir. Derhal uygulanması gereken bu karara, yetkili mahkeme önünde itiraz edilebilir ve her halükarda, ilgili mahkeme kararı olası bir düzeltme için Anayasa Mahkemesine gönderilebilir. Bu dava, zarar gören tarafın kaçınılması mümkün olmayan zararlardan kaçınmak için geçici bir araç kullanıldığı durumlar dışında, ilgili işleme veya eyleme karşı başka yargısal başvuru yolu olmadığında yapılır. Herhalde mahkeme kararı, koruma talebi yapıldıktan sonra 10 gün içinde verilir. Kanun, bir kamu hizmeti sunmakla görevlendirilen veya davranışları doğrudan ve ciddi olarak kolektif menfaatleri etkileyecek veya başvurucunun kendisinin tabi olma durumunda bulunabileceği veya korumasız olabileceği kişilere karşı koruma başvurusunun nasıl uygulanacağına düzenler.”²³

Koruma davası,²⁴ Kolombiya Anayasası'nda düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin zamanında ve etkili bir şekilde korunması için oluşturulan özel bir yargısal yol olarak

²¹ Axel Tschentscher ve Lehner, Caroline, The Latin American Model of Constitutional Jurisdiction: Amparo and Judicial Review (2013), 1, 8-9 <<https://ssrn.com/abstract=2296004>>14 Şubat 2022 tarihinde erişildi; Mejorada, (n 1) 107.

²² Brewer-Carias, Constitutional Protection (n 5) 331-335.

²³ 2015 değişiklikleri işlenmiş haliyle 1991 Kolombiya Anayasası <https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015.pdf?lang=en> 20 Şubat 2022 tarihinde erişildi.

²⁴ Koruma davası, Meksika'da ilk defa 1857 tarihinde ortaya çıkan amparo davasından esinlenerek Kolombiya'da ilk defa 1991 Kolombiya Anayasası'nda hüküm altına alınmıştır. Orijinal ismi *accion de tutela* olarak geçmektedir. *Tutela*, İspanyolcada koruma anlamına gelir. Koruma davasının ismi dışında amparo davasından bir farkı yoktur. Çalışmada *accion de tutela*, İspanyolcadaki anlamına sadık kalınarak koruma davası olarak çevrilmiştir. Patrick Delaney, 'Legislating for Equality in Colombia: Constitutional Jurisprudence, Tutelas, and Social Reform' (2008) 1, 50, 54.

tanımlanmaktadır.²⁵ Koruma davası, Kolombiya Anayasası'nda yer alan, temel hak ve özgürlükleri korumak için kullanılan bireysel başvuru yolu veya özel bir yargısal emir olarak da tanımlanabilir.²⁶ Koruma davası, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını amaçlayan özel bir yargısal başvuru yolu olmasının yanı sıra idarenin yargısal denetimini sağlayan araçlardan birisi olarak kabul edilir.²⁷ Koruma davası, "önemli temel hak ve özgürlükler" in korunması amacıyla açılabilir. Kolombiya Anayasası'nda "önemli temel hak ve özgürlükler" in tanımı bulunmasa da, bu temel hak ve özgürlükler Kolombiya Anayasası'nın 85. maddesinde "hemen uygulanabilir haklar" olarak düzenlenmiştir.²⁸ Kolombiya Anayasası'nın 85. maddesinin yaptığı atıf ile bu hak ve özgürlükler; kişi dokunulmazlığı ve yaşama hakkı, işkence yasağı, eşitlik, kişi hürriyeti ve güvenliği, zorla çalıştırma yasağı, kölelik yasağı, özel hayatın gizliliği, vicdan özgürlüğü, din ve ibadet hakkı ve özgürlüğü, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü, düşünce ve kanaat özgürlüğü, sendika kurma özgürlüğü ve grev hakkı, gösteri ve yürüyüş hakkı, sığınma hakkı, dilekçe hakkı, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, eğitim hakkı, sözleşme özgürlüğü, çalışma hakkı, uygun hukuki usul olarak sıralanabilir. Bu temel hak ve özgürlüklere normalde sosyal, ekonomik, kültürel, kolektif hak ve özgürlükler dâhil olmamasına karşın;²⁹ Kolombiya Anayasa Mahkemesi, bir kararında bu hak ve özgürlükler nedeniyle koruma davası açılabileceği şeklinde geniş olarak yorumlamıştır.³⁰

Dominik Cumhuriyeti Anayasası'nın "Amparo" başlıklı 72. maddesine göre:

*"Herkes, kendileri veya temsil ettikleri kişiler adına habeas corpus kapsamına girmeyen temel hak ve özgürlüklerinin kamu otoritelerinin işlem, eylem veya ihmalleri nedeniyle zarar görmesi veya zarar görme tehlikesi altında olması halinde bunların ivedi bir şekilde korunması için mahkemelerde amparo davası açma hakkına sahiptir. Bir kanunun veya idari işlemin yerine getirilmesini sağlamak veya kolektif ve yaygın hak ve menfaatleri korumak için de amparo davası açılabilir. Olağanüstü hallerde yapılan ve temel hak ve özgürlükleri ihlal eden veya makul olmayan bir şekilde bunların askıya alınmasına neden olan işlemlere karşı amparo davası açılabilir."*³¹

İlgili hükme göre: amparo davası, *habeas corpus* kapsamına girmeyen³² ve anayasada düzenlenen tüm temel hak ve özgürlüklerin idari işlem ve ihmaller nedeniyle zarar görmesi

²⁵ Augusto Hernandez Beccera, 'Incidencia De La Accion De Tutela En La Justicia Contencioso Administrativa Colombia' (1999) 7 Revista Del Estado. 163, 163.

²⁶ Manuel José Cepeda Espinosa ve David Landau, Colombian Constitutional Law Leading Cases (1. Bası, Oxford University Press, 2017), 11.

²⁷ Aleksey Herrera Robles, Aspectos Generales Del Derecho Administrativo Colombiano (1. Bası, Grupo Editorial Ibanez 2012), 500; Beccera (n 24) 165-166.

²⁸ Manuel José Cepeda Espinosa ve David Landau, Colombian Constitutional Law (1. Baskı Oxford University Press 2017) 12-13.

²⁹ Ibid 12-13.

³⁰ İncooğlu (n 7) 56.

³¹ 2015 Tarihli Dominik Cumhuriyeti Anayasası <https://www.constituteproject.org/constitution/Dominican_Republic_2015.pdf> 20 Şubat 2022 tarihinde erişildi.

³² Dominik Cumhuriyeti Anayasası'nın 72. maddesine göre, *habeas corpus* başvurusu kapsamına yalnızca kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı girmektedir.

veya zarar tehlikesi altında olması sebebiyle bunları korumak veya bir idari işlem ya da kanun hükmüne uyulmasını sağlamak veya kolektif hak ve menfaatleri korumak için açılabilir.³³

Guatemala Anayasası'nın 265. maddesine göre:

*"Amparo'nun amacı, kişileri, haklarına gelecek ihlal tehlikelerine karşı korumak veya haklarının ihlal edilmesi halinde haklarını eski hale getirmektir. Amparo davasının dışında kalan hiçbir konu yoktur; Amparo, anayasa ve kanunlarca güvence altına alınan kişilerin haklarını, kamu otoritelerinin işlem, karar, hüküm veya düzenlemeleriyle tehlike altına sokması, sınırlaması veya ihlal etmesi halinde başvurulabilecek bir yoldur."*³⁴

İlgili maddedeki ifade gereğince amparo davası hem anayasada düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin hem de kanunlarda düzenlenen hakların korunmasını kapsamaktadır. Amparo davası, Guatemala hukukunda hem bir hak hem de bir süreç olarak tanımlanır. Buna göre amparo davası, Anayasa'da düzenlendiği için temel hak ve hürriyetlerden birisi olarak kabul edilir ve hak arama hürriyetinin bir parçasıdır. Aynı zamanda amparo davası, hukuk düzenini ve kişilerin temel hak ve hürriyetlerini koruyan bir yargısal süreç olarak tanımlanmaktadır. Guatemala'da amparo davasının, idari yargının yanı sıra idarenin denetimini sağlayan bir başka yargısal yol olduğu belirtilmektedir.³⁵

Uruguay Anayasası'nda ise amparo davasını doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde bazı görüşler Uruguay Anayasası'nın 7. maddesinin, amparo davasının doğrudan dayanağı olduğunu savunurken; diğer görüşler Uruguay Anayasası'nın 7., 72. ve 332. maddelerinin sistematik yorumunun amparo davasının dayanağı olduğunu, dolayısıyla amparo davasının Uruguay Anayasası'nda dolaylı olarak düzenlendiğini ileri sürmektedir.³⁶ Uruguay Anayasası'nın 7. maddesine göre: *"Uruguay vatandaşları, yaşam, onur, özgürlük, çalışma, mülkiyet ve güvenlikten yararlanma konusunda korunma hakkına sahiptir. Hiç kimse, bu haklardan kamu yararı nedeniyle çıkartılacak kanunlara uygun olmadığı sürece mahrum edilemez."*

Uruguay Anayasası'nın 72. maddesine göre: *"Anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlükler, insanlara ilişkin olan veya kamusal yönetim biçiminden doğan diğer hak ve özgürlükleri de içerir."* Uruguay Anayasası'nın 332. maddesine göre ise:

"Bu Anayasa'nın temel hak ve hürriyetleri düzenleyen hükümlerin yanı sıra kamu otoritelerine bu temel hak ve hürriyetleri düzenleme konusunda yetki veren ve görev yükleyen hükümleri sebebiyle,

³³ Francisco Antonio Ortega Polanco, Evolucion y Perspectivas Del Derecho Administrativo en La Republica Dominicana (1. Bası, Universidad de Salamanca 2017) Yayımlanmamış Doktora Tezi, 202.

³⁴ 1993 değişiklikleri işlenmiş haliyle 1985 Guatemala Anayasası <https://www.constituteproject.org/constitution/Guatemala_1993.pdf?lang=en> 20 Şubat 2022 tarihinde erişildi.

³⁵ Vazquez Martinez, 'El Proceso de Amparo en Guatemala' (1998) 91, Boletín Mexicano Derecho Comparado <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3533/4217>> 15 Aralık 2021 tarihinde erişildi.

³⁶ Aktaran: Ruben Flores Dapkevicius, 'El Amparo en La Republica Oriental del Uruguay', (2011) 27, Revista Del Instituto De Ciencias Juridicas De Puebla, 235, 238. Brewer-Carias, ikinci görüşe katılmaktadır bkz. Brewer-Carias, Constitutional Protection (n 5) 78.

Anayasa'da düzenlenen temel hak ve hürriyetler, bu temel hak ve hürriyetler ilişkin kamu otoritelerince düzenleme yapılmaması nedeniyle ortadan kalkmaz. Bu temel hak ve hürriyetlerle ilgili düzenleme bulunmaması halinde, benzer konuları düzenleyen kanunlar, genel hukuk ilkeleri ve kabul edilen doktrinler uygulanır.”³⁷

İlgili hükümlerin genel ve soyut hükümler olması ve incelenen diğer ülkelerin aksine, amparo davasına ilişkin açık bir düzenleme içermemesi nedeniyle, amparo davasının Uruguay Anayasası'nda dolaylı olarak düzenlendiği söylenebilir. Amparo davası, habeas corpus³⁸ dışında Uruguay Anayasası'nda düzenlenen tüm temel hak ve özgürlüklerin zarar görmesi veya zarar tehlikesi altında olması halinde açılabilir.³⁹

Meksika'da amparo davasının anayasal dayanağı, Meksika Anayasası'nın 103. ve 107. Maddeleridir.⁴⁰ Meksika Anayasası'nın federal mahkemelerin yetkisini düzenleyen 103. maddesine göre: *“Federal mahkemelerin çözeceği uyuşmazlıklar arasında, Anayasa ve uluslararası antlaşmalarla düzenlenen ve korunan temel hak ve hürriyetlerin herhangi bir makam veya organının işlem, eylem veya ihmaliyle ihlal edilmesinden doğacak uyuşmazlıklar bulunur.”⁴¹*

İlgili hükme göre amparo davasının kapsamını, Meksika Anayasası'nda düzenlenen tüm temel hak ve hürriyetler oluşturmaktadır. Maddedeki *“uluslararası antlaşmalar”* ibaresini Meksika'nın taraf olduğu uluslararası antlaşmalar olarak anlamak gerekir.⁴² Bu minvalde Meksika'da amparo davasının amacının, Meksika Anayasası'nda ve Meksika'nın taraf olduğu uluslararası antlaşmalarda düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin herhangi bir idarenin idari işlem, eylem veya ihmalleriyle ihlal edilmesine karşı kişileri korumak olduğu belirtilmektedir.⁴³ Meksika'da *habeas corpus*un ayrı bir yargısal başvuru yolu olmadığı, amparo davasının özel bir türü olduğuna işaret edilmektedir.⁴⁴

³⁷ 2004 değişiklikleri işlenmiş haliyle 1966 Uruguay Anayasası <https://www.constituteproject.org/constitution/Uruguay_2004.pdf?lang=en> 20 Şubat 2022 tarihinde erişildi.

³⁸ Habeas corpus, Uruguay Anayasası'nın 17. maddesinde düzenlenmiştir. Dominik Cumhuriyeti'nde olduğu gibi, Uruguay'da da habeas corpus başvurusu kapsamına yalnızca kişi güvenliği ve hürriyeti girmektedir.

³⁹ Dapkevicius (n 34) 239.

⁴⁰ Torruco (n 2) 302. Meksika Anayasası'nın 107. maddesi oldukça uzun ve kazuistik bir şekilde kaleme alınmıştır. İlgili madde yaklaşık 3,5 sayfayı bulan bir maddedir. İlgili maddede görevli ve yetkili mahkemeler, kararlara karşı itiraz yolları, mahkeme kararların uygulanması, yürütmenin durdurulması gibi amparo davasının usulüne ilişkin bazı konular düzenlenmektedir. Aşağıda ilgili yerlerde bu madde hükümlerine başvurulacaktır.

⁴¹ 2015 değişiklikleri işlenmiş haliyle 1917 Meksika Anayasası <https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2015.pdf?lang=en> 20 Şubat 2022 tarihinde erişildi.

⁴² Alfonso Herrera Garcia, 'El Objecto De Protección Del Nuevo Juicio De Amparo Mexicano' (2015) 34 Revista Derecho del Estado, 181, 161.

⁴³ Meksika 2 Nisan 2013 tarihli Amparo Kanunu, 1. madde <https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2015.pdf?lang=en> 13 Aralık 2021 tarihinde erişildi.

⁴⁴ Gabriel Negretto, ve Javier Couso, 'Constitution-Building Processes in Latin America International IDEA Discussion Paper' (1. Bası, International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2018) 32.

B. Amparo Davasına İlişkin Hususlar

1. Davacı

Kolombiya'da koruma davasında davacı, temel hak ve hürriyetleri zarar gören veya zarar tehlikesi altında olan herhangi bir kişidir.⁴⁵ Davacı, gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olabilir; fakat Kamu Denetçiliği Kurumu veya belediyelerin talep halinde başka bir kişi adına dava açması dışında, kamu tüzel kişisi olamaz.⁴⁶ Bu durum, yukarıda değinilen, amparo davasının zarar gören veya zarar tehlikesi altında olan kişi tarafından açılmasına yönelik kurala bir istisna teşkil etmektedir. Dominik Cumhuriyeti'nde ise gerçek veya kamu/özel hukuk tüzel kişileri fark etmeksizin herkes amparo davası açma hakkına sahiptir.⁴⁷ Uruguay'da amparo davası, gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından açılabileceği gibi, bir kamu tüzel kişisi tarafından başka bir kamu tüzel kişisine karşı da açılabilir.⁴⁸ Amparo davası, ancak temel hak ve özgürlüğü zarar gören veya zarar tehlikesi altında olan kişi tarafından açılabilir.⁴⁹ Guatemala'da amparo davasında davacı, gerçek kişiler, kamu tüzel kişileri veya özel hukuk tüzel kişilerdir.⁵⁰ Meksika'da ise amparo davasını, ihlale uğrayan hak sahibi veya bireysel ya da kolektif meşru menfaat sahibi olan kişiler açabilir.⁵¹ Amparo davasında davacı, gerçek kişiler olabileceği gibi, kamu veya özel fark etmeksizin tüzel kişiler de olabilir.⁵²

2. Davalı

Kolombiya'da koruma davası resmi makamların işlem, eylem ve ihmallerine karşı açılır. Tanıma kamu tüzel kişileri dâhil olduğu gibi kamu hizmeti sunmaları nedeniyle, başvuruçunun kendini savunmasız hissettiği veya bağımlılık ilişkisi içinde olduğu özel hukuk tüzel kişileri de dâhildir.⁵³ Örneğin bunlar özel okullar, sağlık sigortası şirketleri olabilir. Kolombiya Anayasa Mahkemesi, bazı durumlarda koruma davasının mahkeme kararlarına

⁴⁵ Kolombiya 1991 tarih ve 2591 sayılı Koruma Kanunu, 10. madde <<https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php>> 15 Kasım 2021 tarihinde erişildi.

⁴⁶ Liliana Carrera Silva, 'Le Accion de Tutela en Colombia' (2011) 5(27) Revista Del Instituto de Ciencias Juridicas de Puebla, 72, 90.

⁴⁷ Dominik Cumhuriyeti 2011 tarih ve 137-11 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 67. madde <https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY_137_11.pdf> 25 Aralık 2021 tarihinde erişildi.

⁴⁸ Uruguay 1988 tarih ve 16011 sayılı Amparo Davası Kanunu, 1. madde <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16011-1988>> 11 Kasım 2021 tarihinde erişildi.

⁴⁹ 1988 tarih ve 16011 sayılı Uruguay Amparo Davası Kanunu, 4. madde.

⁵⁰ Guatemala 1986 Tarih ve 1-86 sayılı Amparo Kanunu, 10. madde <https://www.mintrabajo.gob.gt/images/Documentacion/Leyes_Constitucionales/Ley_de_Amparo_Exhibicion_Personal_y_Constitucionalidad.pdf> 30 Ekim 2021 tarihinde erişildi.

⁵¹ Jorge Alberto Estrada Cuevas, La Jurisdiccion Contencioso Administrativa y El Acceso a La Justicia (2. Bası, Colegio de Morelos 2019) 182: bkz. Meksika Anayasası, 107. madde.

⁵² 2 Nisan 2013 tarihli Meksika Amparo Kanunu, 5 ve 6. maddeler <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lamp/LAmp_abro_02abr13.pdf> 16 Aralık 2022 tarihinde erişildi.

⁵³ Cepeda Espinosa ve Landau (n 26) 11.

karşı da açılabilceğini kabul etmiştir.⁵⁴ Dominik Cumhuriyeti'nde amparo davasında davalı, temel hak ve hürriyetleri işlem ve eylemleriyle zarar veren veya zarar verme tehlikesi altına sokan herhangi bir kamu tüzel kişisi, özel hukuk tüzel kişisi veya gerçek kişiler olabilir.⁵⁵ Uruguay'da ise davalı, işlemi, eylemi veya ihmali yapan kamu tüzel kişisidir.⁵⁶ Özel hukuk tüzel kişilerinin işlem, eylem ve ihmallerine karşı da amparo davası açılabilir.⁵⁷ Guatemala'da, amparo davasında davalı, kamu tüzel kişileri olabileceği gibi özel hukuk tüzel kişileri de olabilir.⁵⁸ Meksika'da ise amparo davasında davalı, ilgili idari işlemi, eylemi veya ihmali yapan idare, makam veya organdır.⁵⁹ İdari işlev yerine getirmeleri halinde özel hukuk tüzel kişilerinin ve gerçek kişilerin amparo davasında davalı olabileceği kabul edilmektedir.⁶⁰

3. Dava Konusu

İncelenen ülkelerde amparo davasının konusu, idarenin, özel hukuk tüzel kişilerinin veya gerçek kişilerin işlem, eylem veya ihmalleri nedeniyle kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin zarar görmesi veya zarar tehlikesi altında olmasıdır. Kolombiya'da koruma davası, düzenleyici idari işlemler hariç olmak üzere, idari işlem, eylem ve ihmaller nedeniyle açılabilir.⁶¹ Kolektif hak ve menfaatleri etkileyen idari işlemlere karşı koruma davası açılabilir. İdari işlem, eylemler nedeniyle tazminat gerektiren bir zarar doğarsa buna karşı koruma davası açılmaz, ilgisine göre iptal ve tam yargı davası veya idari eylem nedeniyle tam yargı davası açılabilir.⁶² Bununla birlikte, bu zararı karşılamak için başka bir yargısal başvuru yolu yoksa ve zararın çok açık veya tartışmasız keyfi bir ihlalden doğduğu anlaşılırsa koruma davası açılabilir.⁶³ Dominik Cumhuriyeti'nde resmi makamların işlem, eylem veya ihmallerine karşı amparo davası açılabilir. Bunlara idari işlem, eylem ve ihmaller dâhildir.⁶⁴ Uruguay'da ise amparo davası, kamu veya özel hukuk tüzel kişilerinin idari işlem, eylem veya ihmallerine karşı açılmaktadır.⁶⁵ Ancak yargısal işlemlere, yüksek seçim kurulunun yaptığı

⁵⁴ Ibid 11.

⁵⁵ Dominik Cumhuriyeti 2011 tarih ve 137-11 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 65. madde.

⁵⁶ Eduardo G. Esteva Gallicchio, 'El Amparo en Uruguay' in Eduardo Ferrer Mac-Gregor ve Rogelio Flores Pantoja (eds), La Constitución y Sus Garantías A 100 Años De La Constitución De Querétaro de 1917 Memoria Del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (Centenario De La Constitución 2017), 263.

⁵⁷ Uruguay 1988 tarih ve 16011 sayılı Amparo Davası Kanunu, 1. madde.

⁵⁸ Guatemala 1986 Tarih ve 1-86 sayılı Amparo Kanunu, 9. madde.

⁵⁹ Meksika 2 Nisan 2013 tarihli Amparo Kanunu, 5. madde.

⁶⁰ Riviera León (n 1) 203.

⁶¹ Silva (n 44) 91.

⁶² Robles (n 25) 500-503.

⁶³ Ibid 500-503.

⁶⁴ Dominik Cumhuriyeti 2011 tarih ve 137-11 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 65. madde.

⁶⁵ Uruguay 1988 tarih ve 16011 sayılı Amparo Davası Kanunu, 1. madde.

işlemlere ve il idarelerinin⁶⁶ düzenleyici işlemlerine karşı amparo davası açılmaz.⁶⁷ Guatemala'da kamu tüzel kişilerinin veyahut özel hukuk tüzel kişilerinin işlemlerine, kararlarına, hüküm veya düzenlemelerine karşı amparo davası açılabilir.⁶⁸

Meksika'da amparo davası, doğrudan ve dolaylı amparo davası olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan amparo davası, mahkeme kararlarına karşı Federal Yüksek Mahkeme'de veya bölge federal mahkemelerinde açılır. Dolaylı amparo davası genellikle savcılar, polis ve idare gibi yargı dışı makam ve organların işlem ve eylemlerini önlemek veya bunları bir işlem ya da eylem yapmaya zorlamak için kullanılır. Dolaylı amparo davasıyla anayasaya veya kanunlara aykırı bir işlem veya eylemle ilgili karar verilmesi için bu işlem ya da eylem mahkemeye taşınır. Örneğin bu işlem tutuklama emri olabilir. Dolaylı amparo davası, ilk derece federal mahkemelerinde açılır, verilen nihai kararlara karşı bölge federal mahkemelerine temyiz başvurusu yapılabilir.⁶⁹ Meksika Amparo Kanunu'na göre, doğrudan amparo davası yalnızca mahkeme kararlarına karşı açılabilir.⁷⁰ Yargı kararları dışındaki idari işlem gibi, kamu gücü içeren işlemlere karşı dolaylı amparo davası açılmaktadır.⁷¹ Meksika'da dolaylı amparo davası, federal idari işlem, eylem ve ihmaller⁷² nedeniyle açılabilir.⁷³

4. Dava Açma Süresi

Kolombiya'da Koruma Davası Kanunu "*koruma davasının her zaman ve her yerde açılabilceği*"ni hüküm altına almıştır.⁷⁴ Buna göre, mahkeme kararlarına karşı açılacak olanların dışındaki koruma davalarında, dava açma süresi bulunmamaktadır.⁷⁵ Dominik Cumhuriyeti'nde ise amparo davasında dava açma süresi ilgili idari işlemin tebliğ veya ilan

⁶⁶ Uruguay Anayasası'nın 262. maddesine göre, il idareleri Uruguay'da mahalli idare birimlerinden bir tanesidir. İl idarelerinin, il idaresi kurulu ve vali olmak üzere iki organı bulunur. Uruguay Anayasası'nın 273. ve 274. maddelerine göre, il idaresi kurulu karar organı, vali ise yürütme organıdır. Uruguay Anayasası'nın 270. maddesine göre, il idaresi kurulu üyeleri ve vali seçimle görev başına gelirler.

⁶⁷ Esteva Gallicchio (n 54) 263.

⁶⁸ Hugo Haroldo Calderon M., El Derecho Procesal Administrativo Guatemalteco Tomo III (1. Bası, MR Liberia Juridica 2014) 246-247.

⁶⁹ Bruce Zagaris, 'The Amparo Process in Mexico' (1998) 6, U.S.- Mexico Law Journal, 61, 61.

⁷⁰ Meksika 2 Nisan 2013 tarihli Amparo Kanunu, 170.

⁷¹ Riviera León (n 1), 205.

⁷² Meksika'da idari ihmal, idarenin hareketsiz veya sessiz kalma hali olarak tanımlanmaktadır. Bu hareketsiz, sessiz kalma hali bilinçli veya bilinçsiz şekilde olabilir. İdarenin hareketsiz, sessiz kalma hali idarenin kanunen bir şeyi yapma yükümlülüğünün bulunduğu hallerde sessiz, hareketsiz kalma halinde ortaya çıkar. Estrada Cuevas (n 51), 85. Çalışmada incelenen diğer ülkelerin anayasa ve kanunlarında kullanılan "idari ihmal" kavramı, idarenin mevzuat tarafından belli bir şeyi yapmasının zorunlu tutulduğu hallerde bunu yapmaması anlamına gelmektedir. Yapılması gereken şey, bir idari işlem veya idari eylem olabilir.

⁷³ Meksika 2 Nisan 2013 tarihli Amparo Kanunu, 107. madde.

⁷⁴ Kolombiya 1991 tarih ve 2591 sayılı Koruma Kanunu, 1. madde.

⁷⁵ İlgili maddeye göre: "*Koruma davası, mahkeme kararlarına açılacak olanlar dışında her zaman açılabilir. Mahkeme kararlarına karşı açılacak koruma davalarında dava açma süresi, mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren 2 aydır.*" Kolombiya 1991 tarih ve 2591 sayılı Koruma Kanunu, 11. madde.

tarihinden veya idari eylem, ihmalin ortaya çıkmasını izleyen günden itibaren 30 gündür.⁷⁶ Uruguay'da amparo davasını açma süresi, idari işlemlerde ilan/tebliği tarihini, idari eylem veya ihmalde ise idari eylem veya ihmalin ortaya çıkmasını izleyen günden itibaren 30 gündür.⁷⁷ Guatemala'da amparo davasında dava açma süresi, ilgili idari işlemin davacıya tebliğinden veya ilanından, idari işlem nedeniyle zarar oluştuysa zararın öğrenilme tarihinden itibaren 30 gündür.⁷⁸ Son olarak Meksika'da amparo davasında idari işlemlere, eylemlere, ihmallere karşı dava açma süresi, bunların tebliğ/ilan edilmesini, meydana gelmesini izleyen günden itibaren 15 gündür; kendiliğinden uygulanan düzenleyici işlemlere karşı açılacak davalarda ise dava açma süresi bunların ilanını izleyen günden itibaren 30 gündür.⁷⁹

5. Görevli ve Yetkili Mahkeme

İncelenen Latin Amerika ülkelerinde amparo davasında görevli ve yetkili mahkemeler yüksek mahkeme niteliğindeki mahkemeler, ilk derece mahkemeleri veya her iki türdeki mahkemelerdir. Kolombiya, Dominik Cumhuriyeti, Guatemala ve Meksika'da normların anayasaya uygunluk denetimi, merkezi denetim ve yaygın denetime dayanmaktadır.⁸⁰ Bu ülkelerde aynı zamanda amparo davası, tek bir mahkeme yerine, ilk derece mahkemeleri başta olmak üzere farklı düzeydeki mahkemelerde açılabilir.⁸¹ Uruguay'da normların anayasaya uygunluk denetimi, merkezi denetim modeline dayanmaktadır. Yüksek Mahkeme normların anayasaya uygunluk denetimini yapmaktadır.⁸² Buna karşılık Uruguay'da amparo davası, ilk derece mahkemelerinde açılabilir.⁸³ Amparo Kanunu'nda buna izin veren bir hüküm bulunması⁸⁴ ve Uruguay Anayasası'nda bu duruma engel teşkil edecek açık bir hüküm olmaması nedeniyle, Uruguay'da amparo davasının ilk derece mahkemelerinde açılabilmesinin mümkün olduğu söylenebilir.

Kolombiya'da koruma davasında görevli ve yetkili mahkemeler adli veya idari yargı fark etmeksizin tüm ilk derece mahkemeleridir.⁸⁵ Dominik Cumhuriyeti'nde idareye karşı

⁷⁶ Angel Lockward, Derecho Administrativo Legislacion, Doctrina y Jurisprudencia (1. Bası Yazarın Kendi Yayını 2019) 202-203.

⁷⁷ Uruguay 1988 tarih ve 16011 sayılı Amparo Davası Kanunu, 4. madde.

⁷⁸ Guatemala 1986 tarih ve 1-86 sayılı Amparo Kanunu, 20. madde.

⁷⁹ Meksika 2 Nisan 2013 tarihli Amparo Kanunu, 17. madde.

⁸⁰ Bu ülkelerde tüm mahkemeler, görülen davalarda anayasaya aykırı olduğuna karar verdikleri normu uygulamama konusunda yetkilidirler. Bu ülkelerde aynı zamanda Anayasa Mahkemesi veya Yüksek Mahkeme, üst düzey kamu görevlileri veya vatandaşlarca başvurulabilen soyut norm denetimi yoluyla normların anayasaya uygunluk denetimini yapıp, iptal kararı verebilir. Son olarak, bir davada alt derece mahkemeler anayasaya aykırı gördükleri bir normu, somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine veya Yüksek Mahkemeye gönderebilir, bu mahkemeler ilgili normun anayasaya uygunluk denetimini yapıp, iptal kararı verebilir. Brewer Carias, Constitutional Protection (n 5) 120-121.

⁸¹ Ibid 121.

⁸² Ibid 102.

⁸³ Ibid 117.

⁸⁴ Uruguay 1988 tarih ve 16011 sayılı Amparo Davası Kanunu, 3. madde.

⁸⁵ Kolombiya 1991 tarih ve 2591 sayılı Koruma Kanunu, 37. madde.

açılacak amparo davaları, yetki kurallarına göre⁸⁶ ilk derece idare mahkemelerinde açılmaktadır.⁸⁷ Uruguay'da idareye açılacak amparo davalarında, görevli ve yetkili mahkemeler adli/idari yargı ilk derece mahkemeleridir.⁸⁸ Guatemala'da amparo davasında görevli ve yetkili mahkemeler Yüksek Mahkeme ve Anayasa Mahkemesidir. Anayasa Mahkemesi; Kongre, Yüksek Mahkeme, Devlet Başkanı ve başkan yardımcılara karşı açılacak amparo davalarında yetkilidir. Diğer kamu tüzel kişilerine açılacak amparo davalarında ise Yüksek Mahkeme yetkilidir.⁸⁹ Meksika'da amparo davası, idareye karşı federal ilk derece mahkemelerinde açılır.⁹⁰

6. Yürütmenin Durdurulması

Kolombiya'da koruma davası açılırken, mahkeme gerekli görürse ve temel hak ve hürriyeti koruma konusunda bir etkisi olacağı kanaatine varırsa idari işlem ile ilgili yürütmenin durdurulması kararı verebilir.⁹¹ Ancak re'sen veya davalının talebi üzere idari işlemin uygulanmasının devam etmesine de karar verebilir.⁹² Dominik Cumhuriyeti'nde yetkili mahkemeler, amparo davası açılırken ya da yargılama sırasında, talep üzerine veya re'sen temel hak ve hürriyetleri korumak için yürütmenin durdurulması gibi ihtiyati tedbir kararları verebilir.⁹³ Uruguay'da da yargılama sırasında mahkeme, idari işlemin yürütülmesinin durdurulması gibi ihtiyati tedbir kararları verebilir.⁹⁴ Guatemala'da amparo davası açılırken yürütmenin durdurulması talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir. Amparo davası açılırken talepte bulunulmadıysa daha sonra mahkeme tarafından talep üzerine veya re'sen yürütmenin durdurulması kararı verilebilir.⁹⁵ Meksika'da ise amparo davasında, dava konusu olan idari işlemin yürütmesinin durdurulmasına re'sen veya tarafların talebi üzerine karar verilebilir. Amparo davasının açılması üzerine ilk derece federal mahkemesi 24 saat içinde usul şartları açısından nihai kararını vermelidir. İlgili idari işlemin durdurulması konusunda da bu süre içinde karar vermesi gerekmektedir.⁹⁶ Bu ülkeler ile ülkemiz arasında yürütmenin durdurulması konusundaki en büyük fark, Türkiye'de yürütmenin durdurulması kararının ancak davacının talebi üzerine verilebilmesidir. İdare mahkemeleri re'sen yürütmenin

⁸⁶ Manuel Emilio Jiménez Santos, 'La Jurisdiccion Competente en Las Acciones Contra La Administracion Publica' (2015) 3(1) Revista de Ciencias Juridicas, 29, 32.

⁸⁷ Ortega Polanco (n 31) 202.

⁸⁸ Uruguay 1988 tarih ve 16011 sayılı Amparo Davası Kanunu, 3. madde.

⁸⁹ Martínez (n 34).

⁹⁰ Estrada Cuevas (n 52) 186.

⁹¹ Kolombiya 1991 tarih ve 2591 sayılı Koruma Kanunu, 7. madde.

⁹² Kolombiya 1991 tarih ve 2591 sayılı Koruma Kanunu, 7. madde.

⁹³ Dominik Cumhuriyeti 2011 tarih ve 137-11 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 86. madde.

⁹⁴ Dapkevicius (n 34) 247.

⁹⁵ Guatemala 1986 Tarih ve 1-86 sayılı Amparo Kanunu, 24. ve 27. madde.

⁹⁶ Meksika 2 Nisan 2013 tarihli Amparo Kanunu, 125. madde.

durdurulması kararı veremez.⁹⁷ Davacının talebi, yürütmenin durdurulmasının usule ilişkin şartlarından biridir.⁹⁸

7. Amparo Davasının Olağan Dışı Bir Yargısal Yol Olması

İncelenen Latin Amerika ülkelerinde amparo davası, olağan dışı bir yargısal bir yoldur ve idari davalara göre ikincil niteliktedir. Bunun anlamı şudur; amparo davasını açmak için, ilgili idari işleme veya eyleme karşı idari ve yargısal başvuru yollarının kural olarak tüketilmesi gerekir. Kolombiya'da koruma davası, ancak ilgili işlem, eylem veya ihmale karşı başvurulabilecek başka bir yargısal yol bulunmadığında kullanılabilir. Bunun istisnası, koruma davasının geçici olarak *"kaçınılması mümkün olmayan zararları"* önlemek için kullanılmasıdır.⁹⁹ *"Kaçınılması mümkün olmayan zararlar"* ifadesinden tazminat yoluyla karşılanabilen zararlar anlaşılır. Koruma davası, idari işlemlerden kaynaklanan *"kaçınılması mümkün olmayan zararları"* geçici olarak önlemek için açılmak istendiğinde, eşzamanlı olarak iptal davası da açılabilir.¹⁰⁰ Böyle bir durumda koruma davasındaki yetkili mahkeme idare mahkemesi tarafından idari işlemle ilgili nihai karar verinceye kadar işlemin korunan duruma uygulanmamasına karar verebilir.¹⁰¹ Burada koruma davası ile iptal davası birlikte açıldığında, koruma talep edilen işlemle ilgili yürütmenin durdurulmasına benzer bir karar verilmektedir. Ayrıca Kolombiya'da koruma davası açmadan önce idari başvuru yollarının tüketilmesi zorunlu değildir.¹⁰²

Dominik Cumhuriyeti'nde amparo davasını açmak için idari başvuru yollarının tüketilmesi şartı aranmamakla birlikte,¹⁰³ yargısal başvuru yollarının tüketilmiş olması gereklidir.¹⁰⁴ Uruguay'da ise amparo davasının açılabilmesi için ilgili idari işlem, eylem veya ihmale karşı başvurulabilecek idari veya yargısal başvuru yolu bulunmamalıdır.¹⁰⁵ Ancak, davalıya bir

⁹⁷ Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku (7. Baskı Ekin Yayınevi 2020) 458; R. Cengiz Derdiman, İdari Yargının Genel Esasları (3. Baskı Aktüel Yayınları 2014) 323; A. Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı (35. Bası Turhan Kitabevi 2016) 454-455; Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu (7. Baskı Yetkin Yayınları 2017), 685; Nihat Kayar, İdari Yargı Kurulu ve İşleyiş (3. Baskı Ekin Yayınevi 2015) 273; Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku (Cilt 2) (1. Baskı Yetkin Yayınları 2012) 350; Zehreddin Aslan, İrfan Barlass, Kahraman Berk, Nilay Arat, Şebnem Sayhan, Mehmet Akif Bardakçı, Gamze Gümüşkaya, Mutlu Kağıtçıoğlu, Halil Altındağ, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu Vergi Yargılaması ile Birlikte (1. Baskı Seçkin Yayınları 2019) 250; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku II İdari Yargılama Hukuku (8. Baskı Turhan Kitabevi 2016) 921; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku (13. Baskı Seçkin Yayınevi 2021), 580; Ali D. Ulusoy, İdari Yargılama Hukuku (1. Baskı Yetkin Yayınları, 2020) 201.

⁹⁸ Kaplan (n 95) 458; Aslan, Barlass, Berk, Arat, Sayhan, Bardakçı, Gümüşkaya, Kağıtçıoğlu ve Altındağ (n 95) 250; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku (n 95) 580.

⁹⁹ Brewer Carias, Constitutional Protection (n 5) 149-150.

¹⁰⁰ Ibid 149-150.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Kolombiya 1991 tarih ve 2591 sayılı Koruma Kanunu, 9. madde.

¹⁰³ Lockward (n 74) 202-203.

¹⁰⁴ Olivio A. Rodriguez Huertas, 'Derecho Administrativo Dominicano' in José Antonio Moreno Molina ve Karlos Navarro Medal (eds) Derecho Administrativo Mexico, Centroamerica y Republica Dominica (Instituto De Estudio e Investigacion Juridica 2018) 461.

¹⁰⁵ Dapkevicius (n 34) 241.

şeyin yapılıp, yapılmaması konusunda yargısal emir verilmesini içeren başka bir yargısal başvuru yolu olmaması veya temel hak ve hürriyetleri koruma konusunda idari ve yargısal başvuru yollarının yetersiz olması durumlarında amparo davası açılabilir.¹⁰⁶

Guatemala'da amparo davası, bireysel başvuru yolu olarak kabul edilmektedir ve olağan dışı ve ikincil bir yargısal yol olduğu ifade edilmektedir.¹⁰⁷ Bunun bir sonucu olarak amparo davası açmadan önce, idari¹⁰⁸ ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi gerekir.¹⁰⁹ Ancak kanunlarda açıkça düzenlenen hallerde idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi gerekli değildir.¹¹⁰ Benzer şekilde, Meksika'da amparo davası açmadan önce kural olarak idari veya yargısal başvuru yolları tüketilmelidir.¹¹¹ Kanunların izin verdiği hallerde, dayanaktan yoksun olduklarında veya sadece anayasaya aykırı olduklarının iddia edilmesi halinde idari işlem, eylem ve ihmellere karşı açılacak amparo davalarında idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesine gerek yoktur.¹¹²

8. İvedi Yargılama Usulü

İncelenen Latin Amerika ülkelerinde amparo davası ivedi yargılama usulüne göre görülmektedir.¹¹³ Bunun bir sonucu olarak, mahkemeler davanın açılmasından sonra kısa bir süre içinde karar vermektedirler. Kolombiya'da koruma davalarında esas hakkında karar, Kolombiya Anayasası'nın 86. maddesine uygun olarak dava açıldıktan sonra 10 gün içinde verilir.¹¹⁴ Dominik Cumhuriyeti'nde amparo davasında esas hakkında karar, dosyanın tekemmül etmesinden itibaren 5 gün içinde verilmelidir.¹¹⁵ Amparo davasında, ilk inceleme, dilekçeler aşaması ve duruşma gibi safhalar 15 gün içinde tamamlanmaktadır. Yani amparo davasında karar, davanın açılmasından sonra 20 gün içinde verilmektedir.¹¹⁶ Uruguay'da amparo davasının açılmasından itibaren 3 gün içinde mahkeme, tarafları duruşmaya davet eder.¹¹⁷ Duruşma sırasında delil, iddia ve savunmalar kabul edilir ve değerlendirilir. Amparo davası ile ilgili karar, duruşma sırasında veya duruşmayı takip eden 24 saat içerisinde verilir. Ancak olağanüstü durumlarda karar duruşmayı izleyen 3 gün içerisinde verilebilir. Uruguay'da amparo davasında karar, en geç duruşmayı takip eden 6 gün içerisinde

¹⁰⁶ Uruguay 1988 tarih ve 16011 sayılı Amparo Davası Kanunu, 2. madde.

¹⁰⁷ Martinez (n 34).

¹⁰⁸ Calderon M. (n 66) 246-247.

¹⁰⁹ Mauro Roderico Chacon Corado, 'El Amparo Constitucional en Guatemala' (2011) 5(27) Revista De Instituto De Ciencias Juridicas De Puebla, 145, 165.

¹¹⁰ Guatemala 1986 Tarih ve 1-86 sayılı Amparo Kanunu, 19. madde.

¹¹¹ Meksika Anayasası, 107. madde.

¹¹² Meksika 2 Nisan 2013 tarihli Amparo Kanunu, 61. madde.

¹¹³ Cepeda Espinosa ve Landau (n 26) 11; Ortega Polanco (n 31) 202; Dapkevicius (n 34) 247; Flores (n 2) 390-392; Martinez (n 34).

¹¹⁴ Cepeda Espinosa ve Landau (n 26) 11.

¹¹⁵ Dominik Cumhuriyeti 2011 tarih ve 137-11 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 84. madde.

¹¹⁶ Dominik Cumhuriyeti 2011 tarih ve 137-11 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yetkileri Hakkında Kanun'un "Amparo Usulü" başlıklı, 76. ve 84. maddelerini kapsayan bölümü.

¹¹⁷ Uruguay 1988 tarih ve 16011 sayılı Amparo Davası Kanunu, 6. madde.

verilmektedir.¹¹⁸ Guatemala’da ise amparo davasında dilekçeler aşaması, ilk inceleme, delillerin değerlendirilmesi ve duruşma gibi aşamalar 30 günlük bir süre içinde sonuçlanmaktadır.¹¹⁹ Amparo davasında karar en geç bu 30 günlük sürenin sonunda verilmektedir.¹²⁰ Benzer şekilde Meksika’da amparo davaları, genellikle 30 gün içerisinde sonuçlandırılmaktadır.¹²¹

Ülkemizde İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20/A maddesinde düzenlenen ve maddenin başlığını taşıyan ivedi yargılama usulü¹²² ile çalışmada incelenen ülkelerdeki ivedi yargılama usulü arasında bir kıyaslama yapmak gerekir. Yukarıda amparo davasının teorik kısmında bahsedildiği gibi, ivedi yargılama usulü amparo davasının özelliklerindedir. Yukarıda adı geçen ülkelerde uygulanan amparo davasında ivedi yargılama usulünün amacı, temel hak ve hürriyetlerin hızlı bir şekilde korunmasıdır. Ülkemizde uygulanan ivedi yargılama usulünün amacı ise, sınırlı sayıdaki davaların ivedi bir şekilde sonuçlandırılmasıdır.¹²³ Kısacası, ülkemizdeki ivedi yargılama usulünün ve bu ülkelerde amparo davası için öngörülen ivedi yargılama usulünün amaçları farklıdır. Bir diğer fark ivedi yargılama usullerinin konularıyla ilgilidir. Söz konusu ülkelerde ivedi yargılama usulünün konusu, amparo davası aracılığıyla temel hak ve hürriyetlerin zarar ve zarar tehlikesine karşı korunmasıdır. Ülkemizde ivedi yargılama usulünün konusu ise sınırlı sayıdaki davalardır. Son fark, yargılama süreleri açısındandır. İncelenen ülkelerde amparo davasında nihai karar, davanın açılmasından sonra en geç 30 gün içinde verilmektedir. Ülkemizde ise İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20/A maddesine göre ivedi yargılama usulünde nihai karar, davanın açılmasından sonra davalıya mahkeme tarafından ek savunma süresi verilmesi ve

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Guatemala 1986 tarih ve 1-86 sayılı Amparo Kanunu’nun “Usul” başlıklı 33. ve 41. maddelerini kapsayan bölümü.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Riviera Léon (n 1) 203.

¹²² İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda düzenlenen ivedi yargılama usulü, bu kanunda düzenlenmiş ekonomik ağırlıklı bazı uyuşmazlıkların esas bakımından çözüme kavuşturulması ve uyuşmazlığa yönelik ilişkin nihai kararın hızlı bir şekilde verilmesi amacıyla taşımaktadır. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku (6. Baskı Savaş Kitabevi 2021) 640. İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20/A maddesinde ivedi yargılama usulüne göre görülecek uyuşmazlıklar düzenlenmiştir. İlgili maddede bu uyuşmazlıklar şu şekilde sıralanmaktadır: (1) İhalede yasaklama kararları hariç ihale işlemleri, (2) acele kamulaştırma işlemleri, (3) Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları, (4) turizm Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri, (5) Çevre Kanunu uyarınca, idari yaptırım kararları hariç çevresel etki değerlendirmesi sonucu alınan kararlar, (6) Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Cumhurbaşkanı kararları. İvedi yargılama usulünde usul kuralları farklıdır. Şöyle ki ivedi yargılama usulünde istinaf yolu kapalı olup, temyiz yoluna gidilebilir. Bu usulde, dava açma süresi 30 gün, temyiz süresi 15 gün ve savunma süresi 15 gündür. Bu usulde, dosyaların tekemmülünden itibaren 1 ay içinde karara bağlanması gerekmektedir, yürütmenin durdurulması talepleri üzerine verilen kararlara itiraz kaldırılmıştır ve İYUK m. 11 kapsamında idari başvuru yoluna gidilmesi mümkün değildir. Ulusoy (n 95) 205-206; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku (n 95) 417-420; Aslan, Barlass, Berk, Arat, Sayhan, Bardakçı, Gümüşkaya, Kağıtçıoğlu ve Altındağ (n 95) 219-220; Onur Karahanoğulları, İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme) (1. Baskı Yetkin Yayınları 2019) 220-222; Candan (n 95) 624-626.

¹²³ Mine Kasapoğlu Turhan, ‘İvedi Yargılama Usulü’ (2015) 3 Ankara Barosu Dergisi 185, 188; Bahtiyar Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 120) 640; Ulusoy (n 95) 204.

davalının savunma dilekçesini savunma süresinin sonunda vermesi ihtimalinde 67 gün; davalının ek süre talep etmemesi ve savunma dilekçesini savunma süresinin sonunda vermesi veya mahkeme tarafından davalıya ek sürenin verilmemesi ya da davalının savunma dilekçesi vermemesi ihtimalinde 52 gün içinde verilmektedir. Bu süreler posta sürelerinin de eklenmesi gerekir.¹²⁴ Posta süreleri, davaya bakan görevli ve yetkili idari yargı merciinin, davacının ve davalının ikametgâhının bulunduğu yere göre değişebilir. Keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması halinde bu süreler uzayabilir.¹²⁵

9. Karar

İncelenen Latin Amerika ülkelerinde görevli ve yetkili mahkemeler amparo davasının esastan kabul edilmesi halinde davalıya yönelik bir şeyin yapılıp yapılmamasına ilişkin bir yargısal emir verirler. Bu yargısal emir, koruma emri olarak nitelendirilebilir. Kolombiya'da koruma davası sonucunda mahkeme, idarenin bir şeyi yapılıp yapılmamasına ilişkin bir yargısal emir verir.¹²⁶ İlgili idare, kararı gecikmeden uygulamak zorundadır.¹²⁷ Kararın uygulanma süresi 48 saati geçemez.¹²⁸ Dominik Cumhuriyeti'nde amparo davası, idari ihmal nedeniyle, yani bir idari işleme veya kanun hükmüne uyulması için açıldığında yargılama sürecinin sonunda mahkeme, ilgili kamu görevlisine idari işlemi veya kanun hükmünü uygulaması için bir yargısal emir verir. Temel hak ve hürriyetlerin zarar görmesinin veya bunlara yönelik zarar tehlikesinin engellenmesi için mahkeme, ilgili idarenin belli bir idari işlemi, eylemi yapmasına veya yapmamasına yönelik yargısal emir verir.¹²⁹ Mahkeme, kararın uygulanması için yapılması gerekenleri ve ne kadar sürede uygulanması gerektiğini kararında belirtmektedir.¹³⁰ Uruguay'da mahkeme, ilgili idarenin bir şeyi yapmasına veya yapmamasına yönelik bir yargısal emir verir.¹³¹ Karar, mahkemenin kararını vermesinden itibaren 24 saat içinde uygulanmalıdır.¹³² Guatemala'da mahkeme, bir hakka yönelik ihlal tespit ederse ilgili işlemin, kararın, hükmün veya düzenlemenin durdurulmasına ve davacının, hukuki durumunun ihlalden önceki durumuna dönmesine yönelik bir yargısal emir verir.¹³³ Bu yargısal emir, yine bir şeyin yapılıp yapılmamasına ilişkindir. Yargısal emirde ilgili işlem, karar, hüküm veya düzenlemenin durdurulması için makul bir süre de belirlenir.¹³⁴ Meksika'da amparo davasında davacının lehine karar verilmesi halinde, mahkeme ilgili idareye, temel hak ve hürriyetin ihlal edilmeden önceki duruma getirilmesini sağlayacak şekilde idari işlemi, eylemi yapmaması yönünde veya eğer ihmal söz konusuysa,

¹²⁴ Karahanoğulları (n 120) 221.

¹²⁵ Ulusoy (n 95) 204.

¹²⁶ Robles (n 25) 500-503.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Kolombiya 1991 tarih ve 2591 sayılı Koruma Kanunu, 29. madde.

¹²⁹ Lockward (n 74) 202-203.

¹³⁰ Dominik Cumhuriyeti 2011 tarih ve 137-11 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 89. madde.

¹³¹ Esteva Gallicchio (n 54) 266-267.

¹³² Ibid.

¹³³ Chacon Corado (n 107) 171.

¹³⁴ Ibid.

idareye konuyla ilgili idari işlem, eylem yapması yönünde bir yargısal emir verir.¹³⁵ Mahkeme vereceği kararda, konuyla ilgili gerekli önlemlerin alınmasını ve uygulanmasını da ilgili idareden ister.¹³⁶

İncelenen ülkelerin bazılarında amparo davası sonucunda verilen karara uyulmaması halinde, mahkeme kararına uymayan kamu görevlilerine veya idareye karşı para cezası veya hapis cezası gibi yaptırımlar uygulayabileceği öngörülmüştür. Kolombiya'da koruma davası sonucunda görevli ve yetkili mahkeme tarafından verilen karara uymayan kamu görevlisi hakkında 6 ay hapis cezasına veya 20 aylık asgari ücret tutarına kadar adli para cezasına hükmedilir.¹³⁷ Dominik Cumhuriyet'inde amparo davalarında hâkimlerin yetkileri oldukça geniştir. Amparo davasıyla ilgili tüm delilleri re'sen toplarlar ve davayla ilgili her türlü belgeyi ilgili kamu görevlilerinden veya memurlardan talep ederler, bunların ibraz edilmemesi veya mahkeme kararlarının uygulanmaması halinde, ilgili kamu görevlilerine para cezası verme yetkileri bulunmaktadır.¹³⁸ Uruguay'da amparo davası sonucunda verilen kararın uygulanmaması durumunda, mahkeme, kararı uygulamayan kişiler hakkında para cezası verebilir.¹³⁹ Meksika'da ise amparo davası sonucunda verilecek kararın ilgili idare tarafından 3 gün içinde uygulanması gerekmektedir.¹⁴⁰ Bu süre içinde kararın uygulanmaması halinde, mahkeme ilgili idareye para cezası verir ve kararın, astlar tarafından uygulanmaması halinde bu durumu ilgili idarenin hiyerarşik amirine bildirir.¹⁴¹

III. AMPARO DAVASININ TÜRKİYE'DE UYGULANABİLİRLİĞİ

Ülkemizde hâlihazırda bireysel başvuru yolu bulunmaktayken, amparo davasının bir bütün olarak hukuk sistemimize aktarılmasına gerek olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte, incelenen Latin Amerika ülkelerindeki amparo davasının bazı özelliklerinin benimsenmesi yoluyla bireysel başvuru yolu, İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki ivedi yargılama usulü ve mahkeme kararlarının uygulanması konuları iyileştirilebilir ve ilgili konulardaki sorunlar düzeltilebilir. Ülkemizde amparo davasının bir bütün olarak değil, ancak bazı özelliklerinin kendi yargısal usullerimize uygulanmasının mümkün olduğu söylenebilir. Öncelikle incelenen Latin Amerika ülkelerinde amparo davası ivedi yargılama usulüne göre görülmekte ve karar, davanın açılmasından itibaren en geç 30 gün içinde verilmektedir. Bireysel başvuru yolunda ise kararın ne kadar süre içinde verileceğine yönelik belli bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır. Bilinmektedir ki bireysel başvuru yolunda kararın verilmesi yıllar sürebilir. Bu yüzden bireysel başvuruların da amparo davası gibi ivedi yargılama usulüne göre görülmesi ve kararın en geç 30 günlük süre içinde verilmesi benimsenebilir. Bireysel başvuru yoluna gitmek isteyen kişiler, bireysel başvuru yolunun

¹³⁵ Meksika 2 Nisan 2013 tarihli Amparo Kanunu, 77. madde.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Kolombiya 1991 tarih ve 2591 sayılı Koruma Kanunu, 52. madde.

¹³⁸ Ortega Polanco, (n 31) 202.

¹³⁹ Esteva Gallicciho (n 54) 266-267.

¹⁴⁰ Meksika 2 Nisan 2013 tarihli Amparo Kanunu, 192. madde.

¹⁴¹ Meksika 2 Nisan 2013 tarihli Amparo Kanunu, 193. madde.

ikincilliği ilkesinin bir gereği olarak idari ve yargısal başvuru yollarını tüketmektedirler.¹⁴² İdari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi kişilerin yıllarını alabilir. Bu açıdan bireysel başvuru yolunun ivedi yargılama usulüne dönüştürülmesinin kişilerin hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkını güçlendireceği kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi'nin iş yükü nedeniyle mevcut durumda ivedi yargılama usulüne göre karar veremeyeceği ileri sürülebilir. Bu durumda, mahkeme kararları dışındaki, örneğin idari işlemler gibi kamu gücü içeren işlem, eylemlere karşı bireysel başvuruların; Kolombiya, Dominik Cumhuriyeti, Uruguay ve Meksika'da olduğu gibi yetki ve konu kurallarına uygun olarak ilk derece mahkemelerine yapılabilmesine olanak tanınabilir. Mahkeme kararı dışındaki kamu gücü içeren işlem, eylem denmesinin sebebi ilk derece mahkemelerinin kendi veya daha üst mahkemelerin kararlarını denetleyemeyecek olmasındandır. Bu ihtimalde ise her yargı çevresinde mevcut mahkemelerden bağımsız, sadece bireysel başvurular konusunda uzmanlaşmış olan mahkemeler kurulabilir ve bu mahkemelerin kararlarına karşı incelenen ülkelerdeki gibi bireysel başvuru kararları açısından bir yeknesaklık olması adına Anayasa Mahkemesi'ne itiraz etme imkânı tanınabilir. Şüphesiz bunun olması halinde hem Anayasa Mahkemesi'nin iş yükü azaltılmış hem de bireylerin yargısal güvenceleri güçlendirilmiş olur.

İdari yargı düzeninin, hukuk düzenini korumak ve bireyi idare karşısında korumak üzere iki işlevi bulunmaktadır.¹⁴³ Amparo davası örneğinden yola çıkarak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/A maddesinde düzenlenen ivedi yargılama usulünde yapılacak bir değişiklik ile idari yargı düzeninin ikinci işlevini güçlendirmek ve daha hızlı yerine getirilmesini sağlamak mümkündür. Şöyle ki acil veya önemli durumlarda temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran idari işlem veya eylemlere karşı açılacak davaların ivedi yargılama usulü ile görülmesine imkân tanınabilir. Acil ve önemli durumlara bir örnek olarak; Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde düzenlenen pandemi nedeniyle bir lisansüstü öğrencisinin talebi halinde yükseköğretim kurumlarından alabileceği ek süre hakkını, öğrencinin talep etmesine karşın ilgili yükseköğretim kurumunun bu talebi reddetmesi verilebilir. İlgili öğrencinin lisansüstü eğitiminin son döneminde olduğu varsayılırsa; öğrencinin eğitim süresinin, iptal davası sürecinde bitmesi halinde bu idari işleme açılan iptal davasının bir anlamı kalmayacak ve öğrenci ek süre hakkından faydalanamayacaktır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ivedi yargılama usulünde yapılacak olası bir kanun değişikliğinde, temel hak ve hürriyetlerle ilgili acil ve önemli durumların belli bir kavramla ifade edilmesi yerinde olur. Örneğin, Kolombiya'da idari başvuru yollarının veya yargısal yolların tüketilmesine gerek olmadan koruma davası açmaya imkân veren "*kaçınılması mümkün olmayan zarar*" kavramı gibi. Yukarıda değinildiği üzere bu kavram tazminata sebep olabilecek zararları işaret etmektedir. Ancak lafzî itibarıyla bu kavramın, acil veya önemli durumları da işaret

¹⁴² Korkut Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (1. Baskı On İki Levha Yayınları 2015) 110; Metin Efe, Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları (1. Baskı Seçkin Yayınları 2016) 25; Hakan Atasoy, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Koşulları (1. Baskı Adalet Yayınevi 2015) 8-9.

¹⁴³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 120) 18.

edebileceği kanaatindeyiz. Bu kavram, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenen ve yürütmenin durdurulmasının şartlarından birisi olan "*telafisi güç veya imkânsız zararlar*"¹⁴⁴ kavramı olabilir. Fransa'da ivedi yargılama usulü, "*aciliyet*" bulunan hallerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını önlemek amacıyla taşımaktadır.¹⁴⁵ Fransa'da olduğu gibi bu durumları işaret etmek için "*aciliyet*" kavramı kullanılabilir.

Önemli olan bu durumlar için seçilecek kavramın, bir temel hak veya hürriyeti sınırlandıran idari işlem, eylemlere açılacak davaların ivedi yargılama usulünde görülmesi gerektiğine işaret etmesidir. Bu kavram aynı zamanda hangi acil ve önemli hallerde temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran idari işlem, eylemlerden doğan idari davaların ivedi yargılama usulünde görüleceğiyle ilgili bir ilk inceleme konusu işlevi görebilir. Bu kavramın, içeriğinin tespit edilmesi, yani hangi acil ve önemli hallerde temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran idari işlem, eylemlerden doğan davaların ivedi yargılama usulünde görüleceği yargı içtihatlarıyla belirlenebilir. Ayrıca Fransa'da olduğu gibi, seçilecek kavramın ne anlama geldiği ve somut olayda bulunup bulunmadığının tespiti konusunda idare mahkemelerine geniş bir takdir yetkisi verilebilir.¹⁴⁶ Netice itibarıyla acil ve önemli durumlarda temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran idari işlem ve eylemlerden doğan davaların ivedi yargılama usulünde görülmesinin, bu usulün amacına ve ruhuna uygun olacağı ve bireylerin idare karşısında korunmasını güçlendireceği ileri sürülebilir. Bu şekilde ülkemizdeki ivedi yargılama usulü, Fransa'da olduğu gibi "*aciliyet*" bulunan durumlarda kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının önüne geçmek amacıyla sahip olacaktır.¹⁴⁷ Fransa ve Türkiye'deki ivedi yargılama usulleri açısından en büyük fark, Fransa'da bu usulde verilen kararlar (tedbirler) geçici niteliktedir, davanın esasından bağımsızdır; Türkiye'de ise ivedi yargılama usulünde davanın esası hakkında karar verilmektedir.¹⁴⁸ Önerilerin kabul edilip uygulanması halinde bahsedilen fark, varlığını korumaya devam edecektir.

İncelenen Latin Amerika ülkelerinde amparo davasının uygulamasından hareket ederek, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yapılacak olası bir diğer değişiklik ise mahkeme kararlarının uygulanmaması konusundadır. Kolombiya, Dominik Cumhuriyeti, Uruguay ve Meksika'da amparo davası sonucunda mahkemeler tarafından verilen kararın kamu

¹⁴⁴ Telifisi güç ve imkânsız zarar, yürütmenin durdurulması kararı verilmemesi halinde davacının telifisi güç veya imkânsız zarara uğraması halidir. Bu koşul ile hâkimden geleceği öngörmesi ve telifisi güç veya imkânsız zararların oluşup oluşmayacağını önceden tahmin etmesi beklenmektedir. Örneğin, yıkım kararının iptalinin istendiği bir davada yürütmenin durdurulması kararı verilmezse ve işlem icra edilirse telifisi imkânsız bir zarar doğacaktır. Bahtiyar Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 120) 428. İptal kararının geçmişe yürür şekilde uygulanabilmesini, eski durumun iadesini, bir başka ifadeyle idari işlemin hiç yapılmamış sayılmasını önleyen her durum telifisi güç veya imkânsız zarar kavramı içinde değerlendirilmelidir. İl Han Özay, Gün İşığında Yönetim II Yargısal Koruma (2. Baskı On İki Levha Yayınları 2010) 254.

¹⁴⁵ Ramazan Çağlayan, 'Fransız ve Türk İdari Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama Usulü' (2014) XVIII (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1-41) 1, 3; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku (n 95) 411.

¹⁴⁶ Çağlayan, Fransız ve Türk İdari Yargılama Hukuklarında (n 142) 12; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku (n 95) 411.

¹⁴⁷ Çağlayan, Fransız ve Türk İdari Yargılama Hukuklarında (n 142) 3; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku (n 95) 416.

¹⁴⁸ Çağlayan, Fransız ve Türk İdari Yargılama Hukuklarında (n 142) 23; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku (n 95) 416; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 120) 638-639.

görevlileri tarafından uygulanmaması halinde, mahkemelerin ilgili kamu görevlisi hakkında para veya hapis cezası verme yetkileri bulunmaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Kararların sonuçları" başlığını taşıyan 28. maddesinde, idari yargı mercilerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının nasıl ve azami olarak hangi süre içerisinde uygulanacağı düzenlenmektedir.¹⁴⁹ Bu maddede mahkeme kararlarının uygulanmaması halinde kamu görevlilerine para veya hapis cezası verilmesine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. İlgili maddenin 3. fıkrasına göre mahkeme kararının 30 gün içinde uygulanmaması halinde ilgili idare aleyhine tazminat davası açılabilir. İdarelerin mahkeme kararlarını hiç uygulamama veya geç uygulama ihtimalleri bulunmaktadır. İdarelerin mahkeme kararlarını hiç uygulamamasının veya geç uygulamasının sebebi, genellikle bir kamu görevlisinin bundan kasıtlı olarak imtina etmesidir. Bu yüzden ilgili kamu görevlisinin cezalandırılması makul görülmektedir. Bu ihtimallerin önüne geçebilmek ve mahkeme kararlarının uygulanması konusunda idareyi hızlandırmak adına bu ülkelerde olduğu gibi görevli ve yetkili mahkemeler, kararlarının 30 gün içinde yerine getirilmemesi halinde kararı uygulamayan kamu görevlisine para cezası veya hapis cezası verme yetkisine sahip olabilir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesine bu yönde bir hüküm konulması yeterli olacaktır. Bunun olması halinde idarenin, mahkeme kararını uygulamaması halinde hem 28. maddede düzenlenen tazminat davasıyla karşı karşıya kalması hem de görevli ve yetkili mahkemenin ilgili kamu görevlisi hakkında para veya hapis cezası verebilme yetkisi nedeniyle mahkeme kararını süresi içinde uygulayacağı söylenebilir.

SONUÇ

Çalışmada incelenen Latin Amerika ülkelerinde amparo davasının hem idarenin yargısal denetimini sağlama konusunda hem de idarenin işlem, eylem veya ihmalleri aracılığıyla temel hak ve hürriyetleri sınırlandırması halinde, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasında etkili ve hızlı bir dava türü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Amparo davası, ivedi yargılama usulüne göre görülmekte ve 30 günlük bir zaman dilimi içerisinde esastan karara bağlanmaktadır. Amparo davasının bu özelliğinin, bireylerin hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkını güçlendirdiği söylenebilir. Amparo davası sonucunda kararlarının uygulanması için mahkemelerin, kararı uygulamayan kamu görevlilerine para veya hapis cezası verebilme yetkileri nedeniyle davalı idarelerin mahkeme kararını geç uygulama veya hiç uygulamama ihtimallerinin azalacağı çıkarımı yapılabilir. Ülkemizde bireysel başvuru yolunun bulunması sebebiyle amparo davasının birebir olarak alınıp hukuk sistemimize kazandırılmasına gerek yoktur. Fakat amparo davasının belli özellikleri hukuk sistemimize entegre edilebilir. Yukarıda amparo davasının özellikleri temel alınarak yapılan bireysel başvuru usulü, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda hüküm altına alınan ivedi yargılama usulü ve mahkeme kararlarının uygulanması konularında yapılan önerilerin benimsenmesi halinde, bireylerin hak arama hürriyetlerinin ve adil yargılanma haklarının pekiştirileceği ve

¹⁴⁹ Bu maddede iptal davası ile tam yargı davasıyla ilgili verilen kararların nasıl uygulanacağı ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kaplan (n 95) 590.

idarenin mahkeme kararlarını uygulama konusunda daha temkinli davranacağı sonucu çıkarılmaktadır.



Kaynakça

- Akyılmaz, B, Sezginer M ve Kaya, C, Türk İdari Yargılama Hukuku (6. Baskı Savaş Kitabevi 2021)
- Aslan, Z, Barlass, İ, Berk, K, Arat, N, Sayhan, Ş, Bardakçı, M, A, Gümüşkaya, G, Kağıtçıoğlu, M ve Altındağ, H, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu Vergi Yargılaması ile Birlikte (1. Baskı Seçkin Yayınları 2019)
- Atasoy, H, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Koşulları (1. Baskı Adalet Yayınevi 2015)
- Baker, R D, Judicial Review in Mexico A Study of the Amparo Suit (1. Baskı Latin American Studies Association 1971)
- Becera, A H, 'Incidencia De La Accion De Tutela En La Justicia Contencioso Administrativa Colombia' (1999) 7 Revista Del Estado, 163-172
- Brewer-Carias, A R, 'The Latin American Amparo Proceeding and The Writ of Amparo in The Phillippines' (2009) 1(1) City University of Hong Kong Law Review, 73-90
- Brewer-Carias, A R, Constitutional Protection of Human Rights in Latin America A Comparative Study of the Amparo Proceeding (1. Baskı, Cambridge University Press 2008)
- Calderon M, H H, El Derecho Procesal Administrativo Guatemalteco Tomo 3 (1 Baskı, Liberia Juridica 2014)
- Camargo, P P, 'The Claim of "Amparo" in Mexico: Constitutional Protection of Human Rights' (1970) 6 California Western Law Review, 201-217
- Camargo, P P, 'The Right to Judicial Protection: "Amparo" and Other Latin American Remedies for the Protection of Human Rights' (1971) 3(2) Miami International Amnesty Law Review. 191-230
- Candan, T, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu (7. Baskı Yetkin Yayınları 2017)
- Casas Baamonde, M E, 'Amparo Başvurusu' (2009) 25(1) Anayasa Yargısı Dergisi, 101-110
- Cepeda Espinosa, M J ve Landau, D, Colombian Constitutional Law Leading Cases (1. Baskı, Oxford Univerity Press 2017)
- Chacon Corado, M R, 'El Amparo Constitucional En Guatemala' (2011) 5(27) Revista de Instituto De Ciencias Jurisdicas De Puebla, 145-172
- Clagett, H L, 'Mexican Suit of Amparo' (1945) 33(4) Georgetown Law Journal, 418-437

- Constitute Project, Kolombiya, Dominik Cumhuriyeti, Uruguay, Guatemala ve Meksika Anayasaları (2022) <<https://www.constituteproject.org/>> 20 Şubat 2022 tarihinde erişildi
- Çağlayan, R, 'Fransız ve Türk İdari Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama Usulü' (2014) XVIII (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-41
- Çağlayan, R, İdari Yargılama Hukuku (13. Baskı Seçkin Yayınevi 2021)
- Dapkevicius, R F, 'El Amparo en La Republica Oriental Del Uruguay' (2011) 5(27) Revista Del Instituto De Ciencias Juridicas de Puebla, 235-250
- Delaney, P, 'Legislating for Equeality in Colombia: Constitutional Jurisprudence, Tutelas and Social Reform' (2008) 1 The Equal Rights Review, 50-59
- Derdiman, R C, İdari Yargının Genel Esasları (3. Baskı Aktüel Yayınları 2014)
- Dominik Cumhuriyeti 2011 tarih ve 137-11 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun <https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/LEY_137_11.pdf> 25 Aralık 2021 tarihinde erişildi
- Eder, P J, 'Judicial Review in Latin America (1960) 21(4) Ohio State Law Journal. 570-615
- Esteva Gallicciho, E G, 'El Amparo en Uruguay' in Eduardo Ferrer Mac-Gregor ve Rogelio Flores Pantoja (eds), La Constitucion y Sus Garantias A 100 Anos De La Constitucion De Queretaro de 1917 Memoria Del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (Centenario De La Constitucion 2017), 255-273
- Efe, M, Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları (1. Baskı Seçkin Yayınları 2016)
- Estrada Cuevas, J A, La Jurisdiccion Contencioso Administrativa y El Acceso a La Justicia (1. Bası, El Colegio de Morelos 2019)
- Flores, B, 'The Writ of Amparo under Mexican Law' (1921) 7(8) American Bar Association Journal. 388-392
- Garcia, A H, 'El Objecto De Proteccion Del Nuevo Juicio De Amparo Mexican' (2015) 34 Revista Derecho del Estado, 153-181
- Gongora Pimentel, G D, 'Amparo Ne İçindir?' (2009) 26 Anayasa Yargısı. 163-220
- Göztepe, E, Anayasa Şikayeti (1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1998)
- Gözübüyük, A Ş ve Tan, T, İdare Hukuku II İdari Yargılama Hukuku (8. Baskı Turhan Kitabevi 2016)
- Gözübüyük, A Ş, Yönetmelik Yargısı (35. Bası Turhan Kitabevi 2016)

- Guatemala 1986 tarih ve 1-86 sayılı Amparo Kanunu <https://www.mintrabajo.gob.gt/images/Documentacion/Leyes_Constitucionales/Ley_de_Amparo_Exhibicion_Personal_y_Constitucionalidad.pdf> 30 Ekim 2021 tarihinde erişildi
- İnceoğlu, S, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Amerika Modelleri (1. Bası, On İki Levha Yayınları 2017)
- Jiménez Santos, M, E, 'La Jurisdiccion Competente En Las Acciones De Amparo Contra La Administracion Publica' (2015) 3(1) Revista de Ciencias Juridicas, 29-37
- Kanadoğlu, K, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (1. Baskı On İki Levha Yayınları 2015)
- Kaplan, G, İdari Yargılama Hukuku (7. Baskı Ekin Yayınevi 2020)
- Karahanoğulları, O, İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme) (1. Baskı Yetkin Yayınları 2019)
- Kasapoğlu Turhan, M, 'İvedi Yargılama Usulü' (2015) 3 Ankara Barosu Dergisi 185-219
- Kayar, N, İdari Yargı Kuruluş ve İşleyiş (3. Baskı Ekin Yayınevi 2015)
- Kolombiya 1991 tarih ve 2591 sayılı Koruma Kanunu <<https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php>> 15 Kasım 2021 tarihinde erişildi
- Lockward, A, Derecho Administrativo Legislacion, Doctrina Y Jurisprudencia (1. Bası Yazarın Kendi Yayını 2019)
- Martinez, V, 'El Proceso de Amparo en Guatemala. Boletin Mexicano Derecho Comparado' (1998) 91 <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3533/4217>> 15 Aralık 2021 tarihinde erişildi
- Mejorada, C S, 'The Writ of Amparo Mexican Procedure to Protect Human Rights' (1946). 1 The Annals of the American Academy of Political and Social Science, 107-111
- Meksika 2 Nisan 2013 tarihli Amparo Kanunu <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lamp/LAmp_abro_02abr13.pdf> 13 Aralık 2021 tarihinde erişildi
- Negretto, G ve Couso, J, Constitution-Building Processes in Latin America International IDEA Discussion Paper 3/2018 (1. Bası, International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2018)
- Ortega Polanco, F A, Evolucion y Perspectivas Del Derecho Administrativo en La Republica Dominicana (1. Bası, Universidad De Salamanca, 2017) Yayımlanmamış Doktora Tezi

- Özay, İ H, *Gün Işığında Yönetim II Yargısal Koruma* (2. Baskı On İki Levha Yayınları 2010) 254
- Rivera León, M A, 'An Introduction to "Amparo" Theory: a Complex Mexican Constitutional Control Mechanism' (2020) 12(2) *Krytyka Prawa*, 190-208
- Robles, A H, *Aspectos Generales Del Derecho Administrativo Colombiano* (1. Bası Grupo Editorial Ibanez 2012)
- Rodriguez Huertas, O A, 'Derecho Administrativo Dominicano' in J. A. Moreno & M. K. Navarro Medal (Eds.), *Derecho Administrativo México Centroamerica y Republica Dominicana*, (Instituto de Estudio e Inestigacion Juridica, 2018) 429-464
- Silva, L C, 'La Accion de Tutela en Colombia' (2011) 5(27) *Revista Del Inestituto de Ciencias Juridicas de Puebla*, 72-94
- Torruco, J G, 'Constitutional Jurisdiction in Mexico' (2011) 49(2) *Duquesne Law Review*, 293-338
- Tschentscher A ve Lehner C, *The Latin American Model of Constitutional Jurisdiction: Amparo and Judicial Review* (2013) <<https://ssrn.com/abstract=2296004>> 14 Şubat 2022 tarihinde erişildi
- Ulusoy, A D, *İdari Yargılama Hukuku* (1. Baskı Yetkin Yayınları, 2020)
- Uruguay 1988 tarih ve 16011 sayılı Amparo Davası Kanunu <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16011-1988>> 11 Kasım 2021 tarihinde erişildi
- Zabunoğlu, Y Z, *İdare Hukuku* (Cilt 2) (1. Baskı Yetkin Yayınları 2012)
- Zagaris, B, 'The Amparo Process in Mexico' (1998) 6 *U.S.- Mexico Law Journal*, 61-69
- Zamudio, H F, 'A Brief Introduction to The Mexican Writ of Amparo' (1979) 9(2) *California Western International Law Journal*, 306-348
- Zamudio, H F, 'The Writ of Amparo in Latin America' (1981) 13(3) *Miami International Amnesty Law Review*, 361-391

THE SECRET BEHIND THE SURVIVAL OF ARBITRATION: SELF-REGULATING MECHANISM (1)

Tahkimin Hayatta Kalmasının Ardındaki Sır: Öz Düzenleyici Mekanizma

  **Bihter KAYTAZ EKER (2)**

ABSTRACT

This Article explores the role of development of a self-regulating mechanism in arbitration on the survival of arbitration against difficulties in its history. It focuses on two major challenges in the history of arbitration, namely the interventionist attitude by States towards arbitration and the COVID-19 pandemic. It indicates that arbitration has liberalized itself from the control of States to a great extent through its development towards becoming a largely self-regulating system, thereby gaining its first victory. Besides, arbitration could not remain immune to the pandemic's effect. Such mechanism has played a crucial role in the survival of arbitration as a dispute resolution method under pandemic circumstances. The difficulties in the way of communication among arbitration community because of the quarantine applied by the countries with varying degrees of strictness to deal with COVID-19 have been quickly addressed by arbitral institutions, one pillar in the self-regulating mechanism in arbitration, in various forms, namely promoting electronic filings and hearings, amending rules, producing guidelines and measures, which have overall kept arbitration alive and efficient against the circumstances presented by the pandemic.

Keywords: Arbitration, Self-Regulating System, Control and Supervision of National Laws and Courts, COVID-19 Pandemic, Arbitration Institutions

ÖZET

Bu makale, tahkimin tarih boyunca karşılaştığı başlıca güçlükler karşısında ayakta kalmasında, öz düzenleyici bir yapı gelişiminin rolünü incelemektedir. Devletlerin müdahaleci yaklaşımları ve COVID-19 salgını olmak üzere, tahkimin karşılaştığı iki güçlük ele alınmaktadır. Tahkim,

¹ Araştırma Makalesi.

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 08.08.2022, Kabul Tarihi: 06.12.2022.

² Öğr. Gör. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

öz düzenleyici bir sistem olmaya doğru gelişmesiyle birlikte devlet denetiminden büyük oranda özgürleşmiştir, böylelikle de ilk zaferini kazanmıştır. Bunun yanında, tahkim, salgının etkilerine kapalı kalamamış ve söz konusu sistem, tahkimin salgın koşullarında ayakta kalmasında önemli rol oynamıştır. Salgınla mücadele kapsamında devletlerce uygulanan karantina tedbirleri sebebiyle yaşanan iletişim güçlükleri, gelişen öz düzenleyici mekanizmanın önemli bir ayağı olan tahkim kurumlarınca atılan ve tahkimi salgın koşullarında etkin ve canlı tutan elektronik başvurunun ve duruşmanın teşviki, kuralların güncellenmesi ve kılavuzların ve tedbirlerin üretilmesi gibi çeşitli adımlarla aşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Öz Düzenleyici Sistem, Milli Hukuk ve Mahkemelerin Kontrol ve Denetimi, COVID-19 Salgını, Tahkim Kurumları

INTRODUCTION

The coronavirus disease of 2019 (COVID-19) has affected many people. In 2020, a joint statement by International Labour Organization (ILO), Food and Agriculture Organization of United Nations (FAO), International Fund for Agricultural Development (IFAD) and World Health Organization (WHO) about the effects of COVID-19 on human life declared that it posed '*an unprecedented challenge to public health, food systems and the world of work.*'³ Arbitration world could not remain immune to the influences of such a challenge, which has caused widespread economic and social disruption. However, it has luckily survived well against the pandemic, just as it has done against another major challenge, i.e., the biases and specificities of national laws and courts. This article argues that the development of international arbitration towards becoming a substantially self-regulating dispute resolution mechanism has eased its struggle for survival against these major challenges. It initially overviews the development of international arbitration and discusses that getting into an autonomous character to a great extent has underpinned its survival against the intervention by courts and national laws. Then, it points out how arbitration institutions, one significant pillar of the largely self-regulating mechanism in arbitration, have eased the adaptation to the circumstances created by the pandemic. Finally, the article attracts attention to the current state of international arbitration in the light of recent research findings.

I. SURVIVAL AGAINST THE HOSTILITY OF STATES: TOWARDS A SELF-REGULATING MECHANISM

The origin of arbitration dates back to the Middle Ages, and since then, it is possible to identify three distinct periods in its development: '*the Middle Ages to about the eighteenth century; the eighteenth century to soon after the Second World War; and the 1950s to the present*

³ World Health Organization (WHO), 'Impact of COVID-19 on people's livelihoods, their health and our food systems- Joint statement by ILO, FAO, IFAD and WHO' (13 October 2020) <<https://www.who.int/news/item/13-10-2020-impact-of-covid-19-on-people's-livelihoods-their-health-and-our-food-systems>> accessed 9 June 2022.

day.⁴ Within this timeframe, there are milestones, which have overall boosted the efficiency of arbitration, but, more importantly, have led the arbitration to get into a largely autonomous character and have allowed the survival of arbitration against the intervention of courts and national laws.

Until the 18th century, arbitration was barely regulated by national laws; then, it was freely structured by the business community.⁵ Merchants established their tribunals, which were '*independent of any national legal system*' and consisted of their representatives who were familiar with the types of disputes that arose.⁶

There were two methods of informal dispute resolution: Merchant guilds and the courts of trade fairs of medieval Europe.⁷ Following the emergence of the merchant class and the guilds in the High Medieval Period, merchants, who were organized into trade associations and guilds, frequently had recourse to arbitration for the settlement of disputes arising from commercial activities across borders,⁸ rather than seeking resolution through the court systems in their own countries, which were 'undeveloped, procedurally backward and cumbersome.'⁹ Membership in a chartered guild necessitated pledging loyalty to its laws thereby bringing disputes with other members before the guilds before litigating the matter elsewhere.¹⁰ In addition, merchants were itinerants and merchandised their goods in all the continental markets and fairs then.¹¹ Then, their disputes were settled efficiently through tribunals presided by consuls traveling with them, or fair constables, mayors, or market masters.¹²

Whatever the method for the resolution of disputes was applied, the law to be applied by the arbitrators was comprised of '*relevant established custom, created out of the merchant's own needs and views, as the legal rules and standards according to which rights and obligations of the parties were determined, often shunning the legal technicalities and substance of local law.*'¹³ In this respect, each case was exclusively viewed '*in the light of practical expediency*

⁴ Julian D M Lew, 'Achieving the Dream: Autonomous Arbitration' (2006) 22(2) *Arbitration International* 179, 182; Martin Domke, Gabriel M. Wilner and Larry E. Edmonson, *Part I. The Nature of Commercial Arbitration, Chapter 2. A Brief History of Arbitration in Domke on Commercial Arbitration* (Westlaw, Database updated November 2017).

⁵ Lew (n 2) 182.

⁶ Richard Garnett, 'International Arbitration Law: Progress towards Harmonisation' (2002) 3(2) *Melbourne Journal of International Law* 400, 401.

⁷ Earl S Wolaver, 'The Historical Background of Commercial Arbitration' (1934) 83(2) *University of Pennsylvania Law Review* 132, 133.

⁸ Robert Briner and Virginia Hamilton, 'History and General Purpose of the Convention-The Creation of an International Standard to Ensure the Effectiveness of Arbitration Agreements and Foreign Arbitral Awards' in Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro (eds), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards-The New York Convention in Practice* (CMP Publishing Ltd. 2008) 3.

⁹ Garnett (n 4) 401.

¹⁰ Wolaver (n 5) 133-134.

¹¹ *Ibid* 136.

¹² *Ibid*.

¹³ Lew (n 2) 183. See also Garnett (n 4) 401.

and was decided in accord with the ethical or economic norms of some particular group.¹⁴ Besides, a moral force was in operation rather than a legal one; that is to say, when parties did not comply with the arbitral decision resolving a dispute, disciplinary sanctions were imposed upon them, and they fell into disrepute in the business community of which they were members.¹⁵ Consequently, preliminary forms of arbitration existed without control by domestic judicial mechanisms and laws.¹⁶

However, the rise of state sovereignty in the 18th century gradually developed a conflict between the courts and arbitration by the beginning of the 20th century.¹⁷ Sovereign states controlled arbitration through their national laws,¹⁸ which were mostly hostile toward arbitration.¹⁹ This was clear as some laws did not recognize arbitration agreement in a way reflecting trade practice by permitting parties to agree on arbitration only for existing disputes while not recognizing agreements for future disputes between the parties to be determined through arbitration.²⁰ Even in countries where a favourable attitude towards arbitration was emerging, the decision whether or not to stay proceeding where arbitration clause existed was left to the discretion of courts.²¹ Additionally, national laws provided national courts with the express power to review arbitral awards.²² English Arbitration Act of 1698, one example within this context, stated that *'Any arbitration or umpirage procured by corruption or undue means shall be judged and esteemed void and of none effect.'*²³

The hostile attitude towards arbitration manifested itself in many court decisions.²⁴ For instance, in *Tobey v. County of Bristol*, the US Supreme Court stated that

*'At all events, it cannot be correctly said, that public policy, in our age, generally favours or encourages arbitrations, which are to be final and conclusive, to an extent beyond that which belongs to the ordinary operations of the common law. It is certainly the policy of common law, not to compel men to submit their rights and interests to arbitration, or to enforce agreements to for such a purpose.'*²⁵

Such judicial control was based on a wide range of bias, such as (i) general acceptance of that *'every activity which occurred within a jurisdiction should be within the purview of the state law and court'*, (ii) concerns about the erosion of the authority and respect for the national courts' jurisdiction by an alternative mechanism, and (iii) judicial jealousy because of the

¹⁴ Wolaver (n 5) 132.

¹⁵ Briner and Hamilton (n 6) 3.

¹⁶ Lew (n 2) 182.

¹⁷ J Martin H Hunter, 'Arbitration Procedure in England: past, present and future' (1985) 1(1) *Arbitration International* 82, 84; *Ibid* 183.

¹⁸ Lew (n 2) 183.

¹⁹ Bihter Kaytaz Eker, *Harmonising Role of the New York Convention* (1st edn Seckin 2020) 19-21.

²⁰ Albert Jan Van den Berg (1981), *The New York Convention of 1958* (Kluwer Law and Taxation Publishers 1981) 6.

²¹ Hunter (n 15) 84-85.

²² *Ibid* 84; Lew (n 2) 183.

²³ Hunter (n 15) 84.

²⁴ Lew (n 2) 183.

²⁵ 23 Fed. Cas. 1313 No. 14,065 (Circuit Court, D. Massachusetts May Term 1845) 1322.

fact that arbitration settled disputes more effectively.²⁶ All of these caused uncertainty and impracticalities for the business community.

Despite the firm national legal and political systems by the early 20th century, arbitration was frequently preferred over court adjudication, due to its key features, namely time and cost efficiency, the impartiality and expertise of the arbitrator, party autonomy, and confidentiality of proceedings.²⁷ Moreover, it became increasingly important as a reliable means of dispute resolution in the face of the reality of *'the great distrust towards the former enemy's court'* in the aftermath of World War I.²⁸

The abovementioned circumstances necessitated legal force to guarantee the enforcement of arbitration clauses and the enforcement of arbitral awards. They ended up with the Geneva Protocol on Arbitral Clauses of 1923²⁹ and the Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927.³⁰ These agreements were the first signals of change as they addressed the hurdles of that time by promoting international validity and enforceability of arbitral clauses and arbitration agreements and securing international enforceability of arbitral awards.

Nonetheless, international trade was boosted by the Western world to restore the economy of post-World War II, which was accompanied by an increase in the settlement of disputes stemming from international transactions by arbitration.³¹ This unveiled the shortcomings of the Geneva Treaties, such as the *'diversity-of-citizenship clause'*, which restricted the application of the treaties only to disputes between parties, each of whom was subject to the jurisdiction of different Contracting States;³² the exposure of both the validity of the arbitration clause/agreement and the enforcement of arbitral awards to local differences in

²⁶ Lew (n 2) 183.

²⁷ Kaytaz Eker (n 17) 21.

²⁸ Ibid 22; Hans Van Houtte, 'Parallel Proceedings Before State Courts and Arbitration Tribunals: Is there a Transnational *lis alibi pendens*-exception in Arbitration or Jurisdiction Conventions?' in Pierre A. Karrer (ed), *Arbitral Tribunals or State Courts Who Must Defer to Whom?* (ASA Special Series No.15 2001) 40.

²⁹ Protocol on Arbitration Clauses (signed on 24 September 1923, entered into force on 28 July 1924) League of Nations Treaty Series Vol 27 UN DOC E/AC.42/2 16 February 1955.

³⁰ Convention on Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927 (signed on 26 September 1927, entered into force 25 July 1929) League of Nations Treaty Series No 2096. See also Briner and Hamilton (n 6) 3; Leonard V Quigley, 'Accession by the United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards' (1961) 70(7) *The Yale Law Journal* 1049, 1049; Van den Berg (n 18) 6; Hefin Rees, 'Where has International Commercial Arbitration Come From?' (2010) <<http://hefinrees.wordpress.com/2010/06/11/where-has-international-commercial-arbitration-come-from/>> accessed 22 March 2020.

³¹ Kaytaz Eker (n 17) 25.

³² Arthur Nussbaum, 'Treaties on Commercial Arbitration-A Test of International Private-Law Legislation' (1942) 56(2) *Harvard Law Review* 219, 234.

national legislations and practices³³ and the requirement of the finality of the award, which called for double *exequatur*.³⁴

The New York Convention (NYC) came up in 1958 to '*apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought*', as well as of '*arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought*.'³⁵ It was a milestone for international arbitration as it was '*the beginning of internationalism in arbitration*'.³⁶ It has changed the regime that was established under the Geneva Treaties. With the New York Convention, it has been recognized that arbitration agreements are to be recognized except in cases where they are '*null and void, inoperative or incapable of being performed*.'³⁷ Likewise, arbitral awards are to be enforced if the prevailing party indicates existence of an arbitration agreement and the ensuing award.³⁸ National courts may refuse enforcement merely on exceptional grounds listed exhaustively under Article V of the Convention.³⁹ The number of States which acceded to the NYC has reached to 171 States.⁴⁰ Such a high rate of accession is a clear success in a world where there is no global convention for the enforcement of judicial decisions.⁴¹

The NYC was followed by some other developments, such as the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, and the emergence of new international arbitration institutions. They have paved the way for international arbitration to become largely self-regulating mechanism.

The ICSID Convention, which entered into force on 14 October 1966 and has been ratified by 158 States by now, has brought '*an autonomous and self-contained dispute resolution*

³³ Van Houtte (n 26) 40, 41; Reinmar Wolff (ed), *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Commentary* (C.H., Beck, Hart, Nomos 2012) 12.

³⁴ Dirk Otto, 'Article IV' in Herbert Kronke and others (eds), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (Kluwer Law International 2010) 145.

³⁵ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (signed on 10 June 1958, entered into force on 7 June 1959) 21 UST 2517, 330 UNTS 38 (hereinafter 'The New York Convention') Article I (1).

³⁶ Lew (n 2) 189.

³⁷ The New York Convention (n 33) Article II (3).

³⁸ *Ibid* Article III.

³⁹ *Ibid* Article V.

⁴⁰ UNCITRAL, 'Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)' <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2> accessed 4 December 2022.

⁴¹ Gerold Herrmann, 'The 1958 New York Convention: Its Objectives and Its Future' in Albert Jan Van den Berg (ed), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (Kluwer Law International 1999) 18. See also Michael Mustill, 'Arbitration: History and Background' (1989) 6(2) *Journal of International Arbitration* 43, 49 (describing the NYC as '*the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law*').

system' for investment disputes between governments and foreign investors.⁴² Due to such nature of the system, '*neither the procedure nor the awards rendered thereunder are subject to challenge in the national courts of contracting states.*'⁴³ In particular, the Convention rules that '*[t]he award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention*',⁴⁴ which amounts to restricting the role of national courts to recognition and enforcement of awards.⁴⁵

The UNCITRAL Arbitration Rules were launched in 1976 to provide '*a comprehensive set of procedural rules upon which parties may agree for the conduct of arbitral proceedings arising out of their commercial relationship*' in either ad hoc arbitration or administered arbitration.⁴⁶ The Rules, which were believed to be admissible in countries with divergent judicial systems,⁴⁷ covered the arbitral process extensively, including '*a model arbitration clause*', procedural rules in relation to the composition of arbitral tribunals and '*the conduct of arbitral proceedings*' and rules regarding '*the form, effect and interpretation of the award.*'⁴⁸ The UNCITRAL revised the Rules, which were acknowledged as a very successful text and were applied worldwide for a diverse range of disputes, '*including disputes between private commercial parties, investor-State disputes, State-to-State disputes and commercial disputes administered by arbitral institutions*',⁴⁹ in 2010 to match up to new practices in international trade and to reflect changes in arbitral practice, without touching '*the original structure of the text, its spirit or drafting style*'.⁵⁰ Accordingly, the 2010 revised version has additionally included provisions regarding multiple-party arbitration and joinder, liability and objection to qualifications, impartiality or independence of experts appointed by the arbitral tribunal, and promoted the procedural efficiency by containing various new features, such as amended procedures for the replacement of an arbitrator, the requirement for the rationality of costs and exhaustive provisions dealing with interim measures.⁵¹ The Rules

⁴² Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (opened for signature 18 March 1965, entered into force 14 October 1966), 575 UNTS 515; reproduced in 4 ILM 532 (1965) (hereinafter 'ICSID Convention'); International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), 'Database of ICSID Member States' <<https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>> accessed 4 December 2022; William K II Slate, 'International Arbitration: Do Institutions Make a Difference' (1996) 31(1) Wake Forest Law Review 41, 46.

⁴³ Slate (n 40) 46.

⁴⁴ ICSID Convention, Article 53(1).

⁴⁵ Slate (n 40) 46. See also *Ibid* Articles 50-53.

⁴⁶ UNCITRAL Arbitration Rules <<https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>> accessed 11 July 2022.

⁴⁷ Recommendations to Assist Arbitral Institutions and Other Interested Bodies with regard to Arbitrations under the UNCITRAL Arbitration Rules Adopted at the Fifteenth Session of the Commission, Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1982, Vol. XIII 420.

⁴⁸ UNCITRAL Arbitration Rules (n 44).

⁴⁹ UNGA Res 65/22 (10 January 2011).

⁵⁰ UNCITRAL Arbitration Rules (n 44).

⁵¹ UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010) (15 August 2010) Articles 10, 16, 29(2), 14, 40(2), 26.

also incorporated the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration in 2013⁵² and the UNCITRAL Expedited Arbitration Rules in 2021.⁵³

The UNCITRAL Model Law came in 1985, with two main aims: to provide principles that could be adopted by states which have no legislation or seek to reform their arbitration laws; and, *'to provide a harmonised arbitration law to avoid the then existing patchwork of domestic legislation based on an out-of-date attitude to arbitration.'*⁵⁴ The Model Law covers the entire arbitral process, namely arbitration agreement, composition and jurisdiction of the arbitral tribunal, conduct of arbitral proceedings, making of the award, termination of proceedings, the extent of court intervention, recourse against an award, and recognition and enforcement of arbitral awards.⁵⁵ It diminishes the supervisory role of national courts over international arbitrations and strengthens the party autonomy by providing parties with freedom to craft the arbitration system suitable to their needs.⁵⁶ It was revised in 2006 to update the form required for arbitration agreement to correspond with international means of contracting and to establish a legal regime enabling arbitral tribunal to grant interim measures.⁵⁷ Up until today, 85 States in a total of 118 jurisdictions have reformed their arbitration legislations based on the UNCITRAL Model Law, and the reform in 22 of them has grounded on the amended version.⁵⁸ Even some non-Model Law countries, such as Switzerland, Sweden and France, have reformed their legislations in line with the Model Law.⁵⁹ The common theme for these modern arbitration laws is that they have all strengthened the autonomy of international arbitration by (i) acknowledging the party autonomy and not leaving the conduct of arbitration process to the procedures of national law, (ii) recognizing the sole authority of the arbitral tribunal for all aspects of arbitration,

⁵² UNGA Res 68/109 (18 December 2013).

⁵³ UNGA Res 76/108 (17 December 2021).

⁵⁴ Lew (n 2) 190; Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law, UNGA Res 40/72 (11 December 1985).

⁵⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, UN Doc A/40/17, annex I (adopted on 21 June 1985).

⁵⁶ Lew (n 2) 190.

⁵⁷ Revised articles of the Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law, and the recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, 10 June 1958, UNGA Res 61/33 (4 December 2006).

⁵⁸ Countries legislations of which are based on the text of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration with amendments as adopted in 2006 are Australia(2010), Bahrain(2015), Barbados(2007), Belgium(2013), Bhutan(2013), Brunei Darussalam(2009), Costa Rica(2011), Fiji(2017), Georgia(2009), Ireland(2010), Jamaica(2017), Lithuania(2012), Mauritius(2008), Mongolia(2017), New Zealand(2007), Peru(2008), Republic of Korea(2016), Rwanda(2008), Slovenia(2008), South Africa(2018), Turkmenistan(2016), Uzbekistan (2021). See UNCITRAL, 'Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006' <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status> accessed 12 June 2022.

⁵⁹ French New Code of Civil Procedure, Decree of 12 May 1981; Swiss PILA; The Swedish Arbitration Act.

except validity of arbitration agreement and due process, and (iii) allowing the interference of national courts with the arbitration process in exceptional cases.⁶⁰

Other implications of internationalism in arbitration are the emergence of numerous new arbitration institutions and the amendment of rules of existing arbitration institutions.⁶¹ One study shows that *'only ten percent of the institutions around today existed'* until 1940 and *'[s]eventy percent of the institutions have been created in the last thirty years; fifty percent in the last twenty and twenty percent in the last ten years.'*⁶² Many institutions have launched their own rules,⁶³ and all now reflect arbitration as a stand-alone mechanism.⁶⁴ To be more specific, neither refers to any national procedural law but instead gives power to the tribunal to conduct the arbitration in a manner as it considers appropriate as long as it treats the parties equally and ensures their right to be heard.⁶⁵

The movement from national to international factors via these developments⁶⁶ let the arbitration survive against the intervention of courts and national laws and triggered development of an arbitration culture around the world. The widely self-regulating mechanism set by them has secured international arbitration as an acceptable means of dispute resolution by changing the focus from *'the control and supervision by national laws and courts, to freedom to arbitrate and non-intervention'* in line with the modern thinking of the business world.⁶⁷ The control by national laws and courts has become *'subordinate to the intentions of the parties and arbitrators' authority.*⁶⁸

Nonetheless, one must remember that the degree of the development of an arbitration culture varies in jurisdictions depending on how quickly these rules are absorbed into their legal framework, which directly affects the approach of legal actors to arbitration. Türkiye is one of countries reflecting the role of development of a substantially self-regulating mechanism in arbitration on the survival of arbitration against the biases and specificities of national laws and courts. That impact is manifest in the development of legal framework on arbitration in Türkiye. History of arbitration in Türkiye dates back to 1927, with the

⁶⁰ Lew (n 2) 194, 195.

⁶¹ Ibid 185, 188.

⁶² Guy Pendell, 'The Rise and Rise of the Arbitration Institutions' (Kluwer Arbitration Blog, 30 November 2011) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/11/30/the-rise-and-rise-of-the-arbitration-institution/>> accessed 5 July 2022. Despite a compilation of all existing arbitration institutions is not possible, one may rely on the list of members of International Federation of Commercial Arbitration Institutions (IFCAI), which has been in operation since 1985 with the prospect of lasting relations between commercial arbitration institutions while supporting the understanding regarding arbitration and conciliation. See International Federation of Commercial Arbitration Institutions (IFCAI), 'IFCAI Members 2022' <<https://www.ifcai-arbitration.org/ifcai-members/>> accessed 5 July 2022.

⁶³ Pendell (n 60).

⁶⁴ Lew (n 2) 194. See also, Slate (n 40) 47-52.

⁶⁵ Lew (n 2) 194.

⁶⁶ Ibid 185.

⁶⁷ Ibid 185, 192.

⁶⁸ Ibid 185.

appearance of the Code of Civil Procedure (CCP), Law No. 1086.⁶⁹ However, this law, which only governed arbitrations seated in Türkiye with no foreign element, referred neither to international arbitrations nor to recognition and enforcement of foreign arbitral awards. In the last quarter of the 20th century, not only the rise in the volume of arbitrations involving Turkish parties but also the desire to attract international arbitration to Türkiye triggered the change of policy in Türkiye in favour of arbitration. The concept of ‘international arbitration’ in Türkiye has developed mostly based on the constituents of the self-regulating mechanism in arbitration, development of which has been in progress since 1950s.

First, the recognition and enforcement of foreign arbitral awards was covered under the Turkish Private International Law, No. 2675 of 22 May 1982,⁷⁰ which was later amended by Law No. 5718 of 27 November 2007 (TPIL).⁷¹ This was followed with the accession of Türkiye to the NYC.⁷² As TPIL stated that ‘provisions of international agreements to which the Turkish Republic is a party are reserved’,⁷³ the priority in relation to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards is given to the provisions of the NYC and the TPIL applies only in cases where the NYC is inapplicable then. While approving the NYC, Türkiye has made two reservations, according to which the NYC applies only to the recognition and enforcement of arbitral awards that are rendered in the territory of another Contracting State regarding disputes resulting from legal relationships that are considered as commercial under Turkish law.⁷⁴ Even though both the TPIL and the NYC provides similar grounds for refusal of the recognition and enforcement, it is the NYC that applies to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards frequently in practice due to its wide acceptance around the world.⁷⁵

Besides, being aware of an increase in the use of arbitration in disputes relating to investments, Türkiye became a party to the ICSID Convention in 1988⁷⁶, and soon after reformed both the Constitution⁷⁷ and the Law regarding Principles to be Adhered to Upon Resorting to Arbitration in Disputes Arising from Concession Stipulations and Agreements

⁶⁹ Law No. 1086 promulgated in Official Gazette dated July 2, 3, 4, 1927, No. 622, 623, 624.

⁷⁰ For an English Translation of Law No. 2675 see Tugrul Ansay and Eric C Schneider, ‘The New Private International Law in Turkey’ (1990) 37(1) Netherlands International Law Review 139, 152-161.

⁷¹ Turkish Private International Law, Law No. 5718 of 27 November 2007, published in the Official Gazette dated 12 December 2007.

⁷² Official Gazette dated 25 September 1991, No. 21002.

⁷³ Turkish Private International Law, Law No. 5718 of 27 November 2007 (n 69) Article 1(2).

⁷⁴ Law Approving the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Law No. 3731 of 8 May 1991, published in the Official Gazette dated 21 May 1991, Article 2.

⁷⁵ Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn Beta 2019) 522-523.

⁷⁶ Law No. 3460 of 27 May 1988, published in the Official Gazette dated 6 December 1988, No. 19830.

⁷⁷ For the amendments of Article 125 and Article 155 of the Constitution, Law No. 4446 of 13 August 1999, published in the Official Gazette dated 13 August 1999, No. 23786.

Regarding Public Services, Law No. 4501.⁷⁸ Hence, resolution of disputes arising out of concession agreements for foreign investments in public services through arbitration has become acceptable.

In line with both the international conventions to which Türkiye is a signatory and legislative reforms, International Arbitration Law, Law No. 4686⁷⁹ (IAL) was enacted by being mainly modelled on the UNCITRAL Model Law while some of its provisions were inspired by the provisions of Chapter 12 of the Swiss Federal Act on Private International Law of 1987 and the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC).⁸⁰ The IAL established the legal regime for international arbitration,⁸¹ taking the expectations of parties to international contracts '*for a more efficient form of dispute resolution with less state intervention*' into consideration.⁸² Interference by national courts has been minimized by various means, including providing parties with procedural flexibility based on principle of the party autonomy, whole or partial waiver of the right to recourse to a national court for setting aside of the arbitral award and limited grounds for setting aside without allowing to a review of merits of the award.⁸³

Apparently, arbitration is no longer an exception but a norm in international commercial disputes, with the development of the legal framework on arbitration in Türkiye under the effect of the substantially self-regulating mechanism in arbitration.⁸⁴ However, the slow pace of the development of the legal framework regarding arbitration in Türkiye in comparison with the developed legal systems has resulted in a developing arbitration culture in Türkiye, which is evident in judicial decisions.⁸⁵ Turkish Court of Cassation may review both decisions of the court of first instance granting or refusing the enforcement of foreign arbitral awards and decisions of the court of first instance about annulment of awards resulting from international arbitration cases in Türkiye,⁸⁶ and one epitome of the rigorous process of developing an arbitration culture is divergence of approaches to arbitration among chambers in the Turkish Court of Cassation.⁸⁷ Because there is not a

⁷⁸ Law regarding Principles to be Adhered to Upon Resorting to Arbitration in Disputes Arising from Concession Stipulations and Agreements Regarding Public Services, Law No. 4501 of 21 January 2000, published in the Official Gazette dated 22 January 2000, No. 23941.

⁷⁹ International Arbitration Law, Law No. 4686 of 21 June 2001, published in the Official Gazette dated 5 July 2001, No. 24453.

⁸⁰ Ali Yesilirmak, 'Chapter 1: Legal Framework' in Ali Yesilirmak and Ismail G Esin (eds), *Arbitration in Turkey* (Kluwer Law International 2015) 3.

⁸¹ International Arbitration Law, Law No. 4686 of 21 June 2001 (n 77) Article 1 and Article 2.

⁸² Nazan Candaner Elver, 'Turkish International Arbitration Law and Restrictions on its Application' (2004) 21(5) *Journal of International Arbitration* 453, 454.

⁸³ International Arbitration Law, Law No. 4686 of 21 June 2001 (n 77) Chapter 4 and Chapter 5.

⁸⁴ Yesilirmak (78) 2.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Vahit Doğan, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (1st edn Savaş 2020) 1214-1215, 1268; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn Vedat Kitapçılık 2016) 320.

⁸⁷ For the contradictory decisions in relation to charges, public policy and provisional attachment, Zeynep Derya Tarman, 'Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı

specific chamber for arbitration disputes in the Turkish Court of Cassation, the predictability is adversely affected in the face of the fact that each chamber deals with appeal differently.⁸⁸ Assignment of one specific chamber in the Court of Cassation for arbitral issues would be a positive step for the predictability,⁸⁹ but more importantly, for the maturity of arbitration culture.

II. A MORE RECENT CHALLENGE: ARBITRATION IN THE SHADOW OF COVID-19

Having survived the biases and specificities of national laws and courts, international arbitration has recently faced another challenge: the COVID-19 pandemic. Having recognized the magnitude of the disease, countries began to declare travel bans and lockdowns of varying levels. With the enforcement of these measures, not only filings and submissions but also the physical presence of participants in arbitration proceedings increasingly became difficult.⁹⁰ The pandemic required a switch to virtual arrangements for arbitration to work effectively, and arbitral institutions responded to such need in time.

The international arbitration community was already familiar with the process of virtual hearings in the pre-pandemic period as procedural rules of various arbitration institutions were revised in the light of technological developments.⁹¹ For instance, the London Court of International Arbitration (LCIA) amended its Rules before the pandemic. It provided under the second sentence of Article 19 that '*a hearing may take place by video or telephone conference or in person (or combination of all three)*'.⁹² However, it was a real challenge for the community to manage all stages of arbitral process online.⁹³

The new circumstances and demands presented by the pandemic have put so much pressure on arbitration institutions, which are increasingly taking an active role in developing international arbitration in addition to their core activity, i.e., effective case

Tespitler' (2017) 37(2) Public and Private International Law Bulletin, 798, 806-807, 816-817; Doğan (n 84) 1229-1230; Şanlı (n 73) 517.

⁸⁸ Ersin Erdoğan and Belkıs Vural Çelenk, 'The Culture of Dispute Resolution in Turkey and the Istanbul Arbitration Centre' (2016) 7(12) Law & Justice Review, 157, 166.

⁸⁹ Tarman (n85) 818.

⁹⁰ Atike Eda Manav Özdemir and Belkıs Vural Çelenk, 'Tahkimde Çevrimiçi Duruşmalar ve Çevrimiçi Duruşmaların Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi' (2022) 42(1) Public and Private International Law Bulletin <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ppil/article/905042#article_cite> accessed 22 July 2022.

⁹¹ Emad Hussein, 'The COVID-19 Pandemic and Arbitration in the UAE: A Tale of Challenges and Opportunities' (2020) 7(2) SOAS Law Journal 102, 117.

⁹² London Court of International Arbitration (LCIA), 'LCIA Arbitration Rules (2014)' (effective 1 October 2014) <https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2019> accessed 16 June 2022, Article 19.2.

⁹³ Hussein (n 68) 117. See also Maxi Scherer, 'Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework' (2020) 37(4) Journal of International Arbitration 407, 412.

administration.⁹⁴ Initially, a group of institutions published a joint message, seeking to promote the *'stability and foreseeability in a highly unstable environment'* presented by the pandemic and to ensure that *'pending cases may continue and that parties may have their cases heard without undue delay.'*⁹⁵ The Statement invited the arbitral tribunals and parties to use *'the full extent of (...) respective institutional rules and any case management techniques that may permit arbitrations to substantially progress without undue delay despite such impediments.'*⁹⁶ This was followed by concrete steps taken by arbitration institutions, such as amendment of operations and rules and launching guidelines and measures.

The first significant step in responding to the need for a switch to virtual arrangements was the amendment of operations of arbitration institutions. Most arbitration institutions have allowed filings and submissions electronically,⁹⁷ either by email or through their online filing systems.⁹⁸ Moreover, the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), which launched the SCC Platform in September 2019 to provide secure and efficient communication and file sharing between the SCC, the parties and the tribunal, started to offer this service also in *ad hoc* arbitrations in May 2020 for free of charge during the pandemic.⁹⁹ Besides, operations of hearings have been adjusted to the new circumstances. The new normal for hearings has become virtual hearings. For instance, three leading international arbitration centres, namely Maxwell Chambers, the International Dispute Resolution Centre and the Arbitration Place, launched 'International Arbitration Centres Alliances' and offered global hybrid hearings that *'employ a combination of on-site, remote, and virtual attendance methods to ensure that all parties can participate fully and*

⁹⁴ Mohamed Abdel Raouf, 'Emergence of New Arbitral Centres in Asia and Africa: Competition, Cooperation and Contribution to the Rule of Law' in Stavros Brekoulakis, Julian D M Lew and Loukas Mistelis (eds), *The Evolution and Future of International Arbitration* (Kluwer Law International 2016) 325.

⁹⁵ Arbitral Institutions COVID-19 Joint Statement <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/covid19-joint-statement.pdf>> accessed 16 June 2022.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Mark Shope, 'The International Arbitral Institution Response to COVID-19 and Opportunities for Online Dispute Resolution' (2020) 13(1) *Contemp. Asia Arb. J.* 67, 77.

⁹⁸ E.g. International Centre for Dispute Resolution (ICDR), 'International Dispute Resolution Procedures (including Mediation and Arbitration Rules)' (amended and effective 1 March 2021) <https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules_1.pdf?utm_source=icdr-website&utm_medium=rules-page&utm_campaign=rules-intl-update-1mar> accessed 22 June 2022, International Arbitration Rules, Article 2; London Court of International Arbitration (LCIA), 'LCIA Online Filing' <<https://onlinefiling.lcia.org/>> accessed 22 June 2022; Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA), 'Welcome to ACICA E-Filing System' <<https://acica.org.au/acica-e-filing/>> accessed 23 June 2022.

⁹⁹ Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 'SCC Platform-Simplifying Secure Communication From Request to Award' <<https://sccinstitute.com/case-management/#:~:text=The%20SCC%20Platform%20provides%20participants,counsel%20and%20arbitrators%20throughout%20the>> accessed 22 June 2022. See also Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 'Ad Hoc Platform-Powered by the SCC' <<https://sccinstitute.com/case-management/ad-hoc-platform/>> accessed 22 June 2022.

easily, no matter where in the world they are located.’¹⁰⁰ Some arbitration institutions even have provided services for remote hearings. For example, the Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) and the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) launched virtual hearing services that may be used for arbitrations, regardless of whether the specific arbitration is administered by the institution.¹⁰¹

In addition, having recognized the increasing use of technology, many arbitration institutions have amended their rules to reflect the need of arbitration users during the pandemic. For instance, the ICC amended its Rules in 2021 and clarified that an arbitral tribunal may decide on whether to conduct a hearing ‘*by physical attendance or remotely by videoconference, telephone or other appropriate means of communication*’ after consulting the parties and on the basis of the relevant facts and the circumstances of the case.¹⁰² Likewise, updates to the LCIA Arbitration Rules reflect some changes in good practice by expanding the provisions regarding the use of virtual hearings and recognizing the urgency of electronic communication with the LCIA and in arbitration.¹⁰³

Finally, leading arbitral institutions issued guidelines and measures to assist arbitration users. For instance,

- ICC released Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of COVID-19 Pandemic, (i) outlining the procedural tools available to parties, counsel and tribunals to mitigate the pandemic related delays, and (ii) providing guidance regarding the organisation of virtual hearing.¹⁰⁴
- Istanbul Arbitration Centre (ISTAC) announced Online Hearing Rules and Procedures, and provided a road map for conducting online hearings through 10 articles.¹⁰⁵

¹⁰⁰ International Arbitration Centres Alliances, ‘What are Hybrid Hearings?’ <<https://www.iacaglobal.com/hybrid-hearings>> accessed 17 June 2022.

¹⁰¹ Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), ‘Flexible, Effective and Seamless: HKIAC Virtual Hearings’ <<https://www.hkiac.org/our-services/facilities/virtual-hearings>> accessed 17 June 2022. See also International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), ‘Hearing Facilities’ <<https://icsid.worldbank.org/services/hearing-facilities>> accessed 17 June 2022.

¹⁰² International Chamber of Commerce (ICC), ‘ICC Arbitration Rules 2017 & 2021-Compared Version’ <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-2021-2017-arbitration-rules-compared-version.pdf>> accessed 23 June 2022 Article 26(1).

¹⁰³ London Court of International Arbitration (LCIA), ‘Updates to the LCIA Arbitration Rules and the LCIA Mediation Rules (2020)’ <<https://lcia.org/lcia-rules-update-2020.aspx>> accessed 24 June 2022 Articles 4, 9.7, 13, 14.3, 16.3, 19.2 and 26.

¹⁰⁴ ICC International Court of Arbitration, ‘ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic’ (9 April 2020) <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>> accessed 17 June 2022.

¹⁰⁵ Istanbul Arbitration Centre (ISTAC), ‘ISTAC Online Hearing Rules and Procedures’ <<https://istac.org.tr/en/dispute-resolution/arbitration/istac-online-hearing-rules-and-procedures/>> accessed 17 June 2022.

- Aiming 'to ensure participants experience a seamless and effective virtual hearing', HKIAC provided guidelines for fully or partially virtual hearings.¹⁰⁶
- Vienna Arbitration Centre (VIAC) released a Checklist for Remote Hearings, which provided 'guidance for arbitrators and the parties in determining whether the conduct of a remote hearing is reasonable and appropriate in the specific circumstances of a case.'¹⁰⁷
- The China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) produced the Guidelines on Proceeding with Arbitration Actively and Properly during the COVID-19 Pandemic (Trial)¹⁰⁸ for the users of arbitration to assist them to deal with disputes during the time of the pandemic. Having noted fundamental principles, i.e., responsibility for arbitral tribunal to proceed with arbitration efficiently and fairly and participation of the parties or their representatives in arbitral proceedings in good faith, the Guidelines included specific measures on online case filing, service of documents, procedural orders, pre-hearing conferences and oral hearings.¹⁰⁹

Hence, arbitration has remained resilient against difficulties created by the pandemic mainly due to various levels of efforts by arbitral institutions, such as the amendment of operations and procedural rules and the launch of guidelines and measures, which have led to a transition process in which face-to-face hearings have been replaced with virtual hearings.

III. CURRENT STATE OF INTERNATIONAL ARBITRATION

Data released from various research in the last decade show that the development of arbitration towards becoming largely self-regulating mechanism has played a crucial role not only in boosting the use of arbitration but also in adapting to the extraordinary circumstances of the pandemic.

Researches show that users of arbitration have generally welcomed the developments for the change to the regime of international arbitration since the 1950s, which have served for the survival of arbitration against the biases and specificities of national laws and courts, and have pointed them out as determining factor in their selection of arbitration as a

¹⁰⁶ Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 'HKIAC Guidelines for Virtual Hearings' <https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/HKIAC%20Guidelines%20for%20Virtual%20Hearings_s_3.pdf> accessed 17 June 2022.

¹⁰⁷ Vienna International Arbitration Centre, 'The Vienna Protocol – A Practical Checklist for Remote Hearings, (June 2020)' <https://www.viac.eu/images/documents/The_Vienna_Protocol_-_A_Practical_Checklist_for_Remote_Hearings_FINAL.pdf> accessed 17 June 2022.

¹⁰⁸ China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), 'CIETAC launches Guidelines on Proceeding with Arbitration Actively and Properly during the COVID-19 Pandemic (Trial)', (28 April 2020) <<http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=16919&l=en>> accessed 17 June 2022.

¹⁰⁹ Ibid.

dispute resolution method. 2015 Report by the International Bar Association (IBA) Arbitration Subcommittee, revealing the increase in the use of arbitration in all regions, pointed out, *inter alia*, legislative reforms and enforceability under the NYC as factors which were significant for the growth of international arbitration.¹¹⁰ Surveys conducted by Queen Mary University of London (QMUL) in the last decade also revealed data in a similar vein. Accordingly, 2018 Survey indicated that international arbitration was the preferred dispute resolution mechanism for 97% of the respondents, either as a stand-alone method (48%) or in conjunction with ADR (49%) while only 4% of respondents chose commercial litigation.¹¹¹ More significantly, according to the survey, '*enforceability of awards*' (64%) was seen as the most significant strength of arbitration, followed by '*avoiding specific legal systems/national courts*' (60%),¹¹² which was almost identical to the findings of the 2015 Survey for the question about the most valuable characteristics of international arbitration.¹¹³ The 2021 Survey, under which the respondents were asked their preferred method of resolving international disputes for post-COVID-19, reflected the ongoing popularity of arbitration and disclosed that '*the factors that influenced their choices remained largely the same*.'¹¹⁴

Besides, 2021 Survey indicated that using technology became the new normal and users of arbitration adapted to the new circumstances presented by the pandemic by taking advantage of arbitration institutions which quickly took an action to reflect the need of users of arbitration for a switch to virtual arrangements. In particular, according to the survey, changing circumstances resulting from the pandemic forced the users of arbitration to explore alternatives to in-person hearings, and use of virtual hearing rooms increased.¹¹⁵ In contrast to the 2018 Survey, according to which 64% of the respondents said they had 'never' used virtual hearing rooms and 14% of the participants expressed that they had used them 'rarely',¹¹⁶ respondents of 2021 Survey reported intensive use of virtual hearing rooms. Accordingly, 35% of the respondents used virtual hearing rooms 'sometimes', and 33%

¹¹⁰ International Bar Association Arbitration 40 Subcommittee, 'The Current State and Future of International Arbitration: Regional Perspectives' <<https://cvdvn.files.wordpress.com/2018/10/int-arbitration-report-2015.pdf>> accessed 6 June 2022.

¹¹¹ Queen Mary University of London and White & Case partnership, '2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration' <[http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)> accessed 13 December 2021, 5.

¹¹² Ibid 7.

¹¹³ Queen Mary University of London and White & Case partnership, '2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration', <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf> accessed 27 December 2021, 6.

¹¹⁴ Queen Mary University of London and White & Case partnership, '2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World' <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf> accessed 21 June 2022, 5.

¹¹⁵ Ibid 21.

¹¹⁶ Queen Mary University of London and White & Case partnership, '2018 International Arbitration Survey' (n 109) 32.

reported using it 'frequently' while 5% used virtual hearing rooms 'always'.¹¹⁷ Besides highlighting the explosion in the use of virtual hearings, the Survey disclosed that the most preferred arbitral institutions were well-known institutions, such as ICC, Singapore International Arbitration Centre (SIAC), HKIAC, LCIA, and CIETAC, showing an awareness of the pandemic in various levels.¹¹⁸ Despite the respondents did not list 'administrative/logistical support for virtual hearings' as one of the distinguishing features in the determination of their preferred arbitration institutions, they indirectly recognized the significance of such support by voting it as a '*top-ranked choice*' (38%) in considering adjustments that would render arbitral institutions other than the most preferred ones more attractive.¹¹⁹ This implies the significant role of the arbitration institutions in addressing the need for adaptation under pandemic circumstances.

CONCLUSION

Arbitration, having grown globally, has faced various challenges throughout time and has survived them all. The first biggest struggle before arbitration was against the intervention of courts and national laws. The arbitration community, which has just been relieved from this difficulty, has faced another one, COVID-19 pandemic, which has brought unprecedented challenges in terms of every aspect of life. This paper alleges that arbitration has survived these major challenges due to its largely self-regulating mechanism development of which has been in progress since 1950s. Having overviewed the journey of arbitration till today by dividing the history in different period of times in terms of the historical development of arbitration, it revealed that the hostile attitude towards arbitration, setting the basis for the first challenge, resulted from States' desire to control activities in their jurisdiction in the wake of the rise of state sovereignty in the 18th century, and it took three hundred years to be overcome through the development of arbitration towards becoming substantially self-regulating dispute resolution mechanism, acknowledging principles of party autonomy and of limited grounds for the recognition and enforcement of arbitral awards. Due to such development, arbitration has also managed the recent challenge, i.e., the COVID-19 pandemic, relatively easily. Arbitration institutions, one significant pillar of the mechanism in arbitration, have provided vital support to arbitration in the face of extraordinary circumstances that the pandemic entailed by adjusting their operations, updating rules and producing guidelines and measures for virtual hearings.

The future of international arbitration would probably not be hassle-free. However, today, one may safely say that international arbitration can survive any challenges due to its largely self-regulating mechanism, which embodies all the necessary tools to devise a solution to any difficulties.

¹¹⁷ Queen Mary University of London and White & Case partnership, '2021 International Arbitration Survey' (n 112) 21.

¹¹⁸ Ibid 10.

¹¹⁹ Ibid 11-12.

Bibliography

Treaties, Documents and Model Laws

Convention on Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927 (signed on 26 September 1927, entered into force 25 July 1929) League of Nations Treaty Series No 2096

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (signed on 10 June 1958, entered into force on 7 June 1959) 21 UST 2517, 330 UNTS 38 (The New York Convention)

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (opened for signature 18 March 1965, entered into force 14 October 1966), 575 UNTS 515; reproduced in 4 ILM 532 (1965) (ICSID Convention)

Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law, UNGA Res 40/72 (11 December 1985)

Protocol on Arbitration Clauses (signed on 24 September 1923, entered into force on 28 July 1924) League of Nations Treaty Series Vol 27 UN DOC E/AC.42/2 16 February 1955

Recommendations to Assist Arbitral Institutions and Other Interested Bodies with regard to Arbitrations under the UNCITRAL Arbitration Rules Adopted at the Fifteenth Session of the Commission, Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1982, Vol. XIII 420-424

Revised articles of the Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law, and the recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, 10 June 1958, UNGA Res 61/33 (4 December 2006)

UNCITRAL Arbitration Rules
 <<https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>>
 accessed 11 July 2022

UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010) (15 August 2010)

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, UN Doc A/40/17, annex I (adopted on 21 June 1985)

UNGA Res 65/22 (10 January 2011)

UNGA Res 68/109 (18 December 2013)

UNGA Res 76/108 (17 December 2021)

Codes

French New Code of Civil Procedure, Decree of 12 May 1981

International Arbitration Law, Law No. 4686 of 21 June 2001, published in the Official Gazette dated 5 July 2001, No. 24453

Law Approving the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Law No. 3731 of 8 May 1991, published in the Official Gazette dated 21 May 1991

Law regarding Principles to be Adhered to Upon Resorting to Arbitration in Disputes Arising from Concession Stipulations and Agreements Regarding Public Services, Law No. 4501 of 21 January 2000, published in the Official Gazette dated 22 January 2000, No. 23941

Law No. 1086 promulgated in Official Gazette dated July 2, 3, 4, 1927, No. 622, 623, 624

Law No. 3460 of 27 May 1988, published in the Official Gazette dated 6 December 1988, No. 19830

Law No. 4446 of 13 August 1999, published in the Official Gazette dated 13 August 1999, No. 23786

Official Gazette dated 25 September 1991, No. 21002

Swiss PILA

Turkish Private International Law, Law No. 5718 of 27 November 2007, published in the Official Gazette dated 12 December 2007

The Swedish Arbitration Act

Cases

Tobey v County of Bristol, 23 Fed Cas 1313 No 14,065 (Circuit Court, D. Massachusetts May Term 1845)

Books and Articles

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn Vedat Kitapçılık 2016)

Ansay T and Schneider E C, 'The New Private International Law in Turkey' (1990) 37(1) *Netherlands International Law Review* 139-161

Briner R and Hamilton V, 'History and General Purpose of the Convention-The Creation of an International Standard to Ensure the Effectiveness of Arbitration Agreements and Foreign Arbitral Awards' in Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro (eds),

- Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards-The New York Convention in Practice* (CMP Publishing Ltd. 2008) 3-37
- Candaner Elver N, 'Turkish International Arbitration Law and Restrictions on its Application' (2004) 21(5) *Journal of International Arbitration* 453-458
- Domke M, Wilner G M and Edmonson L E, *Part I. The Nature of Commercial Arbitration, Chapter 2. A Brief History of Arbitration in Domke on Commercial Arbitration* (Westlaw, Database updated November 2017)
- Doğan V, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (1st edn Savaş 2020)
- Erdoğan E and Vural Çelenk B, 'The Culture of Dispute Resolution in Turkey and the Istanbul Arbitration Centre' (2016) 7(12) *Law & Justice Review*, 157-171
- Garnett R, 'International Arbitration Law: Progress towards Harmonisation' (2002) 3(2) *Melbourne Journal of International Law* 400-413
- Herrmann G, 'The 1958 New York Convention: Its Objectives and Its Future' in Albert Jan Van den Berg (ed), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (Kluwer Law International 1999) 15-23
- Hunter J M H, 'Arbitration Procedure in England: past, present and future' (1985) 1(1) *Arbitration International* 82-102
- Hussein E, 'The COVID-19 Pandemic and Arbitration in the UAE: A Tale of Challenges and Opportunities' (2020) 7(2) *SOAS Law Journal* 102-191
- Kaytaze Eker B, *Harmonising Role of the New York Convention* (1st edn Seckin 2020)
- Lew J D M, 'Achieving the Dream: Autonomous Arbitration' (2006) 22(2) *Arbitration International* 179-203
- Manav Özdemir A E and Vural Çelenk B, 'Tahkimde Çevrimiçi Duruşmalar ve Çevrimiçi Duruşmaların Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi' (2022) 42(1) *Public and Private International Law Bulletin* 205-248 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ppil/article/905042#article_cite> accessed 22 July 2022
- Mustill M, 'Arbitration: History and Background' (1989) 6(2) *Journal of International Arbitration* 43-56
- Nussbaum A, 'Treaties on Commercial Arbitration-A Test of International Private-Law Legislation' (1942) 56(2) *Harvard Law Review* 219-244
- Otto D, 'Article IV' in Herbert Kronke and others (eds), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (Kluwer Law International 2010) 143-203

- Quigley L V, 'Accession by the United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards' (1961) 70(7) *The Yale Law Journal* 1049-1082
- Raouf M A, 'Emergence of New Arbitral Centres in Asia and Africa: Competition, Cooperation and Contribution to the Rule of Law' in Stavros Brekoulakis, Julian D M Lew and Loukas Mistelis (eds), *The Evolution and Future of International Arbitration* (Kluwer Law International 2016) 321-330
- Scherer M, 'Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework' (2020) 37(4) *Journal of International Arbitration* 407-448
- Shope M, 'The International Arbitral Institution Response to COVID-19 and Opportunities for Online Dispute Resolution' (2020) 13(1) *Contemp. Asia Arb. J.* 67-83
- Slate W K II, 'International Arbitration: Do Institutions Make a Difference' (1996) 31(1) *Wake Forest Law Review* 41-64
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn Beta 2019)
- Tarman Z D, 'Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler' (2017) 37(2) *Public and Private International Law Bulletin*, 798-820
- Van den Berg A J, *The New York Convention of 1958* (Kluwer Law and Taxation Publishers 1981)
- Van Houtte H, 'Parallel Proceedings Before State Courts and Arbitration Tribunals: Is there a Transnational *lis alibi pendens*-exception in Arbitration or Jurisdiction Conventions?' in Pierre A. Karrer (ed), *Arbitral Tribunals or State Courts Who Must Defer to Whom?* (ASA Special Series No.15 2001) 35-54
- Wolaver E S, 'The Historical Background of Commercial Arbitration' (1934) 83(2) *University of Pennsylvania Law Review* 132-146
- Wolff R (ed), *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Commentary* (C.H., Beck, Hart, Nomos 2012)
- Yeşilirmak A, 'Chapter 1: Legal Framework' in Ali Yeşilirmak and Ismail G Esin (eds), *Arbitration in Turkey* (Kluwer Law International 2015) 1-14

Websites and Blogs

- 'Arbitral Institutions COVID-19 Joint Statement'
<<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/covid19-joint-statement.pdf>> accessed 16 June 2022

- Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 'Ad Hoc Platform-Powered by the SCC' <<https://sccinstitute.com/case-management/ad-hoc-platform/>> accessed 22 June 2022
- Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 'SCC Platform-Simplifying Secure Communication from Request to Award' <<https://sccinstitute.com/case-management/#:~:text=The%20SCC%20Platform%20provides%20participants,counsel%20and%20arbitrators%20throughout%20the>> accessed 22 June 2022
- Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA), 'Welcome to ACICA E-Filing System' <<https://acica.org.au/acica-e-filing/>> accessed 23 June 2022
- China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), 'CIETAC launches Guidelines on Proceeding with Arbitration Actively and Properly during the COVID-19 Pandemic (Trial)', (28 April 2020) <<http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=16919&l=en>> accessed 17 June 2022
- Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 'Flexible, Effective and Seamless: HKIAC Virtual Hearings' <<https://www.hkiac.org/our-services/facilities/virtual-hearings>> accessed 17 June 2022
- Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 'HKIAC Guidelines for Virtual Hearings' <https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/HKIAC%20Guidelines%20for%20Virtual%20Hearings_3.pdf> accessed 17 June 2022
- International Arbitration Centres Alliances, 'What are Hybrid Hearings?' <<https://www.iacaglobal.com/hybrid-hearings>> accessed 17 June 2022
- International Bar Association Arbitration 40 Subcommittee, 'The Current State and Future of International Arbitration: Regional Perspectives' (2015) <<https://cvdvn.files.wordpress.com/2018/10/int-arbitration-report-2015.pdf>> accessed 6 June 2022
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), 'Database of ICSID Member States' <<https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>> accessed 4 December 2022
- International Centre for Dispute Resolution (ICDR), 'International Dispute Resolution Procedures (including Mediation and Arbitration Rules)' (amended and effective 1 March 2021) <https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules_1.pdf?utm_source=icdr-website&utm_medium=rules-page&utm_campaign=rules-intl-update-1mar> accessed 22 June 2022

- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), 'Hearing Facilities' <<https://icsid.worldbank.org/services/hearing-facilities>> accessed 17 June 2022
- International Chamber of Commerce (ICC), 'ICC Arbitration Rules 2017 & 2021-Compared Version' <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-2021-2017-arbitration-rules-compared-version.pdf>> accessed 23 June 2022
- ICC International Court of Arbitration, 'ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic' (9 April 2020) <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>> accessed 17 June 2022
- International Federation of Commercial Arbitration Institutions (IFCAI), 'IFCAI Members 2022' <<https://www.ifcai-arbitration.org/ifcai-members/>> accessed 5 July 2022
- Istanbul Arbitration Centre (ISTAC), 'ISTAC Online Hearing Rules and Procedures' <<https://istac.org.tr/en/dispute-resolution/arbitration/istac-online-hearing-rules-and-procedures/>> accessed 17 June 2022
- London Court of International Arbitration (LCIA), 'LCIA Arbitration Rules (2014)' (effective 1 October 2014) <https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2019> accessed 16 June 2022
- London Court of International Arbitration (LCIA), 'LCIA Arbitration Rules' (effective 1 October 2020) <https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%204> accessed 24 June 2022
- London Court of International Arbitration (LCIA), 'LCIA Online Filing' <<https://onlinefiling.lcia.org/>> accessed 22 June 2022
- London Court of International Arbitration (LCIA), 'Updates to the LCIA Arbitration Rules and the LCIA Mediation Rules (2020)' <<https://lcia.org/lcia-rules-update-2020.aspx>> accessed 24 June 2022
- Pendell G, 'The Rise and Rise of the Arbitration Institutions' (Kluwer Arbitration Blog, 30 November 2011) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/11/30/the-rise-and-rise-of-the-arbitration-institution/>> accessed 5 July 2022
- Queen Mary University of London and White & Case partnership, '2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration' <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf> accessed 27 December 2021
- Queen Mary University of London and White & Case partnership, '2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration' <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International->

Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF> accessed 13 December 2021

Queen Mary University of London and White & Case partnership, '2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World' <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf> accessed 21 June 2022

Rees H, 'Where has International Commercial Arbitration Come From?' (2010) <<http://hefinrees.wordpress.com/2010/06/11/where-has-international-commercial-arbitration-come-from/>> accessed 22 March 2020

UNCITRAL, 'Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)' <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2> accessed 4 December 2022

UNCITRAL, 'Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006' <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status> accessed 12 June 2022

Vienna International Arbitration Centre, 'The Vienna Protocol – A Practical Checklist for Remote Hearings, (June 2020)' <https://www.viac.eu/images/documents/The_Vienna_Protocol_-_A_Practical_Checklist_for_Remote_Hearings_FINAL.pdf> accessed 17 June 2022

World Health Organization (WHO), 'Impact of COVID-19 on people's livelihoods, their health and our food systems- Joint statement by ILO, FAO, IFAD and WHO' (13 October 2020) <<https://www.who.int/news/item/13-10-2020-impact-of-covid-19-on-people-s-livelihoods-their-health-and-our-food-systems>> accessed 9 June 2022

SOYBAĞININ REDDİ DAVASI (1)

The Case of Denial of Lineage Tie

  **Salih KARADENİZ (2)**

ÖZET

Soybağının kurulması, düzgün bir şekilde tespiti ve tescili her zaman önemli konulardan birisi olmuştur. Ailenin ve özellikle çocuğun korunması için soybağına ilişkin davalara kanun koyucu önem göstererek ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Bu doğrultuda çalışmamızda incelediğimiz soybağının reddi davası da Kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Ana ile soybağı doğumla ve evlat edinme ile kurulmaktadır. Baba ile soybağı ise ana ile evlilik, tanıma, babalık hükmü ve evlat edinmeyle kurulmaktadır. Ancak baba ile soybağı kurulacak çocuğun, başka bir erkekle soybağı bulunmamalıdır. Eğer soybağı ilişkisi varsa bu durumda soybağının ortadan kaldırılması gerekmektedir. Soybağının reddi davası da bu noktada devreye girmektedir. Kısaca soybağının reddi davası, baba ile çocuk arasındaki geçerli olan babalık karinesinin çürütülerek, ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Soybağının düzeltilmesi için soybağının reddi davası açılmak zorundadır. Zira babalık karinesi kanunda aranan şartların yerine gelmesi durumunda kendiliğinden devreye girmektedir. Soybağının reddi davasını; koca, çocuk, kayyım, kocanın altsoyu, ana ve babası, baba olduğunu iddia eden kişi ve ana açabilmektedir. Davalı tarafta ise ihtimallere göre ana ve çocuk, ana ve koca, ana, çocuk ve koca mecburi dava arkadaşları olarak yer almaktadır. Görevli mahkeme kuralı olarak aile mahkemeleridir. Çalışmamızda ayrıca soybağının reddi sebepleri ve ispat kuralları incelenmektedir. Davanın yargılama usulüne ve özellikle çatışma halinde olan hükümlere de temas edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Soybağı, soybağının reddi davası, babalık karinesi, soybağının reddi sebepleri, yargılama usulü.

ABSTRACT

The establishment, proper determination and registration of the lineage tie has always been one of the important issues. For the protection of the family and especially the child, the lawmaker has arranged the cases related to genealogy in detail by paying attention to them. In this respect, the case of denial of lineage tie, which we examined in our study, is also

¹ Derleme Makale. Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir. Gönderim Tarihi: 05.06.2022, Kabul Tarihi: 09.09.2022.

² Arş. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilim Dalı. Bu makale yazar tarafından, kurumdaki görevine başlamadan evvel kaleme alınmıştır.

specially regulated in the Law. Lineage tie with mother is established by birth and adoption. Lineage tie with the father, on the other hand, is established by marriage with the mother, recognition, paternity clause and adoption. However, the child to be established lineage tie with the father must not have a lineage tie with another man. If there is a lineage relationship, in this case, the lineage must be eliminated. The case of denial of lineage tie also comes into play at this point. In short, the case of denial of lineage tie means the refutation of the presumption of paternity, which is valid between the father and the child, and the elimination of it. In order to correct the lineage tie, a case of rejection of the lineage ties must be filed. Because the presumption of paternity automatically comes into play if the conditions required by the law are fulfilled. The case of denial of lineage tie; husband, child, trustee, descendants of the husband, mother and father, the person claiming to be the father and the mother can open. On the defendant side, according to the possibilities, mother and child, mother and husband, mother, child and husband are included as compulsory co-defendants. The court in charge is the family courts. In our study, the reasons for denial of lineage tie and the rules of proof are also examined. The trial procedure of the case and in particular the conflicting articles were also touched upon.

Keywords: Lineage tie, the case of denial of lineage tie, the presumption of paternity, reasons for denial of lineage tie, trial procedure.

GİRİŞ

Soybağı konusunda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) ³ detaylı düzenlemeler içermektedir. Soybağına ilişkin hükümler ve çalışmanın konusu olan soybağının reddi davası, Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku kitabının hısımlık başlıklı 2. kısmı olan soybağının kurulması bölümünde düzenlenmiştir. Soybağının reddine ilişkin hükümler ise TMK'nın 286. ve 291. maddeleri arasında yer almaktadır.

Çalışmanın başında soybağı kavramından, soybağının öneminden ve soybağının kurulmasından bahsedilmiş, soybağının kurulması başlığı altında babalık karinesine detaylarıyla temas edilmiştir. Sonrasında konular soybağının reddi dava dilekçesinde bulunması gereken sırasıyla ele alınmıştır.

Çalışmamızda soybağının reddi konusuyla ilgili teorik bilgiler yeterli şekilde verilmeye çalışılmış, bazı noktalarda çözüm önerileri getirilmiş ve bahsedilen konuda ayrıntılı bilgi sahibi olmak isteyen okuyucular için detaylı kaynaklar atıf yoluyla gösterilmiştir.

³ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

I. SOYBAĞI KAVRAMI VE SOYBAĞININ ÖNEMİ

Soy kelimesi Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde "*Bir atadan gelen kimselerin topluluğu, köken, süsle*" şeklinde tanımlanmaktadır.⁴ Bağ kelimesi ise aynı sözlükte birden çok anlamının yanı sıra "*İlgi, ilişki, rabita*" olarak tanımlanmıştır.⁵ Bu verilerden hareketle soybağı; bir atadan gelen insanların arasındaki bağı ifade eder, ancak kelimenin hukuk literatüründeki anlamı biraz daha farklıdır. Soybağı dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda soybağı; insanın anne ve babasıyla olan arasındaki bağıdır. TMK'da soybağı kelimesi ile kastedilen dar anlamda soybağıdır.⁶ Geniş anlamda soybağı ise birbirlerine kan bağı ile bağlı olan kişiler arasındaki ilişkidir.⁷ Çalışmamızda tercih ettiğimiz kullanım ise dar anlamda soybağıdır.

Toplumu oluşturan birimler ailelerdir. Bu husus Anayasamızın "Ailenin korunması ve çocuk hakları" başlıklı 41. maddesinin 1. fıkrasında "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*" düzenlemesiyle ifade edilmiştir. Aile toplumun en küçük birimidir ve aile yapısı, ailedeki ilişkiler ne kadar sağlıklı olursa toplum da o kadar sağlıklı olacaktır. Sağlıksız, sevgiden uzak aile birliği içerisinde büyüyen bireyler, toplumun yetişkin bir üyesi oldukları zaman ise içerisinde büyüdükleri sağlıksız ortamı normal addedip, olması gereken geçmişte kendi yaşadıklarıymış gibi hareket edebilirler. Keza aile içerisinde soybağı belirsiz olan çocuğun var olması evliliklerde istenilmeyecek konulardan biridir. Bir çocuğun soybağının doğru bir şekilde tespitinde ve kaydedilmesinde bireyin, çocuğun ailesinin ve nihayetinde kamunun yararı bulunmaktadır.

II. SOYBAĞININ KURULMASI

A. Genel Olarak

Çocuk ile ana arasındaki soybağı genel olarak doğum ve evlat edinmeyle kurulmaktadır. Çocuğu ana doğurduğu için bu hususta ortaya çıkabilecek sorunlar çok az olabileceğinden, ana ile çocuk arasındaki soybağının kurulmasında genel olarak problem yaşanmamaktadır.⁸ Doğumla beraber ana ile çocuk arasında soybağı ilişkisi herhangi bir hükme hacet

⁴ <<https://sozluk.gov.tr/>> 29 Ekim 2021 tarihinde erişildi.

⁵ <<https://sozluk.gov.tr/>> 7 Temmuz 2022 tarihinde erişildi.

⁶ Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (1.Bası, On iki Levha 2010) 3. ; Mustafa Dural, Turhan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt 3 Aile Hukuku* (17.Bası, Filiz Kitabevi 2022) 272. ; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması* (7.Bası, Pegem 2020) 138. ; Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku* (1.Bası, Adalet, 2012) 341; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (2.Bası, Seçkin 2022) 332; Sena Gözde Eğilmezgil, 'Babalık Davası'(2020) 3(1) Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, 136, 139.

⁷ Baygın (n 3) 1; Eğilmezgil (n 3) 139 – 140.

⁸ Serozan, *Çocuk Hukuku* (1.Bası, Beta 2000) 99. Ayrıca yapay dölleme teknikleri, taşıyıcı annelik ve ortaya çıkabilecek soybağına ilişkin durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları* (1.Bası, On İki Levha 2016)784-801; Melike Belkıs Aydın, 'Yapay Dölleme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları' (Master thesis Eskişehir Anadolu Üniversitesi 2013).

kalmaksızın kurulduğundan, çocuğun annesi ile soybağı ilişkisinde çocuğu doğuran kadının kim olduğunun tespiti ancak dava konusu edilebilir.⁹

Baba ile çocuk arasındaki soybağı ise ana ile evlilik, tanıma, babalık davası ve evlat edinmeyle kurulmaktadır (TMK m. 282). Ancak ana ile evlilik, tanıma ve babalık davası yoluyla baba ile çocuk arasındaki soybağı kurulmak isteniyorsa, öncelikle çocuğun başka bir erkekle arasında soybağı ilişkisi bulunmaması gerekir. Eğer çocuğun başka bir erkek ile arasında babalık karinesi mevcut ise bu durumda ilk olarak bu soybağının kaldırılması gerekmektedir. Soybağının ortadan kaldırılması için ise soybağının reddi davası açılmalı ve dava neticesinde çocuk ile baba arasındaki babalık karinesi çürütülmeli; sonrasında ise baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulması yollarından biri ile soybağı kurulmalıdır.

Soybağının reddi davasına detaylarıyla girmeden evvel baba ile çocuk arasında varsayılan babalık karinesine değinmemiz gerekmektedir.

B. Babalık Karinesi

Babalık karinesi, kanundan kaynaklı adi bir karinedir.¹⁰ Zira soybağının reddi davası açılarak babalık karinesi çürütülebilir. Babalık karinesi TMK'nın 285. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

"Babalık karinesi

Madde 285- Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.

Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür.

Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar."

Kanun koyucu, doğal olarak, evlilik devam ederken dünyaya gelen çocuğun babasını koca olarak kabul etmiştir. Babalık karinesi bu durumda geçerli olacaktır. Çocuğun evlilik devam ederken doğmuş sayılabilmesi için, evlenme olayı gerçekleştikten sonra doğumun meydana gelmiş olması yeterlidir. Çocuk evlenmeden bir saat sonra veya birkaç dakika sonra dünyaya gelse bile, çocuğu doğuran kadının kocası baba sayılacak, diğer bir deyişle babalık karinesi geçerli olacaktır. Evlenmenin geçerli olup olmaması ise karinenin sonuç doğurması için

⁹ Yargıtay 11 HD, 889/3287, 05.03.2015 (Ömer Uğur Gençcan, 6100 HMK Hükümlerine Göre Aile Mahkemesi Davaları (2.Bası, Yetkin Yayınları, 2016) 1144.); Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku. (4. Bası, Turhan 2019) 408; Bilge Öztan, Aile Hukuku. (6.Bası, Turhan 2015) 873; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 3) 273; Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku. (9. Bası, On İki Levha 2021) 143-144; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 342; Şükran Şıpka ve Arzu Genç Arıdemir, '4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Soybağının Kurulması ve Hükümleri' (2003) 1 T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 149, 151.

¹⁰ Azime Sarıbaş, 'Soybağının Kurulması ve Hükümleri' (Master thesis Akdeniz Üniversitesi 2019) 17; Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan, Aile Hukuku. (1. Bası, Filiz Kitabevi 1993) 292.

önemli değildir.¹¹ Mahkemece evliliğin butlanı kararı verilse ve bu karar kesinleşse bile TMK m. 157/1¹² gereğince çocuklar evlilik birliği içerisinde doğmuş sayılacaklardır.

TMK'nın 285. maddesinde ayrıca, çocuğun ana rahmine düştüğü sırada evliliğin devam ettiği varsayılarak, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçtikten sonra dünyaya gelen çocuğun babasının eski koca olduğu kabul edilmiştir. Üç yüz günlük süre, genel hayat deneyimleri ve tıp bilimine göre gebeliğin devam edebileceği azami süre olup, boşanma veya iptal kararının kesinleştiği veya kocanın öldüğü tarih itibarıyla işleyecektir.¹³ Üç yüz günün hesabında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹⁴ 92. maddesi kıyasen uygulanacak ve boşanma veya butlan kararının kesinleştiği gün hesaba katılmayacaktır.¹⁵ Burada genel ve mesleki tecrübelerle aykırı bir durum mevcuttur. Uygulamadan bilineceği üzere, çekişmeli boşanma davaları uzun sürmektedir. Davaların sonuçlanma süreleri uzunken, boşanma davası süren ve hatta boşanma kararı kesinleşen eşlerin cinsel ilişkiye girmeleri hayatın olağan akışına aykırı olacaktır. Evliliğin bitmesinden itibaren üç yüz günlük bu sürenin başlangıcının daha öne çekilmesi ve çeşitli durumlara göre düzenlenmesi gerekmektedir. Böylelikle eski koca soybağının reddini isteme külfetine sokulmamış olacak, hem de gerçek baba çocuğunu tanıyabilecektir.¹⁶ Bilindiği üzere, soybağı bir erkeğe bağlı olan çocuk tanınmamaktadır, tanıma yapılabilmesi için öncelikle soybağı ilişkisi ortadan kaldırılmalıdır.¹⁷

Evlenmenin sona ermesinden itibaren üç yüz günlük sürenin başlangıcı bu şekilde olmasına rağmen, aynı maddenin 3. fıkrasında kocanın gaipliğine karar verilmesi halinde üç yüz günlük sürenin ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. Bilindiği üzere hâkim tarafından kişinin gaipliğine karar verilmiş olması, doğrudan gaip olan kişinin evliliğinin sona ermesi sonucunu doğurmamaktadır.¹⁸ Kocanın gaipliğine karar verilmiş olsa bile evliliği devam edecek, bu sırada dünyaya gelen çocuğun babası babalık karinesi gereği gaip olan koca olacaktır. Hayatın olağan akışına aykırı bu durumu önceden sezen kanun koyucu, TMK m. 285/3 düzenlemesini getirmiştir. Kocanın gaipliğine karar verilmiş olması halinde evliliğin feshinin istenip istenmediğine ve kesinleşmesine bakılmaksızın; uzun süredir haber alınmama halinde son haber alma veya

¹¹ Mehmet Beşir Acabey, Soybağı (1.Bası, Güncel Hukuk Yayınları 2002) 101; Baygın (n 3) 21; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 275; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 343; Öztan (n 6) 873.

¹² Madde 157- Mahkemece butlanına karar verilen bir evlilikten doğan çocuklar, ana ve baba iyiniyetli olmasalar bile evlilik içinde doğmuş sayılırlar.

¹³ Acabey (n 8)111; Baygın (n 3) 22; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 276; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 343; Öztan (n 6) 873.

¹⁴ R.G. 4/2/2011 Sayı: 27836.

¹⁵ Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 343; Öztan (n 6) 873.

¹⁶ Boşanma davası kesinleştikten sonra üç yüz günlük sürenin işletilmesinin doğru olmadığı yönünde bakınız: Baygın (n 3) 23.

¹⁷ Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 305; Ömer Ergün ve Zafer Zeytin, Türk Medeni Hukuku (5.Bası, Seçkin 2020) 217; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 351; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku 2.Cilt (23.Bası, Beta 2021) 348.

¹⁸ Acabey (n 8) 117; Baygın (n 3) 23; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 59; Ergün ve Zeytin (n 14) 111.

ölüm tehlikesinde içerisinde ortadan kaybolma halinde ise ölüm tehlikesi tarihinden itibaren üç yüz gün geçtikten sonra babalık karinesi uygulanmayacaktır.¹⁹

TMK'nın 285. maddesinin 2. fıkrasında, evlenmenin sona ermesinden itibaren üç yüz gün geçtikten sonra dünyaya gelen çocuğun eski kocaya soybağı bağı ile bağlanması için ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatlanması gerektiği düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, bu durumda babalık karinesi devrede olmayacak, ancak ananın evlilik sırasında gebe kalmasının ispatlanması ile babalık karinesi devreye girecektir.

Yapay dölleme durumunda da babalık karinesi geçerli olacaktır. Yapay dölleme; erkeğe ait spermin, tıbbi yöntemlerle kadının rahmine, döl yoluna ya da yumurta kanalına aktarılarak kadının vücudunda döllemenin gerçekleştirilmesidir.²⁰ Babalık karinesinin geçerli olabilmesi için cinsel ilişkinin (doğal döllemenin) isteyerek gerçekleşmiş olması şart değildir. Karinede iradi olma aranmadığından, kocanın sperm hücrelerinin ve kadının yumurtalıklarının kullanılarak kocanın rızası dışında gerçekleştirilen yapay dölleme durumunda da ananın kocası çocuğun babası sayılmaktadır.²¹ Kadının kendi yumurtalığının ve kocanın kendi sperminin kullanılarak uygulanan yapay döllemeye, homolog(türdeş) yapay dölleme adı verilmektedir. Türk Hukuku'nda ise yapay döllemelerden sadece homolog yapay döllemeye cevaz verilmektedir.²²

C. Karinelerin Çakışması

Evlilik sona erdikten sonra anne iddet süresini beklemeden hemen evlenmiş olabilir. Bilindiği üzere kadın için evlenme yasağı olan üç yüz günlük süre nisbi evlenme engelidir²³. Bu yüzden de iddet bekleme süresine uyulmayıp evlilik yapılırsa, ikinci evlilik geçerliliğini korur. İddet bekleme süresi sona ermeden anne ikinci bir evlilik yapmışsa ve ilk evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz günlük süre dolmadan çocuk dünyaya gelmişse, bu durumda karineler çakışacaktır. Bu ihtimali önceden fark eden kanun koyucu TMK'nın 290. maddesiyle sorunu çözüme kavuşturmuştur;

¹⁹ Baygın (n 3) 23-24. üç yüz günlük sürenin ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihinden itibaren işlemeye başlayabilmesi için gaiplik kararından sonra, evliliğin feshi kararının da alınmış olmasını arayan, gerekçe olarak da kişinin gaipliğine karar verilmesi ile evliliğin kendiliğinden sona ermemesini getiren görüş için bkz. Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 275-276. Biz ise bu görüşe katılmamaktayız. Zira her ne kadar salt gaiplik kararının verilmiş olması evliliği sona erdiren bir olgu olmasa da kanun koyucunun amacı ve hayatın olağan akışı göz önüne alındığında sonucun benimsediğimiz şekilde kabul edilmesi, kişilere bir de babalık karinesini ortadan kaldırmak için soybağının reddi davası açması külfetini yüklemeyecektir.

²⁰ Akıntürk ve Ateş (n 14) 344; Akyüz (n 3) 143; Aydın (n 5) 7; Cemile Turgut, 'Yapay Dölleme, Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar' (Master thesis İstanbul Üniversitesi 2014); Gülnihal Paksoy, 'Soybağının Reddi'(2011) (97) Tbb Dergisi 370. ; Nagehan Kırkbeşoğlu, 'Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunları' (Master thesis İstanbul Üniversitesi 2005) 51.

²¹ Baygın (n 3) 26; Öztan (n 6) 877; Aydın (n 5) 37-38.

²² Aydın (n 5) 13; Öztan (n 6) 875. Homolog yapay dölleme ve diğer yapay dölleme teknikleri ve bunların Soybağına etkisinin detaylı olarak incelenmesi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın (n 5) 11-25, 36-74; Turgut (n 17) 18-80; Kırkbeşoğlu (n 17) 47-89.

²³ Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 61; Ergün ve Zeytin (n 14) 164.

"Karinelerin çakışması

Madde 290- Çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır. Bu karine çürütülürse ilk evlilikteki koca baba sayılır."

Kanun koyucu çakışan karinelere ikinci evlilikteki kocanın babalığına öncelik vermiş, evlilik birliği içerisinde doğan çocuğun babasının koca olduğunu kabul etmiştir. Ancak kocanın babalığı karinesi çürütülürse, sona eren önceki evlilikteki kocanın baba olduğu kabul edilecektir.

III. SOYBAĞININ REDDİ DAVASI

A. Genel Olarak

Soybağının reddi; baba ile çocuk arasındaki geçerli olan babalık karinesinin bozucu yenilik doğuran dava niteliğinde olan soybağının reddi davası yoluyla çürütülerek, ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir.²⁴

Soybağının düzeltilmesi için soybağının reddi davası açılmak zorundadır. Başka bir hukuki çare bulunmamakta olup örneğin nüfus kaydının düzeltilmesi yoluyla bu durum değiştirilemeyecektir.²⁵ Zira babalık karinesi kanundan kaynaklanmakta, kanunda aranan şartların yerine gelmesi durumunda karine kendiliğinden devreye girmektedir. Ayrıca soybağının reddi davası açılmaksızın, bir başka davada çocuk ile soybağı ilişkisi bulunan kocanın arasındaki soybağının ortadan kaldırılması istenemeyecektir.²⁶

Soybağının reddi ile birlikte babalık karinesinden yararlanarak çocuğun hali hazırda babası olarak gözüken kişinin arasındaki soybağı ilişkisi ortadan kaldırılmaktadır.²⁷ Soybağının reddi geçmişe doğru etkilidir, doğum anına kadar geriye yürür.²⁸ Kararın kesinleşmesi ile

²⁴ Acabey (n 8) 117; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 278; Hatemi (n 7) 151; Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, Aile Hukuku (2. Bası, Filiz Kitabevi 1998) 205; Öztan (n 6) 878.

²⁵ Acabey (n 8) 117; Akıntürk ve Ateş (n 14) 339; Baygın (n 3) 26; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 278; Oğuzman ve Dural (n 22) 205; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 344.

²⁶ Gözde Canan Özdemir, 'Türk Hukukunda Soybağının Reddi Davası' (Master thesis İstanbul Aydın Üniversitesi 2018) 31.

²⁷ Babalık karinesi kapsamına girmemekle beraber, sehven veya kasten kocanın nüfus kütüğüne yazılan, karısından olmayan çocukla koca arasında soybağı ilişkisi kurulmayacaktır. Bu durumun düzeltilmesi için ilgililerin, soybağının reddi davasını açmalarına gerek yoktur. Nüfus sicilinin düzeltilmesi davası açmaları yeterli olacaktır. Baygın (n 3) 27.

"...Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus şudur; soybağının reddi davası, babalık karinesinin kapsamında yer alan, dolayısıyla babalık karinesinden faydalanan çocukların soybağının ortadan kaldırılmasını sağlayan bir davadır. Babalık karinesinden faydalanma söz konusu olmadıkça, kocanın nüfus kütüğüne kaydedilen çocukla koca arasında soybağının kurulması söz konusu olmadığı için, böyle bir durumda çocuk ile koca arasında soybağının bulunmadığının tespitine yönelik olarak açılacak dava, soybağının reddi davası değil, yanlış kaydın düzeltilmesi amacıyla yönelik kayıt düzeltme davasıdır (TMK m. 39) ..." Yargıtay 18 HD, 8017/8893, 28.05.2015.

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> 8 Kasım 2021 tarihinde erişildi.

²⁸ Acabey (n 8) 153; Akıntürk ve Ateş (n 14) 344; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 295; Erdem ve Makaracı Başak (n 3) 338; Hatemi ve Serozan (n 8) 306; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 349; Öztan (n 6) 898; Paksoy (n 17) 369.

birlikte çocuk baba yönünden nesezsiz hale gelmekte ancak anası ile arasındaki soybağı ilişkisi devam etmektedir.²⁹ Ret kararı geçmişe etkili sonuç doğurduğu için çocuğun doğumundan itibaren kocanın çocuğa yapmış olduğu her türlü masraf ve giderler geri istenebilecektir. Çocuğa yapılan bakım masrafları, ana ve gerçek babadan Türk Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilebilecektir.³⁰

B. Görevli ve Yetkili Mahkeme

1. Görevli Mahkeme

Soybağının reddi davasında görevli mahkeme, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un³¹ 4. maddesi gereği aile mahkemeleridir.³² Görev Hukuk Muhakemeleri Kanunu³³ gereği dava şartı olduğundan, aile mahkemesi kurulu olan yerlerde aile mahkemesinde soybağının reddi davasını açılmayıp, farklı bir mahkemede dava açılması davanın usulden reddini gerektirecektir.³⁴ Aile mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemeleri aile mahkemesi sıfatıyla bu davalara bakacaktır.³⁵

2. Yetkili Mahkeme

Soybağının reddi davalarında yetkili mahkeme ise TMK'nın 283. maddesinde düzenlenmiştir.

"Madde 283- Soybağına ilişkin davalar, taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesinde açılır."

Soybağının reddi davası, madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere, davaya taraf olanların, dava açılış tarihindeki veya çocuğun doğumu sırasındaki yerleşim yerlerinde

²⁹ Baygın (n 3) 49; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 3) 295; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 349.

³⁰ Baygın (n 3) 50; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 3) 295-296; Erdem ve Makaracı Başak (n 3) 338; Hatemi ve Serozan (n 8) 307; Öztan (n 6) 888-889; Paksoy (n 17) 369.

³¹ Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, Kanun Numarası: 4787, Kabul Tarihi: 9.11.2003, RG 18.1.2003/24997.

³² "Aile mahkemelerinin görevleri

Madde 4- Aile mahkemeleri, aşağıdaki dava ve işleri görürler:

1. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler,

2. 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi,

3. Kanunlarla verilen diğer görevler."

³³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

³⁴ Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku (2.Bası, Adalet 2018) 42; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammed Özkes, Medeni Usul Hukuku (8.Bası, On İki Levha 2020) 67; Murat Atalı ve İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukuku (2.Bası, Seçkin 2021) 91.

³⁵ Atalı ve Ermenek (n 31) 88; Budak ve Karaaslan (n 31) 43; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 31) 64-65.

açılabilir. Aynı anda birden çok yetkili mahkeme bulunabilmektedir. Bunlardan birinde dava açılması yeterli olacaktır.

Soybağının reddi davasının taraflarından birinin Türkiye’de yerleşim yeri yoksa yetkili mahkeme 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da³⁶ düzenlenmiştir. 5718 sayılı Kanun’un 41. maddesi şu şekildedir:

“Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar

MADDE 41 – (1) Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibarıyla yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye’de sâkin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.”

C. Davacı³⁷

Soybağının reddi davasında davayı açmaya hakkı olanlar, TMK m. 286 ve 291’de şu şekilde belirtmiştir:

“I. Dava hakkı

Madde 286- Koca, soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava ana ve çocuğa karşı açılır.

Çocuk da dava hakkına sahiptir. Bu dava ana ve kocaya karşı açılır.

D. Diğer ilgililerin dava hakkı

Madde 291- Dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi, doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilir.

Ergin olmayan çocuğa atanacak kayyım, atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak bir yıl, (...)”³⁸ içinde soybağının reddi davasını açar.

Kocanın açacağı soybağının reddi davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.”

Kanun soybağının reddi davasını açmaya hakkı olan kişileri sınırlı sayıda olacak şekilde tek belirttikten sonra, bu hakkın kullanılmasını hak düşürücü süre ile sınırlamıştır.³⁹ Hak

³⁶ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

³⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: Feride Demirbaş, ‘Baba ile Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler’(2018) 22 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

³⁸ Bu fıkra da yer alan “...her hâlde doğumdan başlayarak beş yıl...” ibaresi, 10/12/2013 tarihli ve 28847 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi’nin 10/10/2013 tarihli ve E.: 2013/62, K.: 2013/115 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

³⁹ Soybağının reddi davasında hak düşürücü sürelerle ilişkin detaylı bilgi için bkz. Turgut Öz, Soybağının Reddi Davasında İspat ve Süreler, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

düşürücü süreleri hâkim, davanın her aşamasında re'sen göz önüne alabileceği gibi, ilgililer de davanın her aşamasında bu sürelerin geçtiği itirazını yapabileceklerdir.⁴⁰ Bu süreler geçtikten sonra açılan davalar, reddedilecektir. TMK'nın 289. maddesinde hak düşürücü süreler başlığı altında bu husus düzenlenmiştir:

"III. Hak düşürücü süreler

Madde 289- Koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl, (...) ⁴¹ içinde açmak zorundadır.

Çocuk, ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde dava açmak zorundadır. "

Soybağının reddi davasını açmaya hakkı olan kişilerin, bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde ellerinde olmayan sebeplerden ötürü dava açamamaları halinde, bu bir yıllık süre sebebin ortadan kalktığı tarih itibarıyla işlemeye başlayacaktır. Bu husus TMK'nın 289. maddesinin 3. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir:

"III. Hak düşürücü süreler

Madde 289/3- Gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar."

Haklı sebep, kişilerin kusuruna dayanmayan ve gerçekleşmesi ellerinde olmayan sebep olarak tanımlanabilir. Davada haklı sebebin varlığı hâkimin takdirindedir. Her somut olaya göre değerlendirme yapılması daha doğru olacaktır. Ancak öğretide haklı sebep açıklanırken belli başlı örnekler verilmektedir. Haklı sebeplere örnek olarak; dava açma hakkı olan kişinin komada bulunması, savaş veya bulaşıcı hastalık dolayısıyla karantinada olması veya çok ağır derecede hasta olması gibi durumlar verilmektedir.⁴²

1. Koca

TMK madde 284'ten açıkça anlaşılacağı üzere, soybağının reddi davasını açma hakkı ilk olarak kocaya verilmiştir. Hakkında babalık karinesi geçerli olan koca, bu karineyi çürütmek için soybağının reddi davasını açabilecektir. Kocanın bu hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için,⁴³ bu hakkından feragat etmesi geçersizdir.⁴⁴ Koca ayırt etme gücüne sahip olup kısıtlı olsa bile, dava açma hakkını kullanırken yasal temsilcisinin iznini almak zorunda

Sempozyumları Cilt II- Aile Hukuku 20 Nisan 2017. (Ed. Prof. Dr. Baki İlkay Engin). (1. Bası, On İki Levha 2019) 319-346.

⁴⁰ Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 291; Öztan (n 6) 886.

⁴¹ Bu fıkrada yer alan "...her hâlde doğumdan başlayarak beş yıl..." ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 25/6/2009 tarihli ve E.: 2008/30, K.: 2009/96 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

⁴² Acabey (n 8)151; Akıntürk ve Ateş (n 14) 344; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 294; Murat Uyumaz, 'Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler' (Master thesis Erzincan Üniversitesi 2014), 64; Öztan (n 6) 887- 888.

⁴³ Akıntürk ve Ateş (n 14) 339; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 286; Hatemi (n 7) 151; Gençcan (n 6) 1109; Oğuzman ve Dural (n 22) 212; Özdemir ve Ruhı, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 346.

⁴⁴ Özdemir (n 23), 44; Öztan (n 6) 879.

değildir.⁴⁵ Eski 743 sayılı Medeni Kanun kocanın açık veya örtülü biçimde çocuğu benimsemesi halinde, soybağının reddini isteyemeyeceğini açıkça düzenlemiştir.⁴⁶ Ancak TMK'da bu şekilde kısıtlayıcı bir hüküm bulunmadığından, koca çocuğu benimsemiş olsa bile, şayet dava açma süresi geçmemişse, soybağının reddini isteyebileceği dile getirilmektedir.⁴⁷ Ancak bir başka görüş ise her ne kadar kanunda açık bir düzenleme olmasa da, çocuğu açık veya örtülü biçimde sahiplenen kocanın, hak düşürücü süre dolmadan soybağının reddini talep etmesi dürüstlük kuralına aykırı olacağından bahisle, artık dava açma hakkına sahip olamayacağını dile getirmektedir.⁴⁸ Biz bu noktada her somut davanın kendi şartları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira toptancı bir yaklaşımla çocuğu benimseyen kocaya dava hakkı vermemek, kanunda öngörülmemen bir yasağın yorum yöntemi ile getirilmesi olacaktır. Bu durum ise temel hak ve özgürlüklerden olan hak arama hürriyetinin (Anayasa m. 36) sınırlandırılması olacaktır. Yorum yöntemi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması şartlarına aykırı olacaktır, zira böyle bir sınırlandırılma yapılacaksa bu kanunla gerçekleştirilmelidir. Öte yandan kötü niyetli kişilere fırsat vermemek adına hâkim, somut davanın içeriğine detayıyla vakıf olarak dürüstlük kuralına aykırı bir durumun var olup olmadığını incelemelidir.

Koca soybağının reddi davası açmak istiyorsa, kendisiyle soybağı ilişkisi bulunan çocuğun doğumunu ve baba olmadığını veya karısının gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde harekete geçmelidir. Sürenin başlaması için ananın hangi erkekle cinsel ilişkide bulunduğunun öğrenilmesine gerek yoktur.⁴⁹ Dikkat edilecek olursa burada "ve" bağlacı bulunmakta olup bir yıllık hak düşürücü süre, doğum + baba olunmadığının veya karısının gebe kalma döneminde başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Maddenin ilk halinde "ve her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde" ibaresi bulunmaktaydı. Anayasa Mahkemesi 25.06.2009 tarihli, 2008/30 Esas, 2009/96 Karar sayılı kararıyla⁵⁰ bu ibareyi, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının özüne zarar verecek derecede nitelik taşıdığından ve kocanın temel hak ve hürriyetlerini hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde zedelediğinden iptal etmiştir.⁵¹ Kanaatimizce de Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı yerinde olup, kocanın öğrenme anına bakılmadan

⁴⁵ Acabey (n 8) 134; Akıntürk ve Ateş (n 14) 339; Baygın (n 3) 27; Demirbaş (n 34) 10; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 286; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 346; Öztan (n 6) 880.

⁴⁶ Oğuzman ve Dural (n 22) 222-223; Hatemi ve Serozan (n 8) 305-306; Serozan (n 5) 129.

⁴⁷ Akıntürk ve Ateş (n 14) 343; Paksoy (n 17) 367.

⁴⁸ Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 293; Uyumaz (n 38) 63.

⁴⁹ Öztan (n 6) 887.

⁵⁰ R.G. 07.10.2009, Sa.27369.

⁵¹ Baygın (n 3); Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 292; Öztan (n 6) 887; Sanem Aksoy Dursun, 'Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi' (2018) 76(2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 393, 398; Yalçın Tosun ve Ece Baş, 'Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi' (2014) 9(123-124) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 100, 106.

mutlak bir sürenin geçmesiyle dava açma hakkını yitirmesi doğru değildi ve nihayetinde toplum zararına olabilecek bir düzenlemeydi.

2. Çocuk

Soybağının reddi davasını açma hakkına sahip olan bir diğer kişi ise çocuktur. Çocuğa da kendisi ile arasında soybağı ilişkisi bulunan kişinin babası olmadığını öne sürebilmesi için dava açma hakkı tanınmıştır. Eski Medeni Kanun'da çocuğun dava hakkı açık bir şekilde düzenlenmemiştir.⁵² Diğer taraftan kocanın çocuğu benimsemiş olması, çocuğun dava hakkını etkilemeyecektir.⁵³ Ayrıca çocuğun ölümü halinde ise altsoyunun dava hakkı olmadığı belirtilmektedir.⁵⁴

Çocuğun soybağının reddi davasını açması için ergin olduğu tarihten itibaren başlayarak en geç bir yıllık bir hak düşürücü süresi vardır. Çocuğun dava açabilmesi için ergin olmasına gerek yoktur, ergin olana kadar her zaman soybağının reddi davasını açabilecektir.⁵⁵ Ergin olma deyiminin içerisine mahkeme kararıyla veya evlenme ile ergin olma da girmektedir.⁵⁶ Peki çocuk ergin olduğu tarihten itibaren bir yıl içerisinde ve de öncesinde kendisiyle arasında soybağı ilişkisi bulunan kişinin, babası olmadığını öğrenmemesi halinde ne olacaktır? Şayet çocuk ergin olduğu tarihten itibaren beş yıl geçtikten sonra bu durumu öğrenmişse ne olacaktır? Her ne kadar madde metni çocuğun dava açma hakkını ergin olmasından itibaren bir yıllık hak düşürücü süre ile kısıtlamışsa da, kanaatimizce çocuğun öğrenme anı dikkate alınarak bu süre hesaplanmalıdır.⁵⁷ Belki bu hususu TMK m. 289/3 gereğince gecikmede haklı sebebin olması hükmüne dayandırabiliriz.⁵⁸ Ancak asıl yapılması gereken madde metninin, çocuğa tanınan dava hakkında bir yıllık hak düşürücü sürenin başlama anı olarak, çocuğun öğrenme anının esas alınacak şekilde kanun koyucu tarafından revize edilmesidir. Yapılacak bu revize ile yaşanması muhtemel olan hak kayıplarına engel olunacak, soybağının reddi gibi önemli sonuçları olan bir davada mahkemeye başvuru hakkı genişletilecektir.

3. Kayyım

Ergin olmayan çocuğa kayyım tayini yapılmışsa bu durumda kayyım da soybağının reddi davasını açabilir ki bu husus TMK m. 291'de açıkça düzenlenmiştir.

⁵² Acabey (n 8) 135; Akıntürk ve Ateş (n 14) 341; Baygın (n 3) 29; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 286 (d.n. 52); Paksoy (n 17) 361; Şıpka ve Genç Arıdemir (n 7) 155.

⁵³ Baygın (n 3) 30; Uyumaz (n 38), 62; Öztan (n 6) 882.

⁵⁴ Baygın (n 3) 30; Demirbaş (n 34), 12; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 287; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 347; Öztan (n 6) 883.

⁵⁵ Kılıçoğlu (n 7) 418; Öz (n 37) 332; Öztan (n 6) 889.

⁵⁶ Öz (n 37) 332; Öztan (n 6) 882-883.

⁵⁷ Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu (n 7) 422. Bu düzenlemenin çocuk aleyhine olduğunu belirten görüş için bkz. Öztan (n 6) 889.

⁵⁸ Aynı yönde bkz. Öz (n 37) 333.

Kayım, atanma kararının kendisine tebliğ edildiği tarihten başlayarak bir yıl içerisinde çocuk adına işbu davayı açabilecektir. Ergin olmayan çocuğa kayyım ataması yapılmamışsa veya atanmış kayyım süresi içerisinde davayı açmamışsa, çocuğun ergin olmasından itibaren bir yıllık süre içerisinde açacağı dava hakkı olumsuz etkilenmemekte, çocuk hak düşürücü süre içerisinde olmak kaydıyla dava açabilmektedir.⁵⁹

4. Diğer İlgililer⁶⁰

Soybağının reddi davası açma hakkı, belirli şartların yerine gelmesi halinde diğer kişilere de tanınmıştır. TMK m. 291’de diğer ilgililerin dava hakkı düzenlenmiş ve hak düşürücü sürelerle bağlanmıştır. Diğer ilgililer ile kocanın altsoyu, anası, babası ve baba olduğunu iddia eden kişi kastedilmektedir.

a. Kocanın Altsoyu, Ana ve Babası

Kocanın dava açma hakkı için öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre dolmadan, koca sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybederse, ölürse veya gaipliğine karar verirse diğer ilgililere dava açma hakkı doğmaktadır.⁶¹ Görüleceği üzere diğer ilgililerin soybağının reddi davasını açma hakları ikincil niteliktedir.⁶² Koca maddede sayılan bu durumlardan birine düşmeden önce dava açmayacağını açıkça bildirmiş veya örtülü olarak çocuğu sahiplenmişse, artık baba olduğunu iddia eden kişinin haricinde diğer ilgililerin dava açmaya hakkı olmadığı dile getirilmektedir.⁶³ Altsoy ile ana ve babanın dava hakkı miras yoluyla kazanılmış bir hak olmayıp doğrudan doğruya kanun ile onların kişiliklerine tanınmıştır.⁶⁴ Ayrıca kocanın yakınlarının dava hakları birbirinden bağımsız olup, her biri tek başına dava açabilecek, birisinin açtığı davanın reddedilmesi diğerinin dava açma hakkını engellemeyecektir.⁶⁵

Diğer ilgililerin dava açma hakkı da bir yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmıştır. Buradaki bir yıllık süre ise koca ile soybağı ilişkisi içerisinde bulunan çocuğun doğumunu ve kocanın ölümünü veya gaiplik kararı alındığını yahut sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun kaldığını birlikte öğrendikleri günden itibaren işlemeye başlamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, diğer ilgililere tanınan dava açma hakkının sınırlandırıldığı hak

⁵⁹ Dursun (n 46) 400; Baygın (n 3) 42; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 292; Kılıçoğlu (n 7) 427.

⁶⁰ Diğer ilgililere tanınan dava hakkında detaylı bilgi için bkz. Mustafa Alper Gümüş, Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki “Diğer İlgililerin” [Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)] Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı (TMK m. 291/1,3), Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan (1. Bası, Filiz Kitabevi 2013) 568-578.

⁶¹ Gümüş (n 56) 574; Kılıçoğlu (n 7) 426.

⁶² Acabey (n 8) 139; Akıntürk ve Ateş (n 14) 340; Baygın (n 3) 32; Gümüş (n 56) 569; Özdemir ve Ruhi, ‘Çocuk Hukuku’ (n 3) 347; Uyumaz (n 38) 87.

⁶³ Baygın (n 3) 32; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 290; Gümüş (n 56) 575; Paksoy (n 17) 363.

⁶⁴ Baygın (n 3) 33; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 290; Gümüş (n 56) 569; Paksoy (n 17) 363; Şipka ve Genç Arıdemir (n 7) 156; Uyumaz (n 38) 87.

⁶⁵ Acabey (n 8) 140; Baygın (n 3) 34; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 290; Paksoy (n 17) 363; Uyumaz (n 38) 88.

düşürücü sürenin, kocaya tanınan hak düşürücü süreden arta kalan süre olmadığıdır. Burada tekrardan bir yıllık bir hak düşürücü süre işlemeye başlamaktadır.⁶⁶

b. Baba Olduğunu İddia Eden Kişi⁶⁷

Soybağının reddi davasını açma hakkı, sınırlı olarak, baba olduğunu iddia eden kişiye de tanınmıştır. Eski Medeni Kanun'da baba olduğunu iddia eden kişiye dava açma hakkı tanınmazken, 4721 sayılı TMK ile soybağının reddi davasını açabilecekler arasına baba olduğunu iddia eden kişi de eklenmiştir.⁶⁸ Baba olduğunu iddia eden kişi ancak, hukuki babanın dava açma süresi dolmadan önce ölmesi, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi veya gaipliğine karar verilmesi hallerinin olduğunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde soybağının reddi davasını açabilecektir.⁶⁹

Baba olduğunu iddia eden kişi soybağının reddi davasını açıp, çocuk ile koca arasındaki soybağının kaldırılması kararı alsa ve karar kesinleşse bile, kendiliğinden çocuk ile biyolojik babası arasında soybağı ilişkisi kurulmuş olmayacaktır.⁷⁰ Ayrıca tanıma beyanı veya babalık hükmü gerekmektedir (TMK m. 282).

5. Ana

Babalık davasının aksine soybağının reddi davasını açmaya ananın hakkı olmadığı kabul edilmektedir.⁷¹ Bunun gerekçesi olarak, ananın evlilik birliğinde sadakatsiz davrandığı ve hukuka aykırı davranışının korunmaması gerektiği sebepleri ileri sürülmektedir.⁷²

⁶⁶ Öz (n 37) 338.

⁶⁷ Soybağının reddi davalarında biyolojik baba hakkında detaylı bilgi için bkz. Fatma Zeynep Altiner Yolcu, 'Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba' (2020) 6 (2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

⁶⁸ Altiner Yolcu (n 58), 253; Baygın (n 3)34; Gümüş (n 56) 571-572; Hatemi (n 7) 153-155; Öz (n 37) 339; Özdemir (n 23) 46; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hakları' (n 5) 764.

⁶⁹ "...Yasa, baba olduğunu iddia eden kişiye, ancak; dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde soybağının reddi davası açma hakkı tanınmıştır. (TMK.md.291/1) Bu hallerin varlığı ispat edilmedikçe baba olduğunu iddia eden kişi, soybağının reddi davası açamaz..." Yargıtay 2 HD 20135/162, 17.01.2011 (Gençcan (n 6)1150).

⁷⁰ Altiner Yolcu (n 58) 257.

⁷¹ Akıntürk ve Ateş (n 14) 341; Baygın (n 3) 35; Özdemir (n 23)43; Öztan (n 6) 884; Uyumaz (n 38) 89. "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle Türk Medeni Kanunu'nun 286.madde uyarınca ananın soybağının reddi davası açma hakkının bulunmadığının, ..." Yargıtay 2 HD 11423/1712, 26.10.2011(Gençcan (n 6) 1120).

⁷² A. Dilşad Keskin, 'Bölünmüş Annelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi' (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1990, 2008; Baygın (n 3) 35-36; Demirbaş (n 34), 13; Öztan (n 6) 88-885; Serozan (n 5) 125-126; Şıpkı ve Genç Arıdemir (n 7) 157; Uyumaz (n 38) 89.

6. Cumhuriyet Savcısı

Soybağının reddi davasında tanınmanın iptalinin aksine Cumhuriyet savcısının dava açma hakkı yoktur.⁷³ 743 sayılı eski Medeni Kanununun 245. maddesinin 2. fıkrasında ise Cumhuriyet savcılarının sınırlı da olsa soybağının reddi davası açma hakkı tanınmıştır.⁷⁴

D. Davalı

TMK m. 286'da dava hakkı başlığı altında soybağının reddi davasını açmaya hakkı olanlar sayılmış, akabinde kime karşı dava açılacağı da belirtilmiştir.

1. Ana ve Çocuk

Soybağının reddi davasını koca açmışsa, davalı tarafta ana ve çocuk birlikte gösterilmek zorundadır. Burada davalı taraf olan ana ile çocuk arasında şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır.⁷⁵ Keza soybağının reddi davasını kocanın altsoyu, anası, babası açmışsa davalı olarak TMK m. 291/3 gereği ana ve çocuk gösterilecektir.

Kocanın veya diğer ilgililerin açtığı davada, çocuğa vesayet makamı tarafından kayyım atanması gerekmektedir.⁷⁶ Küçüğün temsili için kayyım tayin ettirilmesi mahkemenin görevi olup, davacının böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁷⁷ Ana veya çocuktan biri ölmüşse dava, ölenin mirasçılara da yöneltilecektir. Ana ve çocuğun ikisi de vefat etmişse, bu durumda da davanın mirasçılara yöneltilmesi gerekir.⁷⁸

2. Ana ve Koca

Soybağının reddi davasını çocuk açmışsa, bu durumda davalı tarafta ana ve koca şekli bakımdan mecburi dava arkadaşı olacaktır. Davayı çocuk adına kayyım açmış olması halinde de davalı tarafta ana ve koca yer alacaktır. Ana veya koca yahut her ikisi birden vefat etmişse, bu durumda davalı tarafta ölenin veya ölenlerin mirasçıları yer alacaktır.⁷⁹

⁷³ Demirbaş (n 34), 7; Uyumaz (n 38) 89.

⁷⁴ Cem Baygın, 'Kan Bağına Dayanan Soybağı' AÜEHFD (2002) 6 (1-4), 255, 262-263; Hatemi ve Serozan (n 8) 300; Murat Uyumaz ve Yavuz Korucu, 'Soybağının Reddi Davasında Usul Hükümlerinin İncelenmesi' in Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (eds) Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan Cilt 2 (1.Bası, Yetkin 2014) 1344; Oğuzman ve Dural (n 22) 216; Serozan (n 5) 124.

⁷⁵ Acabey (n 8) 145; Akıntürk ve Ateş (n 14) 342; Baygın (n 3) 36; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 290; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 347; Öztan (n 6) 885.

⁷⁶ Baygın (n 3) 37; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 290; Hatemi (n 7) 156; Öztan (n 6) 886.

⁷⁷ Yargıtay 18 HD. 20429/11555, 30.06.2015. (http-1) 8 Kasım 2021 tarihinde erişildi.

⁷⁸ Acabey (n 8) 145-146; Baygın (n 3) 36; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 290; çocuğun mirasçılara yöneltilip ananın mirasçılara yöneltilmeyeceği noktasında bkz. Akıntürk ve Ateş (n 14) 342; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 347.

⁷⁹ "...Dava, çocuk tarafından açılan soybağının reddi davası olup, anneye ve koca ölmüş bulunduğu yasal mirasçıları olan çocuklarına karşı açılmıştır. Anneye birlikte davalılara da husumet yöneltilmesinde bir yanlışlık bulunmamasına göre, bu davalılar yönünden husumet nedeniyle ret kararı verilmesi doğru görülmemiştir..." Yargıtay 2 HD 6238/8045, 10.05.2011(Gençcan (n 6), 1132).

3. Ana, Çocuk ve Koca

Soybağının reddi davasını baba olduğunu iddia eden kişi açmışsa, bu durumda davanın, ana, çocuk ve kocaya karşı açılacağı belirtilmektedir.⁸⁰

E. İspat

1. Genel Olarak

Soybağının reddi davasında ispat bakımından, çocuğun evlilik sırasında ana rahmine düşmesi yahut evlenmeden önce veya ayrılık safhasında ana rahmine düşmesi olmak üzere iki ana başlıkta açıklamalar yapılmaktadır. Nitekim TMK'nın 287. ve 288. maddeleri bu şekilde düzenlenmiştir.

2. Evlilik Birliği İçerisinde Ana Rahmine Düşme Halinde İspat

Türk Medeni Kanunu'nun 288. maddesindeki düzenleme şu şekildedir:

"1. Evlilik içinde ana rahmine düşme

Madde 287- Çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüşse davacı, kocanın baba olmadığını ispat etmek zorundadır.

Evlenmeden başlayarak en az yüz seksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üç yüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır."

Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içerisinde doğan çocuğun babası koca sayılmaktadır (TMK m.285). Babalık karinesi olarak adlandırılan adi karine gereği, kocanın baba olmadığını iddia eden davacı bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Şayet iddiasını ispatlayıp, babalık karinesini çürütemezse açtığı dava reddedilecektir. Maddenin ikinci fıkrasında evlenmeden başlayarak yüz seksen gün geçtikten sonra veya evlilik birliğinin sona ermesinden itibaren en fazla üç yüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılacağı düzenlenmiştir. Buradaki evlenmeden itibaren yüz seksen günlük süre tıp bilimine göre çocuğun ana rahminde kalabileceği en az süredir. Evliliğin bitiminden itibaren üç yüz günlük süre ise gebeliğin devam edebileceği azami süredir.⁸¹

Evlilik birliği içerisinde çocuğun ana rahmine düşmesi veya evlilik birliği içerisinde ana rahmine düşmüş sayılması hallerinden birinin varlığı halinde babalık karinesi devrededir. Babalık karinesi güçlü bir karine olduğundan ötürü, davacının bu durumlarda iddiasını ispatlamaya yönelik ciddi açıklamalar ve kanıtlar ileri sürmesi gerekmektedir.⁸²

⁸⁰ Baygın (n 3) 37; Demirbaş (n 34) 12; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 291; Öztan (n 6) 885; Uyumaz (n 38) 111.

⁸¹ Acabey (n 8) 121; Baygın (n 3) 45; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 279; Paksoy (n 17) 356; Özdemir (n 23) 35; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 344.

⁸² Acabey (n 8) 120; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 279; Paksoy (n 17) 356; Özdemir (n 23) 35; Öztan (n 6) 890; Serozan (n 5) 115.

Soybağının reddi davasında davacı, babalık karinesini çürütebilmek için iki şekilde hareket edebilir. Davacı, kocanın ananın gebe kalma döneminde karısı ile cinsel birlikteliğinin imkânsız olmasını kanıtlayacak ya da çocuğun doğumuna koca ile gerçekleştirilen cinsel birlikteliğin sebep olmadığını kanıtlayacaktır.⁸³

a. Cinsel Birlikteliğin İmkânsız Olması

Davacı, doğumdan önceki üç yüz gün ile yüz seksen gün arasında kalan ve döllenme olarak adlandırılan yüz yirmi bir günlük kritik evrede, babalık karinesinden faydalanarak çocukla soybağı kurulan kocanın ana ile cinsel ilişkiye girebilmesinin mümkün olmadığını dile getirerek babalık karinesi çürütebilir. Teknolojinin gelişmesi ve tıp biliminin ilerlemesi sayesinde, bebeğin fiziksel gelişimine ve ananın regl dönemine dayanan verilerle bu kritik evre on-on iki gün arasına kadar indirilmiştir.⁸⁴ Örneğin davacı on-on iki günlük bu kritik döllenme evresinde, yurtdışında bulunan ve ülkeye gelmeyen, gelse bile ana ile görüşemeyen kocanın durumu ortaya koyarak babalık karinesini çürütebilecektir. Başka bir örnek vermek gerekirse kritik döllenme evresinden önce trafik kazası geçirerek kasıklarından itibaren engelli kalan kocanın, kaza tarihini ve kasıklarının felçli olması sebebiyle cinsel ilişkiye giremeyeceğini kanıtlanması halinde babalık karinesi çürütülmüş olacaktır.

Fiziki imkansızlıkların yanında doktrinde içsel imkansızlıkların varlığı halinde de babalık karinesinin çürütülebileceği dile getirilmektedir. İçsel imkansızlığa örnek olarak da eşlerin arasında cinsel ilişki kurulabilmesini imkânsız kılacak boyutta düşmanlığın bulunması verilmektedir.⁸⁵ Ne var ki biz bu görüşe mutlak manada katılmamaktayız. Zira eşlerin arasında bulunan dargınlıklar, husumetler onların cinsel ilişkiye girmelerini tam anlamıyla veya en azından fiziki imkansızlıklar gibi ağır derecede engelleyici bir durum değildir. Eşler bir an için küslükleri unutup yakınlaşabilirler yahut bir tarafın isteği olmadan cinsel saldırı suçunu teşkil edebilecek mahiyette fiil kullanarak zorla ilişkiye girilmiş olabilir. Verilen bu örnekler düşük ihtimallerdir fakat imkânsız değildir. TMK'nın getirdiği güçlü bir babalık karinesini çürütmek için kanaatimizce daha sağlam sebeplerin ileri sürülmesi yerinde olacaktır. Ancak bahsetmekte olduğumuz görüşümüzden, bu gibi hallerin hâkim nazarında göz önüne alınmamasını kastetmiyoruz. Hâkim bu gibi içsel imkansızlıkların varlığı halinde, dava dosyasının tamamını göz önünde de tutarak gerekli bilimsel incelemelerin yapılmasını isteyebilecektir.

b. İlliyyet Bağının Yokluğu

Evlilik birliği içerisinde veya evlilik birliği içerisinde ana rahmine düşmüş sayılma hallerinde, kocanın baba olmadığını ispatlamak isteyen davacı, fiili veya içsel sebepler nedeniyle cinsel birlikteliğin imkansızlığını ispatlayamaması halinde, kocayla ananın cinsel ilişkisi ve çocuğun doğumu arasındaki nedensellik bağının yokluğunu ispatlayarak koca ile çocuk arasındaki

⁸³ Baygın (n 3) 45; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 280; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 344.

⁸⁴ Acabey (n 8) 121; Baygın (n 3) 45; Özdemir (n 23) 36; Öztan (n 6) 890; Serozan (n 5) 115-116.

⁸⁵ Acabey (n 8) 122; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 280-281; Oğuzman ve Dural (n 22) 207; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3) 345; Öztan (n 6) 891.

soybağını ortadan kaldırttırabilir. Burada ispatlanacak olan husus çocuğun doğumuna, ana ile kocanın cinsel birlikteliğinin sebep olmadığıdır. Bunun ispatlanması ise çeşitli sebeplerin ortaya konulması ile mümkündür.⁸⁶ Örneğin kocanın üreme yeteneğinden yoksun olduğunun veya iktidarsız olduğunun yetkili merciler tarafından düzenlenmiş resmi sağlık raporu ile kanıtlanması gibi. Burada dikkat edilmesi gereken husus, çocuğun ana rahmine düştüğü sırada, ananın başka bir erkekle cinsel ilişkiye girdiğinin kanıtlanması, soybağının reddedilmesine olanak vermez.⁸⁷

Nedensellik bağının yokluğunu yani kocanın çocuğun babası olmadığını ispatı, en nihayetinde tıp biliminden yararlanılarak tespit edilecektir. Fakat tıbbi incelemelerin yapılabilmesi için kadının kocasına karşı sadakatsiz davrandığına veya ananın başka bir erkek ile çocuğun gebe kalma döneminde cinsel ilişkiye girdiğine ilişkin sağlam, inandırıcı delillerin getirilmesi gerekir. Sadece koca şüphe ediyor diyerek, hâkim tıbbi inceleme ve müdahalelere karar veremeyecektir.⁸⁸

3. Evlilik Öncesi veya Ayrı Yaşama Sırasında Ana Rahmine Düşme Halinde İspat

Soybağının reddini talep eden davacı, çocuğun ana rahmine düşmesinin evlilik öncesinde veya ayrı yaşama sırasında gerçekleştiğini ispatlaması halinde başka herhangi bir olguyu kanıtlaması gerekmeyecektir.⁸⁹ Zira TMK m. 288'te şu şekilde düzenlenmiştir:

"2. Evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşme

Madde 288- Çocuk, evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmüşse, davacının başka bir kanıt getirmesi gerekmez.

Ancak, gebe kalma döneminde kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulunduğu konusunda inandırıcı kanıtlar varsa, kocanın babalığına ilişkin karine geçerliliğini korur. "

Açıkça belirtildiği üzere, kanun koyucu soybağının reddine karar verilebilmesi için, çocuğun evlilik öncesi veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmesinin kanıtlanmasını yeterli görmüştür. Çocuk evlenmeden başlayarak yüz seksen gün geçmeden önce dünyaya gelmişse, bu durumda ana rahmine TMK m. 287 gereği evlilik öncesi düşmüş sayılacaktır. Örneğin bu durumun kanıtlanması ve karşı ispat yapılamaması halinde soybağının reddine karar verilebilecektir.

Maddede çocuğun ana rahmine düşmesinin ayrı yaşama sırasında gerçekleşmesi hali de ele alınmıştır. Ayrı yaşama ifadesinin içerisine hâkim hükmü ile boşanmanın alternatifi olan ayrılık kararı (TMK m. 170) gireceği gibi evlilik birliğinin korunması amacıyla (TMK m. 197)

⁸⁶ Acabey (n 8) 122; Baygın (n 3) 45; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 281; Paksoy (n 17) 357; Oğuzman ve Dural (n 22) 208; Özdemir (n 23), 37; Öztan (n 6) 891.

⁸⁷ Acabey (n 8) 123; Baygın (n 3) 45; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 284; Paksoy (n 17) 357; Öztan (n 6) 892.

⁸⁸ Acabey (n 8) 121; Baygın (n 3) 46; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 281; Paksoy (n 17) 358; Öztan (n 6) 893.

⁸⁹ Acabey (n 8) 123; Baygın (n 3) 47; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 283; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hakları' (n 5) 762.

tedbir mahiyetinde olan ayrılık kararı da girecektir. Aynı şekilde hâkim kararı olmaksızın eşlerin fiilen ayrı yaşamaları durumu da madde kapsamında değerlendirilecektir.⁹⁰

TMK'nın 288. maddesinin ikinci fıkrasında çocuğun ana rahmine evlilik öncesi veya ayrı yaşama sırasında düşmüş olsa bile, gebe kalma döneminde ananın kocasıyla cinsel ilişkide bulunduğu noktasında inandırıcı kanıtlar mevcut ise babalık karinesinin geçerliliğinin korunacağı düzenlenmiştir. Öğretide bu duruma babalık karinesinin yeniden canlanması adı verilmektedir. Babalık karinesinin yeniden canlanması için, fıkradan da anlaşılacağı üzere, kadının gebe kalma döneminde kocası ile cinsel ilişkide bulunduğu keskin bir şekilde ispatlanması aranmamaktadır. Cinsel ilişkide bulunduğu konusunda inandırıcı kanıtların getirilmiş olması yeterlidir.⁹¹

F. Yargılama Usulü⁹²

1. Genel Olarak

TMK'nın 284.maddesinde soybağına ilişkin davalarda yargılama usulünün nasıl olacağı şu şekilde düzenlenmiştir:

"II. Yargılama usulü

Madde 284- Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır:

1. Hâkim maddî olguları re'sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder.

2. Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir."

Soybağına ilişkin davalarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nun uygulanacağı açıkça madde metninde belirtilmiştir. Haliyle soybağının reddi davasında da HMK hükümleri uygulanacak ancak maddede düzenlenen iki kural saklı tutulacaktır. Diğer bir deyişle, TMK'nın 284. maddesinin 1. fıkrasının 1 ve 2 numaralı bentlerindeki kurallar HMK hükümlerinden önce uygulanacaktır.

Soybağına ilişkin davalarda, re'sen araştırma ilkesi uygulanmaktadır.⁹³ Re'sen araştırma ilkesi, hâkimin davanın taraflarının getirdiği vakıya ve delillerle yetinmeksizin kendi araştırmalarını yapmasını ifade eder.⁹⁴ Bu husus TMK m. 284'ün 1. fıkrasının 1 numaralı

⁹⁰Acabey (n 8) 125; Baygın (n 3) 47-48; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 284; Öztan (n 6) 896.

⁹¹Acabey (n 8) 127; Akıntürk ve Ateş (n 3) 339; Baygın (n 3) 49; Özdemir ve Ruhi, 'Çocuk Hukuku' (n 3)346; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 3) 285; Öztan (n 6) 897.

⁹² Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Uyumaz ve Korucu (n 65) 25.

⁹³ Baygın (n 3) 46; Öztan (n 6) 870; Uyumaz (n 38) 123; Uyumaz ve Korucu (n 65) 25; " Soybağının reddi davası "kendiliğinden araştırma ilkesi" nin uygulandığı davalardandır..." Yargıtay 2 HD 5077/7015, 26.04.2011. (http-1) 8 Kasım 2021 tarihinde erişildi.

⁹⁴ İsmail Ercan, Uygulamacılar İçin Medeni Usul Hukuku (6.Bası, Seçkin 2021) 51; Budak ve Karaaslan (n 32)82.

bendinde hâkimin, maddi olguları re'sen araştıracağı ve kanıtları serbestçe takdir edeceği şeklinde ortaya konulmuştur.

Soybağının reddi davasında da hakim, tarafların getirmiş olduğu delil ve kanıtlarla bağlı olmayıp, maddi olguları kendiliğinden araştırarak ve bunlara ilişkin kanıtları takdir yetkisini kullanarak serbestçe değerlendirecektir.⁹⁵ Örneğin kocanın açmış olduğu soybağının reddi davasında, ananın davayı kabul edip zina eylemi gerçekleştirdiğini ve çocuğun zina teşkil eden cinsel ilişkinin meyvesi olduğunu itiraf etmesi halinde bile hakim ananın bu ikrarı ile bağlı olmayacak, kanıtları serbestçe takdir edecektir.

Özelde soybağının reddi davasında ve genelde soybağına ilişkin davalarda, re'sen araştırma ilkesinin uygulanmasının bir takım usuli sonuçları bulunmaktadır. İlk olarak ikinci tanık listesi(HMK m. 240/2) verme yasağı uygulanamayacak, hakim in re'sen başvurduğu deliller için ödenmesi gereken giderler taraflarca karşılanmazsa devlet hazinesi devreye girecek(HMK m. 325), taraflarca yapılan delil sözleşmesi hakimi bağlamayacak, tarafların yaptığı ikrar ve kabuller göz önüne alınamayacak, taraflar isticvap edilemeyecek, yemin deliline dayanılamayacak, aleyhe bozma yasağı uygulanamayacak ve son olarak iddia ve savunmayı değiştirme ve genişletme yasağı uygulanamayacaktır.⁹⁶

2. Tıbbi İncelemelere Rıza Verilmemesi⁹⁷

Burada ayrı bir başlık altında bahsedilmesi gereken konu ise soybağının reddi davalarında tıbbi incelemelere rıza göstermeyen kişilerin zorlanıp zorlanmayacağıdır. Bu husus TMK ve HMK' da farklı şekilde düzenlemiştir.

Koca ve ananın, ananın gebe kalma dönemindeki cinsel ilişkisi ile çocuğun doğumu arasında nedensellik bağının olmamasının, en nihayetinde tıbbi incelemelerle kesin olarak kanıtlanacağını belirtmiştik. Ancak tıbbi incelemelere rıza göstermeyen kişiler olduğunda zorla inceleme yaptırılıp yaptırılmayacağı öğretide tartışmalıdır.

Türk Medeni Kanunu soybağının belirlenmesinde tıbbi araştırma ve incelemelere rıza verilmemesini, belirli şartların varlığı durumunda, rıza vermeyen tarafın aleyhine olacak şekilde sonuç doğuracağını kabul etmiştir. Maddede sayılan şartlar ise şunlardır.⁹⁸

1- Tıbbi inceleme, soybağının belirlenmesinde zorunlu olmalıdır. Diğer bir deyişle bu sonuca başka bir yoldan ulaşılamaması gerekmektedir.

⁹⁵ Baygın (n 3) 46; Öztan (n 6) 870.

⁹⁶ Ercan (n 86) 51; Uyumaz (n 38) 123-127; Uyumaz ve Korucu (n 65) 25-27."...Soybağının reddi ve babalık gibi konular ise, kamu düzenine ilişkin olup, bu tür davalarda sadece karşı tarafın kabulüne dayanılarak isteğe uygun karar verilemeyecektir..." Yargıtay 18 HD, 19328/7578, 05.05.2015. (http-1) 8 Kasım 2021 tarihinde erişildi.

⁹⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Onur Emre Konuralp (2020). 'Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci Maddesi Karşısında Türk Medeni Kanunu'nun 284'üncü Maddesinin Durumu' (2020) 69 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; Uyumaz (n 38), 176-187; Uyumaz ve Korucu (n 65) 8-12.

⁹⁸ Kılıçoğlu (n 7) 412-413.

2- Yapılacak olan bu zorunlu tıbbi inceleme, üzerinde inceleme yapılacak olan kişinin sağlığını tehlikeye atmamalıdır.

Aranan iki şartın varlığı halinde hâkim, tıbbi incelemeye rıza göstermeyen taraf aleyhine soybağının reddi davasını sonuçlandırılabilir. Şartların yerine gelmesi durumunda dahi rıza göstermemenin aleyhe sonuç doğurması hâkimin takdirinde olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

HMK'nın 292. maddesinde ise TMK m. 284'ten farklı bir düzenleme yer almaktadır.⁹⁹

"Soybağı tespiti için inceleme

MADDE 292- (1) Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.

(2) Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz."

HMK'ya göre soybağının tespiti amacıyla vücuttan kan veya doku alınmasına rıza göstermeyen kişi hakkında, maddede sayılan şartların yerine gelmiş olması koşuluyla, hâkim zor kullanılarak inceleme yaptırılabilir.¹⁰⁰ Maddede sayılan şartlar ise şu şekildedir:

1- Alınacak olan kan veya dokunun uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu olması gerekir. Görüleceği üzere bu şart TMK m. 284'te de aranmaktadır.

2- Kan veya doku alınırken bilimsel verilere uygun olarak işlem yapılması gerekir. Başka bir deyişle, tıp bilimi tarafından belirlenen kıstaslara uygun olarak örnekler alınmalıdır. Bu şart TMK m.284'te açıkça sayılmamış olmakla beraber, kanaatimizce bu husus bir eksiklik değildir. Zira yargı merciin yaptıracağı bu işlem doğaldır ki bilimsel veriler kullanılarak olacaktır, örneğin merdiven altı denilebilecek yerlerde, mahalle teknikleriyle yapılmayacaktır.

3- Kan veya doku örneğinin alınması kişinin sağlığı bakımından tehlike oluşturmamalıdır.

4- Zor kullanarak inceleme yaptırılabilmesi için ancak hâkim kararı olmalıdır.

Kısaca izah etmeye çalıştığımız şekliyle kanunlarımızdaki düzenlemeler çelişki halindedir. Zira TMK m. 284'te incelemelere rıza göstermeyen kişilere karşı şartların varlığı halinde bile sadece rıza vermemenin aleyhe sonuç doğurması kabul edilerek, zor kullanılmazken; HMK m. 292 gereğince kan veya doku örneği alınmasına rıza göstermeyen kişilere karşı, şartların yerine gelmesi halinde hâkim kararıyla zor kullanılarak inceleme yaptırılabilir.

Öğretideki bir görüşe göre, HMK m. 292 hükmünün TMK m. 284'den daha sonra yürürlüğe girmesi ve özel hüküm olması sebebiyle HMK m. 292'nin uygulanması gerekmektedir.¹⁰¹ Diğer bir görüş ise TMK m. 284'ün ilk fıkrasında "aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır." dediği için ve TMK hükmünün maddi hukuk

⁹⁹ Maddenin eleştirisi için bkz. Hatemi (n 7) 160-161.

¹⁰⁰ Öz (n 37) 322.

¹⁰¹ Kılıçoğlu (n 7) 413; Öz (n 37) 322-323; Öztan (n 6) 894.

kuralı olmasından ötürü, TMK m. 284 hükmünün HMK m. 292'e nazaran öncelikle uygulanması gerektiğini savunulmaktadır.¹⁰² Bu görüşe ise HMK'nın HUMK'na yapılan atıflara ilişkin 447/2¹⁰³ hükmü gerekçe gösterilerek karşı çıkmaktadır.¹⁰⁴ Ayrıca öğretide çocuğun soybağının tespiti toplum bakımından önemli bir konu olduğu ve bu hususun tespitinde kamu yararı mevcut olduğu için (TMK m.24), tıbbi incelemeye rıza göstermeyen kişilerin haklarına müdahale edilebileceği ve zor kullanılarak tıbbi incelemeler yapılabileceği dile getirilmektedir.¹⁰⁵

Öncelikle ifade etmeliyiz ki soybağının doğru bir şekilde tespitinde bireylerin ve kamunun yararı olduğu açıktır. Hal böyle iken kişilerin hâkimin öngördüğü incelemelere rıza göstermemesi halinde, gerçek durum göz ardı edilerek, rıza vermeyen aleyhine karar verilebileceği kabul edilmesi ve buna göre hüküm tesis edilmesi bireyin ve kamunun menfaatine aykırı olacaktır. Ayrıca HMK m. 292 hükmü sonraki tarihli genel bir hükümdür. TMK m. 284 ise önceki tarihli özel bir hükümdür. Özeldir zira, hükümde soybağına ilişkin davalarda uygulanması gerektiğinin belirtildiği özel yargılama kuralları bulunmaktadır. Yargılama kuralları bakımından genel kanun Hukuk Muhakemeleri Kanunu olup, TMK m. 284 hükmü özel yargılama kuralı öngörmüştür. Kanunların uygulanmasındaki *lex specialis*¹⁰⁶ ilkesine göre özel nitelikteki önceki tarihli TMK m. 284 hükmü uygulanacak, *lex posterior*¹⁰⁷ ilkesine göre ise sonraki tarihli genel kanun hükmü olan HMK m. 292 uygulanacaktır. Buradaki gibi aynı düzeyde yer alan eski tarihli özel kanun ile sonraki tarihli genel kanun arasındaki çatışma hallerinde hangi ilkeye öncelik verileceği tartışmalıdır.¹⁰⁸ Ayrıca kanun koyucu HMK m. 292'nin gerekçesinde soybağına ilişkin davaların kamu düzeninden olduğunu, davanın tarafları yanında üçüncü kişilerin de şartların yerine gelmesi durumunda yapılacak olan incelemelere katlanmak zorunda olduğunu dile getirilmiştir.¹⁰⁹ Kanaatimizce soybağına ilişkin davaların önemi, önceki tarihli özel kanun sonraki tarihli genel kanun arasındaki çatışma durumunda hangi ilkenin uygulanması gerektiğinin tartışmalı olması ve kanun koyucunun amacının da bir bütün halinde göz önüne alındığında HMK m. 292 uygulanması gerekmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da HMK m. 292'nin uygulanması

¹⁰² Dural, Ögüz ve Gümüş (n 3) 282.

¹⁰³ HMK 477/2: Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır."

¹⁰⁴ Konuralp (n 89) 1623.

¹⁰⁵ Öztan (n 6) 895.

¹⁰⁶ "Lex specialis derogat legi generali; özel kanun genel kanunları ilga eder anlamında Latince bir ilkedir. Kemal Gözler, Hukuka Giriş (13.Bası, Ekin 2016) 344.

¹⁰⁷ "Lex posterior derogat legi priori; sonraki kanun önceki kanunları ilga eder anlamında Latince bir ilkedir. Gözler (n 95) 343.

¹⁰⁸ Gözler (n 95) 350; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk (21.Bası, Vedat 2015) 84.

¹⁰⁹ "Soybağı ile ilgili davalar kamu düzenindedir. Bu nitelikteki davalarda, hâkim, maddî hadiseyi kendiliğinden araştırır ve serbestçe değerlendirir. Uyuşmazlığın çözümü bakımından, davanın tarafları yanında üçüncü kişiler de zorunluluk hâlinde, bilimsel verilere uygun olmak, sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak koşuluyla, vücutlarından kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadırlar. İşin önemi dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörülmüş ve üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınma yolu da kapatılmıştır."

gerektiği görüşündedir. Hukuk Genel Kurulu görüşünü, HMK m. 292'nin TMK m. 284'e göre, sonradan yürürlüğe girdiği ve özel nitelikte hüküm içerdiği gerekçesiyle açıklamaktadır.¹¹⁰

SONUÇ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu soybağına ilişkin olarak detaylı düzenlemeler içermektedir. Soybağının reddi konusu da TMK'nın 286. ve 287. maddelerinde düzenlenmiştir.

Soybağı kavramının birçok anlamı bulunmakla beraber, TMK soybağı ifadesiyle dar anlamda soybağının kastetmektedir. Dar anlamda soybağı ise çocuğun anne ve babasıyla olan arasındaki bağıdır. Soybağının doğru bir şekilde tespiti ve tescili birey bakımından oldukça önemli olduğu kadar toplumun da menfaatindedir. Nihayetinde toplum ailelerden oluşmakta, aileler ne kadar sağlıklı olursa toplum da o kadar sağlıklı olmaktadır.

Çocuk ile anası arasında soybağı doğumla birlikte kendiliğinden kurulmaktadır. Keza evlat edinmeyle de ana ile çocuk arasındaki soybağı kurulabilmektedir. Ana ile çocuk arasındaki soybağının belirlenmesi ve kayda geçirilmesi sırasında genellikle sorun yaşanmamaktadır. Ancak olsa olsa ana ile çocuk arasındaki soybağına ilişkin olarak çocuğu kimin doğurduğu konusu dava edilebilir. Bu dava da niteliği itibariyle tespit davasıdır.

Çocuk ile babası arasındaki soybağı ise ana ile evlilik, tanıma, babalık hükmü ve evlat edinmeyle kurulmaktadır. Annede olduğu gibi bir doğurma olgusu olmadığı için genellikle baba ile çocuk arasında soybağı bakımdan problemler yaşanmaktadır

Baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulmasında kanun koyucu babalık karinesini getirerek, hayatın olağan akışında evlilik birliği, içerisinde dünyaya gelen çocuğun babasının koca olduğu varsayımına dayanmıştır. Babalık karinesi ile evlilik devam ederken veya evlenmenin sona ermesinden itibaren üç yüz gün geçmeden doğan çocuğun babası koca sayılmaktadır. Keza kanun evlilikten itibaren yüz seksen gün içerisinde dünyaya gelen veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde dünyaya gelen çocuğu evlilik birliği içerisinde ana rahmine düşmüş kabul etmektedir. Diğer yandan karinelerin çakışması başlığı altında düzenlenen maddede, evlilik sona erdikten itibaren üç yüz gün içerisinde anne yeni bir evlilik yapmış ise bu üç yüz günlük sürede doğan çocuğun babası olarak, ikinci evlilikteki koca kabul edilmektedir. Bu karine çürütülecek olursa, ilk evlilikteki koca baba sayılacaktır.

¹¹⁰ "...Yerel mahkemece, test yaptırmaktan kaçınan davalı hakkında TMK'nın 284/2. maddesi uyarınca incelemeden beklenen sonucun onun aleyhine doğmuş olduğu kabul edilerek karar verildiği belirtilmiş ise de az yukarıda açıklandığı üzere TMK'ya göre sonraki kanun durumunda olan HMK'nda soybağının tespiti için yapılacak inceleme hakkında özel bir düzenleme yapılmış ve bu tür davalarda işin önemine binaen kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu getirilmiştir. Hâl böyle olunca, kamu düzenine ilişkin olan babalık iddiası hakkında doğru sonucun elde edilebilmesi için sonraki kanun olan ve özel düzenleme içeren HMK'nın 292. maddesi hükmünün uygulanması ve alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekmektedir. O hâlde, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." Yargıtay HGK 1927/1471, 18.10.2018. (http-1) 8 Kasım 2021 tarihinde erişildi.

Kendisine soybağıyla bağlı bulunan çocuğun babasının kendisi olmadığını düşünen koca, ancak soybağının reddi davasını açarak soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılmasını isteyebilir. Keza çocuk da soybağının reddini isteyebilecektir. Soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılmasını isteyen koca veya çocuk, bu sonuca ancak soybağının reddi davasını açarak ulaşabilir. Başka bir hukuki çare ile bu sonuca ulaşamamaktadır. Çocuk ergin olduğu tarihten itibaren bir yıl içerisinde, koca ise doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kalma sırasında başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiğinden itibaren bir yıl içerisinde dava açabilecektir. Buradaki bir yıllık süre hak düşürücü niteliktedir.

Soybağının reddi davasında görevli mahkeme aile mahkemesi olup, yetkili mahkeme ise taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesidir.

Soybağının reddi davasını açma hakkı belirli şartların varlığı halinde diğer ilgililere de tanınmıştır. Kocanın dava açma süresinin geçmesinden önce ölmesi, sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun kalması veya gaipliğine karar verilmesi hallerinden, kocanın altsoyu, anası, babası ve baba olduğunu iddia eden kişi bu hallerden birinin varlığını öğrenmelerinden itibaren bir yıl içerisinde dava açabileceklerdir. Keza soybağının reddi davası açma hakkı ergin olmayan çocuğa atanan kayyım da atamanın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde olmak kaydıyla tanınmıştır.

Davayı koca açmışsa davalı tarafta ana ve çocuk, çocuk açmışsa davalı tarafta ana ve koca şekli bakımından mecburi dava arkadaşı olacaktır. Diğer ilgililerin de açtığı davada, davalı olarak ana ve çocuk gösterilecek, davayı baba olduğunu iddia eden kişi açmışsa davalı tarafta ana, çocuk ve koca yer alacaktır.

Soybağı ilişkisi kaldırılmak istenen çocuk eğer evlilik birliği içerisinde ana rahmine düşmüş veya evlilik birliği içerisinde düşmüş sayılan hallerden biri mevcut ise davacı taraf, kocanın baba olmadığını ispat etmek zorundadır. Bu ispatı ise ana ile cinsel birlikteliğinin fiziksel veya zihinsel imkansızlığını kanıtlayarak ya da illiyet bağının yokluğunu ortaya koyarak gerçekleştirebilir. Şayet çocuk ana rahmine evlilik birliği dışında veya fiilen ayrı yaşama sırasında düşmüşse, bu durumların kanıtlanması soybağının reddine karar verilebilmesi için yeterli olacaktır. Ancak bu durumda davalı taraf, ananın gebe kalma döneminde kocayla cinsel ilişkiye girdiğini gösteren inandırıcı kanıtlar sunarsa kocanın babalığına ilişkin karine geçerli olacaktır.

Soybağına ilişkin davalarda ve de soybağının reddi davasında re 'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Hâkim maddi olguları re'sen araştırarak ve kanıtları serbestçe takdir edecektir. TMK m.284'te kişilerin soybağının belirlenmesinde gerekli olan ve sağlıklarına zarar vermeyen araştırma ve incelemeye rıza vermekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Ancak rıza verilmemesi halinde, hâkim bu araştırma ve incelemeyi beklenen sonucu rıza vermeyen aleyhine doğmuş sayabilecektir. HMK 292'ise soybağının tespiti amacıyla herkes, uyuşmazlığın çözümü için zorunlu, bilimsel verilere uygun ve sağlık yönünden bir tehlike oluşturmayan kan ve doku örneği alınmasına katlanmakla yükümlüdür. Haklı sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde hâkim kararıyla zor kullanılabilir.

Görüldüğü üzere incelemelere rıza verilmemesi durumunda, HMK m. 292 zor kullanmaya cevaz verirken, TMK m. 284 sadece aleyhe hüküm kurulabilmesini öngörmüştür. HMK hükmü ile TMK hükmü çatışma halindedir. Doktrinde HMK hükmüne öncelik veren yazarlar olduğu gibi TMK hükmünün uygulanması gerektiğini düşünen yazarlar da bulunmaktadır. Yargıtay ise rıza göstermeyen kişi hakkında HMK m. 292 gereğince zor kullanılarak kan veya doku örneği alınmasına hükmetmektedir. Kanaatimizce soybağına ilişkin davalarda bireyin ve kamunun yararı ön plana çıkması ve kanun koyucunun iradesi de dikkate alınarak HMK m.292 hükmü uygulanmalıdır.

Kaynakça

- Acabey M B, Soybağı (1.Bası, Güncel Hukuk 2002)
- Akıntürk T ve Ateş D, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku 2.Cilt (23.Bası, Beta 2021)
- Akyüz E, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması (7.Bası, Pegem 2020)
- Altınar Yolcu F Z, 'Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba' (2020) 6(2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 249-286
- Atalı M ve Ermenek İ, Medeni Usul Hukuku (2.Bası, Seçkin 2021)
- Aydın B, 'Yapay Dölllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları' (Master thesis Eskişehir Anadolu Üniversitesi 2013)
- Baygın C, 'Kan Bağına Dayanan Soybağı' AÜEHFD (2002) 6 (1-4), 255-284
- Baygın C, Soybağı Hukuku (1.Bası, On İki Levha 2010)
- Budak A C ve Karaaslan V, Medeni Usul Hukuku (2.Bası, Adalet 2018)
- Demirbaş F, 'Baba ile Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler' (2018) 22(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3-36
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş, M A, Türk Özel Hukuku Cilt 3 Aile Hukuku (17. Bası, Filiz Kitabevi 2022)
- Dursun S A, 'Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi' (2018)76 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 393-416
- Eğilmezgil, S G, 'Babalık Davası' (2020) 3(1) Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, 136-175
- Ercan İ, Uygulamacılar İçin Medeni Usul Hukuku. (6.Bası, Seçkin 2021)
- Erdem M ve Makaracı Başak A, Aile Hukuku (2.Bası, Seçkin 2022)
- Ergün Ö ve Zeytin Z, Türk Medeni Hukuku (5.Bası, Seçkin 2020)
- Gençcan Ö U, 6100 s. HMK Hükümlerine Göre Aile Mahkemesi Davaları (2.Bası, Yetkin 2016)
- Gözler K, Hukuka Giriş (13.Bası, Ekin 2016)
- Gümüş M A, Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki "Diğer İlgililerin" [Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)] Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı (TMK m. 291/1,3), Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan (1. Bası, Filiz Kitabevi 2013)

- Hatemi H, Aile Hukuku. (9. Bası, On İki Levha 2021)
- Hatemi H ve Serozan R, Aile Hukuku. (1. Bası, Filiz Kitabevi 1993)
- Keskin A D, 'Bölünmüş Annelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi' (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1990 - 2016
- Kılıçoğlu A M, Aile Hukuku. (4. Bası, Turhan 2019)
- Kırkbeşoğlu N, 'Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunları' (Master thesis İstanbul Üniversitesi 2005)
- Konuralp O E, 'Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci Maddesi Karşısında Türk Medenî Kanunu'nun 284'üncü Maddesinin Durumu' (2020) 69(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1609-1640
- Oğuzman K ve Barlas N, Medeni Hukuk (21.Bası, Vedat 2015)
- Oğuzman K ve Dural M, Aile Hukuku (2. Bası, Filiz Kitabevi 1998)
- Öz T, Soybağının Reddi Davasında İspat ve Süreler, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt II- Aile Hukuku 20 Nisan 2017. (Ed. Prof. Dr. Baki İlkay Engin). (1. Bası, On İki Levha 2019)
- Özdemir G C, 'Türk Hukukunda Soybağının Reddi Davası' (Master thesis İstanbul Aydın Üniversitesi 2018)
- Özdemir H ve Ruhi A C, Çocuk Hukuku (1.Bası, Adalet 2012)
- Özdemir H ve Ruhi A C, Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları (1.Bası, On İki Levha 2012)
- Öztan B, Aile Hukuku (6.Bası, Turhan 2015)
- Paksoy G, 'Soybağının Reddi' (2011) 97 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 276-353
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özkes M, Medeni Usul Hukuku (8.Bası, On İki Levha 2020)
- Sarıbaş A, 'Soybağının Kurulması ve Hükümleri' (Master thesis Akdeniz Üniversitesi 2019)
- Serozan R, Çocuk Hukuku (1.Bası, Beta 2000)
- Şıpka Ş ve Genç Arıdemir A, '4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Soybağının Kurulması ve Hükümleri' (2003) 1 T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 149 – 185

Tosun Y ve Baş E, 'Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi' (2014) 9(123-124) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 100-117

Turgut C, 'Yapay Döllenme, Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar' (Master thesis İstanbul Üniversitesi 2014)

Uyumaz M, 'Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler' (Master thesis Erzincan Üniversitesi 2014)

Uyumaz M ve Korucu Y, 'Soybağının Reddi Davasında Usul Hükümlerinin İncelenmesi' in Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (eds) Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan Cilt 2 (1.Bası, Yetkin 2014)

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>

<<https://sozluk.gov.tr/>>

BUGÜNKÜ ROMA HUKUKU SİSTEMİ (1)

System des Heutigen Römischen Rechts

Friedrich Carl von SAVIGNY

  Çev.: Melike Belkıs AYDIN (2)

BİRİNCİ KİTAP

Ş. 7. Hukukun Genel Oluşumu.

Peki şimdi genel hukukun oluşum temelleri nelerdir, yahut hukukun kaynakları neyden oluşur? İnsan bu noktada hukukun talihin veya insani keyfiliğin, tasavvur ve bilgeliğin etkisine göre çok değişik bir oluşumunun olduğunu kabul etmelidir. Tek başına bu kabul bile, bir hukuk ilişkisinin gündeme gelip bilince çıktığı her yerde, bir kuralın aynısı için uzun müddet kullanıldığı, yani keşfedilmeye ne gerek ne de imkân olduğu tartışmasız gerçeğiyle çelişmektedir. Genel hukukun, her verili duruma göre çoktan verili bir *Dasein* olarak bu niteliği ile ilişkisinde onu pozitif hukuk olarak isimlendiriyoruz.

Her kimin için ve her kimde bizzat pozitif hukukun *Dasein*'ini kazandığını sorguladığımızda, o zaman "halk"ı (*Volk*) buluveririz. Pozitif hukuk halkın genel bilincinde yaşar. Bu yüzden de onu halk hukuku olarak isimlendiririz. Ancak bundan kesinlikle keyfilikleri eliyle hukuku ortaya çıkaran halkın her bir bireyini düşünememek gerekmektedir; çünkü bireylerin keyfi istekleri belki rastlantısal olarak aynı hukuku, ama belki de, ve daha muhtemel olarak, çok çeşitli bir hukuku seçebilir. Bilakis bu, daha çok her tekilde ortak olarak yaşayan ve etki eden bir halkın tını (*Volksggeist*) olarak pozitif hukuku üretmiştir. Bu pozitif hukuk her tekilin bilincinde, rastlantısal değil zorunlu olarak bir ve aynı hukuktur. Pozitif hukukun farkına varılamayan bu ortaya çıkışını benimseyerek pozitif hukuka dair belgeye dayalı bir kanıt

¹ Friedrich Carl von Savigny'nin *System des Heutigen Römischen Rechts* adlı eserinden üç bölümün çevirisidir: *System des Heutigen Römischen Rechts*, 1. Auflage, Veit und Comp., Berlin (1840), 1. Buch Quellen des heutigen Römischen Rechts, §. 7. Allgemeine Entstehung des Rechts, §. 8. Volk, §. 9. Staat, Staatsrecht, Privatrecht, öffentliches Recht, §. 10. Abweichende Meynungen über den Staat, ss. 13-31. (Özgün metinde Savigny'nin dipnotları (a), (b) ile gösterilmiş, çeviride de rakamlı dipnotların yanına harfler içinde olarak eklenmişlerdir.)

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 14.06.2022, Kabul Tarihi: 18.07.2022.

² Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

arayışından vazgeçmeliyiz. Tek başına bu eksiklik de, bu ortaya çıkışa dair bizim görüşümüz ve diğer görüşler arasında ortaktır. Çünkü biz yazılı tarihin sınırları içerisinde yer alan tüm halklarda köken olarak yaratılması her türlü sınırlamanın dışında yer alması zorunlu olan pozitif hukuka rastlamaktayız. Nesnenin özel doğasına uygun başka tür kanıtlar ise eksik değildir. Böylesi bir kanıt, pozitif hukukun genel ve eşbiçimli bir tanınmasında ve içsel zorunluluk hissiyatına eşlik eden bir tasavvurda yatmaktadır. Bu hissiyat, en belirgin olarak yasaların ya da hukukun tanrısal bir menşesine dair kadim bir iddiaya dayanır, çünkü rastlantısal ya da insani keyfilik vasıtasıyla bir ortaya çıkışla fark edilebilir bir karşıtlık tasavvur edilemez. İkinci bir kanıt da, görünmeyen, belgeli tarihin ötesine geçen kadim tarihe uzanan bir ortaya çıkışa sahip halkların öteki özgünlüklerine dair bir benzetme ile, örn. toplumsal yaşamın gelenekleri, hepsinden önce de dilde yatar. Burada, tekilin tarihinden ve özgür seçiminden bağımsız, yani her tekilde ortak etkili olan halkın tininin edimselliğinden kaynaklanan aynı yaratılışı bulunur. Halkın tininde bu, hepsi onun anlamlı doğası ile hukuka kıyasla daha net ve daha ayırt edilebilirdir. Tek tek halkların tekel doğası bu ortak yönler ve aralarında birinci sırada en belirginin dil olduğu edimler ile belirlenmiş ve tanınabilir durumdadır.

Halkın ortak bilincinde hukukun yaşadığı yapı soyut bir kuralınki değildir, aksine hukuk kurumlarının organik bağlamlarında yaşayan bir görünümüdür. Öyle ki kuralın mantıksal biçiminin bilincinde olmak için, ihtiyaç hâsıl olduğunda bunu sanatsal bir süreçle bütünlüklü bir görüden inşa etmek zorundadır. Bu yapı hukuk ilişkilerinin özünü tasviri olarak ortaya seren ve menşei halk hukuklarını yasalara göre çoğunlukla anlamlı ve temelli olarak ifade eden sembolik işlemlerde açığa çıkar.

Pozitif hukukun ortaya çıkışının bu benimsenmesinde öncelikle, halkların zaman içinde süregiden yaşamları göz ardı edilmiştir. Bunun hukuka etkisini gözlemlersek hepsinden önce sağlamlştırıcı bir güç ile tanınmaları gerekmektedir: Halkın içinde hukuk adetleri ne kadar derin ise o derece derine kök salabilirler. Hukuk uygulama ile gelişim gösterir ve menşei olarak çekirdekte içerilmiş olan her ne ise belirli bir formun uygulanması ile bilince çıkar. Fakat hukukun değiştirilmesi bu yollar ile yapılabilir. Çünkü tekil insanın yaşamında nasıl ki tamamen bir durgunluk hali gerçekleşmiyor ise, bilakis kararlı organik bir gelişim söz konusu ise, halkların yaşamında ve toplum yaşamının dayandığı her tekil unsurda da öyle olur.

Öyleyse dilde de ve aynı biçimde hukukta da kararlı bir gelişim ve ilerleme bulabiliriz. Bu gelişim, tekil keyfilikten ve rastlantıdan bağımsız olarak, tıpkı menşei ortaya çıkış gibi içsel güç ve gerekliliğin üretilişiyle aynı yasaya tabi bulunur. Bu doğal gelişim sürecinde tek başına halk yalın bir değişimi içermez, aksine durumların belirli, düzenli sonucunda ve bu durumlar içinde her biri halkın tininin özel bir ifadesiyle uzanan kendi bağımsız ilişkisi vardır. Hukuk, halkın tininin bu tezahürü sayesinde üretilir. En özgür ve güçlü haliyle bu tezahür, halkların gençlik döneminde zuhur eder. Bu, ulusallık bağlamında daha içeridenci ve halkın bilincini daha genel biçimde yayıldığı ve bireysel eğitimin farklılığında daha az gizlendiği bir gençlik dönemidir. Bu ölçüde, bireyin eğitiminin farklı ve yaygın olduğunca ve ilgi alanlarının, aşinalıkların ve bu vesileyle koşullanan durumların keskin bir ayrışması söz

konusu olduğunca, toplumun bilincine dayalı bir hukuk üretimi de daha zorlayıcı olacaktır. Bu yeni durumların etkisiyle tekrardan yeni organlar inşa edilmezse, doğalarına değinilecek olan yasa yapımı ve hukuk bilimi nihayet neredeyse tamamen ortadan kaybolacaktır.

Hukuk eğitiminin bu gelişimi, menşei hâlihazırdaki hukuk ile bambaşka bir ilişkide olabilir. Onlar vasıtasıyla yeni hukuk kurumları üretilebilir, yahut halihazırdakiler yeniden şekillendirilebilir: Evet, bunlar bütünüyle ortadan kaybolabilir, meğer ki dönemin anlam ve gereksinimlerine yabancı düşmesinler.

Ş. 8. Halk.

Hukukun üretimi edimsel, kişisel özne olarak halk içinde geçici yerleştirilmiştir. Bu öznenin doğası artık daha net betimlenmelidir.

Eğer, hukuk ilişkisini değerlendirirken onu özel içeriğinden soyutlarsak, onun, birçok insanın belirli bir türde düzenlenmiş ortak yaşamlarının genel bir özü arata kalmış olur. Çoğunluk düşüncesine dair soyut kavramda kalmamız gerektiğini anlarız ve hukuku, yokluğunda hiçbir tekilin dış özgürlüğünün var olamayacağı bir icat olarak düşünmemiz gerekir. Tek başına belirsiz bir çoğunluğun böylesi bir rastlantısal örtüşmesi tek başına keyfi, hakikatten yoksun bir tasavvurdur: Eğer birbirlerini gerçekten bulabilselerdi, o halde onda yasama yetisi eksik kalırdı, çünkü ihtiyaç ile onu giderme gücü aynı anda verili değildir. Aslında insanların birlikte yaşadığı ve tarihin de bu sayede kendini faş ettiği her yerde, aynı dilin kullanımı ile hem kendini ifade eden hem de perçinleyip eğiten tinsel bir toplulukta yer aldıklarını görürüz. Yasamanın yeri böylesi bir doğal bütündedir. Çünkü ortak, tekillere işlemiş bir halk tininde yukarıda anılan ihtiyacı giderecek gücü bulabilir.

Fakat bu halk tekilliklerinin sınırları belirsiz ve değişkendir. Bu çelişkili durum, onlarda üretilmiş olan hukukun teklisinde veya farklılığında kendini ayan eder. Böylece de birbirine akraba halk boylarında belirsiz de olsa bizlere bir ya da birden çok halklar olarak mı anlam ifade etmeleri gerektiği görünebilir: aynı biçimde onların hukukunda bütüncül bir örtüşme olmasa da bir akrabalıktan söz edebiliriz.

Ancak, bir halkın birliğinin kuşkuya mahal vermediği o halkın sınırları içinde bile, özel bir bağla, hatta halkın genelinin yanında birlikler, kentler ve köyler, birlikler gibi bütününe halka dair bölümlerini oluşturan daha dar çevrelere sık sık rastlanır. Burada bağımsız bir yasama, yerini, bazı yanlarıyla tamamlanan ve değiştirilen genel bir halk hukukunun yanı sıra yerel bir hukuk olarak da yerini edinir.^{3(a)}

Eğer ki halkı doğal bir birlik ve böylece de pozitif hukukun taşıyıcısı olarak gözlemlersek, aynı zamanda sadece bu vesileyle edinilen tikeler üzerine de düşünmemiz mümkün olmayacaktır, bilakis her tikel birbirine devreden nesillerde sürmektedir ve bugünü geçmiş

^{3(a)} Her *gensin* Roma'da en eski örf-adet hukuku böylece hâsil olur, Dirksen civil. İncelemeleri B. 2. S. 90

ve gelecek ile birbirine bağlamaktadır. Hukukun bu durağan muhafazası gelenek eliyle etki eder ve nesillerin ani değil aksine aşama aşama gerçekleşen değişimiyle koşullanıp kurulur.

Hukukun, halkın güncel yaşamından burada iddia edilen bağımsızlığı öncelikle hukuk kurallarının değiştirilemez devamlılığından gelir: Aynı biçimde de bu bağımsızlık hukukun aşamalı gelişiminin de temelidir (§ 7) ve bu ilişki ile birlikte ona öncelikli bir önem de atfetmeliyiz.

Bireyleriyle halkı pozitif ya da gerçek hukukun yaratıcısı ve taşıyıcısı olarak düşünen bu görüş, ortak insan tinine, özgün halk tını olarak yaratılış atfetmeye meyilli bazılarını kısıtlamış gibi görünmektedir. Daha net bir incelemede her iki görüş de çelişkili değil gibi görünür. Tek tek Halklarda etkin olup ferdi düzlemde kendini ayan eden genel insan tinidir. Hukukun yaratımı da kendi başına bir edimdir, hem de toplumsal bir edimdir. Bu da sadece düşünce ve edimin bir toplumsallığının sadece mümkün değil aynı zamanda gerçek de olduğu toplumlar için de tasavvur edilesidir. Böylesi bir toplum sadece tekil bir halkın sınırlar dahilinde mevcut olduğundan sadece burada gerçek hukuk ortaya çıkabilir. Başka halklarda izine bile rastlayamayacağımız hukuk yaratımında bazı özel halkların bağımsız keyfiliği değil de genel bir beşeri kültür güdüsü (*Bildungstrieb*) algılanabilir. Tek fark, milli tinin bu ürününün bazen tek tek insanlara özgü olması, bazen de birkaç halkta eşit olarak ortaya çıkmasıdır. Romalıların halkın hukukunun genelleştirilebilir temelini nasıl da *jus gentium* olarak kavradıkları, daha sonra gösterilecektir (§ 22.).

§. 9. Devlet, Devlet hukuku, Özel hukuk, Kamu hukuku.

Görünmez bir doğal bütünlük atfetmek zorunda olduğumuz belirsiz sınırlar olarak halk, hiçbir yerde ve hiçbir zaman bu soyut düzeyde var olmaz. Onda bilakis, görünmez birliğin aşikâr ve organik olarak tezahür ettiği önüne geçilemez bir güdü etki eder. Bu tinsel halk toplumunun bedensel yapısı ise devlettir ve onunla da birliğin sıkı belirli sınırlı verilir. Devletin ortaya çıkışını soruşturduğumuzda, o zaman onu da hukuk için söylediğimizdeki gibi daha yüksek bir zorunlulukla içeriden inşa edilmiş güçlerle konumlandırmamız gerekir. Bu da bir devletin yalın *Dasein*'inde geçerli değildir, bilakis onun devletin her halkın kendinde taşıdığı mahsus yapısı için geçerlidir. Devletin yaratımı da hukuk yaratımının bir biçimidir, yani hukuk yaratımının en üst düzeyidir.

Eğer genel hukuka dair şimdi edinmiş olduğumuz bakış açısını bir kenara bırakırsak, burada iki farklı alanı, devlet hukuku ile özel hukuku birbirinden ayırmamız gerekmektedir. İlki konu olarak devleti alır, bu halkın organik tezahürü demektir, ikincisi ise hukuk ilişkilerinin bütünlüğünü alır, bu da onlarda kendi içsel yaşamını sürebilmek ve belirli bir yapı oluşturabilmek^{4(a)} için tek tek insanlarca çevrenmiştir. Sanki biz bu iki hukuk alanını karşılaştırdığımızda, akrabalıklar ve aktarımlar eksik değil gibidir. Çünkü aile yönetim ve itaat gibi sürekli unsurlarında devletteki ile açık benzerliklere sahiptir: Aynı şekilde devletin

^{4(a)} L. 1. *de J. et J.* (l. 1.). *Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Vgl. L. 2 § 46. de orig. jur.* (l. 2.)

gerçek bileşenleri olan topluluklar da bireylerin ilişkilerine yaklaşmaktadır. (§ 86). Böylece her iki alanda da sıkı belirlenmiş bir karşıtlık ortaya çıkar. Bu da kamu hukukunda bütünü amaç, bireyin ise tabi olan olarak görünürken, özel hukukta ise tekil insan kendisi için bir amaç olur ve her hukuk ilişkisinin yalnızca bir araç olarak kendi varoluşuna ya da özel koşullarına atıfta bulunması konusunda kesin bir karşıtlık bulunmaktadır.

Devletin de tek başına özel hukuk üzerine ve öncelikle de onun *Dasein*'inin gerçekliği üzerine çok yönlü etkileri vardır. Çünkü halk önce onda hakiki bir kişilik kazanır, yani hareket etme yetisi edinir. Öyleyse, bunun dışında, özel hukuka yalnızca, aynı duygu, düşünce ve adetlerde görünmeyen bir *Dasein* atfedebilirsek, o, devlette, yargı makamının düzenlenmesiyle, yaşamı ve gerçekliği korur. Bu da halkların yaşamında gerçekte devletin keşfinden evvel, özel hukukun bu tamamlanmamış bir doğayı içeren (doğal durumu) bir zamanın var olduğu anlamına da gelmez. Aksine, her halk, böyle görüldüğü anda, yapısı nasıl olursa olsun devlet olarak da ortaya çıkacaktır. Öyleyse bu sav, yalnızca, eğer devletin niteliğinden yapay olarak soyutlarsak, aklımızdaki halkın durumu için geçerli olmalıdır. Burada da tekilin genel hukukla ilişkisi kendi gerçekliğini ve bütünlenişini içerir. Hukuk, *Dasein*'ini aslında her tekilin de iradesi olan ortak halkın tininde, yani genel iradede bulur. Birey tek başına, özgürlüğü sayesinde, kendisi için istedikleri aracılığıyla bütünü bir üyesi olarak düşündüğüne ve istediğine isyan edebilir. Bu çelişki ise haksızlıktır, veya hukuka aykırılıktır. Eğer ki hukuk var olacak ve hükmedecekse de yok edilmelidir. Eğer bu yok ediş rastlantıdan bağımsız olacaksa ve düzenli bir güvenlik de edinecekse öyleyse bu ancak devlet sayesinde mümkündür. Çünkü daha burada hukuk kuralları bireylere dışsal ve objektif olmalıdır. İşte bu yeni ilişkide de hukuka aykırılığa uygun olan tekil özgürlük genel irade ile bağlı ve ona tabi olarak zuhur eder.

Ancak buna ek olarak, özel hukukta da hukukun oluşumu üzerinde en belirleyici etkiye devlet sahiptir: Sadece daha söz konusu olacak içeriğinde değil, bilakis halk toplumunun aynı devlette içsel ve etkili, bunun aksine olarak da farklı devletler ve boyların akrabalıklarında ise birçok yönden ketum ve uzak durmalıdır.

Aynı şekilde, belirli bir halk hakkının ortaya çıkması (§ 8, § 9) devletin birliği tarafından dışlanmaz, ancak bu da temel birliğin tehlikeye atılmaması ile sınırlanmıştır. Ancak devletin etkisini diğer koşullara kıyasla çok baskın olarak değerlendirmek, hatta onu münhasır belirleyici bir faktör olarak düşünmek yanlış olur. Böylece Ortaçağ'da, batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasından sonra birçok Germanik devletler, kısmen Germanik kısmen Romalı uyruklara sahiptirler. Bir devletin Romalı uyrukları bir diğerleriyle aynı roma hukukuna sahiptir. Farklı devletlerin Germanik uyrukları en azından akraba bir hukuka sahiptirler, ve bu az ya da çok bütünlüklü bir hukuk toplumu devletlerin sınırlarıyla taciz edilmemiştir.

Devletin bu tasnifiyle geçerli olan hukuku, eksikliği suçlamasına karşı güvencelemek için şu ek de gereklidir. Devleti, hukukun erekleri ile sınırlamak istemiyorum. Evet, teori, devletin faaliyetinin münhasır amaçlarını ortaya koyarak bireysel gelişim özgürlüğünü sınırlamaya çalışmamalıdır. Bununla birlikte, onun ilk ve en kaçınılmaz görevi, hukuk fikrini görünür

dünyada egemen kılmaktır. Öncelikle o, hakları ihlal edilen kimseye bu ihlal karşı bir koruma sağlayabilmelidir; bu edimlerin tabi olduğu kurallara da Medeni usul adını veriyoruz. İkinci olarak, bu kimse kişisel menfaati hesaba katmadan ihlal edilen hakkı kendinde korumalı ve yeniden tesis etmelidir. Bu da insani iradesinin, daha yüksek bir dünya düzeninde yürüyen yasadaki ahlaki ödetmeye öykündüğü hukukun sınırlı alanında ceza vasıtasıyla olur.^{5(b)} Bu edimin tabi olduğu kurallara da Ceza Hukuku (*kriminalrecht*) diyoruz, suç usulü ise bunun bir kısmını teşkil ediyor.^{6(c)} Medeni usul, ceza hukuku ve ceza usulü devlet hukukunun bölümleridir ve Romalılarda da böyle kabul edilmiştir. Bu kavrayışın bizlere yakın dönemlerde yabancı hale gelmiş olmasının temelinde izleyen olgular bulunur. Ceza hukukunun uygulanması genelde özel hukukun korunması gibi aynı yargılama mercilerine havale edildiğinden her iki alanın da uygulanması birbirine benzer bir yapıya sahiptir. Fakat medeni usulde devletin bireylerin haklarına dair edimi öylesine birbirine geçmiştir ki bütünlüklü bir ayırım pratik olarak uygulanabilir değildir. Bununla birlikte bu hukuk disiplinlerinin burada anılan içsel özü değiştirilebilir değildir. Bir yandan eşyanın bu özünün, diğer yandan ise bu daha pratik ilişkilerin tanınmalarını gerçekleştirebilmeleri için, hiç alışılmadık olduğu kadar ereksel de olarak, devlet hukuku adıyla daha genel bir isimle kamusal hukuk gerekli olur. Kamusal hukuk ile medeni usul ve ceza hukuku anlaşılacak lazımdır. Bu ilişki burada daha da derinlemesine ele alınmalıdır.

Benzer bir durum kilise hukuku için de geçerli. Bütünüyle dünyevi bir açıdan bakılınca kilise bütün diğer topluluklar gibi görünür. Yine başka korporasyonlar gibi kısmen devlet hukukunda, kısmen özel hukukta, bağımlı, tabiiyetli konumu kiliseye de yakıştırılabilir.

İnsanların içsel özlerine hükmeden ehemmiyeti bu muameleye izin vermez. Dünya tarihinin farklı zamanlarında kilise ve kilise hukuku devletin karşısında çok farklı bir konumda kabul edilmiştir. Romalılarda *ius sacrum* devlet hukukunun bir parçasıdır ve devlet gücüne tabi kılınmıştır.^{7(d)} Hıristiyanlığın dünya çapındaki doğası bu saf ulusal muameleyi engellemiştir. Ortaçağ'da kilise devletleri kendisine tabi kılmaya ve onlara hükmetmeye çabalamıştır. Biz de farklı Hıristiyan kiliselerini devletin yanı sıra gözlemleyebiliriz fakat çok çeşitli ve yoğun

^{5(b)} Öyleyse denebilir ki, intikamın genel ahlaki düzeni sınırlı bir biçimde bir hukuk kurumu doğasını almıştır ve bu biçimde de devlet tarafından tatbik edilmiştir. Krş. Hegel Doğal hukuk §. 102. 103. 220. Klenze Lehrbuch des Strafrechts S. X — XVII

^{6(c)} Devletin bu hakkı ne ölçüde doğrudan kullanmak ya da kullanmayı zarar gören kişiye bırakmak ve kendi haklarının peşine düşmek istediği, her devletin pozitif hukukuna bağlıdır. Bu son edimin temelinde Roma Özel cezaları yatar. Devlet gücünün tam bir gelişimi her yerde bu son yolun terkedilmesine vesile olur.

^{7(d)} L. 1. §. 2. *de just. et jure* (l. 1.)

bir temas içinde gözlemleyebiliriz. Bu sebeple de kilise hukuku, ne kamu ne de özel hukuka tabi olan kendisi için mevcut bir hukuk alanıdır.

§. 10. Devlete Dair Aykırı Düşünceler.

Bununla birlikte, burada sunulan devletin kökeni ve doğası hakkında görüşün genel kabul görmesi için çok şey eksiktir.

Öncelikle burada yeniden bir dizi belirsiz kavram genellikle devletin öznesi olarak düşünülen toplumsal birlikten soyutlanır. Her şeyden önce, bu iddia, her zaman organik devlet biçiminde ortaya çıkan halkların mevcudiyeti ve geniş çapta herhangi bir müdahalede olmaksızın insan kitlelerini keyfi bir araya getirme girişiminde bulunduğu olgusuyla çelişir. Tıpkı Amerikan köle eyaletlerindeki talihsizlik gibi devletin ortaya çıkışında aşılabilir engeller mevcuttur. Bu bakışın aksine biz de devletin bir halkta, halk vasıtasıyla ve halk için kadim ve doğal bir ortaya çıkışını kendimize yinelemeliyiz.

Aslında bu bireylerin iradelerine göre, yani sözleşmeyle devletlerin ortaya çıkmış olmaları çok yaygın bir görüştür. Bu görüş, gelişiminde zararlı ve çelişkili sonuçlara sahiptir. Bu durumda, tam da bu devleti kurmayı avantajlı bulan bireylerin, tamamen devletsiz kalabilecekleri, şu ya da bu şekilde bir devlete karşıabilecekleri veya bir araya getirebilecekleri ya da sonunda başka herhangi bir anayasayı seçebilecekleri varsayılmaktadır. Bununla birlikte sadece halkın doğal birliği gibi içsel zorunluluk gözden kaçırılmış olmakla kalmaz, aksine böylesi bir düşüncenin mümkün olabileceği, eksiksiz gerçek bir devletin olgu ve hukuk olarak meydana geldiği durumunda öyle ki asla devletin keyfi icadı değil de aksine daha ziyade onun yıkımı söz konusu edilebilmektir. İki yanlış anlama bu yanılgıyı özellikle besler: Öncelikle devletlerin oluşumundaki büyük çeşitliliğin, yani bireylerin özgür seçimi ve keyfiliği ile karıştırılan devletlerin tarihsel ve tikel unsurunun algılanması. Sonra da sabit, sıklıkla toplu ismi halk olarak tasvir edilen çok farklı kavramların bilinmeyen değişimi. Bu isim aslında şunları tasvir eder:

1. devletin ortaya çıktığı ve ilerleyerek kendi *Dasein*'ini sürdürdüğü ve seçim ile keyfiliğin söz konusu olmadığı doğal bütünlük;

2. bir devlette eşzamanlı yaşayan bireylerin bütünselliği;

3. yani hükmedilenler hükmedenlerin aksine; devletin hareketiyle aynı bireyler;

4. cumhuriyetçi devletlerde, Roma'da olduğu gibi, anayasaya göre üstün gücün gerçekten dayandığı o örgütlü bireyler toplumu.

Bütün bu kavramları birbirine karıştıranlar böylece halkın doğal bir bütünlük olarak ideal hukukuna (1), ve Romalı *populusun* tarihsel hukuku (4), hükmedilenlerin toplamına (3) aktararak böylece hakiki bir dönüşümle, hukuk sayesinde itaat edenlere dayandırarak yanılgıdır. Fakat eğer kişi bu dışsal adımı atmazsa, bilakis şimdi yaşayan tekillerin topluluğunda hukuk ve güç, yani hükmedenlerin kararlarına (2) dayandırırsa öyleyse iş sadece çok az düzelmiş olur. Çünkü hepsinden önce bireyler kafa sayısına göre değil de

anayasaya göre devletin düzenlemesini gerçekleştirirler. Çünkü bireyler kendi bütünlükleriyle değil, bilakis sadece ılımlı bir şekilde hareket etmek isterler ve hareket edebilirler, öyle ki, çoğunluğun (kadınların ve küçüklerin) gözünde, sadece bir temsili boş kurgularına sığınmak kalır (§ 8).

Burada tartışılan görüşlerde hakiki bir yan bulunur. Aslında devletlerin inşasında talih ve keyfilik büyük bir etkide bulunuyor olabilir. Özellikle bunların fetih ve parçalanma yoluyla sınırlamaları, genellikle ulusal birliğin gösterdiği doğal sınırlardan çok ayrı bir belirleyendir. Bunun tersine yabancı bir unsur devlete külliyen asimile edilmiş de olabilir; sadece böylesi bir asimilasyon imkânı, kendi koşullarına ve aşamalarına sahiptir. Çünkü bu asimilasyon özellikle yeni unsurların bazı yakınlıkları vasıtasıyla, yani kabul eden devletin içsel bütünlüğü tarafından desteklenmiştir. Böylesi bütün olaylar, tarihte ne sıklıkla karşımıza çıkacak da olsalar, sadece anomilerdir. Bu nedenle halk, devletin doğal temeli olmayı sürdürür, yerleşik güç yoluyla oluşum da onun doğal kökenidir. Şimdi, bu doğal oluşum sürecine yabancı bir tarihsel an girerse, bu, halkın ahlaki gücü ve sağlığı ile aşılabılır ve işlenebilir; yok eğer bu işlem başarısız olursa, bundan hastalıklı bir durum ortaya çıkar. Bu şekilde, başlangıçta şiddet ve adaletsizlik olanın, hukuk devletinde içkin olan çekim tarafından nasıl yavaş yavaş dönüştürülebileceği ve böylece hukuk devletine yeni, meşru bir parça olarak nasıl geçebileceği açıklanır. Ama bu tür rahatsız edici ve ahlaki gücü test eden anomalileri devletlerin gerçek oluşumu olarak sunmaya çalışmak ve devletleri tikel üyelerinin uygun antlaşmasıyla ortaya çıkaran tehlikeli Öğretiden mümkün olan tek kurtuluşu aramak bütünüyle saçma, hatta maceraperesttir.^{8 (a)} Bu kurtuluş denemesinde her ikisince de hangisinin hastalık ya da ilaçtan hangisinin daha endişe verici olduğunu söylemek zordur.

^{8(a)} Haller, Devlet bilimi Restorasyonu.