

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

ISSN: 2792-0852

Cilt 2

Sayı : 1

Haziran 2023

Ankara 2024

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

DERGİ KURULLARI

Editörler

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Kürşat GÖKTÜRK (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. A. İbrahim AKKUTAY (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Yardımcı Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Burcu BAYTEMİR KONTACI (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Dr. Öğr. Üyesi Aybike TUNÇ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Arş. Gör. Dr. Azime Ayça KAHRAMAN (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kürşat GÖKTÜRK (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. H. Reyhan DEMİRCİOĞLU (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. A. İbrahim AKKUTAY (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. Alper Çağrı YILMAZ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Rifat ERTEN (Ankara Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Başkent Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mertol CAN (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Yücel ACER (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK (Medipol Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. H. Reyhan DEMİRCİOĞLU (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Teknik İletişim

Dr. Öğr. Üyesi Burcu BAYTEMİR KONTACI (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Ankara

Basım Tarihi: Şubat 2024

Yayın Türü: Süreli Yayın • ISSN: 2792-0852

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

AMAÇ VE KAPSAM

Bilimsel araştırmalar ve incelemeler, araştırmanın ve incelemenin yapıldığı alanın ihtiyaçlarına göre şekillenmektedir. Zira bilimsel araştırma ya da inceleme yapmanın amacı söz konusu bilim alanının daha etkin bir şekilde işlemlerini sağlamanın yanında yapılan yanışların giderilmesidir. Bu amaçla eleştiri ve öneriler büyük rol oynamaktadır.

Hukuk disiplini de normatif bir bilim dalı olarak kendine özgü özelliklere sahiptir. Hukuk, toplumsal ihtiyaçların giderilmesini sağlamak için kural ve normlar ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu kural ve normların etkin bir şekilde işleyişi de büyük ölçüde uygulayıcıların elindedir. Uygulayıcılar birincil kaynak niteliğindeki pozitif hukuk düzenlemelerini yorumlayıp farklı uygulamalar oluşturabilmektedir.

Hukuk alanında yapılan bilimsel çalışmalar da esas olarak bu uygulamalar üzerine temellendirilmektedir. Bilimsel bir makalede mevcut pozitif hukuk kuralları ile toplumsal normlar ve ihtiyaçlar ortak bir paydada buluşturulmakta; bunun ekseninde farklı veya benzer görüşler ortaya konularak hukuk kural ve normlarının olması gerektiği şekliyle uygulanmasına katkı sağlanmaktadır.

Hukuk kurallarının uygulanmasının en önemli aktörleri “yargı organlarıdır”. Yargı organları gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde mevcut hukuk kurallarını, önüne gelen somut olaya, hukuki yorum araç ve yöntemleri aracılığıyla uygulamaktadırlar. Bu anlamda içtihatlar ortaya çıkmakta ve hukuk düzeninde bir yardımcı kaynak olarak da yer almaktadır.

İçtihatların hukukun temel hedefi olan adalet ve eşitliği sağlayabilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte pek çok karar aynı veya benzer konularda farklılık gösterebilmektedir. Söz konusu farklılıkların her zaman ulaşılabilir olması mümkün değildir. Bunu sağlayabilmenin yollarından birisi de bilimsel eleştiri ve önerilerdir. Bir başka ifadeyle hukukun bir başka yardımcı kaynağı olan doktrinin yargı kararları özelinde eleştirilerini ve önerilerini sistematik bir biçimde ortaya koyabilmesi gerekmektedir.

Bahse konu eleştiri ve önerilerin bir bilimsel makale içerisinde yer almasının mümkün olduğu düşünülebilir. Bu düşünce yanlış bir düşünce de değildir. Bununla birlikte eksik bir düşüncedir. Yani bilimsel makaleler yalnızca incelenen konuyla ilişkili olduğu ölçüde yargı kararlarına yönelik sınırlı bir değerlendirmede bulunabilmektedir.

İşte mevcut eksikliğin giderilebilmesi ve hukuk uygulamalarının etkinliğine katkı sağlanabilmesi için hukukun iki yardımcı kaynağından birisi olan doktriner düşüncenin yargı kararları üzerinde daha fazla ortaya çıkarılması adına bir “karar incelemeleri dergisi”nin akademiye kazandırılması yalnızca bir ihtiyaç değil zarurettir. Karar İncelemeleri Dergisi” bu amaçlarla yayın hayatına başlamayı hedeflemektedir.

Dergi’de yayımlanacak karar incelemelerinin nitelikli olması gerekmektedir. Bu sebeple yazarlardan araştırma makalesi niteliğinde eserler hazırlamaları beklenmektedir.

Eserlerin hakem denetimi, çift kör hakemlik sistemi çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

Bu bağlamda, Karar İncelemeleri Dergisi (KİD), “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki kez Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.

Dergi’de kesinleşmiş yargı kararları incelemeye konu edilebilir.

Dergi’de yayımlanacak eserler Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca olarak kaleme alınabilir. Dergi’ye gönderilen karar inceleme çalışmalarının; karara konu olay, hukuki sorunlar, mercilerin konu hakkındaki kararları ve değerlendirmeler şeklindeki bölümlene ve sıralamaya uygun hazırlanması önerilir.

YAZIM KURALLARI

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ (KİD) YAZIM KURALLARI

1. Dergi'ye gönderilen çalışmaların, bu metinde yer verilen kurallara uygun olarak hazırlanması zorunludur. Bunlara uyulmaması halinde, Editör Kurulu yazının ilgili kurallara uygun şekilde yeniden düzenlenmesini talep edebilir.
2. Dergi'ye gönderilen çalışmaların, Türkçe ise Türk Dil Kurumu'nun belirlediği yazım kurallarına, İngilizce, Almanca veya Fransızca ise o dillerin genel yazım kurallarına uygun olması gerekmektedir.
3. Dergi'ye gönderilen çalışmanın Türkçe veya İngilizce dışında bir dilde kaleme alınması halinde, hem yazıldığı dilde başlık, özet ve anahtar kavramlar hem de Türkçe ve İngilizce başlık, özet ve anahtar kavramlar içermesi gerekmektedir.
4. Belge Biçimi ve Yazı Karakteri:
 - a. Dergi'ye gönderilen eserler, "Microsoft Word" programında ve "Times New Roman" yazı tipi karakterinde, 12 punto harf boyutunda olmalıdır.
 - b. Dipnotlar tek satır aralığı ile Times New Roman 10 punto, normal stilde sayfa sonunda verilir.
 - c. Paragraflar arasında veya başlıkların öncesinde ya da sonrasında tek satır boşluk bırakılmamalıdır.
 - d. Dergi'ye gönderilen eserler, Latin harfleri kullanılarak yazılmış olmalıdır.
5. Eser İçeriği ve Kelime Sınırları:
 - a. Dergi'ye gönderilen eserler; başlık (Türkçe ve İngilizce), yazar bilgisi, özet (Türkçe ve İngilizce), anahtar kavramlar (Türkçe ve İngilizce), metin, dipnot ve kaynakça içermek zorundadır.
 - b. Başlık; büyük harflerle, kalın (koyu) ve ortaya hizalı şekilde yazılmalıdır. Yine, aynı şekilde yazılmış İngilizce bir başlık da Türkçe

özetten sonra ve İngilizce özetin (“Abstract”) üzerinde yer almalıdır.

- c. Türkçe “Özet” ve İngilizce “Abstract” bölümlerinin, en az 100’er en fazla 200’er kelime olması gerekmektedir.
- d. Yazar isterse çalışmasına, Türkçe ve İngilizce başlık ve özetlere ek olarak, Almanca veya Fransızca başlık ve özet de ekleyebilir.
- e. Anahtar kavramların sayısının en az 3, en fazla 5 olması gerekmektedir. Anahtar kavramların İngilizcelerine (“Keywords”) yer verilmesi zorunludur.
- f. Dergi’ye gönderilen eserlerin metin bölümünün 40 sayfayı ve 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir. Başlık, özetler ve kaynakça bu kelime sınırına dâhil değildir.
- g. Dergi’ye gönderilen karar inceleme çalışmalarının metin bölümünde; karara konu olay, hukuki sorunlar, mercilerin konu hakkındaki kararları ve değerlendirmeler şeklindeki bölümlenme ve sıralamaya uygun hazırlanması önerilir.
- h. “ÖZET”, “ABSTRACT”, “Anahtar Kavramlar” ve “Keywords” ifadeleri italik ve kalın (koyu) şekilde yazılmalıdır. Özet metinleri ve anahtar kavramlar ise italik şekilde yazılmalıdır.

6. Başlık Biçimi:

a. Başlıklarda derecelerine göre aşağıdaki işaretlemeler kullanılmalıdır:

- (1) Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.);
- (2) İkinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.);
- (3) Üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.);
- (4) Dördüncü derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde bulunan küçük harflerle (a, b, c, ç, d vd.);
- (5) Beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla [(1), (2), (3), (4), (5) vd.] numaralandırılmalıdır.

- b. Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır.
- c. “Giriş” ve “Değerlendirme” isimli başlıklar numaralandırılmamalıdır.
- d. Bütün başlıklar, 12 punto ve kalın (koyu) şekilde yazılmalıdır.

7. Atıf Yöntemi:

- a. Aşağıda detayları belirtilen atıf yönteminde bir kural bulunmayan hallerde, OSCOLA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir. Bu atıf yöntemine ilişkin detaylı bilgi şu adresten erişilebilir: www.law.ox.ac.uk/oscola
- b. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
- c. Çalışmalarda, kısaltmalar cetveline yer verilmesi gerekmemektedir.
- d. Yararlanılan kaynaklar dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:

(1) Kitaplar:

Yazarın Adı Soyadı, Kitap Adı, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yer, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek:

Rıza Ayhan, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 89.

(2) Editörlü Kitap Bölümleri:

Yazarın Adı Soyadı, “Eser (Bölüm) Adı” in Editörün(lerin) Adı Soyadı (ed./eds.), Kitap Adı, Yayınevi, Yıl, Sayfa Aralığı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek:

İzzet Özgenç/Burcu Baytemir Kontacı, “Yolsuzluk Olgusu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu: Uluslararası Örgütlerin İzleme ve Denetleme Mekanizmalarının ‘Şeffaflığın’ ve ‘Hesap Verilebilirliğin’ Sağlanmasındaki Rolü” in İzzet Özgenç/Cumhur Şahin/Faruk Turhan (eds.), 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri – Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, 281-302, s. 290.

(3) Makaleler:

Yazarın Adı Soyadı, “Makale Adı”, Dergi Adı, Yıl, Cilt (Sayı), Sayfa Aralığı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek:

Cumhur Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, 19(2), 283-294, s. 287.

(4) İnternet Ortamında Bulunan Kaynaklar:

Yazarın Adı Soyadı, Çalışmanın Başlığı, Dergi Adı, Yıl, Cilt (Sayı), Sayfa Aralığı, , Erişim Tarihi: Gün.Ay.Yıl.

Örnek:

Neslihan Göktürk, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimar”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 31-59, s. 35, Erişim Tarihi: 15.11.2021.

(5) İnternet Siteleri ve Bloglar:

Eğer belirli bir yazarı bulunmayan bir sayfaya atıf yapılacaksa, yazarsız bir çalışmaya yapılan atıflarda olduğu gibi, ilgili sayfanın başlığına atıf yapılarak başlanır. Yine, internet sitesinde yayınlanma sayfası yoksa, yalnızca erişim tarihi verilir.

Yazarın Adı Soyadı (varsa), “Başlık” (İnternet Sitesi Adı, Yayın Tarihi (varsa)), Erişim Tarihi: Gün.Ay.Yıl.

Örnek:

Sarah Cole, “Virtual Friend Fires Employee” (Naked Law, 1 May 2009), Erişim Tarihi: 19.10.2021.

(6) Mahkeme Kararları:

Mahkeme kararı atıflarında, kimi zaman ilgili mahkemelerin kendi kararlarına nasıl atıf yapılacağına ilişkin kılavuz ve kuralları bulunmaktadır. Atıf yapılacak kararlarda, eğer varsa bu kurallara uyulması zorunludur. Eğer böylesi kurallar bulunmuyorsa, aşağıdaki usulde atıf yapılır.

Mahkeme ve Daire Bilgileri (kısaltma kullanılabilir), (varsa) Dava Adı, Karar Sayısı, Karar Tarihi, (basılmış/yayımlanmış ise) Basım/Yayın Bilgileri.

Örnekler:

YCGK, 2015/1180 E., 2019/707 K., 10.12.2019.

AIHM, A.A. and Others v. Sweden, no. 14499/09, § ..., 28 June 2012.

e. Birden fazla yazar veya editörün bulunduğu eserlere atıf yapılırken, yazar veya editör ad ve soyadlarının arasına “/” noktalama işareti konulur.

f. Atıf yapılan bir esere yapılacak sonraki atıflar şu şekilde yapılır:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek:

Ayhan, s. 90.

g. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek:

Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, Kâr Payı, s. 100.

8. Kaynakça:

a. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, “ilk satır asılı” şekilde sıralanmalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir.

Örnekler:

Ayhan R, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007.

Şahin C, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, 19(2), 283-294.

b. Yararlanılan yargı kararlarına “Kaynakça”dan sonra “Kararlar” başlığı altında ayrıca yer verilmelidir.

9. Yazar Bilgileri:

a. Makaleler gönderilirken yazar bilgileri başlığın altında sağa hizalı şekilde yazılmış yazar isminin yanına yıldızlı dipnot konularak aşağıdaki

formatta verilmelidir.

b. Yazarın kurum bilgileri açık ve eksiksiz olmalıdır. Üniversite ve Fakülte/Müdürlük adreslerinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır.

- Yazar akademisyen ise:

Unvanı, Çalıştığı Üniversite ve Anabilim Dalı, Şehir, Ülke, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

- Yazar akademisyen değilse:

(Varsa) Akademik unvanı, Uzmanlık Alanı, Çalıştığı Kurum, Şehir, Ülke, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

- Yazar serbest avukatsa:

Avukat, Bağlı Olduğu İl Barosu, Şehir, Ülke, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

Örnekler:

Serdar TALAS*

Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye, e-posta: ... @istanbul.edu.tr.

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

Dr., Anayasa Hukuku, T.C. Sayıştay, Ankara, Türkiye, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

Avukat, Ankara Barosu, Ankara, Türkiye, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ (KİD) ETİK İLKELERİ

I. Dergi Yayın Etiği

1. Karar İncelemeleri Dergisi (KİD), ulusal ve uluslararası düzeydeki akademik ilke ve etik değerlere bağlı bir yayın politikası izlemektedir. Bu bağlamda, Yükseköğretim Kurulu tarafından Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'nde ve Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi tarafından Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Yayın Yönergesi'nde belirlenen esasların yanı sıra, uluslararası geçerliğe sahip COPE (Committee on Publication Ethics), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından ortaya konulan standartlar da Dergi'nin yayın politikasının esaslı unsurlarını teşkil etmektedir. Yayın etiğine ilişkin diğer ulusal veya uluslararası yönerge veya standartlar, yukarıda belirtilenlerle çelişmediği sürece, Dergi tarafından geçerli kabul edilmektedir.

2. Dergi bünyesinde gerçekleşen yayın değerlendirme süreci öncesinde, sırasında yahut sonunda, ilgili esaslara ve/veya standartlara aykırı olduğu objektif olarak tespit edilen eserlerin yayın talepleri reddedilir. Dergi'de yayımlanmış eserler bakımından böylesi bir tespitin yapılması halinde, ilgili eser yayından kaldırılır.

II. Editör Kurulunun Yükümlülükleri

1. Dergi'de görevli editörler ve yardımcı editörler; her türlü önyargıdan uzak, objektif ve tarafsız bir şekilde görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür.

2. Dergi'de görevli editörler ve yardımcı editörler; görevlerinin gerektirdiği ölçüde gizlilik içerisinde hareket etmekte yükümlüdür.

3. Dergi'de görevli editörler ve yardımcı editörler; Dergi'ye ilişkin her türlü iş ve işlemde tam iş birliği içerisinde hareket eder. Bu iş birliğinin özünü, Dergi bünyesinde adil görev dağılımı yapılması oluşturmaktadır.

III. Eser Sahiplerinin Yükümlülükleri

1. Eserlerinin Dergi'de yayımlanmasını isteyen eser sahipleri, 5846

sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerine ve yukarıda anılan ulusal ve uluslararası esas ve standartlar ile Dergi tarafından kabul edilen diğer esas ve standartlara uymakla yükümlüdür.

2. Dergi’de kesinleşmiş yargı kararları incelenebilir. Eser sahipleri incelemeye konu ettikleri yargı kararının bu niteliği taşıdığını taahhüt etmiş kabul edilir.

3. Eser sahipleri yayımlanmak üzere Dergi’ye gönderdikleri eserlerini ilgili hükümlere, esaslara ve standartlara uygun olarak hazırladıklarını taahhüt etmiş kabul edilirler.

IV. Hakemlerin Yükümlülükleri

1. Hakemler, Dergi veya Dergi’nin yetkili kıldığı birimler tarafından kendilerine gönderilen eserlerin eser incelemesini dikkatlice ve ivedilikle yerine getirir; eser değerlendirmesini uzmanlık alanlarına uygun olarak, tarafsız ve adil bir şekilde yapar.

2. Hakemler, değerlendirdikleri eserlerde akademik ilke ve etik değerlere, ulusal veya uluslararası esas veya standartlara aykırılık tespit ettiği takdirde, Dergi Editör Kurulu’nu derhal bilgilendirmekle yükümlüdür.

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ (KİD) YAYIN POLİTİKASI

1. Karar İncelemeleri Dergisi (KİD), “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki kez Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.

2. Dergi’de kesinleşmiş yargı kararları incelemeye konu edilebilir. Dergi’ye gönderilen kararın bu niteliği taşıdığını, yazar taahhüt etmiş sayılır.

3. Dergi hakemli dergi statüsünde olduğundan, Dergi’de sadece hakem denetiminden geçen eserler yayımlanır.

4. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, yayın etiğinde en yüksek standartlara bağlıdır. Dergi, ulusal standartlara ve kendi Etik İlkeler’ine ek olarak, Committee on Publication Ethics (COPE), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından yayımlanan etik yayıncılık ilkelerini de benimser.

5. Dergi’de yayımlanacak eserler Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca olarak kaleme alınabilir. Dergi’ye gönderilen karar inceleme

çalışmalarının; karara konu olay, hukuki sorunlar, mercilerin konu hakkındaki kararları ve değerlendirmeler şeklindeki bölümlenme ve sıralamaya uygun hazırlanması önerilir.

6. Çalışmalar Dergi'ye, Dergi'nin kurumsal e-posta adresi (hukuk.karardergi@hbv.edu.tr) üzerinden gönderilir.

7. Dergi'ye yayımlanmak üzere gönderilen eserler; özgün nitelikte, başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar tarafından eserin gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

8. Dergi'ye yayımlanmak üzere gönderilen eserlerin Dergi'nin "Yazım Kuralları"na uygun olması gerekmektedir. Yazım Kuralları'nda detayları belirtilen atıf yönteminde bir kural bulunmayan hallerde, OSCOLA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir. Bu atıf yöntemine ilişkin detaylı bilgi şu adresten erişilebilir: www.law.ox.ac.uk/oscola.

9. Yazarlar, eserlerinin dergiye gönderdikleri hâliyle "basıma" hazır olduğunu kabul etmiş sayılır. Her bir çalışma, editörlerden biri ve en az iki hakem tarafından değerlendirmeden geçirilir. Yapılan incelemede, bilimsellik ölçütlerine veya Dergi için öngörülen yazım kurallarına uymadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışları içerdiği tespit edilen eserler editörler tarafından geri çevrilir. Bu inceleme kapsamında intihal programında tarama da yapılır.

10. Eserlerin hakem denetimi, çift kör hakemlik sistemi çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Editör kurulunca ön değerlendirmesi yapılan eserler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

11. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde, üçüncü bir hakem değerlendirmesine başvurulur. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanmayan metinler yazarına geri gönderilmez ve durum hakkında yazara bilgi verilir.

12. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi

doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir.

13. Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve bu görüşlere ilişkin sorumluluk yazara aittir.

14. Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm eserler yayından çıkarılır. Buna yayından sonra tespit edilen olası kuraldışı, uygunsuzluklar içeren eserler de dahildir.

15. Yayımlanmak üzere kabul edilen eserlerin, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları; basılı, görsel, işitsel, sayısal gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.

Yapılacak atıflarda derginin adı KİD şeklinde
kısaltılacaktır.

Cite as KID

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Cilt: 2 Haziran 2023 Sayı: 1

İÇİNDEKİLER

BANKACILIK ZİMMETİ SUÇUNDA MUHAKEME ŞARTI VE SUÇLARIN İÇTİMAİ UYGULAMASINA İLİŞKİN:

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı Kapsamında Bankacılık Zimmeti Suçunda
Yazılı Başvuru Şartı ve İçtima Uygulaması

Elif ALKAN..... 1-22

ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİLERİNİN ATANMASINA İLİŞKİN:

Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanmasına İlişkin
Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine

Ramazan ÇAĞLAYAN 23-48

YARGITAY HUKUK GENEL KURULUNUN ANONİM ŞİRKET GENEL KURULUNDA PEŞİN MUHALEFETE VE MURİS MUVAZASINA İLİŞKİN:

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.11.2022 Tarihli ve
2020/662 Esas, 2022/1551 Karar Sayılı Kararının İncelenmesi

Eren ÇITIR, Ahmet Baybars ÖZŞAHİN49-74

SINIRAŞAN SULARIN KULLANIMINA İLİŞKİN:

Uluslararası Adalet Divanı'nın Sılala Nehrinin
Statüsü ve Kullanımı Uyuşmazlığı Kararı

Tuba AYDOĞDU ÇİÇEK..... 75-104

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE NEFRET SÖYLEMİNE İLİŞKİN:

AİHM'nin Zemmour v. Fransa Kararı'nın Nefret
Söylemi Bağlamında Değerlendirilmesi

Uğur Can METİN..... 105-140

KOLLUK GÖREVLİLERİNİN SİLAH KULLANIRKEN ÜÇÜNCÜ BİR KİŞİNİN ÖLÜMÜNE SEBEBİYET VERMESİNE İLİŞKİN:

Kolluk Görevlisinin Elan Gerçekleşmekte Olan Saldırımı Etkisiz Kılmak ya da
Suçüstü Halindeyken Kaçmaya Çalışan ve Kimliği Henüz Belli Olmayan Kişiyi
Yakalamak Amacıyla Silah Kullanırken Üçüncü Bir Kişinin Ölümüne Sebepiyet
Vermesi Dolayısıyla Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerine Anayasa Mahkemesi'nin
1.12.2022 Tarihli ve 2018/2540 Sayılı Kararına Konu Teşkil Eden Olayla İlgili
Hukukî Değerlendirmeler

İzzet ÖZGENÇ 141-148

CAS'IN SPOR TAHKİM MAHKEMESİNDE SÜREYE İLİŞKİN:

Cas 2020/A/6679 Bursaspor Kulübü Derneği
v. Christian Chagas Tauroco Karar İncelemesi

Melis ULUSOY 149-162

**BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNCE VERİLEN BOZMA KARARININ
SAVUNMA HAKKINI SINIRLANDIRAN ETKİSİNE İLİŞKİN:**

Bölge Adliye Mahkemesince Verilen Bozma Kararının
Savunma Hakkını Sınırlandıran Etkisi Üzerine Hukuki
Değerlendirme ve Çözüm Önerileri Yargıtay 5. Cd 2020/4918
E., 2023/6298 K., 15.05.2023

İlhan ÜZÜLMEZ, M. Emre TULAY 163-190

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ÜLKE DIŞI
UYGULANMASINA İLİŞKİN:**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Al-Jedda v.
Birleşik Krallık Kararı İncelemesi

Meryem YILDIRIM 191-218

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Vol: 2

June 2023

No: 1

C O N T E N T S

*Written Application Requirement in Banking Embezzlement
Offense within the Scope of the Decision of the Criminal
General Assembly of the Court of Cassation and the Practice
of the Aggregation*

Elif ALKAN.....1-22

*On the Constitutional Court Decision Concerning the
Appointment of High-Level Public Administrators*

Ramazan ÇAĞLAYAN.....23-48

*Review Of The Decision Of The General Assembly Of Civil
Chambers Of The Court Of Cassation, Dated 17 November
2022 And Numbered 2020/662 E., 2022/1551K.*

Eren ÇITIR / Ahmet Baybars ÖZŞAHİN49-74

*Case Review of Status and Use of the Waters of The
Sılala of International Court of Justice*

Tuba AYDOĞDU ÇİÇEK75-104

*Evaluation of the ECTHR's Zemmour v. France
Judgment in the Context of Hate Speech*

Uğur Can METİN.....105-140

*Criminal Liability of a Law Enforcement Officer Who Caused the Death of
a Third Person While Using a Gun to Neutralise the Ongoing Assault or
to Catch an Unidentified Person Who Was Trying to Escape While Being
Caught Red-Handed*

*Legal Evaluations Regarding the Constitutional Court's Decision Dated
1.12.2022, Numbered 2018/2540*

İzzet ÖZGENÇ.....141-148

<i>A Review of the CAS 2020/A/6679 Arbitration Bursaspor Kulübü Derneği V. Christian Chagas Tauroco</i>	
Melis ULUSOY	149-162
<i>Legal Evaluation and Solution Suggestions on the Limiting Effect of the Reversal Decision of the Regional Court of Appeals on the Right of Defense 5th Criminal Chamber of the Court of Cassation 2020/4918 E., 2023/6298 K., 15.05.2023</i>	
İlhan ÜZÜLMEZ / M. Emre TULAY.....	163-190
<i>Case Review of Al-Jedda v. The United Kingdom of European Court of Human Rights</i>	
Meryem YILDIRIM	191-218

YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARI KAPSAMINDA BANKACILIK ZİMMETİ SUÇUNDA YAZILI BAŞVURU ŞARTI VE İÇTİMA UYGULAMASI*

Written Application Requirement in Banking Embezzlement Offense within the Scope of the Decision of the Criminal General Assembly of the Court of Cassation and the Practice of the Aggregation

Elif ALKAN**

Özet

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinin 2. fıkrasında, karara konu bankacılık zimmeti suçunun nitelikli hali düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde cezada artırım öngörülmüştür. Kanun'un 162. maddesinin 1. fıkrasında ise Fail hakkında, işlediği bankacılık zimmeti suçundan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlı kılınmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun incelemeye konu kararına ilişkin yapılan değerlendirmelerde söz konusu muhakeme şartının niteliği, öğretideki farklı görüşler ekseninde izah edilmeye çalışılmış, şartın uygulanabilirliği olayda oluşan suça göre değerlendirilmiş ve faillerin cezai sorumluluğu tespit edilmiştir. Son olarak olayda kullanılan sahte belgelerin suçun unsuru olarak kabul edilerek ayrı ceza verilmemesi yönündeki görüş ile gerçek içtima hükümlerine göre değerlendirilerek ayrıca cezaya konu edilmesi yönündeki görüş tartışılmıştır.

Anahtar Kavramlar: Bankacılık zimmeti, muhakeme şartı, yazılı başvuru, sahtecilik, içtima.

Abstract

Paragraph 2 of Article 160 of the Banking Law No. 5411 regulates the qualified form of the offense of banking embezzlement. According to the relevant provision, if the embezzlement is committed with fraudulent behavior to ensure that the embezzlement is not revealed, the penalty is increased. Paragraph 1 of Article 162 of the Law stipulates that the investigation and prosecution of the perpetrator for the offense of banking embezzlement is subject to a written application to the Chief Public Prosecutor's Office by the Institution or the Fund. In the evaluations regarding the decision of the Criminal General Assembly of the Court of Cassation subject to review, the nature of the judgment condition in question was tried to be explained on the axis

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu Tarih: 28.9.2021, Esas:2020/477 – Karar:2021/429 Künyeli Kararı.

** **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, **e-posta:** elif.alkan@hbv.edu.tr **ORCID:** 0000-0001-6538-3004

of different opinions in the doctrine, the applicability of the condition was evaluated according to the crime occurred in the incident and the criminal responsibility of the perpetrators was determined. Finally, the view that the forged documents used in the incident should be considered as an element of the crime and not be subject to separate punishment and the view that they should be evaluated according to the provisions of real aggregation and subject to separate punishment have been discussed.

Keywords: *Banking embezzlement, objective conditions of criminal procedure, written application, forgery, aggregation.*

I. KARARA KONU OLAY

S, X isimli bankanın müşterisidir. 28/4/2010 tarihinde S'nin hesabından, onun adına sahte imza ile bir talimatname düzenlenir ve 22.790 Euro'nun, sahte kimlikli E'nin hesabına ödenmesi için düzenlenen talimatname sisteme taranır. Bankanın iş akış sistemine taranan bu talimatnamenin kim tarafından yüklendiği belirlenemez. Bu talimatname üzerine 29/4/2010 tarihinde banka bireysel müşteri yönetmen yardımcısı A tarafından döviz bozma işlemi yapılır. Bozulan döviz, bankanın diğer personeli M tarafından E'nin hesabına aktarılır. E'nin aynı gün talep etmesi üzerine dövizin satışı yapıp TL'ye çevrilerek, toplam 44.850 TL banka personellerinden L vasıtasıyla E'ye fiziken ödenir. 7/10/2010 tarihinde ise 15.000 Euro'nun döviz bozma işlemi yine sahte imzalı bir talimatname oluşturulup sisteme tarandıktan sonra yetkili personel tarafından yapılır ve E'nin hesabına aktarılarak döviz satış işlemi gerçekleştirilir. E, 19/10/2010 tarihinde 10.000 TL'yi; 6/12/2010 tarihinde ise kalan 19.500 TL'yi bankaya gelerek farklı personeller vasıtasıyla çeker. S, banka nezdinde bulunan vadesiz mevduat hesabında 67.790 Euro bulunması gerekirken 30.560 Euro olduğunu fark ederek 21.06.2011 tarihli dilekçesiyle bakiyeye itiraz eder.

Yapılan incelemede, söz konusu havale işlemlerine ait ıslak imzalı olduğu düşünülen talimatların 28.04.2010 ve 07.10.2010 tarihlerinde tarayıcıdan geçirilerek sisteme aktarılır ancak tüm araştırmalara rağmen talimat asılları bulunamaz. Daha sonra yapılan incelemelerde hem S'nin hem de E'nin imzalarının gerçek S ve E'ye ait imzalara benzemekle birlikte sahte olduğu ortaya çıkar. Banka log kayıtlarından, A'nın birçok kez S'nin ve E'nin imzalarına baktığı tespit edilir. Banka tarafından, A hakkında sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarını işlediği iddiasıyla şikâyette bulunulur ve A hakkında 74.350 TL'yi sahte talimat ve dekontlarla zimmetine geçirdiği iddiasıyla kamu

davası açılır. Tanık olarak dinlenen ve işlemleri yapan diğer personel ise söz konusu işlemleri A'nın yönlendirmesiyle yaptıklarını beyan ederler.

II. HUKUKİ SORUNLAR

1- Fiilin, bankacılık zimmeti suçuna sebebiyet verdiği kabul edilmesi halinde yazılı başvuru şartı aranacak mıdır, aranacaksa başvuru kim tarafından yapılmalıdır?

2- Fiilin, dolandırıcılık suçuna sebebiyet verdiği kabul edilmesi halinde yazılı başvuru şartı aranacak mıdır, aranacaksa başvuru kim tarafından yapılmalıdır?

3- Yazılı başvurunun mevcut olduğu ve A'nın sahte E ile birlikte hareket ettiği ihtimalde sorumluluk ne şekilde oluşacaktır?

4- A'nın sahte talimatları bizzat oluşturup sisteme taradığının tespiti halinde sorumluluk cihetinde farklılık olacak mıdır?

III. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

1- İlk derece mahkemesi olarak yargılama yapan Kahramanmaraş 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, A'nın 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160/2. maddesinde düzenlenen nitelikli bankacılık zimmeti suçu hükümlerinden, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanmak suretiyle cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Talimatnameleri sisteme A'nın yüklediğinin tespit edilememesi karşısında Türk Ceza Kanunu'nun 207. maddesinde düzenlenen özel belgede sahtecilik suçunun yasal unsurları oluşmadığı kabul edilerek bu suçtan A'nın 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/2-a maddesi uyarınca beraatine hükmedilmiştir.

A'ya Bankacılık Kanunu'nun 160/2. maddesi gereği 12 yıl ceza verildikten sonra, Türk Ceza Kanunu'nun 43/1. maddesi gereği dörtte bir artırım yapılmış ve 18 yıl ceza tayin edilmiş olup sonrasında Türk Ceza Kanunu'nun 62/1. maddesi gereğince indirim yapılarak sonuç ceza 15 yıl olarak hükmedilmiştir.

2- Yargıtay 7. Ceza Dairesi, öncelikle mahkemenin fazla ceza tayin ettiği tespitinde bulunmuştur. Yerel mahkeme tarafından, belirlenen 12 yıllık cezada zincirleme suç hükümlerine göre dörtte bir artırım yapılmasının ardından 15 yıl cezanın kabulü gerekirken 18 yıl yazıldığını, sonrasında Türk Ceza Kanunu'nun 62/1. maddesi uyarınca yapılacak indirimle sonuç cezanın

12 yıl 6 ay olması gerekirken sehven 15 yıl olarak hesaplandığını belirtmiştir. Yine hükümdeki suç vasfını değiştirmeyen başkaca hususları da düzeltmiş ve kararın düzeltilerek onanmasına karar vermiştir.

3- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, talimatnamedeki yazının kimin tarafından taranarak sisteme girildiğinin belli olmadığını, A'nın bu talimatname gereğince döviz bozma işlemini yaptığını ancak hesaba aktarma, döviz satış ve nihayetinde E'ye ödeme işlemlerinin bankanın diğer personeli tarafından yapıldığını ifade etmiştir. Bu halde aralarında iştirak iradesinin bulunmadığı kabul edilen A ve diğer personelin suça iştirak hükümleri uyarınca sorumlu tutulamayacağı, A'nın ise bu işlemleri bizzat yapmaması sebebiyle nitelikli bankacılık zimmetinden sorumlu tutulamayacağı yönünde itirazda bulunmuştur. Somut olayda A'nın, banka personelinin iyi niyetinden istifade ettiği kabul edilmiş ve A'nın, gerçek E adına gelen sahte E ile işbirliği içerisinde olması sebebiyle olayın bu haliyle Türk Ceza Kanunu'nun 158/1-f hükmünde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçuna sebebiyet verdiği belirtilmiştir.

4- Yargıtay 7. Ceza Dairesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 308/3. maddesi uyarınca inceleme yapmış ve itirazı kabul etmemiştir. Dosya Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gelmiştir.

5- Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise olayda tartışılması gereken hususun, A'nın fiilinin nitelikli bankacılık zimmeti suçuna mı yoksa nitelikli dolandırıcılık suçuna mı sebebiyet vermiş olduğundan ibaret olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte bu incelemeye geçmeden önce Bankacılık Kanunu'nun 162/1. maddesinde öngörülen yazılı başvuru şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. X bankasının vekili, 20.09.2011 tarihli dilekçesiyle "nitelikli dolandırıcılık ve evrakta sahtecilik" suçlarından yetkili cumhuriyet başsavcılığına ihbarda bulunmuştur. Katılan bankanın 20.09.2011 tarihli ihbar dilekçesi üzerine başlatılan soruşturma sonucunda, A'nın Bankacılık Kanunu'nun 160/2, Türk Ceza Kanunu'nun 43/1, 53, 207/1, 43/1 ve 53. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından yapılan değerlendirmede, dosya kapsamında zimmet suçundan gerek banka gerekse kurum tarafından yazılı başvuruda bulunulmadığı, banka vekiline ait 13.08.2002 tarihli vekâletnamenin ise Bankacılık Kanunu'nun 162/1. maddesi kapsamında başvuru için gereken yetkiyi içermediği belirtilmiştir. Söz konusu madde uyarınca yazılı başvuru

şartı muhakeme şartı olarak öngörülmüştür. Bankanın, vekili eliyle şikâyetle bulunmasına ve bu hususun soruşturma başlatmaya yeterli olmasına karşın kovuşturma evresine gelindiğinde aranan yazılı şartın yerine getirilmemiş olması ve BDDK'nın durumdan haberdar edilmemiş olması bir muhakeme şartı eksikliği olarak kabul edilmiş ve kurumun haberdar edilmesi, davanın bu aşamada durması gerektiği sonucuna varılmıştır.

IV. DEĞERLENDİRME

Çözülmesi gereken hukuki meselelere geçilmeden önce muhakeme şartı kavramını ve bu bağlamda yazılı başvuru şartının niteliğini ele almakta fayda vardır. Ceza muhakemesi hukukunda asıl olan yetkili makamların suç şüphesi üzerine herhangi bir şart aranmaksızın soruşturma ve kovuşturma işlemlerini yürütmesidir¹. Ancak bazı hallerde muhakeme sürecinin yürütülmesi için somut olayda birtakım şartların mevcudiyeti veya yokluğu aranmakta olup bu şartlar hukukumuzda muhakeme şartları olarak kabul görmektedir². Somut olayda bulunması gereken muhakeme şartlarından birinin yokluğu halinde fail, işlediği iddia olunan suçtan cezalandırılmayacaktır. Burada, muhakeme şartının bulunmaması fiilin suç teşkil etme veya cezaya muhtaç olma niteliğini etkilememekte fakat muhakeme faaliyetinin yapılmasını engellemektedir³. Dolayısıyla, uyuşmazlık esastan çözülmeyeceğinden, yalnızca düşme veya ret gibi uyuşmazlığın usulen çözüldüğü kararlara hükmedilecektir⁴. Bu haliyle somut olay için öngörülen şartın sağlanmadığı muhakemenin, sanık aleyhine sonuç doğurması engellenmiş olmaktadır. Muhakeme şartlarının arandığı hallerde bunların varlığı veya yokluğu, soruşturma evresinden başlamak üzere hükmün kesinleşmesine kadar re'sen araştırılacaktır⁵. Muhakeme şartının yalnızca ceza kanunlarında bulunması şart olmayıp farklı bir kanunda düzenlense de muhakeme şartı olduğu belli olan bir şartın bu kapsamda değerlendirileceği kabul edilmektedir⁶. Buna göre öğretide müracaat veya

¹ Cumhuriyet Şahin / Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 53.

² Şahin / Göktürk, s. 53; Ahmet Gökçen / Murat Balcı / Mehmet Emin Alşahin / Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2020, s. 68.

³ Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Kazancı Matbaacılık, 1986, s. 61.

⁴ Şahin / Göktürk, s. 55.

⁵ Nur Centel / Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Beta, 2021, s. 735.

⁶ Şahin/Göktürk, s. 50; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin, 2022, s.771.

talep başlığı altında kabul edilen yazılı başvuru şartı ise söz konusu muhakeme şartlarından biridir.

Yazılı başvuru, belli başlı suçlara ilişkin olarak devletin belirli makamlarının veya yabancı devletlerin yapmış oldukları şikâyetidir⁷. Öğretide bir görüşe göre, başvuruda bulunmaya yetkili olan TMSF ve BDDK'nın suçtan zarar gören sıfatının bulunmaması ve başvurunun bir süreye bağlı tutulmaması, bu kurumun şikâyet olarak kabul edilemeyeceğini göstermektedir⁸. Buna göre, yazılı başvuru, müracaat niteliği taşımaktadır⁹. Öğretide bir görüşe göre yazılı başvuru, talep şartı altında değerlendirilmektedir¹⁰. Öte yandan yetkili makam tarafından bulunulan bir talebin mevcudiyeti halinde Cumhuriyet savcısının iddianame düzenleme yükümlülüğü bulunmasına karşın yazılı başvuruda bulunulması halinde böyle bir zaruret söz konusu değildir¹¹. Bununla birlikte yazılı başvurunun, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen müracaatın yerini şikâyetin almasına istinaden şikâyet kurumu ile benzerlik taşıdığı da ifade edilmektedir¹². Ancak şikâyette bulunmak için kanunen öngörülmüş bir süre bulunmasına rağmen yazılı başvuru kural itibarıyla herhangi bir süreye tabi değildir¹³.

1- Somut olayda Bankacılık Kanunu'nun zimmet başlıklı 160/2. maddesinde düzenlenen nitelikli bankacılık zimmeti suçunun oluştuğunun kabulü halinde yazılı başvuru şartının bulunması gerekliliği ele alınmalıdır.

Öncelikle özgü suç niteliğinde olan bankacılık zimmeti suçu hakkında bilgi verilmelidir. Bankacılık zimmeti suçu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur.

Bankacılık Kanunu m. 160/1'e göre, "*görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para*

⁷ Kunter, s. 83; Şahin/ Göktürk, s. 67.

⁸ Onuralp Atay, "Bankacılık Zimmeti Suçu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:13, (49), 2022, s. 631;

⁹ Esra Demir, "5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. Maddesi Üzerine Bir İnceleme" *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(2), 2019, s. 467; Ömer Filiz, Bankacılık Zimmeti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021, s. 78.

¹⁰ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır, s.76.

¹¹ Şahin/ Göktürk, s. 67; Kunter, s. 84.

¹² Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoglu, "Yazılı Başvuru Şartının Hukuki Niteliği", <<https://www.ajindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423872232.pdf>> , s. 102, Erişim Tarihi 10.11.2022.

¹³ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır, s. 76.

veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensuplarının altı yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edileceği” düzenlenmiş olup bu düzenleme suçun temel şeklini teşkil etmektedir. Suçun nitelikli halini oluşturan 2. fıkrada ise *“suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası”* verileceği düzenlenmiş olup bu fıkra cezayı ağırlaştırıcı nitelik arz etmektedir.

Türk Ceza Kanunu’nun 247. maddesi ile hüküm altına alınan zimmet suçu ile Bankacılık Kanunu’nun anılan maddesinde düzenlenen zimmet suçu esas itibarıyla birbirine benzemektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen zimmet suçu genel norm niteliğindedir. Buna karşılık Bankacılık Kanunu bünyesinde düzenlenen ve özel norm olan bankacılık zimmeti suçu, özellikle suç tipindeki fail unsuru bakımından özellik arz etmektedir. Şöyle ki, Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen zimmet suçunun faili, kanun hükmü uyarınca yalnızca kamu görevlisi olabilecektir. Oysa Bankacılık Kanunu ile düzenlenen zimmet suçunda fail, görevi gereği kendisine tevdi edilen malı koruma ve gözetimle yükümlü bulunan banka personelidir. Bu bağlamda ilgili yasa, yalnızca devlet bankalarında istihdam edilen banka personelinin değil; özel bankalarda çalışan personelin de suçun faili olabilmesi yolunda bir düzenleme getirmiş olup bankaların birer güven kurumu olmasının sonucu olarak özel banka personelinin sorumluluğu kamu bankası personelinin sorumluluğu ile aynı şekilde öngörülmüştür. Öğretide bir görüşe göre de Bankacılık Kanuna bu şekilde bir düzenleme getirilmesiyle özel banka uhdesinde doğabilecek suiistimallerin daha etkili cezalandırılması amaçlanmış olup Türk Ceza Kanunu m. 247’de düzenlenen zimmet suçuyla Bankacılık Kanunu m. 160’ta düzenlenen bankacılık zimmet suçunun esas farkını fail unsuru teşkil etmektedir¹⁴.

Ayrıca Bankacılık Kanunu’nda düzenlenen nitelikli zimmet suçu için öngörülen ceza alt sınırı 12 yıl olmasına karşın Türk Ceza Kanunu’nda nitelikli zimmet suçunun cezası, suçun temel şekli için öngörülen 5 yıldan 12 yıla kadar hapis cezasının yarı oranında artırılması olarak düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında da Bankacılık Kanunu ile düzenlenen zimmet

¹⁴ Nur Centel, “Zimmet Suçu ile Karşılaştırılmalı Olarak Bankacılık Zimmeti”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(8), 2018, s. 231.

suçunun esasen Türk Ceza Kanunu'ndaki zimmet suçunun aynısı olduğu fakat bankaların birer güven kurumu niteliği taşıması sebebiyle zimmet fiillerinin kamu düzenine ve ekonomiye etkileri nazara alınarak ve ceza siyasetinin bir gereği olarak Bankacılık Kanunu'nda daha ağır ceza öngörülmek suretiyle ayrıca düzenlendiği belirtilmiştir¹⁵.

Söz konusu suçla korunan hukuki değer, öğretilerde bir görüşe göre, birer finans kurumu olan bankaların ekonomik hayattaki güvenilirliklerinin malvarlığı hakkında önceliğidir¹⁶. Bir başka görüşe göre ise suçla genel olarak ekonomik düzen korunmaktadır¹⁷. Bir diğer görüşe göre bu suçla korunan hukuki değer, ülke ekonomisi ve bankaların finansal piyasalarda güven kurumu olma niteliğidir¹⁸. Suçun konusu, kanun metninden de anlaşıldığı üzere bankacılık işlemlerinin konusu olan para veya para yerine geçen evrak veya senet veya diğer mallar olarak gösterilmiştir¹⁹. Suçun oluşabilmesi için, bu değerlerin bankaya ait olması öğretilerdeki bir görüşe göre şart olmayıp banka mülkiyetinde bulunmayan değerler de zilyetliğin mevcudiyeti şartıyla bankacılık zimmetine konu olabileceklerdir²⁰. Başka bir görüşe göre ise bu malların mülkiyeti bankaya ait olmalıdır²¹. Kanaatimizce bu suçla korunan hukuki değer tek bir tane olmayıp hem birer güven kurumu olan bankaların güvenilirlikleri hem de ülke ekonomisi ve ekonomiye duyulan güven korunmaktadır.

Suçun faili, görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş değerlerin muhatabı olan ya da bunların gözetiminden sorumlu olan geniş anlamda banka mensubudur. Suçun mağdur unsuru bakımından ise katıldığımız görüşe göre tüzel kişiliği haiz olan banka, suçun mağduru değil, suçtan zarar göreni konumunda olup zimmete konu değerlerin mülkiyetinin üçüncü kişiye ait olması

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, Esas No: 2014/103, Karar No: 2014/199, Karar Tarihi: 25.12.2014.

¹⁶ İzzet Özgenç, Zimmet Suçu, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2012, s.112.

¹⁷ Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Mehmet Emin Alşahin/ Kerim Çakır, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet, 2021, s. 625.

¹⁸ Mustafa Akın, Bankacılığın Kırmızı Çizgileri, Kırmızı Kitap, 2015, s. 119.

¹⁹ Nur Centel, "Zimmet Suçu", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 21, Özel Sayı, 2019, s. 2783.

²⁰ Özgenç, Zimmet Suçu, s. 116; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 1043; Aksi yönde, Adem Sözüer, "Yeni Bankacılık Kanununda Suçlar ve Yaptırımlar", Hukuki Perspektifler Dergisi, (5), s. 175.

²¹ Hasan Tahsin Gökcan, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları, Seçkin 2008, s. 440; Sözüer, s. 175.

halinde suçun mağduru bu kişilerken; mülkiyetin bankaya ait olması halinde ise mağdur bankanın ortaklarıdır²². Öğretideki çoğunluk görüşe göre burada mağdurun kamu idaresi olduğunun kabul edildiği belirtilmektedir²³. Eğer mal belirli bir kişiye ait ise, toplumu oluşturan herkesin yanı sıra bu kişilerin de mağdur sıfatı bulunacağı da öğretide ifade edilmektedir²⁴.

Suçun konusu, kanun maddesinde ifade edildiği üzere, para, para yerine geçen evrak, senet ve diğer mallardır. Bankacılık zimmeti suçuna en çok konu olan değer, tedavül miktarı düşünüldüğünde para olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır²⁵.

Banka mensubunun kendisine görevi gereği tevdi edilen veya gözetimine bırakılan kanunda belirtilen nitelikteki değeri, kendi veya bir üçüncü kişi uhdesine geçirmesiyle suç oluşur²⁶. Banka mensubu bunu yaparken, zimmetin ortaya çıkmasını önlemeye yönelik olarak hileli davranışlarda bulunduğu takdirde suçun 2. fıkra düzenleneni nitelikli haline sebebiyet vermiş olacaktır. Buradaki hile kastının, en geç zimmete geçirme esnasında mevcut olması gerekmekte olup sonradan zimmetin ortaya çıkmasını önlemeye yönelik hile, şartların varlığı halinde belgede sahtecilik gibi ayrı bir suç teşkil edecektir²⁷.

Suç, özgü bir suç olması sebebiyle ancak kanunda belirtilen banka mensubu tarafından işlenebilecek ve iştirak ilişkisi de bu minvalde kurulacaktır. Banka mensubu olmayan veya malın zilyetliği kendisine tevdi edilmeyen, gözetim yükümlülüğü bulunmayan diğer personelin yalnızca Türk Ceza Kanunu'nun 38 ve 39. maddeleri uyarınca azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılması cihetine gidilebilecektir.

Suçun manevi unsuru ise Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesi ile düzenlenen kasttır²⁸. Fail, doğrudan kastla hareket edebileceği gibi olası kastla

²² Özgenç, s. 130.

²³ İlhan Üzülmöz, "Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu", Hukuki Perspektifler Dergisi, (5), 2005, s. 212; İrfan Tüner, "Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu", İstanbul Barosu Dergisi, 91(5), 2017, s. 261.

²⁴ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, 8. Baskı, 2022, s. 1061.

²⁵ Davut Gürses, Bankacılık Kanunu'na Göre Zimmet Suçu, On İki Levha, 2018, s. 71.

²⁶ Selami Turabi, Zimmet Suçları, Seçkin, 2012, s. 182.

²⁷ Koca/ Üzülmöz, s. 1074; Devrim Güngör, "5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu", Ankara Barosu Dergisi, (4), 2009, s.26.

²⁸ Gökcan, s. 449.

da bu suçu işleyebilir ancak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketle bankacılık zimmeti suçunun işlenmesi söz konusu olmaz²⁹.

Bankacılık Kanunu'nun 162. maddesi ile ilgili kanunda düzenlenen suçlara ilişkin soruşturma kovuşturma usulü hüküm altına alınmış olup bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması BDDK veya TMSF'nin Cumhuriyet Başsavcılığına yapacağı yazılı başvuru şartına bağlanmıştır. Somut olayda suçtan zarar gören banka, vekili eliyle dolandırıcılık suçunun oluştuğundan bahisle şikâyetle bulunmuş olup kurum veya kurul tarafından zimmet suçuna ilişkin yapılan bir yazılı başvuru bulunmamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun mezkur kararında, bankacılık zimmetinin mala karşı işlenen bir suç olduğu ve bu malın sahibinin banka olduğu belirtilmiş olup zimmet suçuna ilişkin olarak BDDK veya TMSF yazılı başvuruda bulunmasa bile, suçtan zarar gören bankanın zimmet suçundan şikâyetle bulunması soruşturma veya kovuşturmanın başlatılması için yeterli kabul edilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun değerlendirmesinde, soruşturmanın banka vekilinin yapmış olduğu sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarına ilişkin şikâyet dilekçesi üzerine başlatılmış olduğu ve ilerleyen safhada A hakkında düzenlenen nitelikli zimmet suçuna ilişkin iddianamenin bankaya tebliğ edilmesine rağmen banka vekili tarafından bankacılık zimmeti suçu bağlamında usulüne uygun bir yazılı başvuruda bulunulmadığı belirtilmiştir. Bu kabulden hareketle Yargıtay Ceza Genel Kurulu muhakeme şartı eksikliğinin, BDDK veya TMSF'nin yazılı başvurusu olmamasından değil; bankanın, Bankacılık Kanunu'nun 160/2. maddesi uyarınca ilgili suçtan yazılı şikâyetle bulunmamasından doğduğunu kabul etmiştir.

Tartışılması gereken husus, bankanın şikâyetle bulunması halinde yazılı başvuru şartı aranıp aranmayacağı ve şikâyetin zimmet dışında bir suça ilişkin olması halinde nasıl hareket edileceğidir.

Bankacılık Kanunu'nun 162/3. madde hükmünün, *“İtibarın zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarından dolayı ilgililerin dava hakkı ile 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri saklıdır.”* düzenlemesi karşısında zimmet suçlarına ilişkin olarak ilgililerin dava hakkı ve Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri ayrı tutulmuştur. Dava hakkı ile kastedilmek istenen husus hakkında öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay'ın incelemeye konu kararındaki kabulüne ve

²⁹ Centel, “Zimmet Suçu ile Karşılaştırılmalı Olarak Bankacılık Zimmeti”, s. 235.

öğretideki bir görüşe göre, dava hakkı ile ifade edilen, bankanın şikâyet hakkı olup bankanın şikâyette bulunması halinde kurum veya fonun ayrıca yazılı başvurusuna gerek olmaksızın savcılık tarafından soruşturma ve kovuşturma işlemleri yürütülebilecektir³⁰.

Buna karşın banka tarafından bulunulacak şikâyetin bankacılık zimmeti suçu haricinde bir suça ilişkin olması halinde Cumhuriyet savcılığının suçun nitelendirmesiyle bağlı olup olmayacağı belirlenmiş değildir. Bu durumda savcılığın resen soruşturma yetkisi tartışılmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, savcılığın Bankacılık Kanunu m. 160/2’de düzenlenen bankacılık zimmeti suçunun işlenmesi halinde resen soruşturma başlatma yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir³¹. Bir diğer görüşe göre ise, burada kanun koyucu suçun resen soruşturulmasını amaçlamamış, yazılı başvuru öngörmek suretiyle kurumun başvurusunu veya ilgililerin şikâyetini arayarak doğrudan soruşturma açılmasının önüne geçmek istemiştir³².

Zira suçun zarar göreni konumunda olan banka, yetkili temsilcileri aracılığıyla ancak şikâyette bulunabilir, buna karşın bankanın kendi tüzel kişiliği ile yapacağı bildirim yazılı başvuru kapsamında değerlendirmek gerekir. Bankacılık Kanunu m. 162/3’te tanınan dava hakkını da bankanın, uhdesinde meydana gelen bir zararın mevcudiyetine ilişkin yetkili makamlara başvurusunu içerdiğinden yazılı başvuru niteliğinde kabul etmek gerekir. Kurum veya fon ise suçun doğrudan zarar göreni olmamasına karşın kamunun gördüğü zararın, soruşturma ve kovuşturma yapılarak daha da büyümesini önleyecek bir işlev üstlenmekte olup bu durumda kamu yararının takdiri kurum veya fon tarafından yapılacaktır³³. Kurum veya fonun yazılı başvurusu halinde muhakeme şartının gerçekleştiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Kanaatimizce olayda doğrudan zarara uğrayan ve ilgili konumunda olan bankanın da vekili aracılığıyla Bankacılık Kanunu m. 162/3 hükmü kapsamında savcılığa başvuruda bulunması halinde muhakeme şartının gerçekleştiğinin kabulü gerekir.

³⁰ Akın, s.128, Gürses, s. 160; Selman Dursun, “Yeni Bankacılık Kanunu’nda Yer Alan İnfaz Hükümleri”, Ceza Hukuku Dergisi, 2007, Yıl:2, (4), s. 266,267; Güneş Okuyucu Ergün, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, 2008, s. 174; Centel “Zimmet Suçu ile Karşılaştırılmalı Olarak Bankacılık Zimmeti”, s. 242, 243.

³¹ Gökcan, s. 453.

³² Dursun, s. 267.

³³ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin, 2022, s.614.

Bankanın, bankacılık zimmeti dışında bir suçtan başvuruda bulunması halinde suçun bankacılık zimmeti suçuna sübut verdiği anlaşılırsa savcılığın yazılı başvuru şartının gerçekleşmesini bekleyip beklemeyeceği ele alınmalıdır. Şikâyet, suçtan zarar görenin veya mağdurun, olayda gerçekleşen suça konu fiile ilişkin olarak fail hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması talebini ihtiva etmelidir³⁴. Öğretide, şikâyetin suç oluşturan fiille ilgili olduğu ve mağdur veya zarar görenin şikâyet ederken fiile ilişkin nasıl bir nitelemeye bulunduğu önemi olmadığı belirtilmektedir³⁵. Kanaatimizce de şikâyet veya yazılı başvuruda belirtilen fiille olayda meydana gelen suçun niteliğinin farklı olduğunun anlaşılması durumunda artık dosya savcılık tarafından, suçta muhakeme şartı arandığı için ilgili suç için şikâyette bulunması adına mağdura/zarar görene gönderilmemelidir. Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerinin saklı tutulmasıyla da ifade edilmek istenen savcılığın suçun nitelendirmesiyle bağlı olmayacağıdır. Öte yandan bir suç muhakeme şartına bağlandığı takdirde, kurum veya fonun başvurusu hangi fiillere ilişkin ise savcılık tarafından yalnızca o fiillere ilişkin soruşturma yapılabileceği öğretide kabul edilmektedir³⁶.

Somut olayda X bankası vekili tarafından geçerli bir yetki belgesi ile nitelikli dolandırıcılık ve belgede sahtecilikten başvuruda bulunulması halinde, bankanın dava hakkı kapsamında değerlendirilen yazılı başvurunun gerçekleştiği kanaatindeyiz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, iddianamenin bankaya tebliğ edilmesine rağmen bankanın, Bankacılık Kanunu m. 160/2'de düzenlenen nitelikli zimmet suçundan yazılı başvuruda bulunmadığı için muhakeme şartının gerçekleşmediğinin belirtilmesi karşısında kanaatimizce muhakeme şartı gerçekleşen ve işin esasına girilmesi gereken kararda, söz konusu gerekçeyle durma kararı vermesi yönündeki içtihadına katılmamaktayız.

2- Olayda Türk Ceza Kanunu'nun 158. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun oluştuğunun kabulü halinde, yazılı başvuru şartı aranmayacaktır. Bir muhakeme şartı olan yazılı başvurunun söz konusu olması için ortada yazılı başvuru şartı gereken bir suç ihdası gerekmektedir. Dolandırıcılık suçunun takibi açısından herhangi bir muhakeme şartı söz konusu değildir. Dolayısıyla somut olayda A'nın fiilinin, Yargıtay Cumhuriyet

³⁴ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 774.

³⁵ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 774.

³⁶ Özgenç, Zimmet Suçu, s. 140.

Başsavcılığı itirazında belirtildiği üzere dolandırıcılık suçuna sebebiyet verdiği kabul edilmesi halinde doğrudan soruşturma ve kovuşturma işlemleri yürütülebilecektir.

3- Somut olayda, bireysel müşteri yönetmen yardımcısı olarak istihdam edilen A'nın; S'nin ve gerçek E'nin imzalarına birçok kez baktığının anlaşılması karşısında suçun faili olduğu kabul edilmiştir. Bu noktadan hareketle, A'nın sahte olarak tanzim edilen talimatnameye dayanarak S'nin döviz hesabından bozma işlemi yaptığı açık olup sonrasında başka personelleri, paranın sahte E'nin hesabına aktarılması, dövizin satılması ve tahsilâtı için yönlendirmesi şeklinde ilerlemiş bir süreç mevcuttur. Bu olayda A'nın eylemlerinin hangi suça sebebiyet verdiği incelenmelidir. Ayrıca, parayı almak için gelen banka dışından olduğu kabul edilen E'nin de gerçek E olmadığını anlaşıldığı olayda, A ve E'nin iştirak statüleri ele alınmalıdır.

A → S, Bankacılık Zimmeti (5411 s. Bankacılık Kanunu m. 160/2)

Nitelikli Hal: Suçun, zimmetin ortaya çıkmamasına yönelik hileli davranışlarla işlenmesi.

E → S, Bankacılık Zimmeti (5411 s. Bankacılık Kanunu m. 160/2, m. 39)

Nitelikli Hal: Suçun, zimmetin ortaya çıkmamasına yönelik hileli davranışlarla işlenmesi.

Türk Ceza Kanunu m. 39 uyarınca kararda belirtilen hususlara göre yardım eden olarak kabul edilmelidir.

Olayda kanaatimizce bankacılık zimmeti suçu oluşmuştur. A, görev kapsamı gereği Bankacılık Kanunu m. 160'ta fail olarak sayılan kişilerden biridir. Ayrıca, müşterilerden gelen talimatlara istinaden hesap yönetimi imkânına da sahip olduğundan söz konusu suçun faili olabilecek yetkiyi haiz konumdadır³⁷. A, sahte talimatnameye istinaden döviz bozma işlemi yapmış olup sahte talimatnamelerin kim tarafından tarandığı saptanamasa da hem S'nin hem E'nin imzasına birçok kez baktığı tespit edilmiş olup gerçek

³⁷ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 11/10/2001 tarih ve 2001/536 Esas, 2001/5749 Karar sayılı kararında, "Kendi bilgisayar şifresi ile her türlü işlem yapabilen bu nedenle bankanın paralarının korunmasından sorumlu olan sanığın, bazı hesaplara müdür şifresini kullanarak faiz tahakkuku ile başka hesaplara aktarıp hesap sahiplerine veznedenden çektiler mal edinmesi eylemi "nitelikli dolandırıcılık"; diğer mudilerin hesaplarına faiz tahakkuku yapmadan sadece tahsil ve ödeme işleri düzenleyerek faizleri başka mudilerin hesaplarına aktarıp onların aracılığıyla vezneden alarak maledinmesi "zincirleme basit zimmet" suçunu oluşturur" denilmektedir.

E'nin imzasını, sahte E'ye öğretmek suretiyle E'nin parayı tahsil etmesini sağlamıştır. Tüm bu davranışlar, suçun nitelikli haline sübut vermektedir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, itiraznamesinde, A'nın para transferini ve E'ye ödeme işlemi bizzat yapmadığını, diğer personeli kandırmak suretiyle onlara yaptırdığını belirterek suçun bu haliyle nitelikli dolandırıcılık suçuna sübut verdiği yönünde itirazda bulunmuştur. Söz konusu fiillerin tamamının A tarafından yapılmaması halinde zimmet suçunun oluşmayacağı düşünülebilir ancak kanaatimizce burada A'nın dolaylı fail olarak bankacılık zimmeti suçundan sorumluluğu doğacaktır. Nitekim kararda da diğer personelin A'nın yönlendirmesi sonucunda bu fiilleri icra ettiği kabul edilmiş olup en başta sahte talimatnameye dayanarak döviz bozma işlemi yapan A'nın E ile iştirak halinde bu suça konu fiilleri planladığı düşünülürse, diğer personeli hataya düşürerek bu suçun işlenmesine sebebiyet verdiği kabul edilmelidir. Öyle ki banka mensubunun bir diğer personeli hataya düşürerek onun vasıtasıyla zimmeti gerçekleştirmesi halinde dolaylı fail olarak cezalandırılması gerekeceği öğretide belirtilmektedir³⁸.

Bankacılık zimmeti suçunun özgü suç olması sebebiyle bu suça fail sıfatıyla katılmak, Bankacılık Kanunu'na göre fail sayılmayan kişiler açısından mümkün değildir. Karar metnine göre, sahte E'nin banka dışından olduğu varsayıldığından, E'nin sorumluluğu ancak şerik olarak tezahür edebilecektir. E'nin, A'yı böyle bir suçu işlemeye ikna etmesi, aklında bu suçu işleme kararı yokken ona bu fikri vermesi halinde azmettiren olarak; somut olaydan anlaşıldığı haliyle, işlenen suça parayı gerçek E adına çekmeye gelmek şeklinde yardım etmesi halinde ise yardım eden olarak sorumlu tutulması gerekmektedir.

A, iki ayrı tarihte aynı mağdura karşı söz konusu zimmet fiillerini gerçekleştirmiştir. Zira burada hem banka ortaklarının hem hesap sahibi olan gerçek kişinin mağdur sıfatı kabul edilmektedir. Bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilirliği değerlendirilmelidir. Failin, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı mağdura karşı gerçekleştirdiği fiiller zincirleme suç hükümleri uyarınca cezalandırılmalıdır. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için, birden fazla kez işlenen suç açısından failin suçla arasında manevi bağının bulunup bulunmadığı önem

³⁸ Koca/ Üzülmöz, s. 1076.

taşımaktadır³⁹. Eğer kişi bir suç işleme kararı kapsamında fiilini icra etmekte ise ve aradan geçen zaman failin kastını yenilemeden önceki suç işleme kararının devamı niteliğinde ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı her somut olayın kendi özellikleri dikkate alınarak tespit edilmelidir. Bu durumda örneğin fail bankacılık zimmeti suçunun temel şeklini ve nitelikli halini zincirleme suç şeklinde gerçekleştirirse Türk Ceza Kanunu m. 43/1 uyarınca cezası tayin edilecek; zincirleme suç kapsamında işlemezse gerçek içtima uyarınca her suçtan ayrıca sorumlu olacaktır⁴⁰. Somut olayda suçun nitelikli halini birden fazla kez işleyen A'nın fiilin icrası yönündeki kastı kanaatimizce yenilenmemiştir. Bu durumda aynı mağdura karşı iki ayrı tarihte aynı suç işlenmiş olup zincirleme suç hükümleri gereği verilecek cezanın artırılması gerekmektedir. Bu bakımdan ele alınması gereken bir diğer mesele, kurum veya fonun teselsül eden her bir fiil için yazılı başvurusunun aranmasının veya şikâyet hakkı bulunan ilgilinin her bir fiil için ayrıca şikayetinin bulunmasının gerekliliğidir.

Zincirleme suçlarda esasen birden fazla fiil, birden fazla suç bulunmaktadır, ancak kanun koyucu benimsemiş olduğu kanun sistematığı gereği ceza adaleti açısından bu fiilleri ayrı ayrı cezalandırmak yerine tek bir fiilmiş gibi cezalandırma yoluna gitmekte, fakat cezada belli bir oranda artırım öngörmektedir. Dolayısıyla zincirleme suç oluşturulan fiillerin her bir halkası bağımsızlığını ihtiva etmekte olup bu fiillerin hepsinin şikayete veya sair bir muhakeme şartına bağlı olması halinde yalnızca biri için bu şartın gerçekleşmiş olması fiillerin tamamını kapsamayacak, her bir fiil için muhakeme şartı aranacaktır⁴¹. Bununla birlikte, yazılı başvuru veya şikayet dilekçesi içerisinde birden çok suçun olduğu, ayrı ayrı tarihlerde meydana geldiği ifade ediliyorsa bir diğer ifadeyle her bir fiil için başvuruda/ şikayette bulunulduğu anlaşılıyorsa muhakeme şartının gerçekleştiği belirtilmelidir.

4- Olayda, sahte talimatnameleri tanzim eden, sisteme tarayan kişinin kim olduğu belli olmamakla birlikte hayatın olağan akışı gereği bu kişinin A olduğu kabul edilmiştir. Ancak belgede sahteciliğin yasal unsurlarının oluşmadığı belirtilerek A'nın bu suçtan beraatine karar verilmiştir. Söz konusu talimatnamelerin kesin bir şekilde A tarafından tanzim edildiğinin anlaşılması

³⁹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 682.

⁴⁰ Demir, s. 452.

⁴¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 776; Mustafa Özen, "Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç - Fikri İçtima - Bileşik Suç)", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 279.

halinde, ayrıca sahte bir belge düzenlenmiş olacaktır. İş bu talimatnameler özel belge niteliğini haizdir. Türk Ceza Kanunu'nun 207. maddesi uyarınca bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu aşamada içtima sorununu değerlendirmek gerekecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 212. maddesi ile sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağı düzenlenmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, resmi belgede sahtecilik suçu, sahte belgenin tanzimi ile oluşmaktaydı. Bu sebeple bu evrakın kullanılması dolandırıcılık gibi ayrıca başka bir suçu oluşturduğu takdirde bileşik suçun uygulanıp uygulanamayacağı, dolayısıyla tek cezaya hükmedilip hükmedilemeyeceği problem teşkil etmekteydi⁴².

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na eklenen 212. madde ile esasen uygulamada ortaya çıkan karmaşıklık giderilmek istenmiş ve belgede sahtecilikle birlikte, dolandırıcılık, zimmet, rüşvet veya sair başka bir suçun oluşması halinde her iki suçtan ayrı cezaya hükmolunacağı öngörülmüştür. Türk Ceza Kanunu'nun 212. maddesinin, özel bir gerçek içtima düzenlemesi olduğu öğretide bir kısım yazarlar tarafından kabul edilmektedir⁴³.

Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu'nun 212. maddesi farklı sorunları da beraberinde getirmiştir. Söz konusu maddeye dair tartışmalardan biri, bu hükmün uygulanma kapsamına ilişkindir.

Madde gerekçesi incelendiğinde, sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağı kabul edilmiştir. Örneğin, sahte belgenin kullanılması sureti ile bir kimse aldatılarak bir yarar elde edilmiş olabilir. Bu durumda, hem dolandırıcılık hem de resmi veya özel belgede sahtecilik suçlarına ait cezaların içtima suretiyle verilmesi gerekecektir. Keza, sahte belge düzenlemek suretiyle zimmetin gizlenmeye çalışılması hâlinde, hem zimmet suçundan hem de resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı ayrı

⁴² Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 814; İzzet Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin, 2002, s. 48-56, 146, 147.

⁴³ Osman Yaşar/ Hasan Tahsin Gökcan/ Mustafa Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 5. Cilt, 2. Baskı, Adalet, 2014, s. 6220.

ayrı cezaya hükmolunacaktır⁴⁴.

Gerekçeden anlaşılacağı üzere içtima ilişkisi esas problemler, sahte belgenin özellikle dolandırıcılık ve zimmet suçu ile birlikte kullanılması halinde doğmakta olup gerekçede verilen örnekler bu hususun altını çizmektedir. Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu ile ihdas edilen suçlardan biri işlenirken aynı zamanda belgede sahtecilik suçuna sebebiyet verilmekteyse, gerçek içtima kuralı gereğince kaç fiil varsa o kadar suç; kaç suç varsa o kadar ceza vardır ilkesi geçerli olacak ve fail her iki suçtan ceza alacaktır.

Tartışılması gereken husus, belgede sahtecilik suçlarının başka bir suçla birlikte işlenmesi halinde ayrıca cezalandırılması kuralının, Türk Ceza Kanunu'nun yanı sıra, diğer kanunlarda düzenlenen suçlara uygulanma kabiliyetinin bulunup bulunmadığıdır. Belgede sahtecilik suçunun özel kanunlarda düzenlenen başka suçlar ile somut olay kapsamında bankacılık zimmet suçu ile birlikte olduğu durumlarda cezanın nasıl verilmesi gerektiğine ilişkin öğretisi ve yargı kararları arasında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide bir görüşe göre, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen 212. Maddenin, Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçlar için uygulanmaması gerekir⁴⁵.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, belgede sahtecilik, zimmetin ortaya çıkmasını önlemek için ortaya çıkan hile kastı kapsamında gerçekleştiğinden eğer somut olayda nitelikli bankacılık zimmetinden ceza verilecekse, ayrıca belgede sahtecilik suçundan ceza verilmemesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁶. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun söz konusu kararı, Yargıtay ceza daireleri tarafından da emsal kabul edilmekte olup incelemeye konu kararı tesis eden Yargıtay 7. Ceza Dairesi de sahtecilik eylemlerini bankacılık zimmeti suçunun bir unsuru olarak kabul etmiştir. Gerekçe olarak ise bankacılık zimmeti suçunun özel kanunlarda düzenlenmesi ve Türk Ceza Kanunu'nun 212. maddesinde öngörülen içtima düzenlemesinin bu suç hakkında uygulanamayacak olmasını kabul etmiştir. Yargıtay kararında, belgede sahtecilik yapılmak suretiyle

⁴⁴ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı, 664, s. 608

⁴⁵ Centel, "Zimmet Suçu ile Karşılaştırılmalı Olarak Bankacılık Zimmeti", s. 241.

⁴⁶ "Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 06.04.2010 tarih ve 2010/7-38 Esas, 2010/79 sayılı kararında belirtildiği üzere; 5411 sayılı Bankacılık Yasasında zimmet suçu yanında sahtecilik suçundan da ayrıca cezaya hükmolunacağına ilişkin bir düzenleme bulunmaması karşısında, sanığın zimmet eylemlerini gerçekleştirirken, sahte belge tanzim etmesi fiillerinin de zimmet suçunun unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden sahtecilik suçundan ayrı ceza tayini yasaya aykırı olup.."; Bu yaklaşım, Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 26.10.2016 tarih ve 2016/11825 Esas, 2016/10003 sayılı kararında da benimsenmiştir.

bankacılık zimmeti suçunun işlenmesi halinde, Bankacılık Kanunu'nda sahtecilik suçu için ayrı bir ceza öngörülmemesini ve nitelikli zimmet suçu için öngörülen ceza miktarının ağırlığını birlikte değerlendirmiş ve bunun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu kabul ederek bu suçun bileşik suç olarak düzenlendiği sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bahse konu 2010/79 Karar sayılı kararında, Türk Ceza Kanunu'nun 212. maddesindeki, "*Sahte resmî veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.*" şeklindeki düzenlemenin, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri arasında yer almadığı belirtilmiştir. Bu sebeple Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesi ile düzenlenen "*yasanın genel hükümleri arasında yer alan düzenlemelerin özel yasalar açısından da uygulanacağı*" kuralı kapsamında mezkûr hükmün özel yasalar açısından uygulama olanağı bulunmayacağı ifade edilmiştir⁴⁷. Ayrıca hem nitelikli zimmet suçundan hem de belgede sahtecilik suçundan hüküm kurulmasının cezayı ağırlaştırıcı etki yaratacağı karar belirtilmiştir.

Karşı oy kullanan üye ise, Türk Ceza Kanunu m. 212'nin özel yasalara bir istisna getirmediğini, bu maddenin özel kanunlara uygulanmaması halinde özel kanunlardaki suçları işleyenler ile Türk Ceza Kanunu'ndaki benzeri suçları işleyenler arasında özel yasadaki suçu işleyenlerin daha az cezaya mahkûm edilmeleri sonucunun doğabileceğini belirtmiştir. Yasama organının bunu açıkça yazmadığı hallerde yorum yoluyla böyle bir ayrıma gidilmesi adalet ilkesine aykırılık oluşturacağı kanaatiyle karşı oy kullanmıştır.

İşlenen bir suçun aynı zamanda belgede sahtecilik suçlarından birine sebebiyet vermesi halinde öğretideki genel kabule göre failin Türk Ceza Kanunu m. 212 gereği her iki suçtan cezalandırılması gerekmektedir⁴⁸. Bu görüşe göre, bir suçun işlenmesi esnasında ayrıca belgede sahtecilik yapıldığı takdirde, asıl suçun Türk Ceza Kanunu'nda yahut bir başka özel kanunda düzenlenmesi herhangi bir fark yaratmayacak, fail hakkında ayrıca sahtecilikten cezaya hükmolunacaktır. Burada çözülmesi gereken meseleye ilişkin Türk Ceza

⁴⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun anılan kararına göre, 5237 sayılı TCK'nın 212. maddesi yalnızca TCK içinde düzenlenen suçlara ilişkin olarak uygulanabilecek bir kuraldır. Özel yasalarda düzenlenen suçların işlenmesi sırasında sahte evrak düzenlenmiş olması halinde failin ayrıca bu suçtan da cezalandırılabilmesi için o yasada özel bir düzenleme yapılmış olması zorunlu olup aksinin kabulü ceza kanunlarında kıyasın uygulanması anlamına gelecektir.

⁴⁸ İzzet Özgenç, Zimmet Suçu, s. 45-48, dn.50; Selami Turabi, Zimmet Suçları, Seçkin, s. 216; Mustafa Akın, Bankacılığın Kırmızı Çizgileri, Kırmızı Kitap, s. 127; Haydar Erol, Açıklamalı ve En Yeni İçtihatlı Türk Ceza Kanunu Cilt 2, 2015, s. 2237.

Kanunu'nun 5. maddesinden hareket edilmesi de hatalı kabul edilmekte, diğer kanunlarda düzenleme yapılması gerçek içtima hükmünü tekrar niteliğinde olacağından ayrıca düzenlemeye gerek bulunmaksızın madde 212'nin özel kanunlara da uygulanacağı ifade edilmektedir⁴⁹.

Ayrıca Bankacılık Kanunu'nun 161. maddesi uyarınca bu kanun kapsamındaki fiillerin başka kanunlarda da suç teşkil etmesi halinde en ağır cezayı içeren kanunun uygulanacağı düzenlenmiştir.

Karşı görüşte olan bir kısım yazara göre ise Yargıtay'ın içtihadı yerinde olup özel kanunlarda açık bir düzenleme olmadıkça Türk Ceza Kanunu'nun 212. maddesine dayanarak cezaların içtima ettirilemeyeceği kabul edilmektedir⁵⁰. Bu görüşü savunan yazarlar, faile tek bir bankacılık zimmeti suçundan ceza verilmesi gerektiğini belirtmektedir⁵¹. Bu hususa örnek olarak ise 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun değişik 4. maddesinin 5. fıkrasında, o kanunda tanımlanan suçların, belgede sahtecilik yapılmak suretiyle işlenmesi halinde her iki suçtan ayrı ceza verileceğinin açık bir şekilde düzenlenmesi gösterilmiştir.

Kanaatimizce, kanun lafzı açık olup hem belgede sahtecilik suçunun hem de bankacılık zimmeti suçunun söz konusu olduğu olaylarda, sahtecilik, zimmeti gizlemek için yapılan bir hile olarak kabul görse dahi suçun bir unsuruna indirgenerek tek ceza verilmemelidir. Türk Ceza Kanunu'nun 212. maddesinde düzenlenen belgede sahtecilik suçunun da bağımsız olarak cezalandırılacağına dair hüküm bulunmasaydı cezaların fiilin haksızlık muhteviyatını aşmaması prensibi göz önünde bulundurularak tek ceza verilmesi ve fakat üst sınıra yaklaşılması gerekirdi.

Ancak Türk Ceza Kanunu kapsamında işlenen zimmet suçunda gerçek içtima hükümleri uygulanmaktayken özel yasa olduğu ileri sürülerek fiilin işleniş biçimi ve suçla korunan hukuki değer bakımından benzer özellik arz eden bankacılık zimmetinde tek ceza öngörülmesinin ceza adaleti sistemiyle bağdaşmayacağı kanaati hâsıl olmuştur.

Öyle ki, hâlihazırda Bankacılık Kanunu madde 160'ta düzenlenen zimmet suçu için, Türk Ceza Kanunu madde 247'de düzenlenen zimmet suçuna

⁴⁹ Neslihan Göktürk, Fikri İçtima, Adalet, 2013, s. 159,160, dn. 554.

⁵⁰ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s.830; Okuyucu Ergün, s. 169, Yazar, sahte belge kullanmak suretiyle bankacılık zimmeti suçunun gerçekleştirilmesi halinde yalnızca Bankacılık Kanunu m. 160/2 uyarınca sorumluluk doğacağını belirtmektedir.

⁵¹ Gürses, s.128,129.

kıyasla daha ağır bir ceza öngörölmüştür. Buna karşın Türk Ceza Kanunu'nun 212. maddesinin Bankacılık Kanunu bakımından uygulanmayacağıın kabul edilmesi halinde verilecek cezanın temel ceza kanununa nazaran daha aşağı olması, özel kanun niteliğindeki Bankacılık Kanunu'nun getirdiği güvence ve cezalandırma sistemine uygun düşmeyecektir.

KAYNAKÇA

- Akın M, Bankacılığın Kırmızı Çizgileri, 1. Bası, Kırmızı Kitap Kitabevi, 2015.
- Artuk ME/ Gökcen A/ Alşahin ME/ Çakır K, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Bası, Adalet Kitabevi, 2020.
- Atay O, “Bankacılık Zimmeti Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:13, (49), 2022, 609 – 640.
- Centel N/ Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Bası, Beta Kitabevi, 2021.
- Centel N, “Zimmet Suçu”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 21, Özel Sayı, 2019, 2779 – 2801.
- Centel N, “Zimmet Suçu ile Karşılaştırılmalı Olarak Bankacılık Zimmeti”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(8), 2018, s. 229 – 244.
- Demir E, “5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 160. Maddesi Üzerine Bir İnceleme” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(2), 2019, s. 431 – 471.
- Dursun S, “Yeni Bankacılık Kanunu’nda Yer Alan İnfaz Hükümleri”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, (4), 2007, 263 – 277.
- Erol H, Açıklamalı ve En Yeni İçtihatlı Türk Ceza Kanunu Cilt 2, 2015.
- Filiz Ö, Bankacılık Zimmeti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Gökcan HT, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları, Seçkin 2008.
- Gökcen A/ Balcı M/ Alşahin ME/ Çakır K, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Adalet Kitabevi, 2020.
- Güngör D, “5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, (4), 2009.
- Gürses D, Bankacılık Kanunu’na Göre Zimmet Suçu, On İki Levha Kitabevi, 2018.
- Göktürk N, Fikri İhtima, 1. Bası, Adalet Kitabevi, 2013.
- Koca M/ Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Adalet Kitabevi, 2022.
- Kunter N, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Kazancı Matbaacılık, 1986.
- Okuyucu Ergün G, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Kitabevi,

2008.

Özen M, “Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç - Fikri İçtima - Bileşik Suç)”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

Özgenç İ, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, 1. Bası, Seçkin Kitabevi, 2002.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Kitabevi, 2022.

Özgenç İ, Zimmet Suçu, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2012.

Sözüer A, “Yeni Bankacılık Kanununda Suçlar ve Yaptırımlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, (5), 2005 s. 166-192.

Şahin C/ Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Seçkin Kitabevi, 2022.

Turabi S, Zimmet Suçları, 1. Bası, Seçkin Kitabevi, 2012.

Tüner İ, “Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu”, İstanbul Barosu Dergisi, 91(5), 2017, s. 253 – 271.

Üzülmez İ, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu”, Hukuki Perspektifler Dergisi, (5), 2005, 216-226.

Yaşar O/ Gökcan HT/ Artuç M, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, 2. Bası, Adalet Kitabevi, 2014.

Yenisey F/ Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Seçkin Kitabevi, 2022.

Yenisey F/ Nuhoğlu A, “Yazılı Başvuru Şartının Hukuki Niteliği”, <https://www.ajindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423872232.pdf>, s. 97 – 108.

KARARLAR

Anayasa Mahkemesi, 25.12.2014 tarih ve 2014/103 Esas, 2014/199 Karar.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 06.04.2010 tarih, 2010/7-38 Esas, 2010/79 Karar.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 26.10.2016 tarih, 2016/11825 Esas, 2016/10003 Karar.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 11/10/2001 tarih ve 2001/536 Esas, 2001/5749 Karar.

ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİLERİNİN ATANMASINA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ÜZERİNE

On the Constitutional Court Decision Concerning the Appointment of High-Level Public Administrators

Ramazan ÇAĞLAYAN*

Özet

1982 Anayasası'nda yapılan 2017 değişikliği ile parlamenter hükümet modeli terk edilerek, "Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi" (başkanlık modeli) benimsenmiştir. Bu değişiklik, hükümet modeli ile sınırlı kalmamış, idarî teşkilât ve memur sistemi gibi alanlarda da etkisini göstermiştir. Anayasanın 104. maddesinde "Üst kademe kamu yöneticilerini atar; görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler" hükmü sevk edilmiştir. Buna bağlı olarak 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yürürlüğe girmiştir. 3 Sayılı Kararname eki (I) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlilerinin doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından; (II) sayılı cetvelde yer alanlar ise Cumhurbaşkanının "onayı" ile atanması esas getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, öncelikle "üst kademe kamu yöneticisi" kavramının içeriğini yorumla doldurmuştur. Akabinde de 3 sayılı CBK eki (II) sayılı cetvelde yer alanların bazılarının üst kademe kamu yöneticisi kapsamında olmadığına, bu sebeple bunların atanma usulünün kanunla düzenlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Anahtar kelimeler: Anayasa, Anayasa Mahkemesi, üst kademe kamu yöneticisi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, onay şeklinde atama.

Abstract

With the 2017 amendment to the 1982 Constitution, the parliamentary government model was abandoned and the "Presidential government system" (presidential model) was adopted. This change was not limited to the government model, but also had its effect in areas such as administrative organization and civil servant system. In Article 104 of the Constitution, the provision "Appoints upper-level public administrators, terminates their duties, and regulates the procedures and principles regarding their appointment by Presidential decree". Accordingly, Presidential Decree No. 3 came into force. The public officials listed in the table (I) annex to Decree No. 3 are directly authorized by the President; Those in Table (II) are appointed with the "approval" of the President. The Constitutional Court, first of all, interpreted the content of the concept of "upper level public administrator". Subsequently, it ruled that some of those in the table (II) annex of CBK No. 3 were not within the scope of upper-level public administrators, and therefore their appointment procedure should be regulated by law.

* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Ünverstesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anablim Dalı, e-posta: caglayanhukuk@yahoo.com , ORCID : 0000-0003-1658-3178

Keywords: *Constitution, Constitutional Court, senior public manager, Presidential decree, designation as “approval”.*

GİRİŞ

Bilindiği üzere 1982 Anayasası’nda yapılan 2017 değişikliği ile parlamenter hükümet modelinden, ülkemizde siyasi çevrelerdeki deyim ile “Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi”, bilim camiasındaki ifadesiyle “başkanlık modeli” şeklindeki hükümet sistemine geçilmiştir. Bu değişiklik, hükümet modeli ile sınırlı kalmamış, idarî teşkilât ve memur sistemi gibi alanlarda da etkisini göstermiştir. Nitekim kamu tüzel kişilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnâmesi ile kurulabilmesi yanında (AY, m.123), 104. maddede “*Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler*” hükmü sevk edilerek, memur atama sisteminde de önemli bir değişikliğe gidilmiştir. Anayasanın bu hükmü doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan 2018 tarihli 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnâmesi yürürlüğe girmiştir.

Bu düzenlemeler konuya ilişkin bazı hukukî meseleleri de beraberinde getirmiştir. Bu hukukî meselelerden başlıcaları şunlardır. İlk olarak “üst kademe kamu yöneticiler” deyimini neyi ifade etmektedir ve hangi kamu görevlilerini kapsamaktadır? İkinci olarak bunlar bilinen “devlet memurları” kavramının dışında yeni bir sınıf mıdır? Üçüncü olarak bunların atanmasını Cumhurbaşkanı tek başına mı yapacaktır? Dördüncü bunların atanması veya görevden alınması işlemlerinin yargı denetimi nasıl olacaktır?

Üst kademe kamu yöneticilerinin atanması meselesi hem Danıştay hem de Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olmuştur. Burada Anayasa Mahkemesi’nin 2023 tarihli bir kararı¹ bağlamında meselelerin hukukî tahlilini yapmaya çalışacağız.

I. ANAYASA MAHKEMESİNE GÖRE ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİLERİ KAVRAMI

Kamu tüzel kişilerinin (ya da kamu idarelerinin) insan unsuruna idare hukuku biliminde üst kavram olarak genel itibariyle “*kamu görevlisi*”

¹ Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023.

denilmektedir. Fransız hukukundan mülhem “kamu ajanı” olarak da isimlendirildiği olmaktadır.

Hukukumuzda idarenin görevlilerinin isimlendirilmesi konusunda birlik bulunmamaktadır. Anayasaya baktığımızda “*devlet memurları*” (m.33)², “*kamu görev ve hizmetinde bulunanlar*” (m.39), “*resmî görevliler*” (m.40), gibi çok değişik ifadeler kullanıldığı görülmektedir³. Bu ifadelerin bir tanımı yapılmadığı gibi, farklı anlamlarda mı yoksa aynı anlamda mı kullanıldığı konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Kanunlarda da bir yeknesaklık olmadığı görülmektedir. Meselâ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu “*kamu görevlisi*” deyimini kullanmakta iken⁴, memurların yargılanması konusunu düzenleyen 4483 sayılı Kanunda (m.1, 2) “*memurlar ve diğer kamu görevlileri*” deyimini 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ise “*memurlar, sözleşmeli personel*” demeyi (m.4) tercih etmektedir⁵.

A. Tanım ve Kapsam

Öncelikle belirtmek gerekir ki, önemli hukukî neticeleri olmasına rağmen, “üst kademe kamu yöneticileri”, hukuk biliminden ziyade kamu yönetimi biliminde ele alınmış ve tartışılmıştır.

Nazar-ı dikkati celbeden ikinci husus, kavram bakımından öğretide ve mevzuatta bir yeknesaklığın bulunmamasıdır. Nitekim öğretide kavram,

² Bu maddede “*Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurları*” ifâdesi, silahlı kuvvetler ve kolluk personelinin, devlet memurlarından farklı bir sınıfı oluşturduğu intibai oluşturmaktadır. Ancak buradaki ifâdenin, silahlı kuvvetler ve kolluk personeli için, diğer memurlardan farklı bir düzenleme yapılabileceği anlamında ele almak gerekir.

³ Anayasada kullanılan ifâdeler: “*devlet memurları*” (m.33), “*kamu görev ve hizmetinde bulunanlar*” (m.39), “*resmî görevliler*” (m.40), “*kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevliler ve yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri*” (m.68), “*kamu hizmetine girenler*” (m.71), “*kamu hizmeti görevlileri*” (m.121), “*memurlar ve diğer kamu görevlileri*” (m.128), “*memurlar ve diğer kamu görevlileri*” (m.129), “*kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve sürele çalışmakta olan kimse*” (m.137).

⁴ Türk Ceza Kanunu’nda kamu görevlisi “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir sürette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” (m.6/1-c) olarak tanımlanmaktadır.

⁵ Kamu görevlisi kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 517 vd.

“üst düzey yönetici”⁶, “yüksek yönetici”⁷, “yüksek kademe yöneticileri”⁸, “yüksek memurlar”⁹, gibi değişik şekillerde ifade edilmektedir. Mevzuatta da birlik bulunmamaktadır. Zira Anayasanın 128. maddesinde “üst kademe yöneticileri”¹⁰, denilirken 104. maddesinde “üst kademe kamu yöneticileri”¹¹ deyimini kullanılmaktadır. Nihayet 5018 sayılı kanununun 11. maddesinde ise “üst yönetici”¹² deyimini tercih edilmiştir. Biz de Anayasanın 104.maddesinde yer alan “üst kademe kamu yöneticisi” deyimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Dikkat çeken bir başka husus ise, “üst kademe kamu yöneticileri” kavramının zorluğundan bahsedilmesidir. Toplum yapısının hızla gelişmesi ve değişmesine bağlı olarak idarî yapının ve işleyişin de hızla değişime uğraması, üst kademe kamu yöneticileri kavramının genel geçer ve sabit bir tanımının yapılmasını da zorlaştırmaktadır¹³. Bu zorluk üst kademe kamu yöneticilerinin tanımının, kapsamının alt ve üst sınırlarının genel-geçer, herkes tarafından kabul edilen, açık ve bilimsel bir şekilde ortaya koyulmasına imkân tanımamaktadır¹⁴. Bu kamından tanımın somut olmaktan ziyade soyut ve işlevsel bir tanımının yapılması tercih edilmektedir

Tüm zorluğuna rağmen öğretilerde üst kademe kamu yöneticileri kavramı, soyut olarak tanımlanmaya çalışılmaktadır. Ancak birbiriyle bağlı olduğundan öncelikle “yönetici”, akabinde de “üst kademe kamu yöneticisi” tanımlanmaya

⁶ Necati Yamaç, Türk Kamu Yönetiminde Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi ve Eğitim Sorunu: Uygulamalı Bir Çalışma, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004, s.14

⁷ Osman Meriç, “Siyasal İktidar ve Yüksek Yöneticiler Sorunu”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt.7, Sayı.3, Eylül 1974, (s.73-78). s.73.

⁸ Cahit Tutum, “Türk İdaresinde Politik Nitelikte Yüksek Kademe Yöneticilik Mevkileri İhdas Edilmeli midir? Amme İdaresi Dergisi, Cilt.1, Sayı.3-4, Aralık 1968, (s.168-177), s.168.

⁹ Şaylan Gençay, “Türkiye’de ve Yabancı Ülkelerde Yüksek Memurlar Sorunu” Amme İdaresi Dergisi, Cilt:5, Sayı:1, Mart 1972, (s.43-58), s.43.

¹⁰ Anayasa m.128/3: “*Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme ve usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir*”

¹¹ Anayasanın m.104/9: “*Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler*”

¹² 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, m.11: “*Bakanlıklarda ve diğer kamu idarelerinde en üst yönetici, il özel idarelerinde vali ve belediyelerde belediye başkanı üst yöneticidir. Bakanlıklarda en üst yönetici Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir*”.

¹³ Şaylan, a.g.m., s.45; Turgay Ergun, Kamu Yöneticilerinin Yetiştirilmesi, TODAİE Yayınları No: 224, Ankara 1988, s.5

¹⁴ Arif T. Payaşlıoğlu, “Yüksek Kademelerde Yığılma Sebepleri, Sonuçları ve Çözüm Yolları”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt.2, Sayı.1, Mart 1969, (s.37-44), s.38.

çalışılmaktadır.

“Yönetici” “Planlama, teşkilatlandırma, kaynakları düzenleme ve sağlama, yöneltme, nezaret, koordinasyon, kontrol ve idareyi geliştirme fonksiyonlarını yerine getirmek suretiyle ortak çaba ile ulaşılmak istenen amaçların gerçekleştirilmesinde yol gösteren, önderlik eden kişi”¹⁵ şeklinde tanımlanmaktadır.

“Üst kademe kamu yöneticisi” kavramı “Kamu kurum ve kuruluşlarının üst düzeylerinde görev yapan ve ana politikaların formüle edilmesiyle uğraşan, en üst düzeylerde politik konularda danışmanlık yapan, yönetsel politikaya ilişkin karar verme sorumluluğuna sahip olan ve bakanlar ya da yönetim kurullarınca alınan temel politikaları işlemsel politikalar ve program kararları haline dönüştüren yöneticiler”¹⁶ olarak tanımlanmaktadır.

Biraz değişik açıdan ise “idare mekanizmasında siyasi görüşlerin ve itimadın önemli rol oynadığı kilit mevkileri işgal eden yüksek memurlar”¹⁷ biçiminde tanımlanmaya çalışılmaktadır.

Yukarıya aktardığımız tanımlardan yola çıkarak, üst kademe kamu yöneticisi konumunda olan kamu görevlilerinin özelliklerini şöyle sıralayabiliriz:

(a) Bulunduğu idarî teşkilâtın en üst kademelerinde görev icra etmektedirler.

(b) Devlet tüzel kişiliği yönetiminde (merkezî idare) genel politikaların oluşturulmasında veya görevli buldukları kamu kurum ve kuruluşlarının yönetiminde yer alırlar.

(c) Görevli buldukları idarî teşkilâtın idarî politikasına yönelik karar alma yetkisine sahiptirler.

(d) Devletin en üst düzey siyasi yöneticilerle birlikte veya onlara yakın

¹⁵ Kenan Sürgit, “Yüksek Yöneticilerin Yetiştirilmesi” Amme İdaresi Dergisi, Cilt.3, Sayı.1, Mart 1970, (s.16-31) s.16. Yönetici kavramına ilişkin olarak bkz. Ziya Çoker, Yönetim ve Siyaset, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1995, s.7; Nuri Tortop, Yönetim Biliminin Temel İlkeleri, TODAİ Yayınları, Ankara 1990, s.1-2.

¹⁶ Turgay Ergun, “Yüksek Yöneticilerin Yetiştirilmeleri Sorunu”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt.16, Sayı.2, Haziran 1983, (s.23-36), s.24

¹⁷ Yaşar Karayalçın, Yüksek Memurlar Meselesi ve Yürütmeyi Durdurma Kararları, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1966, s.47.

olarak çalışırlar.

(e) Görevli buldukları idarî kuruluşun amacının gerçekleşmesinde önemli yetki ve sorumluluklara sahiptirler.

(f) Seçimle göreve gelmemelerine rağmen etkin bir idarî otoriteye sahiptirler.

(g) Siyasî iktidarın belirlediği temel politikalar için aldığı genel kararları, fiili program haline getirerek uygularlar.

(h) Diğer kamu görevlilerine göre daha yüksek ücretlerle çalışırlar; ancak iş ve memuriyet güvencesi daha azdır veya hiç yoktur.

Kamu kesiminde istihdam edilen kişileri ifade etmek üzere idare hukuku bakımından üst kavram olarak “kamu görevlisi”; altında da 657 sayılı kanunun 4. maddesinde belirtildiği gibi “devlet memuru”, “sözleşmeli” ve “işçi” kavramları bulunmaktadır. Bunlar içinde “üst kademe kamu yöneticileri” kavramı bulunmamaktadır. 1982 Anayasasında, “üst kademe kamu yöneticileri” kavramına yer verilmekle beraber, genel ve soyut bir tanımlama yapılmamış, hangi kamu görevlilerinin bu kapsamda olduğuna ilişkin herhangi bir ölçüte de yer verilmemiştir.

Anayasada yapılan 2017 değişikliği sonrasında, mevzuatın anayasada yapılan değişikliklere uygun hale getirilmesi çalışmaları kapsamında “uyum yasaları komisyonları” tabir edilen çalışma grupları oluşturulmuştu. Bunlardan birisi olan “üst kademe kamu yöneticileri komisyonu”nda ben de yer almıştım. Komisyon çalışmalarında öncelikle “üst kademe yöneticileri” kapsamına hangi kamu görevlilerinin girdiği sorusuna cevap arandı. Bu bağlamda 2017 değişikliği öncesinde (1) Cumhurbaşkanı kararıyla atananların, (2) Bakanlar Kurulu kararı ile atananların, (3) müşterek kararname ile atananların, (4) Başbakan kararı ile atananların üst kademe kamu yöneticilerini oluşturduğu konusunda fikir birliği oluşmuştu.

B. Mevzuattaki Durum

Tespit edebildiğimiz kadarıyla mevzuatta üst kademe kamu yöneticilerine yönelik ilk düzenleme 1982 Anayasası'nın 128. maddesinde yer alan “*Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir*” hükmüdür. Görüldüğü gibi burada kavram “*üst kademe yöneticiler*” şeklinde ifade edilmiştir. Öte yandan bu üst kademe yöneticilerin kimlerden ibaret olduğuna dair bir tanımlama ya da ölçüt de yer almamaktadır.

Anayasada yer alan bu düzenlemeye gereğince 1985 tarih ve 3149 sayılı “Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanun” yapılmıştır. Kanunun “kapsam” başlıklı 2. Maddesinde üst kademe yöneticilerinin kimlerden ibaret olduğu, sayma yoluyla belirlenmiştir. Buna göre üst kademe yöneticileri “*kamu kurum ve kuruluşlarında Müsteşar, Müsteşar Yardımcısı, Genel Müdür, Başkan, Kurul Başkanı, Genel Müdür Yardımcısı, Daire Başkanı, Büyükelçi, Vali, Kaymakam, Bölge Müdürü olarak atanabilecek kamu görevlileriyle Devlet Personel Başkanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilecek diğer üst kademe yöneticileri*”nden oluşmaktadır.

Kanunun “eğitim” başlıklı 3.maddesinde bunların eğitimine ilişkin detayların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir: “*Eğitimin yapılacağı yerler, eğitime katılacakların tespiti, eğitimin süresi, eğitimde uygulanacak programlar ile eğitimle ilgili diğer usul ve esaslar Devlet Personel Başkanlığı ile Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsünün görüşü alınarak Başbakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir*”.

Dönemin Cumhurbaşkanı, 3149 sayılı Kanunun anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’nde iptal için dava açmıştır. Yüksek mahkeme, dosyayı esastan inceleyerek 3149 sayılı Kanunun tamamının iptal edilmesine karar vermiştir¹⁸.

Bu arada üst kademe kamu yöneticilerinin tanımı ve kimlerden oluştuğuna ilişkin olmamakla beraber, bunlara yönelik ipuçları veren iki kanun yapılmıştır. Bunlardan ilki 1981 tarih ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun, kincisi ise 1981 tarih ve 2477 sayılı “2451 Sayılı Kanunun Kapsamı Dışında Kalan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usulüne İlişkin Kanun’dur. Bu iki kanun, bazı üst yöneticilere ilişkin atama usullerini tespit etmekteydi; ancak üst kademe kamu yöneticileri ve kapsamına dair tam anlamıyla bir fikir vermemektedir.

Konuya ilişkin bir başka düzenleme 2033 tarih ve 5018 sayılı “Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’dur. Kanunun 11. maddesinin başlığı “üst yöneticiler” şeklindedir ve şu hükümlere yer verilmektedir.

-“*Bakanlıklarda ve diğer kamu idarelerinde en üst yönetici, il özel idarelerinde vali ve belediyelerde belediye başkanı üst yöneticidir*”.

-“*Bakanlıklarda en üst yönetici Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir*”.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, E.1985/3, K.1985/8, T.18.06.1985.

Maddede üst yöneticilerin nitelikleri ve sorumluluğuna ilişkin şu hüküm sevkedilmektedir: “*Üst yöneticiler, idarelerinin stratejik planlarının ve bütçelerinin kalkınma planına, yıllık programlara, kurumun stratejik plan ve performans hedefleri ile hizmet gereklerine uygun olarak hazırlanması ve uygulanmasından, sorumlulukları altındaki kaynakların etkili, ekonomik ve verimli şekilde elde edilmesi ve kullanımını sağlamaktan, kayıp ve kötüye kullanımının önlenmesinden, malî yönetim ve kontrol sisteminin işleyişinin gözetilmesi, izlenmesi ve kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde belirtilen görev ve sorumlulukların yerine getirilmesinden Bakana; mahallî idarelerde ise meclislerine karşı sorumludurlar*”

C. Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi E.2018/120 sayılı kararında, bu konuyu açıklığa kavuşturmak için önceki tarihli bazı kararlarına yollamalarda bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin olarak ilk atıf yaptığı karar 1985 tarihli dir. Mevzuatımızda “üst kademe kamu yöneticileri” kavramı mülga 1985 tarih ve 3149 sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanun’da yer almıştır. Kanunun “kapsam” başlıklı 2. maddesinde üst kademe kamu yöneticileri; “*Müsteşar, Müsteşar Yardımcısı, Genel Müdür, Başkan, Kurul Başkanı, Genel Müdür Yardımcısı, Daire Başkanı, Büyükelçi, Vali, Kaymakam, Bölge Müdürü olarak atanabilecek kamu görevlileriyle Devlet Personel Başkanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilecek diğer üst kademe yöneticileri*” şeklinde sayma yoluyla belirlenmişti. Maddenin devamında Adalet Bakanlığı personelinin ve Silahlı Kuvvetler personelinin bu Kanun kapsamına alınması hususunda da Bakanlar Kurulu’na yetki vermektedir.

Yukarıda aktarılan düzenleme Anayasa Mahkemesi önüne geldiğinde, yüksek mahkeme şu değerlendirmeleri yapmıştır¹⁹:

“Öğretide kimlerin üst kademe yöneticisi sayılmaları gerektiği konusunda birleşmiş değildir. Kamu politikasının tayinine katılma”, “Seçimle gelmemekle birlikte etkin bir otoriteye sahip olma”, “Kuruluşunun en üst düzeyinde bulunan”, “Kuruluş amacının gerçekleşmesinden önemli yetki ve sorumluluklarla donatılmış, kuruluşun planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yönetme, denetim ve temsil gibi işlevlerin bir bölümünü görev olarak yerine getiren” biçiminde ölçütler kullanılması önerilmişse de, sorun

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, E.1985/3, K.1985/8, T.18.06.1985.

kesin bir çözüme kavuşturulamamıştır. Mevzuat yönünden de durum aynıdır”.

“Yasa Koyucu, üst kademe yöneticisinin tanımını yapmaktaki güçlüğü dikkate alarak bunları bir bir saymak yolunu tercih etmiştir. Esasen, bir tanım yapılsaydı dahi, tam anlamıyla bir tanım olmayacak ve takdire yine de elverişli bulunacaktı”.

“3149 sayılı Kanunun 2. maddesinde bir yandan üst kademe yöneticileri sayılırken, öte yandan “diğer üst kademe yöneticiler”den söz edilmesi bu belirsizliği ortaya koymaktadır. Maddenin birinci fıkrasında sayılanlar dışında üst kademe yöneticileri olarak nitelendirilmeleri gerekenlerin çıkması veya başka yöneticilerin de bu eğitimden geçmesi zorunluğunun doğması durumunda, Kanunla Bakanlar Kuruluna böyle bir olanak tanınmıştır.... Devlet Personel Başkanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilecek diğer üst kademe yöneticilerinin, en azından fıkra da sayılanlar düzeyinde bulunacakları tabiidir”²⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin olarak ikinci atf yaptığı kararı 2023 tarihli dir. 2019 tarihli ve (47) numaralı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Anayasaya uygunluk denetiminin yapıldığı kararda Anayasa Mahkemesi, üst kademe kamu yöneticileri kavramı hakkında şu değerlendirmeleri yapmıştır²¹:

“...Bu kavramın tanımlanmasında güçlükler bulunsa da özellikle Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin yürürlüğe girmesinden sonra anayasal bir kavrama da dönüşmüş olduğu gözetildiğinde bunun belli bir çerçeveye kavuşturulması bir zorunluluktur” (p.80).

“Genel anlamda bir tanımlama yapılacak olursa Anayasa 'da yer verilen üst kademe kamu yöneticileri kavramının belirli bir kamu hizmetini yürüten kamu kuruluşunun hiyerarşik bakımdan üst düzeylerinde görev alan ve aynı zamanda o hizmet alanıyla ilgili kamu politikalarının belirlenmesinde ve uygulanmasında etkin bir otoriteye, yetki ve sorumluluğa sahip olan kişileri ifade ettiği söylenebilir” (p.81).

“Bu itibarla kurum içinde klasik anlamda belirli bir sevk ve idare, başka bir deyişle yönetim yetkisine sahip olmakla birlikte kurumun görev ve yetkileri

²⁰ Anayasa Mahkemesi, E.1985/3, K.1985/8, T.18.06.1985.

²¹ Anayasa Mahkemesi, E.2019/111, K.2023/63, T.05.04.2023.

çerçevesindeki politikaların belirlenmesi sürecine katılmayan, yönetim yetkisi bu politikaları uygulamakla sınırlı olan yöneticilerin ya da kurumun hizmet alanıyla ilgili kamu politikalarının tayininde sadece istişari nitelikte rol üstlenen kişilerin üst kademe kamu yöneticisi olarak kabulü mümkün değildir” (p.82).

Anayasa Mahkemesi üstte bahsettiğimiz kararında devamla şu tespiti yapmaktadır: *“Daha önce de belirtildiği üzere üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usûl ve esaslarının da düzenlendiği (3) numaralı CBK’da SEDDK’nın karar organı olan Kurulun başkan ve üyelerinin üst kademe kamu yöneticileri olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bir kuralın üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usûl ve esasların düzenlenmesine ilişkin olup olmadığını CBK koyucunun nitelemesinden bağımsız olarak, yukarıda tespit edilen ilkeler çerçevesinde her bir kural özelinde özerk şekilde ele alıp nihai olarak denetleme görevi Anayasa Mahkemesine aittir (p.83)²².*

2018 tarih ve 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnâmesi, adından da anlaşılacağı gibi üst kademe kamu yöneticileri yanında kamu kurum ve kuruluşlarındaki kamu görevlilerinin atanma usullerini de düzenlemektedir. Anayasa Mahkemesi E.2018/120 sayılı kararında 3 sayılı CBK’nin bu düzenlemesini de yorumlamış ve şu tespitleri yapmaktadır:

(a) Kararname sadece üst kademe kamu yöneticilerini düzenlememektedir: Anayasa mahkemesi şöyle demektedir: *“Bununla birlikte (3) numaralı CBK’nin adından ve “Amaç ve kapsam” başlıklı 1. maddesinden de anlaşılacağı üzere anılan CBK’da sadece üst kademe kamu yöneticilerinin atama usul ve esasları değil, aynı zamanda kamu kurum ve kuruluşlarında atama usul ve esasları da düzenlenmiştir. Dolayısıyla CBK’ya ekli cetvellerdeki tüm kadro, pozisyon ve görevlerin kategorik olarak üst kademe kamu yöneticiliği sıfatına işaret etmediği görülmektedir”²³.*

(b) 3 sayılı CBK eki (II) sayılı cetvelde yer alan görevlilerden bazıları üst kademe kamu yöneticisi kapsamında değildir: Yüksek mahkeme bunu şöyle açıklamaktadır: *“Bu bağlamda CBK’ya ekli (II) Sayılı Cetvel’de çeşitli kamu kurumlarının Başkan ve Yönetim Kurulu Üyeleri gibi ilgili kurumun*

²² Anayasa Mahkemesi, E.2019/111, K.2023/63, T.05.04.2023.

²³ Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023, p.39. Aynı yönde. Anayasa Mahkemesi, E.2019/111, K.2023/63, T.05.04.2023, p.68.

hiyerarşik bakımdan üst düzeylerinde görev almaları ve aynı zamanda o hizmet alanıyla ilgili kamu politikalarının belirlenmesinde ve uygulanmasında etkin bir otoriteye, yetki ve sorumluluğa sahip olmaları nedeniyle Anayasa Mahkemesinin tespit ettiği ölçütler çerçevesinde üst kademe kamu yöneticisi olanların yanı sıra, müfettişler, hazine kontrolörleri, Sayıştay savcıları, daimi temsilci yardımcılarını gibi üst kademe kamu yöneticisi olmayan kadro, pozisyon ve görevlere de yer verildiği anlaşılmıştır”²⁴.

Değerlendirmeler: Anayasa Mahkemesi’nin yukarıya aktardığımız kararları muvacehesinde şu değerlendirmeleri yapabiliriz²⁵:

(1) Anayasanın 104. maddesinde geçen “üst kademe kamu yöneticisi” kavramının içeriğini doldürürken, bunların kimler olduğunu tek tek sayarak belirleme yerine, genel bir tanımlama yaparak belirleme yöntemini tercih etmiştir. Anayasa mahkemesine göre üst kademe kamu yöneticisi, “*belirli bir kamu hizmetini yürüten kamu kuruluşunun hiyerarşik bakımdan üst düzeylerinde görev alan ve aynı zamanda o hizmet alanıyla ilgili kamu politikalarının belirlenmesinde ve uygulanmasında etkin bir otoriteye, yetki ve sorumluluğa sahip olan kişileri ifade*” etmektedir.

(2) 3 sayılı CBK eki (I) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlileri, Anayasa Mahkemesi’nce belirlenen, “*o hizmet alanıyla ilgili kamu politikalarının belirlenmesinde ve uygulanmasında etkin bir otoriteye, yetki ve sorumluluğa sahip olmaları*” ölçütü bakımından üst kademe kamu yöneticileri kapsamında yer almaktadır.

(3) 3 sayılı CBK eki (II) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlilerinden müfettişler, hazine kontrolörleri, Sayıştay savcıları, daimi temsilci yardımcılarını gibi kamu görevlileri, *o hizmet alanıyla ilgili kamu politikalarının belirlenmesinde ve uygulanmasında etkin bir otoriteye, yetki ve sorumluluğa sahip olmaları*” ölçütü bakımından üst kademe kamu yöneticileri kapsamında değildir.

(4) Anayasanın 128. maddesine göre “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir”.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023, p.40.

²⁵ Üst kademe kamu yöneticileri hakkında bir değerlendirme için bkz. Yasin Söyler, “3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Göre Üst Kademe Kamu Yöneticisi Kimdir?”, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl.2020, Sayı.1, s.59-110.

Yine Anayasanın 104. maddesine göre “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler”. Bu iki hükme göre, sadece üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usûlleri CBK ile düzenlenebilir. Bu kapsamda olmayan kamu görevlilerinin atanma usûlleri ise kanunla düzenlenmek zorundadır. 3 sayılı CBK eki (II) sayılı cetvelde sayılan kamu görevlilerinin bazıları üst kademe kamu yöneticisi kapsamında olmadığına göre, bunların CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir.

II. ÜST KADEME KAMU YÖNETCİLERİNİN ATANMA USÛLÜ

Anayasa Mahkemesi’nin E.2018/120 sayılı kararına göre, üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usûllerine ilişkin esaslar aşağıdaki şekildedir.

1. Bir kuralın üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usûlüne ilişkin olup olmadığı Anayasa Mahkemesi’nce belirlenir: Anayasanın 104. maddesine göre, üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usûlleri CBK ile düzenlenecektir. 3 sayılı CBK’nin “Amaç ve kapsam” başlıklı 1. maddesinde “*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin amacı üst kademe kamu yöneticileri ile ilgili usûl ve esaslar ile kamu kurum ve kuruluşlarında atama usûl ve esaslarını belirlemektir*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden, 3 sayılı CBK kapsamında yer alan tüm kamu görevlilerinin üst kademe kamu yöneticisi olduğu sonucu çıkar mı? Diğer bir ifadeyle, 3 sayılı CBK, üst düzey kamu yöneticisi olmayan kamu görevlilerinin atanma usûllerini de düzenlemiş olabilir mi?

Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki sorunun cevabı bağlamında, bir düzenlemenin üst düzey kamu yöneticilerinin atanma usullerini düzenleyip düzenlemediğinin, düzenlemeyi yapan merciin iradesinden bağımsız olarak, mahkemece belirleneceğini belirtmektedir. Bu hususta şöyle demektedir: “*Anayasa Mahkemesi bir kuralın üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesine ilişkin olup olmadığını CBK koyucunun nitelemesinden bağımsız olarak, yukarıda tespit edilen ilkeler çerçevesinde her bir kural özelinde özerk şekilde ele alıp nihai olarak denetleme görevinin kendisine ait olduğunu belirtmiştir*”²⁶.

Yüksek mahkemenin bu yaklaşımın göre, 3 sayılı CBK başlığında ve içeriğinde, üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usullerinin düzenlendiğini

²⁶ Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023, p.37. Aynı yönde. Anayasa Mahkemesi, E.2019/111, K.2023/63, T.05.04.2023, p.83.

belirtmiş olsa da, bu belirleme Anayasa Mahkemesini bağlamayacaktır. Düzenlemenin bu ifadesiyle bağlı kalmaksızın, düzenlemenin içeriği bakımından üst düzey kamu yöneticilerinin atanma usullerini veya bu kapsamda olmayan kamu görevlilerinin atanma usullerinin düzenlenip düzenlenmeyeceğini mahkeme kendisi belirleyecektir. Nitekim Mahkeme 3 sayılı CBK eki (II) sayılı cetvelde yer alan *müfettişler, hazine kontrolörleri, Sayıştay savcuları, daimi temsilci yardımcıları* gibi bazı kamu görevlilerinin üst düzey kamu yöneticisi olmadığını ve dolayısıyla 3 sayılı CBK'nın üst düzey kamu yöneticisi kapsamında olmayan kamu görevlilerinin atanma usullerini de düzenlendiğine hükmetmiştir²⁷.

2. 3 sayılı CBK eki (I) sayılı cetvel Anayasaya uygun bir düzenlemedir: Anayasanın 104. maddesine göre “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler”. Anayasanın bu hükmüne göre, sadece üst kademe yöneticilerinin atanma usulleri kanunla CBK ile düzenlenebilir. Üst kademe kamu yöneticisi kapsamında olmayan kamu görevlilerinin atanması CBK ile olamaz. Anayasa hükmü gereğince, bunların atanma usullerinin kanunla düzenlenmesi bir zorunluluktur. Anayasa Mahkemesine göre, 3 sayılı CBK eki (I) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlileri, Anayasada ifadesini bulan üst kademe kamu yöneticileri kapsamında yer almakta olup, bunların atanma usullerinin CBK ile düzenlenmesi Anayasaya ve hukuka uygundur. Yüksek mahkeme bu hususu şöyle belirtmektedir²⁸:

“Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde benimsenen temel esaslardan biri üst kademe kamu yöneticilerinin bizzat Cumhurbaşkanı tarafından atanmasıdır. Kendilerini atayan Cumhurbaşkanı ile göreve gelmeleri esası benimsenen üst kademe kamu yöneticilerinin Cumhurbaşkanı ile birlikte görev yapıp onunla birlikte görevden gitmeleri yönündeki yaklaşım da bu ilkenin bir sonucudur. Bu bağlamda (3) numaralı CBK'ya ekli (I) Sayılı Cetvel'de yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla uyumlu olarak doğrudan Cumhurbaşkanınca atama yapılması öngörülmüştür” (p.38).

3. CBK ile düzenleme münhasıran üst kademe kamu yöneticilerine ilişkin olmalıdır: Anayasanın 104.maddesi, üst düzey kamu yöneticilerinin

²⁷ Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023, p.40.

²⁸ Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023. Aynı yönde. Anayasa Mahkemesi, E.2019/111, K.2023/63, T.05.04.2023, p.69.

atanma usûllerinin CBK ile düzenleneceğini hükme bağlamaktadır. Bu hükme göre, CBK ile münhasıran üst düzey kamu yöneticilerinin atanma usulleri düzenlenebilir. Bu kapsamda olmayan kamu görevlilerinin atanma usulleri, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmelidir, CBK ile düzenlenmesi Anayasaya aykırı olur.

“Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların CBK’yla düzenlenebileceğiyle ilgili olarak tereddüt bulunmamakla birlikte Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca atanma esaslarına ilişkin olarak yapılacak düzenlemenin üst kademe kamu yöneticilerine münhasır olması gerekir. Zira Anayasa koyucu sadece üst kademe kamu yöneticileriyle sınırlı olarak atanma esaslarının belirlenmesi yetkisini Cumhurbaşkanı’na bırakmıştır. Kendilerini atayan Cumhurbaşkanı ile göreve gelme esasına tabi olmayan diğer kamu görevlilerinin atanma esaslarının CBK ile belirlenmesi mümkün değildir. Diğer kamu görevlileri yönünden Anayasa’nın 128. maddesindeki atanma esaslarının kanunla düzenlenmesi güvencesi varlığını devam ettirmektedir”²⁹.

4. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmaları doğrudan Cumhurbaşkanınca yapılmak zorundadır: Anayasanın 104. maddesinde “üst kademe kamu yöneticilerini atar; görevlerine son verir” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm üst kademe kamu yöneticilerinin atanması ve görevlerine son verilmesi yetkisini münhasıran Cumhurbaşkanına vermektedir. Cumhurbaşkanının bu yetkisini başka mercilerle paylaşması, başka mercilerin teklifi (önerisi) üzerine “onaylama” şeklinde bu yetkiyi kullanması, anayasa hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Anayasa Mahkemesi bu husus bakımından şunları söylemektedir³⁰:

“Dava konusu kural ile CBK’ya ekli (II) Sayılı Cetvel’de yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı onayı ile atama yapılması öngörülmektedir. Kurala göre (II) Sayılı Cetvel’de yer alan kadro, pozisyon ve görevlere doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atama yapılamayacak ancak yetkili merciin teklifi üzerine Cumhurbaşkanı onayı ile atama işlemi gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla (II) Sayılı Cetvel’de yer alan herhangi bir kadro, pozisyon ve göreve Cumhurbaşkanı’nın onayı ile atama yapılması, öncesinde bu onay işlemine ilişkin bir atama teklifinin bulunmasını zorunlu kılmaktadır” (p.43).

²⁹ Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023, p.41.

³⁰ Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023.

“Daha önce açıklandığı üzere (3) numaralı CBK’ya ekli (II) Sayılı Cetvel’de yer alan kadro, pozisyon ve görevleri üstlenenlerin bir kısmının üst kademe kamu yöneticisi olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu kadro, pozisyon ve görevlere atamanın Cumhurbaşkanı kararıyla değil, onayıyla yapılmasını düzenleyen dava konusu kurala göre üst kademe kamu yöneticisi olarak yapılacak atama için Cumhurbaşkanı’nın iradesi yeterli olmayıp birden fazla iradenin aynı sonuca yönelik biçimde açıklanması gerekmektedir” (p.44).

“Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin Cumhurbaşkanı tarafından atanacağı belirtilerek bu konuda Cumhurbaşkanı tek başına yetkili kılınmıştır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı’nın üst kademe yöneticilerini atama yetkisi bir başka makamın onayına tabi tutulamayacağı gibi bir başka makamın teklifine de bağlı tutulamaz. Bu itibarla kuralla (II) Sayılı Cetvel’de yer alan kadro, pozisyon ve görevlerden üst kademe yöneticisi olanların atamasının Cumhurbaşkanı onayı ile yapılmasının öngörülmesi Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir” (p.45).

5. Kanunî belirlilik ilkesine uyulmamıştır: Anayasanın 104. maddesinde *“üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir”* hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, CBK sadece üst düzey kamu yöneticilerinin atanma usûllerini düzenlemelidir. Anayasanın 128. maddesinde yer alan *“Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir”* hüküm ile genel kural olarak memurlar bakımından kanunî güvence getirmektedir. Buna nazaran Anayasanın 104. maddesindeki *“Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler”* hükümle, üst düzey kamu yöneticileri bakımından kanunî güvenceye istisna getirilmiştir. Bu nedenle istisna kapsamında olan üst düzey kamu yöneticilerinin kimler olduğu açıkça belirtilerek, bu kapsamda olmayan diğer memurların kanunî güvenceden mahrum edilmemesi gerekir. Oysa 3 sayılı CBK eki (II) sayılı cetvelde üst düzey kamu yöneticisi olan ve olmayan görevliler birlikte düzenlenerek belirsizlik oluşturulmuştur. Anayasa mahkemesi bu konuyu da şöyle açıklamaktadır³¹:

“Üst kademe kamu yöneticilerinin kimler olduğunun Anayasa Mahkemesince tespit edilen kriterler de dikkate alınmak suretiyle CBK’yla açık

³¹ Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023.

ve net bir biçimde belirlenmesi diğer kamu görevlilerine sağlanan anayasal güvencelerin zedelenip zedelenmediğinin denetimi bakımından oldukça önem taşımaktadır” (p.41).

“(3) numaralı CBK incelendiğinde üst kademe kamu yöneticilerinin kimler olduğunun açık bir biçimde düzenlenmediği görülmektedir. Üst kademe kamu yöneticilerinin açık bir biçimde belirtilmesi yerine CBK’ya ekli farklı cetvellerin oluşturulması ve bu cetvellerde yer alan kadro, pozisyon ve görevlerin farklı kurallara tabi tutulması yönteminin benimsendiği gözlemlenmektedir. Bu cetveller incelendiğinde ise Anayasa Mahkemesinin tespit ettiği ölçütlere göre üst kademe kamu yöneticisi olan ve olmayanlara birlikte yer verildiği anlaşılmaktadır. Örneğin yukarıda da belirtildiği üzere (II) Sayılı Cetvel’de yer alan kadro, pozisyon ve görevlerin bir kısmı üst kademe kamu yöneticilerine ilişkinken bir kısmı da bu nitelikte değildir. Bu durumda CBK’ya ekli (II) Sayılı Cetvel’in ve cetvelin tabi olduğu hükümlerin üst kademe kamu yöneticisi olmayan kamu görevlilerine özgü olarak mı düzenlendiği dahi tespit edilememektedir. Dava konusu kuralla ilgili olarak anayasallık denetimi yapılmasına imkân vermeyen bu durum Anayasa’nın 2. maddesi kapsamında belirlilik ilkesine aykırıdır” (p.42).

6. 3 sayılı CBK ile kanunda düzenlenen konular da düzenlenmiştir:

Anayasanın 104.maddesinde “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, bir konu kanunla düzenlenmiş ise, o konuda CBK çıkarılamaz, çıkarılmış ise Anayasaya aykırı olacaktır. Anayasa Mahkemesi, CBK’nın anayasaya uygunluğu denetlerken, CBK ile düzenlenen bir konunun daha önce kanunla düzenlenmiş olup olmadığını da dikkate almak durumundadır.

“Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca yapılacak denetimde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Bu bağlamda CBK kuralı olmaması durumunda karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmaması, CBK kuralının kanun ile düzenlenen

konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır” (p.12)³².

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 104. Maddesinde geçen “kanun” kavramı içine “kanun hükmünde kararname”nin de girdiğinden ve KHK’nın da kanun hükmünde olduğundan bahisle, daha önce KHK ile düzenlenen bir konunun da CBK ile düzenlenemeyeceğine hükmetmiştir³³.

(a) Spor müşavirleri yönünden: Anayasa Mahkemesi 3 sayılı CBK hakkında inceleme yaparken, 3 sayılı CBK Eki (II) sayılı cetvelde yer alan “I. Hukuk Müşavirleri (Bakanlık Bağlı, İlgili, İlişkili Kuruluşları)” ve “Spor Müşavirleri” bakımından kanunla düzenleme olduğunu tespit etmiştir. Nitekim 1986 tarihli ve 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu’nun 30. Maddesinde, “Gençlik ve Spor Bakanının teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından sayısı kırkı geçmemek üzere, olimpiyat şampiyonluğu veya olimpik spor dallarından birinde büyükler kategorisinde birden fazla dünya şampiyonluğu kazanan otuz yaşını doldurmuş sporcular, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesi (A) bendinin (2), (3) ve (6) numaralı alt bentlerindeki şartlar hariç diğer şartları taşımak kaydıyla spor müşaviri olarak atanabilir.” hükmüne yer almaktadır. Bu hüküm gereğince, 3 Sayılı CBK eki (II) sayılı cetvelde “spor müşavirleri” yer almasa bile, 3289 sayılı kanunun 30.maddesi hükmü gereğince spor müşavirleri atanabilecektir³⁴. Dolayısıyla, spor müşavirleri açısından, daha önce kanunla düzenlenmiş bir konu CBK ile düzenlenmiş demektir ve bu durum anayasaya aykırılık oluşturmaktadır.

³² Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023. Aynı yönde kararlar için bkz. AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23.1.2020, p.17; AYM, E.2020/29, K.2022/155, 13.12.2022, p.12.

³³ Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023 : “Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılmayacağı kurala bağlanmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) Anayasa’nın 87. maddesinde düzenlenen kanun koyma yetkisi kapsamında kanun adı altında yaptığı düzenlemelerin bu kapsamda olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Diğer yandan Anayasa Mahkemesi KHK’larda açıkça düzenlenen konular bakımından da CBK çıkarılmasına ilişkin aynı yasağın geçerli olup olmadığı hususunu daha önceki bazı kararlarında değerlendirmiş ve KHK’ların Anayasa’nın mülga hükümlerinde belirtilen niteliği, getiriliş amacı, Anayasa Mahkemesinin KHK’larla ilgili içtihadı ve uygulama dikkate alındığında KHK’ların kanun hükmünde olduğunun görüldüğü, dolayısıyla KHK ile açıkça düzenlenen bir konuda da Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca CBK çıkarılmaması gerektiğine karar vermiştir”, (p.13). Aynı yönde kararlar için bkz. AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23.1.2020, p.34-39; AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12.6.2020, p.24-29; AYM, E.2020/29, K.2022/155, 13.12.2022, p.11.

³⁴ Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023, p.15.

(b) KİT'lerin I. Hukuk Müşavirleri (Bakanlık Bağlı, İlgili, İlişkili Kuruluşları) yönünden: Bakanlık ilgili kuruluşları ilk kez, Bakanlıkların örgütlenmesine ilişkin 1984 tarih ve 3046 sayılı Kanun'un mülga 11. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre ilgili kuruluşlar, özel kanun veya statü ile kurulan, *iktisadî devlet teşekkülleri ve kamu iktisadî kuruluşları* ile bunların müessese, ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları şeklinde tanımlanmıştır³⁵. Ancak 3046 sayılı Kanun'un "*Bakanlık ilgili kuruluşları*" başlıklı 11. maddesi 2018 tarih ve 703 sayılı KHK'nin 41. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

2018 tarihli ve (4) numaralı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında CBK'da, bakanlıklara bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlar ile diğer kurum ve kuruluşların teşkilâtı yeniden düzenlenmiştir. Ancak bu CBK'de bakanlık ilgili kuruluşlarına ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Mevzuatta bir tanım olmamakla beraber Anayasa Mahkemesi bakanlık ilgili kuruluşlarını şöyle tanımlamakta ve kapsamını belirlemektedir: "*ilgili kuruluşların özel kanunlarla veya CBK'larla kurulan ya da geçmişte KHK'larla kurulmuş olan çoğunlukla bilimsel, teknik, kültürel ve iktisadi alanlarda faaliyet gösteren, özel bir hukuki, mali ve idari statüye tabi, belli bir özerkliğe sahip, tüzel kişiliği haiz, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları olarak tanımlanması mümkündür. Bu bağlamda sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan iktisadi devlet teşekkülleri ile sermayesinin tamamı devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi kuruluşlarından oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT'ler) de bakanlık ilgili kuruluşları arasında yer almaktadır*"³⁶.

KİT'lerin kuruluş, yapılanma ve görevlerine ilişkin hususlar 1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında KHK ile düzenlenmiş, personel rejimi de 1990 tarih ve 399 sayılı KHK ile düzenlenmiştir. 399 sayılı KHK'nin 5. maddesinde, aynı KHK'ya ekli 1 sayılı cetvelde yer alan kadrolara yönetim kurulu kararı ile atama yapılacağı hükmü yer almaktadır. KİT'lerin I. Hukuk Müşavirleri de yönetim kurulunun atama yetkisine sahip

³⁵ Anayasa Mahkemesi, E.1995/1, K.1995/42, T.14.09.1995.

³⁶ Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023, p.19.

olduğu 399 sayılı KHK'ya ekli 1 sayılı cetvelde gösterilen kadrolar arasında yer almaktadır. Bu durumda, 3 sayılı CBK eki (II) sayılı cetvel olmasaydı bile, KİT'lerin I. Hukuk Müşavirleri, 399 sayılı KHK'nın 5. Maddesi hükmü uyarınca atanabilecektir³⁷. Yukarıda açıklandığı üzere, KHK da kanun niteliğinde olduğundan, daha önce KHK ile düzenlenen bir konunun CBK ile düzenlenmesi anayasaya aykırılık oluşturacaktır. Bu durumda 3 sayılı CBK eki (II) sayılı cetvelde yer alan “I. Hukuk Müşavirleri (Bakanlık Bağlı, İlgili, İlişkili Kuruluşları)” ifadesi, daha önce kanunla (KHK ile) düzenlenmiş olduğundan, CBK ile düzenlenmesi mümkün olmayıp, bu ibare açısından anayasaya aykırılık söz konusudur³⁸.

Değerlendirmeler: Anayasa Mahkemesi'nin kararından yola çıkarak, üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usûlüne ilişkin olarak şu değerlendirmeleri yapabiliriz.

(1) Anayasa'nın 128. maddesi, memurların atanma usûlüne kanunî güvence getirmiştir. Kural olarak bu husus kanunla düzenlenmek durumundadır. Anayasanın 104.maddesiyle, üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usûlü bakımından kanunî güvenceye bir istisna getirilerek, bunların atanma usûlünün CBK ile düzenlenebilmesi öngörülmüştür.

(2) Bir düzenlemenin üst kademe kamu yöneticilerini düzenleyip düzenlemediği, adına ve onu yapan merciin iradesine göre değil, içeriğine göre Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenecektir. Bu bakımdan 3 sayılı CBK, adında ve kapsam maddesinde üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usûlünün düzenlendiği belirtilmiş olsa da, söz konusu CBK, üst kademe kamu yöneticisi niteliğinde olmayan kamu görevlilerinin atanmasına ilişkin de hükümler içermektedir.

(3) Anayasanın 104. maddesine göre, CBK ile sadece üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usulü düzenlenebilir. Buna nazaran Anayasanın 128. maddesi gereğince, üst kademe kamu yöneticisi olmayan kamu görevlilerinin atanması CBK ile düzenlenemez. Bunların mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekir.

(4) 3 sayılı CBK eki (I) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlileri, üst kademe kamu yöneticisi kapsamı içinde yer almaktadır. Dolayısıyla bunların atanma usûlünün kanunla düzenlenmesi anayasaya uygundur.

³⁷ Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023, p.22.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023, p.22-23.

(5) 3 sayılı CBK eki (II) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlilerinden bazıları üst kademe kamu yöneticisi kavramı içinde yer alırken; *müfettişler, hazine kontrolörleri, Sayıştay savcıları, daimi temsilci yardımcıları gibi* bazı kamu görevlileri ise üst düzey kamu yöneticisi kapsamında değildirler. Üst kademe kamu yöneticisi olmayanların CBK ile düzenlenmesi, kanunî belirsizlik ve kanunî güvenceden yoksunluk oluşturduğundan anayasaya uygun değildir. (II) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlileri ayıklamaya tabi tutularak, üst kademe kamu yöneticileri olmayanlar buradan çıkarılarak kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

(6) Anayasanın 104. maddesi, üst kademe kamu yöneticilerinin atanması yetkisini münhasıran Cumhurbaşkanına vermiştir. Cumhurbaşkanı bu yetkisini başka bir merciyle paylaşamaz. Söz konusu atamalar, başka bir merciin teklifi üzerine onay şeklinde değil, doğrudan Cumhurbaşkanınca yapılması gerekmektedir. Bu bakımdan, 3 sayılı CBK eki (II) sayılı cetvelde yer alan üst kademe kamu yöneticilerinin Cumhurbaşkanının “onayı” ile atanması anayasaya aykırıdır.

(7) 3 sayılı CBK eki (II) sayılı cetvelde yer alan üst kademe kamu yöneticisi niteliğinde olmayan kamu görevlilerinin Cumhurbaşkanı onayı ile atanması isteniyorsa, bu hususun mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

(8) Anayasanın 104. maddesine göre, daha önce kanunla (ve KHK ile) düzenlenmiş bir konu, CBK ile düzenlenemez. 3 sayılı CBK eki (II) sayılı cetvelde yer alan kamu görevlilerinden “spor müşavirleri” ve KİT 1. Hukuk Müşavirleri daha önce kanunla (ve KHK ile) düzenlenmiş olduğundan, CBK bu yönüyle anayasaya aykırıdır.

III. CUMHURBAŞKANININ ATAMA İŞLEMLERİNİN YARGI DENETİMİ

Bilindiği üzere Anayasada ve kanunlarda Cumhurbaşkanına düzenleyici ve birel (bireysel) idarî işlemler yapma yetkisi verilmiştir³⁹. Anayasada yapılan 2017 değişikliği öncesinde var olan, 125. maddesinde yer alan “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” hükmü hâlen yürürlüktedir. Ancak 2017 anayasa değişikliği öncesinde; Anayasanın 105. maddesinde, “*Cumhurbaşkanının re’sen imzaladığı kararlar ve emirler*

³⁹ Cumhurbaşkanına seçme ve atama yetkisi ve görevi veren kanunlara örnekler için bkz. Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2011, s. 237.

aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamaz” ve 125. maddede “*Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler... yargı denetimi dışındadır*” hükümleri yer alıyordu. Bu hükme paralel olarak 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu’nun 2/3. maddesinde “*Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler idarî yargı denetimi dışındadır*” şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı.

Anayasada yapılan 2017 değişikliği ile 105. madde ve 125. maddede yer alan yukarıdaki hükümler ilga edilmiştir. Anayasadaki değişikliklere uygun olarak İYUK’un 2/3. maddesinde yer alan “*Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler idarî yargı denetimi dışındadır*” hükmü de 703 sayılı KHK ile kaldırılmıştır. Öte yandan Anayasanın 148. maddesine göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamelelerinin Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır. Anayasanın 125.maddesinde “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” hükmü yer almakta, yargı denetimine açık olma bakımından Cumhurbaşkanlığı işlemleri bakımından anayasada herhangi bir istisnaya da yer verilmemektedir.

Anayasada yer alan yukarıdaki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde Cumhurbaşkanının yasama faaliyeti niteliğinde ve düzenleyici nitelikte kararâmelerinin (CBK) yargı denetimi Anayasa Mahkemesi’nce; yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemleri ile bireysel (birel) işlemlerinin yargı denetimi ise idarî yargı yerlerince yapılacaktır⁴⁰.

Cumhurbaşkanınca yapılan işlemlerin yargı denetimine ilişkin olarak Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinde düzenleme yapılmıştır.

(1) *Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararâmeleri dışındaki düzenleyici işlemler.* Cumhurbaşkanı tarafından yapılan yönetmelik, tebliğ, genelge gibi düzenleyici işlemler bu kapsamda yer almaktadır. Bu şekildeki düzenleyici işlemlerin hukuka uygunluk denetimi yine Danıştay tarafından deruhte edilecektir.

(2) *Cumhurbaşkanı kararları.* Cumhurbaşkanı tarafından gerçekleştirilen atama, görevden alma, tahsis, tahsisin kaldırılması gibi bireysel işlemler bu kapsamdadır. Cumhurbaşkanının bireysel (birel) işlemlerinin hukuka uygunluk denetimi de Danıştay tarafından gerçekleştirilecektir.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, İdarî Yargılama Hukuku, 15.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s.100-103, s.189-190.

Cumhurbaşkanınca yapılan bireysel (birel) işlemlerden birisi de atama işlemleridir. İdare hukukunda geçerli olan yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince⁴¹ bu kişilerin görevinin sona ermesini doğuracak (görevden alma, emekliye sevk vs.) işlemler de yine Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılacak demektir.

3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnâmesi'nin 2/2. maddesinde “*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanlığı kararıyla, (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanlığı onayı ile atama yapılır*” hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nce bu düzenleme Anayasaya aykırı bulunmakla beraber, İptal kararı ile doğabilecek boşluğun doldurulabilmesi için iptal kararının yürürlüğe girmesi 9 ay sonrasına bırakılmıştır⁴². Bu durumda düzenleme 9 ay daha yürürlükte olacak demektir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, 2575 sayılı kanunun 24. maddesi gereğince Cumhurbaşkanlığı “kararları”nın hukuka uygunluk denetimi Danıştay tarafından yapılacaktır. Kanunda sadece “kararlar” ifadesi yer almasına rağmen Danıştay, doğrudan Cumhurbaşkanlığı tarafından alınan kararlar ile “onay” işlemleri arasında bir ayrıma giderek, onay işlemlerine karşı açılan davaların Danıştay’da değil, ilk derece mahkemelerinde açılması yönünde içtihat oluşturmuştur.

Danıştay, (II) sayılı cetvelde yer alan ve Cumhurbaşkanlığı onayı ile atanan kamu görevlisinin görevden alınmasına ilişkin işleme karşı açılan davada şöyle denilmektedir: “...3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (I) sayılı cetvelinde yer alan kadrolara yönelik atama ve görevden alma işlemlerinin doğrudan doğruya Cumhurbaşkanlığı tarafından verilen kararlar, (II) sayılı cetvelinde yer alan kadrolara ilişkin olarak yapılan atama ve görevden alma işlemlerinin ise, ilgili makamın teklifi, önerisi üzerine Cumhurbaşkanlığı tarafından verilen onay ile tesis edildiği; bu doğrultuda Cumhurbaşkanlığı'nın (I) sayılı cetvele tâbi olanlara yönelik atama işlemleri konusunda atama makamı, (II) sayılı cetvele tâbi olanlara yönelik atama işlemleri konusunda onay makamı olduğu; bu hâliyle, Danıştay Kanunu'nun 24. Maddesinde yer alan Cumhurbaşkanlığı kararlarına karşı açılan davalarda ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görevli kılındığına ilişkin düzenlemenin, Cumhurbaşkanlığı'nın

⁴¹ Yetki ve usulde paralellik ilkesi hakkında bkz. Çağlayan, İdare Hukuku, s.366,398; İlhan Özay, Günışığında Yönetim, Yönetim, Alfa Yayınları, Ankara 2002, s.412; Metin Günday, İdare Hukuku, 3.Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 1998, s.135.

⁴² Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023.

doğrudan doğruya, teklif makamı olmaksızın verdiği atama ve görevden alma kararlarını kapsadığı..."⁴³.

İdarî yargılama usulünde, yargı yerlerinin görev konusu kamu düzeninden olup, davanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi, mahkemece re'sen de dikkate alınır⁴⁴. Danıştay, bu hususu Cumhurbaşkanını "onay" işlemleri bakımından sıkı şekilde uygulamıştır.

Nitekim Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, Danıştay dairesinde görülen davada, yürütmenin durdurulması talebiyle ilgili daire kararını itirazın incelerken dahi görev konusunu re'sen incelemiştir: "...*Tuğgeneral rütbesinde görev yapan davacının, emekliye sevk edilmesine ilişkin iptalini istediği Cumhurbaşkanlığı işleminin, doğrudan doğruya Cumhurbaşkanı kararıyla değil, ilgili makamın teklifi üzerine Cumhurbaşkanının onayıyla tesis edildiği görülmüş olup, bu hâliyle, bakılan davanın, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakmakla görevli olduğu uyuşmazlıklar kapsamında bulunmadığı anlaşılmaktadır...Bu durumda, davanın görev yönünden reddi gerekirken, uyuşmazlığın esasını incelenerek verilen itiraza konu daire kararında hukukî isabet görülmemiştir... yeniden karar verilmek üzere dosyanın Danıştay Beşinci Dairesine gönderilmesine...*"⁴⁵.

Değerlendirmeler: Danıştay'ın yukarıya aktardığımız içtihadı üzerine şu değerlendirmeleri yapabiliriz:

(1) 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde sadece "Cumhurbaşkanı kararları" ifadesi yer almaktadır. Görüldüğü gibi kanunda herhangi bir ayırım yapılmamasına rağmen Danıştay, "doğrudan karar" ve "onay

⁴³ Danıştay İkinci Dairesi, E.2020/76, K.2020/3534, T.16.12.2020; Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay İkinci Diresi, E.2020/806, K.2020/2006, T.1.7.2020; Danıştay Beşinci Dairesi, E.2018/4473, K.2020/3934, T.28.9.2020 : "...*Konya İl Jandarma Komutanlığı emrinde albay rütbesinde görev yapan davacı tarafından, re'sen emekliye sevk edilmesine ilişkin 13.8.2018 tarih ve 30508 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2018/99 karar sayılı Cumhurbaşkanlığı Onayının iptali istemiyle incelenen davanın açıldığı, dava konusu işlemin ise Cumhurbaşkanlığı kararı olmayıp, Cumhurbaşkanı onay işlemi olduğu ve 2575 sayılı Kanun'un 24. maddesinde belirtilen Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakmakla görevli olduğu uyuşmazlıklar kapsamında bulunmadığı anlaşılmaktadır...*"; Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, YD İtiraz No:2020/341, T.12.10.2020. (Bu kararda üzerinde durulması gereken bir husus da, yürütmenin durdurulmasına ilişkin daire kararını itirazın inceleyen Kurul, bu konuda herhangi bir karar vermemiştir. Sadece görev konusu hakkında karar vermiştir. Oysa, davacının hak kaybına uğramaması bakımından yürütmenin durdurulması konusunda da bir karar vermesi gerekirdi diye düşünüyoruz).

⁴⁴ Ramazan Çağlayan, İdarî Yargılama Hukuku, s.293.

⁴⁵ Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, YD İtiraz No:2020/341, T.12.10.2020.

şeklinde karar” gibi bir ayırım yapmaktadır. Danıştay’a göre Cumhurbaşkanının doğrudan aldığı kararlara karşı Danıştay’da; onay şeklindeki kararlarına karşı ise ilk derece mahkemelerinde dava açılabilir.

Danıştay’ın “doğrudan karar” ve “onay şeklinde karar” ayırımının kanunun lafzına pek uygun olmadığı kanaatindeyiz. Danıştay’ın böyle bir ayırma gitmesinde, 2017 öncesi anayasada ve kanunlarda yer alan “Cumhurbaşkanının re’sen imzaladığı kararlar”, “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler” veya “Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler”in yargı denetimi dışında tutulması uygulamalarının bir uzantısı olduğu kanaatindeyiz.

(2) Anayasa Mahkemesi kararına göre, 3 sayılı CBK 9 ay daha yürürlükte olduğuna göre, Danıştay’ın bu içtihadı, 3 sayılı CBK’da öngörülen onay işlemleri için geçerliliğini devam ettirecektir. Onay şeklindeki Cumhurbaşkanı işlemlerine karşı davalar ilk derece mahkemelerinde açılacaktır.

(3) Anayasa Mahkemesinin kararı üzerine bir kanunî düzenleme yapılır ve bu kanunda da yine özellikle atama işlemleri bakımından Cumhurbaşkanı onay işlemleri öngörülürse, bunlara karşı davalar yine ilk derece mahkemesinde açılacak demektir.

Kaynakça

Akyılmaz B./ Sezginer M./C Kaya C., Türk İdare Hukuku, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2011.

Çağlayan R., İdare Hukuku, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Çağlayan R., İdari Yargılama Hukuku, 15.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

Çoker Z., Yönetim ve Siyaset, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1995.

Ergun T., "Yüksek Yöneticilerin Yetiştirilmeleri Sorunu", Amme İdaresi Dergisi, Cilt.16, Sayı.2, Haziran 1983, s.23-36.

Ergun T., Kamu Yöneticilerinin Yetiştirilmesi, TODAİE Yayınları No: 224, Ankara 1988.

Gencay Ş., "Türkiye'de ve Yabancı Ülkelerde Yüksek Memurlar Sorunu" Amme İdaresi Dergisi, Cilt:5, Sayı:1, Mart 1972, s.43-58.

Günday M., İdare Hukuku, 3.Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 1998.

Gürhan Y., Türkiye'de Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 1992.

Karayağcın Y., Yüksek Memurlar Meselesi ve Yürütmeyi Durdurma Kararları, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1966.

Meriç O., "Siyasal İktidar ve Yüksek Yöneticiler Sorunu", Amme İdaresi Dergisi, Cilt.7, Sayı.3, Eylül 1974, s.73-78.

Özay İ. H., Günışığında Yönetim, Yönetim, Alfa Yayınları, Ankara 2002.

Payaslıoğlu A.T., "Yüksek Kademelerde Yığılma Sebepleri, Sonuçları ve Çözüm Yolları", Amme İdaresi Dergisi, Cilt.2, Sayı.1, Mart 1969, s.37-44.

Söyler Y., "3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Göre Üst Kademe Kamu Yöneticisi Kimdir?", ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl.2020, Sayı.1, s.59-110.

Sürgit K., "Yüksek Yöneticilerin Yetiştirilmesi" Amme İdaresi Dergisi, Cilt.3, Sayı.1, Mart 1970, s.16-31.

Tortop N., Yönetim Biliminin Temel İlkeleri, TODAİ Yayınları, Ankara 1990.

Tutum C., “Türk İdaresinde Politik Nitelikte Yüksek Kademe Yöneticilik Mevkileri İhdas Edilmeli midir? Amme İdaresi Dergisi, Cilt.1, Sayı.3-4, Aralık 1968, s.168-177.

Yamaç N., Türk Kamu Yönetiminde Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi ve Eğitim Sorunu: Uygulamalı Bir Çalışma, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004.

**YARGITAY HUKUK GENEL KURULU’NUN 17.11.2022 TARİHLİ
VE 2020/662 ESAS, 2022/1551 KARAR SAYILI KARARININ
İNCELENMESİ**

*Review Of The Decision Of The General Assembly Of Civil Chambers
Of The Court Of Cassation, Dated 17 November 2022 And Numbered
2020/662 E., 2022/1551K.*

Eren ÇITIR*

Ahmet Baybars ÖZŞAHİN**

Özet

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17 Kasım 2022 tarihli ve 2020/662 E., 2022/1551K. sayılı kararında genel kurulda alınan karara peşin muhalefetin geçerli olmayacağına ve dava şartı olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Bu çalışmada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun söz konusu karardaki değerlendirmesi, ilgili hükümlerin lafzı ve amacı ile öğretilerdeki görüşler kapsamında belirtilecektir.

Anahtar Kelimeler: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu”, “anonim şirket”, “genel kurul”, “muhalefet şerhi”, “peşin muhalefet şerhi”.

Abstract

In its decision dated 17 November 2022 and numbered 2020/662 E., 2022/1551K., the General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation decided that preliminary opposition about decision of general assembly should not be accepted as valid and cause of action. In this study, the legal assessment of the General Assembly of the Court of Cassation in the aforementioned decision will be analysed in line with the literal and purpose of the relevant provisions and the opinions in the doctrine.

Keywords: “The General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation”, “general assembly”, “dissenting opinion”, “joint stock company”, “preliminary opposition”.

* Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, e-posta: eren.citir@hbv.edu.tr,

ORCID: 0000-0003-3293-349X

** Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, e-posta: ahmet.ozsahin@hbv.edu.tr ,

ORCID: 0000-0001-5577-7683

KARARLAR¹

Çalışmaya konu olayda tarafların istemlerine de burada yer vermeyi uygun gördük.

Davacı İstemi:

Davacı vekili; müvekkilinin davalı şirkette yaklaşık %17 oranında hissesinin bulunduğunu, müvekkilinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun² (TTK) 420. maddesi uyarınca toplantının ertelenmesini istemesi üzerine davalı şirketin 2013 yılı olağan genel kurul toplantısının 28.04.2014 tarihinde yapıldığını, anılan toplantıya katılan müvekkilinin açıklanmasını istediği hususlarda yeterli bilginin verilmeyi, şirketin 2012 yılında 21.046.971,85 TL olan kârının 2013 yılında 1.465.726,86 TL'ye düştüğünü, bu düşüşün şirketin içinin boşaltıldığı ve finansal verilerle oynandığı şüphesini doğurduğunu, kârın miktarı gözetildiğinde üç yönetim kurulu üyesinin her birine aylık 70.000 TL huzur hakkı ödenmesine dair kararın da fahiş olduğunu, bu kararın yıllardır müvekkiline kâr payı dahi ödemeyen şirketin müvekkilini bir kez daha zarara uğratmasına sebep olacağını ileri sürerek huzur hakkına ilişkin genel kurul kararının ve davalı şirketin 28.04.2014 tarihli olağan genel kurulunun iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

Davalı vekili; dava konusu toplantıda davacıya TTK'nın 420. maddesi uyarınca gerekli açıklamaların yapıldığını, finansal denetim raporunun verildiğini, şirket kârının düşmesinin sebebinin bir önceki yıl kârının gayrimenkul satışından elde edilmesinden kaynaklandığını, yönetim kuruluna aylık 70.000 TL huzur hakkı kararlaştırılmasının şirketin hacmine göre uygun bulunduğunu, zira 2011 yılı için yapılan toplantıda da yöneticilere aylık 20.000 TL huzur hakkı ve ayrıca sene sonunda 200.000 TL prim verildiğini, 2012 yılı için huzur hakkı arttırılmamakla birlikte ikramiyenin 250.000 TL'ye çıkarıldığını, bu kararlarda davacının da imzasının bulunduğunu, 2013 yılı kârının ülkede yaşanan gelişmelere bağlı olarak düştüğünü, şirketin kötü yönetilmediğini, genel kurul kararlarının iptal şartlarının oluşmadığını, elde edilen kârların sermayeye eklenip bedelsiz şekilde pay olarak ortaklara dağıtıldığını, bu durumun davacı tarafından bilindiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

¹ İnternet erişimi: <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2020-662-k-2022-1551-t-17-11-2022/4866753/%22pe%5%9fin+muhalefet%22>, Erişim tarihi: 05.10.2023.

² RG. 14.02.2011 T. ve 27846 S.

A. İlk Derece Mahkemesinin Kararı

Asliye Ticaret Mahkemesinin 30.09.2015 tarihli ve 2014/636 E., 2015/672 K. sayılı kararı ile; davacının davalı şirketin 28.04.2014 tarihli olağan genel kurul toplantısına katılarak kararlara ihtirazı kayıt koyduğu, bundan önce aynı toplantının 27.03.2014 tarihinde yapılması için çağrı geldiği, davacının isteği ve talebi ile toplantının ertelendiği, bilirkişi incelemesi sonrasında sunulan rapordan hareketle huzur hakkına ilişkin olarak alınan kararın davalı şirketin malî yapısıyla, iyi niyet kuralları ile bağdaşır nitelikte olmadığı, öte yandan her ne kadar dava konusu genel kurul toplantısının iptali istenmiş ise de genel kurul toplantısının iptalini gerektirecek yasal nedenler bulunmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalı şirketin 28.04.2014 tarihinde yapılan 2013 yılı olağan genel kurul toplantısında alınan huzur hakkının artırılmasına ilişkin 7. maddesinin kanuna, ana sözleşmeye ve afaki iyi niyet kurallarına aykırı olması nedeniyle iptaline karar verilmiştir.

B. Özel Daire Bozma Kararı

Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuş, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 29.05.2017 tarihli ve 2016/451 E., 2017/3128 K. sayılı kararı ile kararın onanmasına karar verilmiş, bunun üzerine davalı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 07.11.2019 tarihli ve 2019/2841 E., 2019/6994 K. sayılı kararı ile; "...Dava, anonim şirket genel kurulunda alınan kararın iptali istemine ilişkindir. Davacı vekilince davalı şirketin 28.04.2014 tarihinde gerçekleşen olağan genel kurul toplantısında alınan huzur hakkının artırılmasına ilişkin 7. maddenin iptali talep edilmiştir.

6102 sayılı TTK'nun 446. maddesi genel kurul kararlarının iptalinin şartlarını ve usulünü düzenlemiş olup, anılan maddede toplantıda hazır bulunup karara muhalif kalarak keyfiyeti zapta geçiren pay sahibinin iptal davası açabileceği belirtilmiştir.

Somut olayda, davacı ortağın genel kurulda kendisini vekili aracılığıyla temsil ettirdiği, vekilin iptali istenen huzur hakkının artırılmasına ilişkin 7. maddeye yönelik olarak daha karar alınmadan önce karşı çıktığı, peşin muhalefette bulunduğu, bu şekildeki muhalefet öneriye karşı çıkma olup, kararın alınmasından sonra yapılmış bir karşı çıkmanın, muhalefetin bulunmadığı, bu durumda iptal davası açabilmek için kanunun aradığı "alınan kararlara muhalif kalma" koşulunun yerine getirilmediği anlaşıldığından

huzur hakkının artırılmasına dair 7 nolu gündem maddesi ile ilgili kararın iptali isteminin dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece anılan husus nazara alınmadan 7 nolu maddenin iptaline karar verilmesi doğru olmamış, davalı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin onama ilamının kaldırılarak, mahkemece verilen kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir...” gerekçesi ile karar oy çokluğuyla bozulmuştur.

C. Direnme Kararı

9. ... Asliye Ticaret Mahkemesinin 11.03.2020 tarihli ve 2020/85 E., 2020/241 K. sayılı kararı ile önceki gerekçeye ek olarak; TTK'nın 446/1. maddesi hükmündeki özel dava şartına ilişkin olarak genel kurul toplantısına katılmak, toplantıda alınan karara olumsuz oy kullanmak ve muhalefeti tutanağa geçirmek olarak sayılabileceği, olumsuz oya dair gerekçe belirtilmesinin zorunlu olmadığı, karara olumsuz oy kullanmanın muhalefet anlamı taşıdığı, davacının genel kurulca görüşülmekte olan ve huzur hakkını artıran maddeye karşı olduğu, anonim şirket genel kurul toplantılarında bir karar alınırken çoğu kez kimin olumlu kimin olumsuz oy verdiği yer verilmeksizin genel bir ifade ile tutanağın hazırlandığı, böyle bir durumda kimin olumsuz oy kullandığı belli olmadığından olumsuz oy kullanan pay sahibinin olumsuz oy kullandığını, yani alınan karara muhalefet ettiğini tutanağa yazdırmak suretiyle iptal davası açabilmeyi mümkün kılması gerektiği, dolayısıyla toplantı tutanağından kimin olumsuz oy kullandığı ve bu şekilde alınan karara muhalif kaldığı anlaşılmakta ise artık bu kişinin karar sonrası olumsuz oy kullandığını ve bu şekilde alınan karara muhalefet ettiğini tekrar tutanağa yazdırmasının gerekli olmadığı, TTK'nın 446/1. maddesindeki “olumsuz oy kullanan ve bu muhalefeti tutanağa geçiren” ifadesinin “olumsuz oy kullanan ve bu karşı çıkmasını tutanağa geçiren” veya “olumsuz oy kullanan ve olumsuz oy kullandığını tutanağa geçiren” biçiminde anlaşılması gerektiği, kanun koyucu tarafından muhalefetin gerekçesinin aranmadığı, karara karşı olunduğunun ve bu nedenle olumsuz oy kullanıldığının toplantı tutanağından anlaşılmasının yeterli olduğu, bu hususun karardan önce veya sonra da açıklanabileceği, bu açıklamanın gerekçeli veya sadece olumsuz oy kullanma şeklinde de gerçekleşebileceği, bu sebeple “öneriye karşı çıkma, alınan karara karşı çıkma anlamına gelmez” şeklindeki anlayışın kanuna uygun olmadığı, öneriye muhalefet edenin zaten karar aşamasında da alınacak karara olumsuz oy kullanmak suretiyle karara muhalefet ettiğini bildirdiği, sonuç olarak muhalefetin alınacak karardan

sonra açıklanmasının ve tutanağa geçirilmesinin kanun koyucu tarafından ön görülmeyen bir husus olduğu, görüşülen gündem maddesindeki öneriye olumsuz oy kullanan kimsenin alınan veya alınacak karara muhalefet ettiği hususunun olumsuz oy kullanılması ile birlikte kendiliğinden doğan bir sonuç olup bu durumun toplantı tutanağından anlaşılmasının yeterli olduğu, bu pay sahibinin TTK'nın 446/1. maddesine dayalı olarak iptal davası açması için muhalif olduğunu ve olumsuz oy kullandığını ayrıca tutanağa geçirtmesine gerek bulunmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir

D. Direnme Kararının Temyizi ve Verilen Karar

Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; 28.04.2014 tarihli olağan genel kurul toplantısının 7. maddesiyle alınan kararın iptaline ilişkin olarak açılan eldeki davada, TTK'nın 446/1-a maddesinde düzenlenen ve davacı ortağın toplantıda hazır bulunup karara olumsuz oy verme ve bu muhalefetini tutanağa geçirtme şeklinde ifade edilen karara muhalif kalma koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği, buradan varılacak sonuca özel dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemeler ile hukukî kavram ve kurumların ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır.

Anonim şirketlerin genel kurul toplantılarında alınan kararlar, toplantıda hazır bulunup bulunmaması yahut karara olumlu oy verip vermemesinden bağımsız olarak şirketteki tüm pay sahipleri için geçerli olmaları sebebiyle usul ve yasaya aykırı genel kurul kararlarının iptali için başvurulabilecek imkânlardan biri olan genel kurul kararlarının iptali davası, TTK'nın 445 ve devamındaki maddelerde düzenlenmiştir. Bu bağlamda TTK'nın 445. maddesi gereğince aynı Kanun'nun 446. maddesinde belirtilen kişiler kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç ay içerisinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açabileceklerdir. Maddede sayılan sebepler tahdidi olmayıp somut duruma göre hukukun genel ilkelerine aykırı ve nesnellikten uzak nitelikte olan genel kurul kararlarının iptali mümkündür (Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, s. 393).

Anonim şirket genel kurulunda alınan kararların iptalini dava yoluyla

talep edebilecek kişiler TTK'nın 446. maddesinde; "(1) a) Toplantıda hazır bulunup da karara olumsuz oy veren ve bu muhalefetini tutanağa geçiren,

b) Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri,

c) Yönetim kurulu,

d) Kararların yerine getirilmesi, kişisel sorumluluğuna sebep olacaksa yönetim kurulu üyelerinden her biri,

iptal davası açabilir..." şeklinde düzenlenmiştir. Bu madde ile TTK'nın 445. maddesi kapsamında açılacak olan genel kurul kararının iptali davasında davacı olabilecek kişiler sınırlı şekilde sayılmıştır. Maddede anılan koşulları sağlayan kişilerce genel kurul kararı iptali istenen şirkete husumet yöneltmek suretiyle TTK'nın 445. maddesi kapsamında genel kurul kararlarının iptali dava yoluyla istenebilir.

Somut uyuşmazlığın niteliği itibariyle önem arz eden husus, TTK'nın 446/1-a maddesi gereğince genel kurul kararlarının iptalini talep koşullarıdır. Buna göre öncelikle genel kurul toplantısında asaleten yahut vekâleten hazır bulunan pay sahibinin, iptalini istediği genel kurul kararının alınması anında yapılan oylamada alınacak karara olumsuz oy vermesi gerekir. Olumsuz oydan maksat alınan karar aleyhine oy verme olup iptali istenen genel kurul kararına karşı olumlu oy verip kararın alınmasına sahip olduğu pay itibariyle destek olan pay sahibi, TTK'nın 545. maddesi kapsamında anılan kararın iptalini talep edemez. Bu koşul ile amaçlanan husus pay sahibinin çelişkili davranışlarının önüne geçmek olup bu hüküm ile genel kurul kararlarının iptali hususunda çelişkili davranış yasağı (venire contra factum proprium) benimsenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 446/1-a maddesi kapsamında toplantıda hazır bulunan pay sahibinin genel kurulda alınan bir kararın iptalini talep koşullarından bir diğeri ise iptalini istediği karara karşı muhalefetini tutanağa geçirmiş olmasıdır. Muhalefet şerhiyle alınan karara karşı çıkıldığına ve iptal davası açma hakkının saklı tutulduğuna dikkat çekilmiş olur. Bu bakımdan pay

sahibinin karşı çıktığı karara karşı tutanağa geçirtmiş olduğu muhalefet şerhi alınan genel kurul kararının geçerliliğine yahut uygulanmasına etki etmez. Hemen belirtilmelidir ki; TTK'nın 446/1-a maddesindeki muhalefet şerhinin gerekçeli olması gerekmediği gibi gerekçeli olarak belirtilen muhalefet şerhindeki gerekçeden farklı nedenlere dayalı olarak da muhalif olunan genel kurul kararının iptali istenebilir.

Muhalefet şerhi, pay sahibinin TTK'nın 446/1-a maddesine kapsamında açacağı iptal davası için bir külfet niteliğinde olup pay sahibi, muhalefet şerhi şartını yerine getirmese iptal davası açma hakkını kaybeder. Bu çerçevede iptali istenen karara karşı pay sahibinin muhalefetine tutanağa geçirilmesi, genel kurul iptali davası açısından önemli bir koşul olup bu koşul 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 114/2. maddesi kapsamında özel dava şartı olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla genel kurul toplantısında hazır bulunan pay sahibinin olumsuz oy kullandığı ve TTK'nın 445. maddesi kapsamında iptalini talep edeceği genel kurul kararına karşı muhalefetine toplantı tutanağına geçirtmemiş olması durumunda açılan davanın HMK'nın 115. maddesi çerçevesinde usulden reddine karar verilir.

Türk Ticaret Kanun'unun 422/1. maddesi uyarınca genel kurul toplantı tutanağı pay sahiplerini veya temsilcilerini, bunların sahip oldukları paylarını, gruplarını, sayılarını, itibarî değerlerini, genel kurulda sorulan soruları, verilen cevapları, alınan kararları, her karar için kullanılan olumlu ve olumsuz oyların sayılarını içerir. Tutanak, toplantı başkanlığı ve Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanır; aksi hâlde geçersizdir. Yine 28.11.2012 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 28481 sayılı Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik'in (Yönetmelik) (09.10.2020 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 31269 sayılı Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile yapılan değişiklikten önceki) 26/2. maddesinde de şirketin unvanının, toplantı tarihinin ve yerinin, şirketin toplam sermayesinin ve pay adedinin, toplantıda hazır bulunan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin sahip oldukları pay sayılarının toplamı ve grupları ile paylarının itibari değerlerinin toplamı gösterilmek suretiyle toplantı nisabı, genel kurulda sorulan soruların ve verilen cevapların, alınan her karar için kullanılmış olumlu ve olumsuz oy sayılarının, Bakanlık temsilcisi bulunmakta ise bunların ad ve soyadları ile görevlendirme yazısının tarih ve sayısının, çağrıya dayalı toplantı yapılıyorsa

çağrının ne surette yapıldığının; çağrısız toplantı yapılıyorsa bu durumun belirtilmesi gerektiği tekrarlanmıştır.

Bu kapsamda anılan düzenlemeler çerçevesinde genel kurul toplantısında alınan kararlara ilişkin olumlu veya olumsuz oy sayılarının belirtilmesi yeterli olmakla bu oyların kimler tarafından kullanıldığının belirtilmesi zorunlu değildir. Dolayısıyla TTK'nın 445. maddesi kapsamında iptalini istediği genel kurul kararına karşı toplantıda olumsuz oy kullanılması yanında bu karara karşı, aynı Kanun'un 446. maddesinin emredici hükmü uyarınca muhalefetin açıkça ifade edilmesi işlevine yönelik olarak tutanağa geçirilen muhalefet şerhi önem arz eder. Ayrıca bu kapsamda karara muhalif kalmak ve muhalif kaldığını tutanağa geçirtmek yeterli olup, ayrıca tutanağın altını imzalamaya gerek yoktur. Buna ek olarak Yönetmeliğin 26/4. maddesi uyarınca toplantıda alınan ve muhalif olunan karara, muhalefet şerhi eklemek isteyenlerin şerhleri tutanağa eklenebileceği gibi toplantı tutanağından ayrı yazılı bir belge şeklinde de tutanağa eklenmesi mümkün olup tutanağa şerh koyan pay sahibinin adı ve soyadı yazılarak, muhalefet şerhinin ekli olduğu belirtilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 446/1-a maddesi kapsamında aranan muhalefetin genel kurul toplantısı sırasında alınacak kararlara ilişkin görüşmeler sırasında ve gündem maddesine dair oylama öncesinde değil oylama sırasında ve olumsuz oy kullanılan kararın alınmasından sonra tutanağa geçirilmesi gerekir. Bu bağlamda iptali istenen gündem maddesinde belirtilen kararın alınmasından önce peşinen muhalefet, TTK'nın 446/1-a maddesi anlamında geçerli bir muhalefet olarak nitelendirilemez. Başka bir anlatımla; madde metninde karara muhalefetin tutanağa geçirilmesi gerektiği ifade edilmekle, henüz ortada oylanan bir karar yokken gündemin görüşülmesinden ve kararın alınması için yapılması gereken oylamadan önce karara muhalif olduğunu belirtmek genel kurul kararının iptali davası için TTK'nın 446/1-a maddesi uyarınca gereken muhalefet koşulunun yerine geçmez. Buna ek olarak gündemin görüşülmesi sırasında gündemde oylanacak hususa ilişkin eleştiri düzeyindeki açıklamalar da TTK'nın 446/1-a maddesi kapsamındaki muhalefet olarak nitelendirilemez. Zira muhalefet şerhinden, toplantıda alınan karara karşı açıkça muhalif olunduğunun anlaşılması gerekir Bunun yanında muhalefetini yazdırması engellenen pay sahibi, bu durumu ispat ve diğer koşulların varlığı ile genel kurul kararının iptalini dava edebilir.

Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacının dava konusu olağan genel kurul toplantısının yapıldığı 28.04.2014 tarihi itibarıyla toplamda 64.800 adet pay bulunan davalı şirkette 10.800 adet pay

sahibi olduğu, dava konusu genel kurul toplantısına vekâleten katıldığı, genel kurul toplantısının, yönetim kurulu üyelerine ödenecek huzur hakkının belirlenmesine dair (7) numaralı uyuşmazlık konusu gündemin görüşülmesi sırasında davacının vekilinin söz alarak yönetim kurulu üyelerinin huzur haklarının belirlenmesine/artırılmasına dair görüşülen gündem maddesine dair olumsuz eleştirilerini dile getirdiği, bu eleştirilere karşılık olarak davalı şirketin yönetim kurulu başkanı tarafından yönetim kurulu üyelerinin huzur haklarının artırılmasının yerinde olacağına dair bir kısım görüşler ileri sürüldükten sonra anılan gündem maddesinin oylanmasını müteakip davalı şirketin yönetim kurulu üyelerine ayrı ayrı aylık net 70.000 TL huzur hakkı ödenmesine, denetçiye ücret ödenmemesine, 10.800 olumsuz oya karşılık 54.000 olumlu oy ile karar verildiğinin tutanağa kaydedilerek Ticaret Sicil Gazetesinde ilan edildiği, davacı tarafından ise TTK'nın 445. maddesi gereğince yasal süresi içerisinde anılan gündem maddesinin iptali için eldeki davanın ikame edildiği anlaşılmaktadır.

Davalı şirketin 28.04.2014 tarihli olağan genel kurul toplantısı sırasında (7) numaralı gündem maddesi kapsamında alınan kararın oylanması öncesinde davacı vekilinin anılan gündem maddesine dair toplantı tutanağında yazılı eleştiri ve görüşleri, anılan gündemdeki öneriye karşı çıkma niteliğindedir. Bu sebeple uyuşmazlık konusu karar mevcut değilken davacı vekilince bu şekilde gerçekleştirilen bir peşinen muhalefet, anılan genel kurul kararının iptali için açılacak davada TTK'nın 446/1-a maddesi anlamında aranan ve özel dava şartı olan muhalefeti tutanağa geçirtme koşulunu sağlayan bir muhalefet şerhi değildir. Zira anılan karar henüz mevcut olmadan karara dair olumsuz görüş ve eleştirilerle gerçekleştirilen muhalefet, aynı Kanun'un 446/1-a maddesi anlamında muhalefet olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu olan davalı şirketin olağan genel kurul toplantısında alınan (7) numaralı genel kurul kararının iptali için gerekli olan karara muhalefeti tutanağa geçirtme koşulunun somut olayda mevcut olmadığı açıktır.

Her ne kadar mahkemece, karara olumsuz oy kullanmanın muhalif olma koşulunu sağladığı, davacının dava konusu genel kurul toplantısındaki (7) numaralı gündem maddesine karşı olduğu, toplantı tutanağında kimin olumsuz oy kullandığının açık olması nedeniyle muhalefeti tutanağa geçirtmesinin gerekli olmadığı belirtilmiş ise de; TTK'nın 446/1-a maddesinde pay sahibinin genel kurul kararı iptalini talep edebilme koşulları arasında olumsuz oy kullanma ve muhalefeti tutanağa geçirtme şeklinde sayılan iki koşulun kümülatif olarak arandığı açıkça ifade edilmiş olması karşısında

usulüne uygun olarak alınan bir genel kurul kararı olmaksızın ifade edilen olumsuz görüşler ile oylama sırasında kullanılan olumsuz oy, Kanun'un aradığı koşulların gerçekleştiğini kabule imkân vermemektedir. Bu sebeple iptali istenen genel kurul kararına karşı salt olumsuz oy kullanmanın TTK'nın 446/1-a maddesinde sayılan ve yukarıda detaylı olarak ifade edilen koşulları sağladığı söylenemez.

Bu itibarla davacı tarafından üç aylık yasal süresi içerisinde TTK'nın 445. maddesi kapsamında iptali talep edilen davalı şirketin 28.04.2014 tarihli olağan genel kurul toplantısında alınan (7) numaralı kararının iptaline ilişkin talebe dair TTK'nın 446/1-a maddesinde belirtilen davacı ortağın toplantıda hazır bulunup karara olumsuz oy verme ve bu muhalefeti tutanağa geçirtme şeklinde ifade edilen karara muhalif kalma koşulu somut olayda mevcut değildir. Bu sebeple mahkemece, anılan genel kurul kararının iptaline ilişkin talebin HMK'nın 115/2. maddesi gereğince özel dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi gerekirken bu yöndeki talebin kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında; TTK'nın 446/1-a maddesindeki düzenlemedeki koşullarda bir zaman sıralamasının yer almadığı, bu kapsamda olumsuz oy sonrasında muhalefetin tutanağa geçirilmesine dair bir zorunluluğun bulunmadığı, olumsuz oy ile muhalefet şerhinin tutanakta mevcudiyetinin yeterli olduğu, peşinen muhalefetin mümkün olmadığı ve muhalefetin mutlaka karar sonucundan sonra yer alması gerektiğine dair aksi kabulün Kanun ile getirilen sınırlamayı artırarak hak arama hürriyetinin kanun hükmüne dayanmaksızın sınırlandırılması anlamını taşıdığı, bu kapsamda dava şartlarının yeni unsurlar eklenerek yorum yoluyla genişletilemeyeceği, TTK'nın 446. maddesindeki dava şartı olarak belirtilen hususları aşar nitelikte olan ve dava açmayı zorlaştıran yönetmelik hükümlerinin kanun hükmüne dayanmadığından uygulanmasının mümkün olmadığı, peşinen muhalefetin geçerli olmayacağına dair bir kuralın bulunmadığı, Kanun hükmünün peşinen muhalefeti geçerli kabul edecek şekilde de yorumlanabileceği, somut olayda genel kurul toplantı tutanağında gündemin 7. maddesine neden karşı olduğu ifade edilerek alınan karara karşı olumsuz oy kullanıldığı, bu suretle muhalefetin tutanakta yer alma koşulunun gerçekleştiği, muhalefetin karar sonucu sonrasında yazılmamış olmasının muhalefetin tutanağa geçirilmediği anlamına gelmediği, bu itibarla dava şartı eksikliğinin mevcut olmadığı, toplantıda her maddenin tek tek görüşülüp zaman aralığı olmaksızın kararların alındığı, mahkemenin olumsuz oy kullanmanın karara muhalefet etme

koşulunu sağladığına dair gerekçesinin yerinde olmadığı, bu sebeple direnme kararının değişik gerekçeyle uygun bulunarak işin esası incelenmek üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerektiği belirtilmiş ise de bu görüş, yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

Hâl böyle olunca; mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Karar Sonucu:

Açıklanan nedenlerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA,

İstek hâlinde temyiz peşin harcın yatırana geri verilmesine,

Aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca kararın tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 17.11.2022 tarihinde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

E. Karşı Oy

Anonim şirket genel kurul kararlarının iptalinin düzenlendiği 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda (TTK); toplantıda hazır bulunup da karara olumsuz oy veren ve bu muhalefeti tutanağa geçiren kişilerin (TTK 446/1-a) kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç ay içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açabilecekleri (TTK 445/1) düzenlenmiştir.

Anılan maddelerde iptal davası açabilmek için aranan koşullar belirlenmiş olup, pay sahiplerinin iptal davası açma hakkının madde kapsamı dışında kısıtlanması bunun aksine genel kurul kararı alınması mümkün değildir.

Özel Daire ile Mahkeme arasında muhalefetin tutanağa geçirtilip geçirtilmediği noktasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Muhalefetin tutanağa geçirilmesi HMK 114/2. madde kapsamında özel yasada düzenlenmiş dava şartı niteliğindedir.

Maddede iptal davası açabilmek için aranan şartlar toplantıda hazır bulunmak, karara olumsuz oy vermek ve bu muhalefetini tutanağa geçirtmektir. Toplantıda hazır bulunan kimsenin iptal davası açabilmesi için karara olumsuz oy verilmesi ve muhalefetin tutanağa geçirilmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekli ve yeterli olup maddedeki düzenleme bir zaman düzenlemesi değildir. Zira maddede karara olumsuz oy verildikten sonra muhalefetin tutanağa geçirilmesi yönünde zaman sırası belirten bir kural getirilmiş olmayıp olumsuz oyun neden verildiğini gösteren bir muhalefetin tutanakta yer alması yeterli görülerek bir düzenleme yapılmıştır.

Zira Anayasa ile teminat altına alınan hak arama hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için açık bir kanun hükmü bulunması gerekir. Anayasada temel hak ve hürriyetlerin bazı koşulların bulunması şartıyla ve ancak kanun hükmü ile sınırlandırılacağı açıkça düzenlenmiştir. Kanun hükmü muhalefetin tutanağa geçirilmiş olmasını yeterli sayarken bunu aşar ve zorlaştırır şekilde, peşin muhalefetin geçerli olmadığı muhalefetin mutlaka karar sonucundan sonra tutanakta yer alması şeklinde bir şartın aranması kanun hükmü ile getirilen sınırlamayı daha da sınırlandıracaktır. Bu ise hak arama hürriyetinin kanun hükmüne dayanmaksızın sınırlandırılması anlamına gelecektir.

Dava şartları hak arama hürriyetinin sınırlamalarından olup kanun hükmüne dayanmaksızın dava şartlarına yeni unsurlar eklenmesi ve dava şartlarının geniş yoruma tabi tutularak uygulanması mümkün olmadığından muhalefetin tutanakta yer alması yeterli olup karar sonucundan sonra muhalefetin tutanağa yazılması zorunluluğu bulunduğu şeklinde bir sonuca varılması kanunun açık hükmü karşısında mümkün değildir.

Kanun ile getirilen bir sınırlama olmadığı hâlde ilgili yönetmelik veya şirket iç yönergesi muhalefet şerhlerinin toplantı tutanağında ne şekilde yer alması gerektiği konusunda bir hüküm olması hâlinde bu hükümler geçerli olacak mıdır? Sözü edilen TTK 446. maddedeki düzenleme dava şartı niteliğinde olduğundan yönetmelikte veya iç yönergede bunu aşar şekilde dava açmayı zorlaştıran hükümlere yer verilmesi kanun hükmüne dayanmaksızın dava şartı getirilmesi niteliğini taşıyacağından bu hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle yönetmelik veya iç yönerge hükümlerinde muhalefetin tutanağın neresinde yer alması gerektiğine dair bir düzenleme olsa bile açık kanun hükmü karşısında uygulanamayacağından bu konudaki yönetmelik veya iç yönerge hükümlerinin ayrıca değerlendirilmesine gerek yoktur.

Öğretide de muhalefetin tutanağa geçirilmesi koşulunun sağlanması bakımından, muhalefetin zamanın önemli olmadığı, genel kurul toplantısı sırasında açıklanan muhalefetin, alınmış ya da alınacak (müstakbel) bir karara yönelik olabileceğine dair görüşler bulunmaktadır (İsmail Kırca, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 3. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022 sf. 155, Veliye Yanlı, “Muhalefetin Tutanağa Geçirilmesi ve Bu İşlemin Zamanı Sorunu -Genel Kurul Kararının İptali Davası Bağlamında-”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2021, Cilt: XXXVII, Sayı: 2, sf.27-32, Ali Haydar Yıldırım, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararları Aleyhine Toplantıda Hazır Bulunan Pay Sahibinin İptal Davası Açmasının Şartları ve Özellikle Muhalefet Şerhi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2016, Cilt: 7, Sayı: 2, sf. 413).

Aynı görüşün kabul edildiği diğer bir eserde ayrıca; TTK m. 446/1-a düzenlemesinde “alınan kararlara muhalif kalma” şeklinde dar yorumlanabilecek bir koşulun mevcut olmadığı, toplantı devam ederken muhalefetin açıklandığı anın muhalefet koşulunun yerine getirilmesinde bir etkisinin bulunmadığı, “peşinen muhalefet olmaz” şeklinde, genel kabul görmüş bir evrensel kural bulunmadığı, külfet getiren kuralların yoruma yer bırakmayacak açıklıkta olmasının hukukun temel ilkeleri arasında olduğu, TTK madde 446/1-a düzenlemesinin mevcut hâliyle, peşinen muhalefeti geçerli kabul edecek şekilde yorumlanmasının mümkün ve gerekli olduğu hususları ayrıntılı olarak açıklanmıştır (Ebru Tüzemen Atık, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptalinde ‘Muhalefetin Tutanağa Geçirilmesi’ Koşulu ve Özellikle ‘Peşinen Muhalefet’in Geçerliliği Sorunu, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), 2022 sf:1032-1039).

Konunun hukuksal temeline ilişkin bu açıklamalarla birlikte davaya konu kararların alındığı toplantı tutanağı, Özel Daire ile Mahkeme arasındaki uyumsuzluğa konu 7. maddede alınan karar bakımından değerlendirilmelidir.

Davaya konu olan Genel Kurul kararına esas 28.04.2014 tarih olağan Genel Kurul toplantı tutanağı incelendiğinde toplantının açıldığı gündemin görüşülmesine geçildiği belirtildikten sonra maddeler halinde görüşülmüş ve kararlar alınmıştır. Uyuşmazlığa konu 7. madde; “Maddenin görüşülmesine başlandı. Bu aşamada söz alan ... vekili; gerek faaliyet raporunu gerekse tehire konu soruları verilen cevaplarda 2013 yılının otomotiv sektörü için zor bir yıl olduğunun belirtilmesine ve 2014 yılının mevcut veriler ışığında bir önceki yıldan %35’e yakın bir daralmayla devam edeceğinden, Yönetim

Kurulu Üyelerine ödenecek huzur hakkının %200 artırılarak işlem yapılması günün koşulları ve şirket faaliyetlerinin sağlıklı yürütülmesi için yerinde değildir. Aksine huzur haklarının zor geçirilecek yıl için düşürülmesi daha faydalı, şirket menfaatine olacaktır, dedi. Yönetim Kurulu Başkanı ... söz alarak; Şirketimizin 2013 yılı cirolarına baktığımızda 2012 ye göre daha iyi cirolar elde ettiği ortadadır. 2014 yılı gelmiş ve gelecek ... araçlarla ilgili olarak iyi bir yıl olacağını gözetmektedir. Hedefler de bunu göstermektedir.” dedi. Bu nedenle Yönetim Kurulu Üyelerine aylık net 70.000 TL huzur hakkı ödenmesine, denetçiye ücret ödenmemesine 10.800 olumsuz oya karşılık 54.000 oyla oy çokluğuyla karar verilmiştir” şeklindedir.

Tutanakta açıkça görüldüğü üzere gündemdeki konular toplantıda maddeler hâlinde görüşülüp aynı madde içinde alınan kararın ne olduğu da belirtilmiştir. 7. maddede açıkça davacı alınan karara neden karşı çıktığını açıklamış ve bu açıklamasından sonra oylama sonucu belirtilmiş olduğundan muhalefetin tutanakta yer alması koşulu gerçekleşmiştir. Muhalefetin karar sonucu sonrasında yazılmış olması muhalefetin tutanağa geçirilmediği anlamına gelmemektedir. 7. maddede davacının karara karşı çıkma nedeni ve olumlu oy kullanan yönünden de bu şekilde karar alınması gerektiği yönünde açıklamalar yapılarak karar verilmiş olduğundan açılan davanın dinlenmesi için dava şartı eksikliği bulunmamaktadır.

Kaldı ki tutanakta her konu sırayla ayrı ayrı görüşülüp karara bağlanmış ve 7. madde yönünden tek paragrafta yazılmak suretiyle karar verilmiş olduğundan, zaman aralığı olmaksızın karara muhalefet etme nedenleri de belirtilmek suretiyle kararın alındığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu yönüyle de tek paragrafta yazan ve olumsuz oy kullanan kimsenin bu şekilde bir karar alınmasına karşı çıkma nedenlerini gösteren açıklamanın tutanağa geçirtilmemiş bir muhalefet şerhi olarak değerlendirilmesi somut olay bakımından hiç de mümkün sayılmamalıdır.

Mahkemece karara olumsuz oy kullanmanın yeterli olduğu karara muhalefet etme koşulunun bununla birlikte kendiliğinden gerçekleşeceği kabul edilerek sonuca gidilmiş ise de maddede olumsuz oy kullanma ve muhalefetin tutanağa geçirilmesi koşulu birlikte arandığından mahkemenin bu gerekçesi yerinde değildir.

Bu gerekçe yerinde değil ise de davanın esasının incelenmesi yukarıdaki nedenlerle yerinde olup açıklanan değişik gerekçeyle direnme uygun bulunarak işin esasını incelenmek üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerektiği

görüşünde olduğumuzdan, muhalefetin karardan sonra tutanağa geçirilmediği gerekçesiyle Özel Daire kararı gibi bozma yönünde oluşan değerli çoğunluk görüşüne katılamıyoruz.

I. ÖZET

Taraflar arasındaki “anonim şirket genel kurul kararının iptali” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; ... Asliye Ticaret Mahkemesince verilen davanın kısmen kabulüne ilişkin karar, davalı vekilinin temyiz istemi üzerine önce onanmış, davalı vekilinin karar düzeltme istemi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (HD.) tarafından yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

28.04.2014 tarihinde yapılan genel kurul toplantısında sırasıyla gündem maddeleri konuşulmuş, %17 oranındaki paylarını temsilen davacı, vekili ile bu toplantıya katılmıştır. Yönetim kurulu üyelerine verilecek huzur hakkının artırılması hakkındaki gündemin yedinci maddesinin görüşülmesi sırasında pay sahibi vekili söz alarak, şirket kârının düştüğü ve huzur hakkının da azaltılması gerektiği yönünde gündem hakkında görüş bildirmiş, tutanağa bu açıklamalar ve sahibi yazılmıştır. 10.800 olumsuz oya karşılık 54.000 olumlu oy ile yönetim kurulu üyelerinin huzur hakkı miktarının artırılması yönünde karar verilmiştir. Pay sahibi süresinde bu kararın iptali istemiyle dava açmış, 9. Asliye Ticaret Mahkemesi TTK m. 446/1-a kapsamında dava şartlarının bulunduğu ve TTK m. 445 kapsamında alınan kararın iptaline hükmetmiştir.

Yargıtay 11. HD. kararı onamıştır. Davalı vekili karar düzeltme talebinde bulunmuş, peşin muhalefetten “alınan karara muhalif kalma” şartının yerine getirilmemesinden dolayı HMK m. 114/2 gereği özel dava şartı yokluğundan HMK m. 115/2 gereği usülden reddi gerektiğine karar verilmiştir. 9. Asliye Ticaret Mahkemesi direnme kararı almış özetle; olumsuz oya ilişkin gerekçe belirtilmesine gerek olmadığı, muhalefet tutanağa kaydedilmese de olumsuz oy kullanıldığının anlaşılmasının yeterli olduğu, peşin muhalefetin geçerli muhalefet sonucunu doğuracağı itirazlarında bulunmuştur.

Hukuk Genel Kurulu (HGK) TTK m. 445 ve TTK m. 446/1-a kapsamında iptal davasını ve dava şartlarını açıklamış, muhalefet şerhinin gerekçeli olmasının gerekmediğine, muhalefet şerhinin tutanağa geçirilmesinin külfet ve özel dava şartı olduğuna, tutanaktan kimlerin olumsuz oy kullandığının anlaşılamayacağından muhalefet şerhinin önem taşıdığına, peşin muhalefetin geçerli olmayacağına, eleştirinin muhalefet olmadığına, olumsuz oyun tutanaktan kime ait olduğu anlaşılrsa dahi bunun yanı sıra muhalefet

şerhinin de kaydının aranması gerektiğine kısaca bu nedenlerle özel dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ancak HGK yapılan müzakerelerde oy birliği sağlayamamış, karşı oyda da kısaca; muhalefetin tutanağa geçirilmesinin ayrıca aranması gerektiği bu yönden ilk derece mahkemesinin gerekçesinin yerinde olmadığı, peşin muhalefetin geçersiz sayılmasının Anayasal hak olan hak arama hürriyetini kanun hükmü olmadan kısıtladığı, gerekçeli olarak muhalefette bulunulduğu bunun da tutanağa kaydolduğundan özel dava şartının yerine getirilmesi sebebiyle direnmenin yerinde olduğu esasının incelenmek üzere Özel Daire'ye gönderilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

II. HUKUKİ MESELE

Direnmeye konu olayda yer alan anlaşmazlıkları, olumsuz oyun TTK m. 446/1-a kapsamında iptal davası açılması açısından yeterli olup olmadığı ve yine aynı kapsamda peşin muhalefetin dava özel şartının yerine getirilmesinde kabul edilebilir olup olmadığı şeklinde başlıklara ayırmak mümkündür. Olayda gündeme dair yapılan eleştirinin veya olumsuz yöndeki irade açıklamasının muhalefet olmadığı HGK kararında ifade edilse de kararda muhalefetin peşin olmasının gerekçe gösterilmesi aslında bu konuda eleştirinin de muhalefet olarak kabul edildiğini göstermektedir. Bu sebeple belirttiğimiz başlıklar üzerinde durarak bu konuda ayrıca açıklama yapmamayı ancak muhalefet şerhi hakkında bir alt başlık altında değerlendirme ile yetinmeyi tercih ediyoruz.

III. SORUNLARIN ELE ALINMASI

A. Muhalefet şerhinde gerekçe aranması ve şerhi tutanağa geçirtmeksizin olumsuz oy hakkının tutanaktan anlaşılması durumları

Muhalefet şerhinin gerekçeli olması yönünden incelenecek olursa, öncelikle muhalefet şerhinin içeriğinin ele alınması gerekmektedir. Muhalefet şerhinin içeriği ise kanunda belirlenmemiş olmakla beraber şerhin usulü Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik³ (GKY) m. 13'de ve GKY m. 26'da düzenlenmektedir. GKY m. 13/7'de muhalefetin gerekçelendirilmesi ifadesi yer alsa da kanundaki sınırlandırma dışında yönetmelikle bir hakkın kapsamının daraltılması kabul edilemeyecektir. Bu sebeple karşı oyda ifade edilenin aksine gerekçeli

³ RG. 28.11.2012 T. ve 28481 S.

olmasının aranmayacağını belirtmek yerinde olacaktır⁴. Gereksiz olarak muhalefetin belirli olmasıyla yetinilebilecektir. Muhalefet şerhi, konumuz çerçevesinde TTK m. 445 kapsamında açılacak anonim şirket genel kurul kararlarının iptal davaları açısından öngörülmektedir⁵. TTK m. 446/1-a'da “olumsuz oy veren ve bu muhalefetini” denilerek, muhalefetin gündem konusunda olumsuz oy kullanıldığına ilişkin ifadeler olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla muhalefetin esasen hangi gündeme dair olumsuz oy verildiğini ortaya koyması bakımından içeriğinin belirlenebilmesi yeterli olacaktır⁶. Örnek vermek gerekirse “rüşhan hakkının sınırlandırılmasına ilişkin alınan karara karşıyım” gibi muhalefetini bildirir ifadelerle kişinin iptal davası açma hakkını koruması söz konusu olmalıdır⁷. Ancak burada olumsuz oy⁸, pay sahipliği sıfatının mevcudiyeti⁹, toplantıya katılma haklarının da kullanılması

⁴ Nitekim gerekçe aranmayacağı hakkında bkz. Halil Arslanlı, Anonim Şirketler II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, s. 86; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989, s. 171; Kürşat Göktürk, “Anonim Şirket Pay Sahipliği Haklarının Kullanılmasında Muhalefet Şartı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 8(2), s. 53-78, s. 56; Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 276, 277; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2022, s. 178; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. 2, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1107. Gerekenin de aranacağı yönünde bkz. Hayri Domaniç, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 885.

⁵ Hüküm kapsamında sadece olumsuz oyun muhalefet olarak tutanağa kaydı aranırken TTK m. 192/1'de yapısal değişikliklere ilişkin iptal davalarında “olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağa geçirmiş” ortakların dava açması hükme bağlanmaktadır.

⁶ Nitekim, 06.09.1965 T. , 1089 S. Aktiengesetz par. 245/1'de muhalefetin açıklanması gerektiği ifade edilse de doktrinde kararın geçerliliğine muhalefeti belirtir şekilde beyanın yeterli olduğu belirtilmektedir. Bkz. *Carsten Schäfer*, “Nichtigkeitsgründe” in *Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss (eds.)*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, C. H. Beck, Band 4, München, 2021, § 245 Rn. 38; Uwe Huffer, Jens Koch, Aktiengesetz, 17. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2023, AktG § 245 Rn. 14.

⁷ Ayrıca muhalefet ifadeleri için bkz. Veliye Yanlı, “Muhalefetin Tutanağa Geçirilmesi ve Bu İşlemin Zamanı Sorunu -Genel Kurul Kararının İptali Davası Bağlamında-”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, 2021, XXXVII (2), s. 5-36, s. 13, 14. Tutanağa geçirilmesi istenen sözcük ya da ifadeden karara muhalif kalındığının anlaşılması gerektiği yönünde bkz. İsmail Kırca, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, B. 3, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 151.

⁸ Burada her ne kadar olumsuz oy denilse de oydan yoksun olanların da muhalefetini tutanağa geçirterek iptal davası açma hakkından söz edilmelidir. Bkz. İmregün, s. 170; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 538; Pulaşlı, s. 1104; Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 608.

⁹ Ali Haydar Yıldırım, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararları Aleyhine Toplantıda Hazır Bulunan Pay Sahibinin İptal Davası Açmasının Şartları ve Özellikle Muhalefet Şerhi”, İnönü

şartlarının bulunması gerekli birer unsur olduğunu da ifade etmek isteriz¹⁰.

Bilindiği üzere genel kurul toplantısından önce TTK m. 413 kapsamında gündem maddelerinin belirlenmesi ve TTK m. 414/1'e göre pay sahiplerine bildirilmesi gerekmektedir. TTK m. 413/2 gereği gündemde bulunmayan konular görüşülemeyecektir. Nitekim olumsuz oy kullanılmasının tespitini ortaya koyması bir yana, burada daha önemlisi dava açma hakkının kullanılabilmesi için muhalefetin tutanağa kaydedtirilmesinin bir külfet olduğu söylenebilecektir¹¹. Genel kurul toplantı tutanakları TTK m. 422/1 gereği sadece olumlu ve olumsuz oy sayılarını içermektedir. Buna göre tutanağın olumsuz oy kullananların tespitine yarayacak bilgileri kapsamı gerekmektedir. Ancak bazen olumsuz oyların da tutanağa işlenmesinden söz edilebilir. Bu sebeple muhalefet tutanağa geçirilmese de iptal davasının açılabilceği ileri sürülmektedir¹².

Muhalefet şerhinin tutanağa geçirilmesi konusunda iki farklı görüşten söz edilmektedir. Bir görüşe göre, muhalefet şerhinin tutanağa kaydedtirilmesi¹³, sadece olumsuz oyun tespiti bakımından önem taşımaktadır ve muhalefet şerhinin tutanağa kaydı TTK m. 446/1-a kapsamında iptal davası açılması konusunda dava şartı olarak gereklilik arz etmemektedir. Buna göre muhalefet şerhi bulunmaksızın da tutanaktan olumsuz yönde oy kullanıldığı anlaşılması durumunda iptal davasının açılmasının kabul edilmesi gerekmektedir¹⁴.

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 7(2), s. 383-430, s. 386 vd.

¹⁰ Olumsuz oy kullanmanın şart olarak aranması ise bazı istisnai durumlarda hakkaniyete aykırı bir görünüm arz etmektedir. Şöyle ki özellikle oydan yoksunluk durumunda genel kurula katılma hakkı sahibi olan pay sahibinin olumsuz oy kullanması düşünülememekle beraber diğer şartları yerine getirmesi durumunda iptal davası açamayacağı da söylenemeyecektir. Bkz. Yıldırım, s. 399 vd.

¹¹ Göktürk, s. 57; Yıldırım, s. 404.

¹² Moroğlu, s. 277 vd. ; Bahtiyar, s. 178.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kürşat Göktürk, "Anonim Şirket Pay Sahipliği Haklarının Kullanılmasında Muhalefet Şartı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 8(2), s. 53-78; Ali Haydar Yıldırım, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararları Aleyhine Toplantıda Hazır Bulunan Pay Sahibinin İptal Davası Açmasının Şartları ve Özellikle Muhalefet Şerhi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 7(2), s. 383-430; Veliye Yanlı, "Muhalefetin Tutanağa Geçirilmesi ve Bu İşlemin Zamanı Sorunu -Genel Kurul Kararının İptali Davası Bağlamında-", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, 2021, XXXVII (2), s. 5-36; Ebru Tüzemen Atık, "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptalinde 'Muhalefetin Tutanağa Geçirilmesi' Koşulu Ve Özellikle 'Peşinen Muhalefet'in Geçerliliği Sorunu", Hacettepe HFD, 2022, 12(1), s. 1006-1046; Pulaşlı, s. 1105 vd. ; Moroğlu, s. 268 vd. ; Kurca, s. 151 vd.

¹⁴ Bkz. Moroğlu, s. 270; Yanlı, s. 14-15; Yıldırım, s. 405; Bahtiyar, s. 178; Tüzemen Atık, s. 1030.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise muhalefet şerhinin tutanağa kaydı olumsuz oy kullanılmasından ayrı olarak iptal davası için aranmalıdır¹⁵. Olumsuz oy ve muhalefet şerhinin tutanağa kaydı TTK m. 446/1-a'da aranmakla beraber¹⁶ birbirinden bağımsız niteliktedir. Çünkü muhalefetin tutanağa kaydı elbette ilgili gündem hakkında karşıtlığın yani olumsuz oy kullanıldığının bir karinesidir ancak bunun aksinin de teorik olarak mümkün olduğu açıktır. Muhalefet şerhi, sadece olumsuz oy kullanıldığının değil aynı zamanda kararın iptal edilmesi gerektiği anlamlarını taşımaktadır bu sebeple muhalefet şerhine olumsuz oydan ayrı bir anlam yüklenebilmektedir¹⁷. Bu manada birbirinden bağımsız olmaları sebebiyle kanımızca olumsuz oy kullanmak başka, tutanağa muhalefetin kaydı ise başka amaç ve irade açıklamaları görünümündedir. Buna dayanarak HGK'nın muhalefet şerhinin tutanağa kaydını ayrıca araması yönündeki kararına katılıyoruz. Ancak olayda karşı oyda da belirtildiği üzere zaten muhalefet şerhinin de tutanağa kaydedildiği anlaşılmaktadır. Muhalefetin gereği gibi yerine getirildiği yönünde verilen kararlarda bir çelişki görülmemektedir. Ancak ilk derece mahkemesi muhalefet şerhinin tutanağa kaydı konusunda muhalefet şerhini eleştiri olarak kabul etmiştir. O sebeple de olumsuz oyun tutanakta anlaşıldığı gerekçesiyle iptal davasını yerinde görmüştür. Pay sahibinin müzakere sırasında yani oylama öncesi bir zaman içerisinde gündem konusuna karşı olduğu karardan anlaşılmaktadır. Muhalefet şerhinin tutanağa geçirilmesi işleminin olumsuz oya bir karine olduğunu ve iptal davası için yeterli olduğunu burada söyleyebiliriz.

Burada muhalefetin kaydının ayrıca aranması durumunda, muhalefet şerhinin tutanağa geçirilmesinde oy sahibinin kendi müdahalesinin de aranacağı ifade edilmektedir¹⁸. Buna göre olaydan muhalefetini kaydetme yönünde bir çaba olmadığı yani tutanağa muhalefetin toplantı başkanlığınca

¹⁵ Bkz. Arslanlı, s. 86; İmregün, s. 171; Domaniç, s. 886; Kırca, s. 152; Tüzemen Atik, s. 1029; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 608; Seda Seyman "Türk Ticaret Kanunu m. 304- 451" in Kemal Şenocak (ed.), Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 2, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 2477-2605, s. 2574; Bahtiyar, s. 178; Pulaşlı, s. 1105. Külfet olduğu yönünde bkz. Göktürk, s. 87.

¹⁶ Tutanağa kaydın şart olmadığı başka türlü de karara karşı olunduğunun ispatlanabileceği yönünde bkz. Huffer/Koch, AktG § 245 Rn. 15. Muhalefetin tutanağa geçirilmesine engel olunması ve irade ifsadi durumunda muhalefet şerhinin tutanağa kaydı gerekmediği konusunda bkz. İmregün, s. 171; Domaniç, s. 885; Bahtiyar, s. 178; Seyman, s. 2574. Tutanağa kayda ilişkin engelin, tanık ve görüntü kaydı gibi her türlü delille ispatlanabileceği yönünde bkz. Kırca, s. 154.

¹⁷ Sadece olumsuz oy kullanılmasının muhalefet şerhi anlamına gelmediği yönünde bkz. Schäfer, § 245 Rn. 36.

¹⁸ Bkz. Yanlı, s. 16.

kendiliğinden geçirildiği anlaşıldığından iptal davasının açılmayacağı söylenmelidir. Buna karşın kanımızca da kanun lafzına uygun olarak böyle bir şarta gerek bulunmayıp muhalefetin tutanağa kaydını yeterli kabul etmek gerekmektedir¹⁹.

B. Peşin muhalefetin geçerliliği sorunu

Yargıtay ve doktrin genel kurulda oylamadan önce tutanağa kaydettirilen muhalefet için peşin muhalefet terimini kullanmaktadır. Muhalefet hakkı genel kurula katılım ile kullanılabileceğinden katılım hakları içerisinde olduğu söylenebilecektir.

Peşin muhalefetin katılım hakkı içerisinde yer alması nedeniyle süre yönünden toplantı öncesinde hazırlansa bile ileri sürülmesi geçersizdir. Nitekim muhalefetin tutanağa geçirilmesi ancak toplantı sırasında ve toplantıda hazır bulunmakla kullanılabilecek bir haktır. Muhalefetin genel kurul toplantısı bittikten sonra da olması mümkün değildir²⁰. Muhalefet şerhinin tutanağa geçirilmesi gibi iptal davasını açmak isteyen kişinin toplantıya katılması gerekliliği de bu manada bir yükümlülüktür.

Muhalefetin içeriğini ortaya koyduktan sonra zamansal olarak ne sürede yapılması gerektiği kanunda düzenlenmemekte ve bu konuda doktrinde de farklı iki görüş bulunmaktadır²¹. Bir görüşe göre oy kullanılmasından önce peşin muhalefet şerhi iptal davası açılması için mümkünken²² bir görüşe göre oy kullanılması sırasında veya sonrasında muhalefetin tutanağa kaydı gerekmektedir²³. Yargıtay da kararında oy kullanılmasından sonra muhalefetin gerektiğini ve öncesindeki muhalefetin, öneriye karşı çıkma olduğunu belirtmektedir.

¹⁹ Aynı yönde bkz. Tüzemen Atik, s. 1025. Burada ortaya çıkan sorunlar Göktürk'ün belirttiği üzere hükmün kaleme alınışından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple Göktürk'ün de katıldığı-mız görüşüne göre İsviçre sisteminin yani muhalefet şerhinin kayda geçmesinin aranmadan iptal davası açılabilmesinin esas alınması gerekmektedir. Bkz. Göktürk, s. 70. Benzer şekilde bkz. Yıldırım, s. 420. Kırca'ya göre muhalefet olumsuz oydan farklı olarak dava açılma hakkını kullanma anlamını taşımaktadır ve kararın 3 aylık sürede icra edilip edilmeyeceği tercihine etki etmektedir. Bkz. Kırca, s. 152.

²⁰ Buna karşın genel kurul devam ederken tüm kararlar alındıktan sonra itiraz edilebileceği hakkında bkz. Huffer/Koch, AktG § 245 Rn. 14.

²¹ Bu görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yanlı, s. 24, 25; Yıldırım, s. 411 vd. ; Tüzemen Atik, s. 1030 vd.

²² Arslanlı, s. 86; Kırca, s. 155; Yanlı, s. 27 vd. ; Bahtiyar, s. 178; Yıldırım, s. 416; Tüzemen Atik, s. 1034 vd.

²³ Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), s. 608; Pulaşlı, s. 1105; Şener, s. 538.

HGK'nın kararında öneriye karşı çıkma şeklindeki gerekçesi, karar alınmadan önce ortada bir öneri olduğundan bu konudaki muhalefetin ancak öneriye karşı olduğu sonucunu doğurmaktadır. Burada bahsi geçen öneri huzur hakkının artırılması ve yönetim kurulu üyelerine ödenmesi şeklindeki gündem konusudur. Elbette öncelikle gündem hakkında müzakere bulunmaktadır. Olayda da davacı vekili pay sahibini temsilen müzakere sırasında olumsuz yönde irade açıklamalarında bulunmaktadır. Dolayısıyla burada peşin muhalefet yerine öneriye karşı çıkılması şeklindeki değerlendirme kanımızca yerinde değildir²⁴. Olaydan da anlaşılacağı üzere alınacak karar hakkında yani huzur hakkının artırılması konusunda olumsuz bir görüş yer almaktadır. Bu durumda sadece süre yönüyle diğer şartları da taşıyan bir muhalefetin geçersiz olduğunu söylemek katıldığımız görüşe göre doğru değildir.

Peşin muhalefette de toplantıya katılma ve olumsuz oy şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir. Nitekim TTK m. 446/1-a bu konuda farklı yorumlamaya izin vermemektedir. Ne var ki hüküm çekimser oyu içine almaması yönüyle TTK m. 192/1'den farklı olup olumsuz oy şartını öngörmektedir. Olumsuz oyun kullanıldığının ispatı da aranmamalıdır. Nitekim muhalefet şerhi aranmasında mehz Aktiengesetz par. 245/1'de de olumsuz oydan söz edilmemektedir²⁵.

Olumsuz oy kullanmanın ve bu muhalefetin tutanağa geçirilmesi TTK m. 446/1-a'dan da anlaşılacağı üzere dava şartıdır²⁶. Bu hususun dava şartı olması sebebiyle davanın esasına girilerek karar verilmesinden önce varlığı aranacaktır.

Burada peşin muhalefetin sonradan olumlu oy kullanılması ile çelişkili davranışa ve hakkın kötüye kullanılmasına yol açabileceği düşünülebilir. Ancak aynı olasılık oy kullanılmasından sonra muhalefetin tutanağa kaydedilmesi açısından da mümkündür. Bu durumda şirketin, muhalefet şerhini kaydettirenin olumlu oy kullandığını ispat etmesi gerektiği haklı olarak doktrinde belirtilmektedir²⁷. Dolayısıyla aynı hususun peşin muhalefette söz konusu olması da mümkün olup ayrı bir sonuçtan söz edilemeyecektir.

²⁴ Ancak sadece eleştiri düzeyindeki açıklamaların bu şartı taşımayacağını da belirtelim. Bkz. Bahtiyar, s. 178.

²⁵ Yıldırım, s. 385; Tüzemen Atik, s. 1014. Çekimser oy kullananların da muhalefetini tutanağa geçirterek dava açabileceği yönünde bkz. Domaniç, s. 885.

²⁶ Göktürk, s. 57.

²⁷ Yıldırım, s. 400.

TTK m. 422/2 gereği tutanağın noterce onaylanmış sureti ticaret sicili müdürlüğüne verilir. Yine internet sitesi açması gereken şirketlerin de internet sitelerinde tutanağa yer verilir. Anonim şirket genel kurullarında alınan kararların geçerliliğine olan güven ve üçüncü kişileri de etkilemesi bakımından akla peşin muhalefetin mahsuru olup olmadığı gelebilir. Şirketle yapacağı işlem alınan genel kurul kararına bağlı olan²⁸ 3. kişiler muhalefet şerhini öngörülebilirlik açısından önemseyebilir. Ancak burada muhalefetin oylamadan önce veya sonra yapılmasının erişilebilirlik açısından farklı bir sonuç doğurmayacağı kanaatindeyiz. Hakeza, TTK m. 446/1-b kapsamında da iptal davasının açılması riski muhalefetin bulunmadığı kararlarda da az da olsa kendisini göstermektedir. Kaldı ki muhalefetin oylamanın öncesinde olması da tutanaklara erişen kişi tarafından öğrenilmeye açık olacaktır.

Peşinen muhalefetin ilgili gündem için oy kullanılması sırasında veya oy kullanılmasının sonrasında muhalefet edenin iradesinin değişmesini yansıtmayacağı endişesi de burada akla gelebilir. Belirtmek gerekir ki böyle bir durumda muhalefetini kaydettiren aksi iradesi ile tutanaktaki kaydı değiştirebileceği gibi yine iptal davası açmama yoluna giderek de örtülü şekilde bu beyanından dönmüş olabilecektir.

Nihayet kanımızca peşin muhalefetin geçerli sayılmasında mahsur bulunmamaktadır. Muhalefetin tutanağa kaydına rağmen olumlu oy kullanılması gibi olasılıklar ise oylamadan sonra muhalefetin tutanağa geçirilmesi açısından da söz konusu olabilmektedir. Nitekim muhalefet şerhi müessesesi kendi başına bazı sorunlar barındırmaktadır. Hatta kişinin oylamaya katılmamakla beraber muhalefet şerhini bir şekilde tutanağa geçirtmesi de karşılaşılabilecek tehlike açısından bir örnek olarak burada verilebilir.

IV. SONUÇ

Muhalefet şerhi bir külfet ve dava şartı özelliği taşıyan irade açıklaması olup gerekçe barındırmak zorunda değildir. Muhalefet şerhi peşinen yani oylama öncesinde de verilebilir. Muhalefet şerhinde aranan pay sahipliği sıfatı, toplantıda hazır bulunma, olumsuz oy kullanma şartları iptal davası açılması durumunda peşin muhalefet açısından da aranmalıdır.

²⁸ Örnek verilmesi gerekirse, TTK m. 356/1 gereği bir işletmenin devralınması için genel kurul onayı gerekmektedir. Böyle bir olayda işletmeyi devreden 3. kişi açısından bu işlemin geçerliliği önem taşımaktadır.

Muhalefet şerhinin gerekçeli olması gerekmediği gibi, tutanaktan olumsuz oy kullananların belli olmasıyla da yetinilemeyeceği kanaatindeyiz. Buna göre muhalefet şerhinin tutanağa kaydedilmiş olması özel dava şartı olarak TTK m. 446/1-a kapsamında ayrıca gözetilmesi gerekli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda Yargıtay'ın benimsediği tutumu doğru bulmaktayız.

Peşin muhalefet toplantıda gündem maddesi görüşülmeden önce muhalefeti tutanağa kaydettirme durumunda görülmektedir. Bu açıdan da kısıtlayıcı bir yorum kanundan çıkarılamayacağından dava şartının yerine getirildiğinin kabulü yerinde olacaktır.

Belirtmek gerekir ki niteliği gereği peşin muhalefetin TTK m. 416 kapsamında oy birliği ile ve tüm pay sahiplerinin katılımı ile gerçekleşen toplantılarda söz konusu olması halinde henüz gündem belli olmadığı için geçersiz olacağı sonucunu doğurabilecektir.

Peşin muhalefetin geçersiz sayılması dava haklarının kısıtlanması anlamına gelip hakkın kullanılması açısından hak sahiplerinin mağduriyetine sebep olacak niteliktedir. İptal davası hakkının kullanılmasında geniş yorumun benimsenmesinin kanunun ruhu ile de uyduğu görüşündeyiz.

Nihayet peşin muhalefete ilişkin HGK'nın benimsediği görüş mehz Alman hukuk doktrininde de kabul görmemektedir. Peşin muhalefetin geçerli olduğu ve dava şartı olarak yerine getirildiği Alman hukukunda da baskın görüştür. Bu yönde uygulamanın da evrileceği öngörülebilir.

KAYNAKÇA

- Arsılanlı H, Anonim Şirketler II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.
- Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.
- Domaniç H, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Göktürk K, “Anonim Şirket Pay Sahipliği Haklarının Kullanılmasında Muhalefet Şartı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 8(2), s. 53-78.
- Hüffer U/Koch J, Aktiengesetz, 17. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2023.
- İmregün O, Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989.
- Kırca İ, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Moroğlu E, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Poroy R/Tekinalp Ü/Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku I, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi, C. 2, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Schäfer C, “Nichtigkeitsgründe” in Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss (eds.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, Band 4, München, 2021.
- Seyman S, “Türk Ticaret Kanunu m. 304- 451” in Kemal Şenocak (ed.) , Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 2, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 2477-2605.
- Şener, O H, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Tüzemen Atik E, “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptalinde ‘Muhalefetin Tutanağa Geçirilmesi’ Koşulu Ve Özellikle ‘Peşinen Muhalefet’in Geçerliliği Sorunu”, Hacettepe HFD, 2022; 12(1), s. 1006-1046.

Yanlı V, “Muhalefetin Tutanağa Geçirilmesi ve Bu İşlemin Zamanı Sorunu -Genel Kurul Kararının İptali Davası Bağlamında-”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, 2021, XXXVII(2), s. 5-36.

Yıldırım A H, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararları Aleyhine Toplantıda Hazır Bulunan Pay Sahibinin İptal Davası Açmasının Şartları ve Özellikle Muhalefet Şerhi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 7(2), s. 383-430.

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN SİLALA NEHRİNİN STATÜSÜ VE KULLANIMI UYUŞMAZLIĞI KARARI

Case Review of Status and Use of the Waters of The Silala of International Court of Justice

Tuba AYDOĞDU ÇİÇEK*

Özet

Uluslararası Adalet Divanı'nın Silala Nehri kararı uluslararası su hukukuna dair önemli ilkelerin ve uygulamaların değerlendirilmesini gerektiren bir karardır. Zira sınır aşan suların kullanımına dair devletler arasında sürekli uyuşmazlık çıkmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünde başvurulmuş kaynaklar, yöntemler ve uygulamalar devletler arası ilişkileri netleştirmektedir. Ancak Uluslararası Adalet Divanı su hukukuna ilişkin olan bu kararda da yine kısıtlı bir karar vermiş ve beklentileri karşılıksız bırakmıştır. Bu sebeple de eleştirilere maruz kalan bir karar olmuştur. Dolayısıyla Mahkemenin özellikle su hukukuna ilişkin kararlarında bazı durumları netleştirmekten kaçınması dikkat çekmektedir. Bu bağlamda ilgili karar değerlendirilmiştir.

Anahtar Kavramlar: 1997 Sözleşmesi, uluslararası su yolu, adil ve makul kullanım, zararları önleme ve kontrol etme yükümlülüğü, bildirme ve danışma yükümlülüğü.

Abstract

The Silala River judgment of the International Court of Justice is a judgment that requires evaluation of important principles and practices of international water law. Because there are constant disputes between states regarding the use of transboundary waters. The resources, methods and practices used in resolving disputes clarify the relations between states. However, the International Court of Justice gave a limited judgment regarding water law and left the expectations unfulfilled. For this reason, it was a judgment that was subject to criticism. Therefore, it is noteworthy that the Court avoids clarifying some situations, especially in its judgments regarding water law. In this context, the relevant judgment was evaluated.

Keywords: 1997 Convention, international watercourse, equitable and reasonable utilization, obligation to prevent and control harm, obligation to notify and consult.

* **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, **e-posta:** tuba.aydogdu@hbv.edu.tr. **ORCID:** 0000-0003-3345-8563.

GİRİŞ

Uluslararası Adalet Divanı'nın küçük bir su kaynağı olan Silala Nehri'ne ilişkin uyuşmazlığı Şili ve Bolivya arasında dava konusu olmuştur. Silala Nehri'nin kullanımı, birtakım diplomatik süreçlerle çözülememiştir. Kıyıdaş devletler olarak Şili ve Bolivya özel şirketlere nehir üzerinde verdikleri kullanımlar ve yaptıkları faaliyetler nedeniyle uzun süreli anlaşmazlık yaşamışlardır. Bu sebeple ortaya çıkan davada uluslararası suyunun kullanımına ilişkin haklar ve yükümlülüklerin belirlenmesi gereği hasıl olmuştur. Bu kapsamda taraflar mahkeme nezdinde birtakım hak ve yükümlülüklerin açıklığa kavuşturulmasını talep etmişlerdir.

Uluslararası su hukukunda yer alan uluslararası su yolu niteliği, adil ve makul kullanım hakkı, bildirim ve danışma yükümlülüğü, zarar vermeme ilkesi gibi önemli ilkelere bu dava kapsamında değinilmiş ancak net olarak kapsamına ve uygulama esaslarına yer verilmemiştir. Dolayısıyla her ne kadar önem arz eden bir dava konusu olsa da Uluslararası Adalet Divanı, bağlayıcı karar vermekten imtina etmiş ve devletlerden işbirliği yoluyla bu ihtilafı çözümlenmesini beklemiştir. Ancak daha önceki örneklerde de olduğu gibi devletler, çıkarları söz konusu olduğunda bunu sağlamakta isteksiz ve başarısız olmuşlardır. Bu sebeple eleştirilen bir karar olmuştur.

I. KARARA İLİŞKİN GENEL BİGİLER

Uluslararası Adalet Divanı¹ Şili ve Bolivya arasında Silala Nehri'nin statüsü ve kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan uyuşmazlığı ²1 Aralık 2022'de karara bağlamıştır. Silala Nehri'nin kaynağı Bolivya topraklarında olup Bolivya'nın Potosí Bölgesi'nde, Şili ile ortak sınırın yaklaşık 0,5 ila 3 kilometre kuzeydoğusunda, yaklaşık 4.300 metre yükseklikte bulunan Güney (Orientales) ve Kuzey (Cajones) sulak alanlarındaki yeraltı suyu kaynaklarından beslenmektedir. Silala Nehri, hem yüzey suyu hem de yeraltı suyu olarak Şili sınırını aşmakta ve suları sınırdan yaklaşık 6 kilometre uzakta San Pedro Nehri'ne boşalana kadar Şili'nin Antofagasta bölgesinde güneybatıya doğru akmaya devam etmektedir.³ Yıllar içinde her iki taraf da Silala sularına ilişkin kullanımlar vermiştir. Silala sularının bu

¹ Bundan sonra UAD olarak kısaltılacaktır.

² ICJ, Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala Case (*Chile v. Bolivia*), Judgement Merits, 1 December 2022.

³ Silala Case, para. 28.

kullanımı, 1906 yılında Antofagasta (Şili) ve Bolivya Demiryolu Şirketi Limited Şirketi'nin (Ferrocarri de Antofagasta a Bolivia-FCAB) Şili liman kenti Antofagasta'ya hizmet veren içme suyunun akışını artırmak amacıyla Şili Hükümeti'nden kullanım hakkı almasıyla başlamıştır. İki yıl sonra, 1908'de FCAB, Antofagasta-La Paz demiryolunu işleten lokomotiflerin buhar motorlarının tedariki amacıyla Bolivya Hükümeti'nden de kullanım hakkı almıştır. FCAB, 1909 yılında Bolivya topraklarında, sınırdan yaklaşık 600 metre uzakta 1 numaralı su girişini inşa etmiştir. 1910 yılında, 1 No'lu Giriş'ten FCAB'nin Şili'deki su depolarına giden boru hattı resmi olarak işletmeye alınmıştır. Bununla birlikte 1928'de FCAB Bolivya'da kanallar inşa etmiştir. Bolivya'ya göre bunun amacı, Silala'nın Şili'ye yüzey akışını artıran çevredeki kaynaklardan ve *bofedales*lerden ⁴yapay olarak su çekmekti. 1942'de de Şili topraklarında uluslararası sınırdan yaklaşık 40 metre uzakta ikinci bir su alma ve boru hattı inşa edilmiştir.⁵

7 Mayıs 1996'da Bolivya Dışişleri Bakanı, Şili'nin Bolivya'nın kanallarla su yönlendirmesi yaptığı yönündeki iddialarına cevap vermiş ve Silala'nın uluslararası karakterine ilişkin teknik rapora göre, Silala'nın Bolivya topraklarından doğan ve daha sonra Şili topraklarına akan bir nehir olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, Bolivya'nın Karma Sınır Komisyonu'nun 1992, 1993 ve 1994 yıllarında gerçekleştirdiği saha çalışmalarında da teyit edildiği üzere “su yönlendirmesi”nin bulunmadığı, Şili'nin zararına bir kullanımda bulunulmadığı vurgulanmıştır.⁶

14 Mayıs 1997 tarihinde, Potosí Bölgesi Yönetimi, 71/97 sayılı İdari Karar ile, 1908 yılında Silala'nın kaynak sularının işletilmesi için FCAB'ye verilen kullanım hakkının amacının buharlı lokomotiflerin kullanılması olduğunu ve buharlı lokomotiflerin artık kullanılmaması ve şirketin artık “Bolivya topraklarında aktif bir şirket” olarak var olmaması nedeniyle hakkın iptal edildiğini açıklamıştır.⁷

1999 yılına gelindiğinde Silala'nın statüsü ve sularının niteliği taraflar

⁴ Kültürel bir terim olmakla beraber, Bofedales, Kolombiya ve Venezuela'dan Patagonya'ya kadar And Dağları boyunca yaklaşık 3200 ila 5000 m arasında dağılmış, azonal yüksek And sulak alanları olarak tanımlanmıştır. Bkz: White-Nockleby, C., Prieto, M., Yager, K. Meneses, R.I. (2021) Understanding Bofedales as Cultural Landscapes in the Central Andes. Wetlands, 41(102) s. 1.

⁵ Silala Case, para. 29.

⁶ Silala Case, para. 30.

⁷ Silala Case, para. 31.

arasında bir tartışma konusu haline gelmiştir. Özellikle, 3 Eylül 1999'da Bolivya Dışişleri Bakanlığı'nın, La Paz'daki Şili Başkonsolosluğu'na gönderdiği diplomatik notaya göre, 1908'de FCAB'ye verilen imtiyazın Bolivya tarafından iptal edilmesine rağmen, Şirket, Silala'nın kaynak sularını kullanmaya devam etmektedir. Bu iddiaya müteakip Bakanlık tarafından konunun özel alanda kaldığı ve bu nedenle Bolivya'nın yetkisi altında olduğu ifade edilmiştir.⁸ Yanıt olarak Şili, Silala Nehri'nin uluslararası su yolu niteliğini Bolivya'nın da hiçbir zaman reddetmediğini, Bolivya Su Kaynakları Müfettişliği tarafından yapılacak herhangi bir ihale çağrısında “bu paylaşılan su kaynağının uluslararası doğasının” ve “Şili'nin mansap hattı üzerindeki egemenlik sıfatıyla haklarının dahil edilmesi” ihtiyacının akılda tutulması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca 14 Ekim 1999 tarihli bir Nota ile La Paz'daki Şili Başkonsolosluğu, Bolivya Su Kaynakları Müfettişi'nin, Şili Cumhuriyeti'nin söz konusu su kaynağı üzerindeki meşru haklarını ve çıkarlarını koruyan uluslararası hukukun açık ilkelerini göz ardı ederek, Silala Nehri'nin sularının ihalesi sürecinin yürütülmesinde ısrar ettiğini ifade etmiştir.⁹ Bolivya Dışişleri Bakanlığı yukarıdaki yazışmalara 16 Kasım 1999 tarihli bir diplomatik notayla yanıt vermiştir. Uluslararası hukukun kural ve ilkeleri tarafından tanınan bölgesel egemenliğin tam olarak kullanılması anlamında Silala sularının Bolivya'nın ulusal hukuk sistemi tarafından yönetildiğini vurgulamıştır. Bakanlığa göre Silala suları, Bolivya topraklarında oluşmuş olup Bolivya'nın 1908'de verdiği kullanım hakkı sonucunda hak sahibi şirketin yaptığı kanalizasyon çalışmaları olmasaydı da aynı topraklarda tüketilecekti.¹⁰ Nisan 2000'de Bolivya, Bolivyalı bir şirket olan DUCTEC'e, Silala sularının ticarileştirilmesine izin veren bir kullanım hakkı vermiştir. Bu şirket ise daha sonra Şili topraklarındaki Silala sularını kullanmaları için iki Şilili şirkete fatura kesmeye çalışmıştır. Şili, Silala'nın uluslararası niteliğini ve Şili'nin Silala Nehri üzerindeki haklarını göz ardı ettiği gerekçesiyle kullanım hakkını protesto etmiştir.¹¹

İki Taraf, 2010 yılına kadar olan dönemde “Silala sularının ‘akılcı ve sürdürülebilir yönetimi’” konusunda ikili bir anlaşmaya varmaya çalışmıştır. Bu dönemde, Silala sorununa ilişkin ikili bir Çalışma Grubu, Silala sularının doğasını, kökenini ve akışını belirlemek için ortak teknik ve bilimsel çalışmalar

⁸ Silala Case, para. 32.

⁹ Silala Case, para. 33.

¹⁰ Silala Case, para. 34.

¹¹ Silala Case, para. 35.

yapmıştır. Hatta 2009’da iki taslak anlaşma hazırlanmış ancak hiçbir zaman imzalanmamıştır.¹² Son olarak Şili, Mahkemeden Silala Nehri’nin uluslararası bir su yolu olarak niteliği ve Şili’nin kıyıdaş bir devlet olarak hakları” konusunda karar talep etmeye karar verdiğini belirtmiştir. Bolivya Devlet Başkanı Evo Morales 2016 yılında Şili’yi, Bolivya’ya tazminat ödemediği Silala sularını hukuka aykırı olarak kullanmakla suçlamış, Silala’nın uluslararası bir nehir olmadığını belirtmiş ve anlaşmazlığı UAD önüne taşıma niyetinde olduğunu ifade etmiştir. Bu duruma binaen Şili, 6 Haziran 2016’da Bolivya’ya karşı UAD önünde dava açmıştır.¹³

II. ESAS HAKKINDA YARGILAMA

A. Tarafların İddiaları

Tarafların karşılıklı talepleri yargılama süresince şekillenmiş olup daha sonra detaylandırılacağından burada özetle şu şekilde ifade edilmesi gereği hasıl olmuştur:

Şili beş temel iddiayı Mahkeme’ye sunmuştur. Buna göre Şili, özetle, Silala Nehri’nin uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına tabi bir uluslararası su yolu olduğunun tespitini, Şili’nin Silala Nehri sularından adil ve makul şekilde yararlanma hakkı olduğunun tespitini, Şili’nin halihazırda Silala Nehri sularını kullanma hakkını uluslararası hukuka uygun olarak icra ettiğinin tespitini, Bolivya’nın Silala Nehri çevresindeki faaliyetlerinden kaynaklanan zararları önleme ve kontrol etme yükümlülüğü olduğunun tespitini, Bolivya’nın olumsuz etki yaratabilecek tedbirlere ilişkin bildirimde bulunma ve danışma yükümlülüğü olduğunun tespitini talep etmektedir.

Buna karşılık Bolivya da yukarıdaki iddialara yargılama sürecinde cevaplar vermekle birlikte karşı iddialarda da bulunmuştur. Buna göre Bolivya, özetle, Bolivya’nın kendi topraklarında kurulu yapay kanallar ve drenaj mekanizmaları üzerinde egemenliği olduğunun tespitini, Bolivya’nın, kendi topraklarında tasarlanan, geliştirilen veya üretilen Silala sularının “yapay” akışı üzerinde egemenliğinin söz konusu olduğunun tespitini ve mevcut geliştirilmiş akışın sürdürülmesine ilişkin koşullar ve yöntemler ile bunun için Bolivya’ya ödenecek tazminatın, iki devlet arasında müzakere edilecek bir anlaşmanın konusu olması gerektiğinin tespitini talep etmiştir.

¹² Silala Case, para. 36.

¹³ Silala Case, para. 37.

B. Kabul Edilebilirliğe ve Divanın Yargı Yetkisine İlişkin Durum

UAD'nin bu uyuşmazlık bakımından yargı yetkisine ilişkin Şili'nin iddiası dışında bir itiraz bulunmamaktadır. Zira mahkemenin yargı yetkisi Şili ve Bolivya'nın da taraf olduğu 30 Nisan 1948 tarihinde imzalanan "Bogotá Paktı" olarak da adlandırılan Pasifik Yerleşimine İlişkin Amerika Antlaşması'nın¹⁴ XXXI. maddesine dayanmaktadır. Bu maddeye göre, "Uluslararası Adalet Divanı Tüzüğü'nün 36. maddesinin 2. paragrafına uygun olarak, Yüksek Sözleşmeci Taraflar, diğer herhangi bir Amerikan Devletiyle ilgili olarak Divan'ın, işbu Antlaşma yürürlükte olduğu sürece herhangi bir özel anlaşmaya gerek kalmaksızın, aşağıdakilerle ilgili olarak aralarında ortaya çıkan hukuki nitelikteki tüm anlaşmazlıklarda, ipso facto zorunlu olarak yargı yetkisi olduğunu beyan ederler:

a) Bir andlaşmanın yorumlanması;

b) Uluslararası hukukla ilgili herhangi bir sorun;

c) Tespit edilmesi halinde uluslararası bir yükümlülüğün ihlalini teşkil edecek herhangi bir olgunun varlığı;

d) Uluslararası bir yükümlülüğün ihlali nedeniyle yapılacak tazminatın niteliği veya kapsamı."

Söz konusu madde ve huzurda mevcut bir uyuşmazlığın bulunması nedeniyle Mahkeme bu uyuşmazlık bakımından yargı yetkisinin olduğuna karar vermiştir.¹⁵ Bolivya'nın egemenlik iddiasına ilişkin karşı iddiası konusunda da Mahkeme yargı yetkisi olduğu kanaatine varmıştır.¹⁶ İçtüzüğün 80. maddesinin 1. paragrafına göre, "Mahkeme, yalnızca Mahkemenin yargı yetkisine girmesi ve diğer tarafın iddiasının konusuyla doğrudan bağlantılı olması durumunda karşı davayı dikkate alabilir" demektedir. Mahkeme daha önce bu iki gerekliliği "karşı iddianın kabul edilebilirliği" ile ilgili olarak nitelendirmiş ve "kabul edilebilirlik" teriminin "hem yargı yetkisi gerekliliğini hem de doğrudan bağlantı gerekliliğini kapsayacak şekilde" anlaşılması gerektiğini açıklamıştır.¹⁷ Bu kapsamda Mahkeme, bu davada karşı iddiaların

¹⁴ American Treaty on Pacific Settlement (Pact of Bogota), 6 May 1949, (No: 449) Birleşmiş Milletler Antlaşmalar Serisi (United Nations Treaty Series/UNTS) için bkz. < <https://treaties.un.org/> > s.e.t.: 01.11.2023.

¹⁵ Silala Case, para. 39.

¹⁶ Silala Case, para. 136.

¹⁷ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*

hem fiilen hem de hukuken esas iddiaların konusuyla doğrudan bağlantılı olduğu kanaatinde olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, iddiaların aynı olgusal kompleksin bir parçasını oluşturduğunun da açıkça görüldüğünü kabul etmektedir.¹⁸ Benzer şekilde, her iki tarafın ilgili iddiaları, iki devlet arasında Silala Nehri sistemine ilişkin hukuki ilişkilerde örf ve adet hukuku kurallarının belirlenmesi ve uygulanmasına ilişkindir. Mahkeme aynı zamanda Bolivya'nın karşı iddialarının yalnızca Şili'nin iddialarına savunma olarak sunulmadığı, ayrı iddialar ortaya koyduğu görüşünde olduğunu da ifade etmiştir.¹⁹

C. Uluslararası Adalet Divanı'nın Esasa İlişkin Değerlendirmeleri

UAD tarafların iddialarının sadece iki tanesini hükme bağlamıştır. Bu kapsamda aşağıda ayrı başlıklar altında taleplerin kısa özetlerine ve değerlendirilmesine yer verilmiştir.

1. Şili'nin İddiaları

Şili'nin toplamda beş iddiası bulunmaktadır. Sadece danışma ve işbirliği yükümlülüğüne ilişkin iddiası hükme bağlanmıştır.

a. Silala Nehri'nin uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına tabi bir su yolu olduğu iddiası

Şili, Mahkemeden, “Silala Nehri sisteminin, sistemin yer altı bölümleriyle birlikte, kullanımı uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına tabi olan uluslararası bir su yolu olduğu” yönünde hüküm vermesini ve beyan etmesini talep etmektedir.

Bolivya, ilk aşamada, Silala'nın bütünüyle uluslararası örf ve adet hukuku kapsamında uluslararası bir su yolu olarak nitelendirildiği iddiasına karşı çıkmıştır. Zira Bolivya'ya göre uluslararası su yollarına uygulanan uluslararası örf ve adet hukuku kuralları yalnızca su yollarının doğal akışı için geçerlidir ve yapay akış bu kuralların dışındadır.²⁰ Daha sonra gelen uzman raporları ışığında Bolivya, Silala Nehri'nin hem doğal hem yapay kısımlarının

and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Counter-Claims, Order of 18 April 2013, I.C.J. Reports 2013, p. 208, para. 20.

¹⁸ Silala Case, para. 136.

¹⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Counter-Claims, Order of 17 December 1997, I.C.J. Reports 1997, p. 256, para. 27*

²⁰ Silala Case, para. 52.

uluslararası örf adet hukuku kuralına tabi olduğu kabulünü benimsemiştir.²¹

Sonuç olarak Mahkeme Şili'nin söz konusu iddiasına ilişkin olarak sözlü yargılamalar esnasında Bolivya'nın bir itirazı olmadığı tespitinde bulunarak mahkemenin esas hakkında karar vermesi gerekmediği kanaatine varmıştır.²²

Mahkeme yaptığı incelemede uyuşmazlık taraflarının sınıraşan suların kullanımı ve korunmasına ilişkin anlaşmazlıklarla ilgili çoğu davadan farklı olarak, mevcut davada Silala Nehri sisteminin statüsünü düzenleyen genel veya özel hiçbir anlaşmanın mevcut olmadığını belirlemiştir. Bu nedenle Mahkeme'nin, uluslararası su yolunun tanımına ilişkin uygulanabilir uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını veya genel uluslararası hukuk kurallarını belirlemesi gerekmiştir.²³ Dolayısıyla Mahkeme mevcut uyuşmazlıkta hak ve yükümlülüklerin uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına tabi olarak ortaya konulması gerektiği kanaatine varmıştır.²⁴ Öğretide de 1997 tarihli Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Kanununa İlişkin Sözleşme'nin²⁵, en başından beri, tüm devletler için bağlayıcı olan uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını kodifiye ettiği kabul edilmektedir.²⁶ Bu bağlamda Şili, 1997 Sözleşmesi'nin 2(a) ve (b) maddelerinde yer alan “su yolu” ve “uluslararası su yolu”(international watercourse) tanımının, uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olduğunu ve doğal ve yapay niteliklere bakılmaksızın Silala Nehri'nin uluslararası bir su yolu olduğunun tespit edilmesi gerekliliğini ileri sürmüştür.²⁷ Bu maddelerde su yolu ve uluslararası su yolu tanımları şu şekildedir: “Su yolu, fiziksel ilişkileri nedeniyle tek bir bütün oluşturan ve normal olarak

²¹ Silala Case, para. 53.

²² Silala Case, para. 59.

²³ Kong, L. (2020). The dispute over the status and use of the waters of the silala case and the customary rules on the definition of international watercourse. Review of European, Comparative & International Environmental Law, 29(3), 322-335, 331.

²⁴ Silala Case, para. 54.

²⁵ Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, New York, 21 May 1997, (No. 52106). (Bundan böyle “1997 Sözleşmesi” olarak anılacaktır) Türkiye söz konusu sözleşmenin ısrarlı itirazcısı olarak yer almıştır. Zira sözleşmede belirlenen hakların istismara yol açabilen nitelik taşıması ve Türkiye tarafından yürütülecek projelerin olumsuz olarak etkilenebileceği fikrinden hareketle Türkiye'nin taraf olmadığı Sözleşme'ye 43 ülke taraftır. Türkiye bakımından bu Sözleşme'ye taraf olmak AB'ye üyelik koşulu olarak belirlenmiştir. Bkz: Tuna, M., & Demir, E. (2022). Sınıraşan Sular ve Türkiye. *Journal of Academic Social Science Studies*, 15(91), 439–456, s. 447.

²⁶ Gabcikovo-Nagymaros Project (Hung./Slovk.), Judgment, 1997 I.C.J. 7, para. 85 (Sept. 25)

²⁷ Silala Case, para. 50.

ortak bir terminale akan yüzey suları ve yeraltı sularından oluşan bir sistem” anlamına gelmektedir. “Uluslararası su yolu” ise “*bir kısmı farklı devletlerde bulunan su yolu*” anlamına gelmektedir.²⁸ Mahkeme kararında ise “uluslararası su yolu sistemi” kavramı yer almakta olup dikkat çekmektedir. Zira Mahkeme kararında uluslararası su yolu değil su yolu sistemi olarak ele alınmıştır. Burada uluslararası su yolu sistemi ile kastedilen, bir bölgede bulunan ve birbirleriyle bağlantılı olan bütün su yollarının birlikte değerlendirilmesidir. Bu kapsamda, bağlantılı sulardan birinden yararlanılması diğerini de etkilemekte olup bu kavram tüm su yolları türlerini içinde barındırmaktadır.²⁹ Mahkeme, hem yapay olarak geliştirilmiş yüzey akışlarından hem de yeraltı sularından oluşan Silala su sisteminin birliğini kabul etmiştir. Dolayısıyla uluslararası bir su yolu olarak Silala’nın, bütünüyle uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına tabi olduğundan bahsedilebilir. Bu yönüyle söz konusu kararın, uluslararası su hukukunun Silala sularına uygulanabilirliği konusundaki şüpheleri ortadan kaldırdığı ifade edilebilir.³⁰ Ancak Mahkeme bu önemli konulara değinmesine rağmen bir tespitte bulunmaktan kaçınmıştır.³¹

Öğretide uluslararası su yolu kavramını belirlerken bazı kriterlerin de değerlendirilmesinin faydalı olacağı öne sürülmüştür: (i) uluslararası bir su yolu olarak kabul edilebilmesi için, su yolunun bazı kısımlarının farklı devletlerde bulunması gerekir; (ii) uluslararası su yolu paylaşılan bir doğal kaynaktır ve su yolu devletleri bir haklar ve çıkarlar topluluğu ilişkisi içindedir; (iii) su yolunun uluslararası karakteri, su yolu sularının kullanımının birbirini etkilemesi anlamında görecelidir; (iv) uluslararası bir su yolu entegre bir şekilde yönetilmelidir; (v) uluslararası ve yerel su yolları arasındaki ayrım objektif bir test olmalı ve ilgili tüm faktörlerin bir bütün olarak dikkatli bir şekilde değerlendirilmesine dayanmalıdır.³² Bu kriterler ve Silala Nehri’nin özellikleri de göz önüne alındığında, nehrin uluslararası su yolu niteliğini haiz olduğu kanaatine varılabilir.

²⁸ 1997 Sözleşmesi, madde 2/a-b.

²⁹ Pazarıcı, H. (2017) Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 268.

³⁰ Rossi, C.R. (2017) The Transboundary Dispute over the Waters of the Silala/Siloli: Legal Vandalism and Goffmanian Metaphor, *Stanford Journal of International Law*, 53(1), 55-87, 75.

³¹ Kebebew, T.D. (2023) Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chilev Bolivia): Is the International Court of Justice falling short? *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 32(2), 371-375, 372.

³² Kong, 2020, 332.

Yapay kanalların uluslararası su yolu sistemi tanımını bakımından arz ettiği nitelik tartışmalıdır. Bu sebeple devlet uygulamalarına ilişkin bir inceleme yapılması yerinde olacaktır. Devlet uygulamaları incelendiğinde ise su yolu sistemleri tanımının yapay kanalları içerip içermediğine dair açıkça belirlenmiş bir geleneksel kuralın mevcut olmadığı görülmektedir.³³ Silala davasındaki sular gibi, su akışlarının veya akışlarının tek taraflı olarak tek bir devlet tarafından veya ilgili devletler tarafından ortaklaşa olarak yapay olarak yönlendirilmesi olağan bir durumdur. Bu şekilde su akışının yönlendirilmesi, daha önce tamamen bir devletin toprakları içinde bulunan suların sınırı geçmesine ve başka bir devletin topraklarına girmesine neden olmaktadır. Ancak bu durumun, uluslararası hukukta suların statüsünün yapay yollarla değiştirildiğini tespit etmek için tek başına yeterli olmadığı görüşü öğretide hakimdir.³⁴

Silala kararı, yukarıda bahsedilen tartışmalı durumlar bakımından önem ifade etmektedir. Zira burada uygulanan uluslararası hukuk, üç temel ilkeye ve bu ilkelerin gerçekleştirilmesine yönelik bir dizi usul mekanizmasına dayanmakta olup bunların tümü uluslararası örf ve adet hukuku kuralları kapsamında tanınmıştır ve bu kurallar 1997 Sözleşmesi ile kodifiye edilmiştir.³⁵ Şili'nin diğer iddiaları kapsamında bu ilkelere yer verilecektir.

b. Şili'nin Silala Nehri sisteminin sularından adil ve makul şekilde yararlanma hakkı olduğu iddiası

Şili, Mahkeme'den, “Şili'nin ve Bolivya'nın uluslararası örf ve adet hukuku kuralları uyarınca, Silala Nehri sisteminin sularından adil ve makul bir şekilde yararlanma hakkına sahip olduğu” yönünde hüküm vermesini ve devletler arasında hukuki kesinliğin sağlanması gereğini talep etmiştir. Ayrıca Şili, Silala Nehri sistemi sularının adil ve makul kullanım ilkesi kapsamındaki hakkının, Silala nehrinin akışının bir kısmının “yapay olarak geliştirilmesi” gerçeğinden etkilenmediğini ileri sürmüştür.³⁶

Buna karşılık Bolivya ilk aşamada adil ve makul yararlanma hakkının sadece doğal kısmı kapsadığını iddia etse de söz konusu hakkın iki taraf için

³³ Kong, 2020, 333.

³⁴ Kong, 2020, 333.

³⁵ Vucic, M. (2017). Silala Basin Dispute Implications for the Interpretation of the Concept of International Watercourse. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade International Edition*, 91-111, 95.

³⁶ Silala Case, para. 60-61.

de doğal/yapay ayırımına gidilmeksizin hepsini kapsadığı sonucuna varmış olduğundan Mahkeme bu iddia konusunda da bir uyuşmazlık olmadığı zira tarafların iradesinin uyuştugu ve karar verilmesi gerekmediği sonucuna varmıştır.³⁷ Ancak bu karar vermeme iradesi, Bolivya'nın, Şili'nin mevcut kullanımının adil ve makul yararlanma ilkesine uygun olduğunu kabul ettiği anlamını taşımayabileceğinden yerinde görülmemektedir.³⁸ UAD, Silala Nehri Davası da dahil olmak üzere Divan'a götürülen uyuşmazlıklarda, tarafların kararı kendi aralarında müzakere etmesine bırakarak, her devletin adil kullanım ilkesi kapsamındaki payını belirlemeyi reddetmiştir.³⁹

1997 Sözleşmesi, uluslararası su hukukuna ilişkin örf ve adet hukuku kurallarını yansıttığı kabul edilen üç temel ilkeyi ortaya koymaktadır.⁴⁰ Adil kullanım ilkesi ise bu ilkelere biridir. Bu ilkenin temeli, bir su havzasındaki her egemen devletin, havzanın ortak su kaynaklarını kullanma konusunda eşit hakka sahip olmasıdır; ancak bu durumda hak eşitliğinin, kullanım eşitliği anlamına gelmeyeceğine dikkat edilmelidir.⁴¹ Adil kullanım ilkesi kıyıdaş devletlerin temel hakkı olarak kabul edilmektedir. Ancak Mahkeme ihtilafın asıl noktasına, yani her bir devletin Silala sularından adil ve makul payının ne olduğuna ulaşmayı reddetmiştir. Mahkemenin bir su anlaşmazlığının gerçek esasına karar verme konusunda isteksiz olması uluslararası toplum için önemli bir kayıptır.⁴² Zira bu ilke zarar vermeme ilkesinin özünü yansıtmakta olup hangi zararın kabul edilebilir zarar olduğu değerlendirmesinin yapılmasını sağlamaktadır. Buna ek olarak işbirliği yükümlülüğünün de amacını oluşturduğundan yol gösterici bir ilke olarak kabul edilmektedir.⁴³

1997 Sözleşmesi ve Berlin Kuralları'nın⁴⁴ her biri, adil kullanımın ne

³⁷ Silala Case, para. 64-65.

³⁸ Kebebew, 2023, 373.

³⁹ Bkz. Arg. v. Uru., 2010 I.C.J. 14; Hung./Slovk., 1997 I.C.J. 7.

⁴⁰ McCaffrey, S. (2019) The Law of International Watercourses, Oxford University Press, 3rd Edition, 430-431.(Diğer ilkeler ilgili başlıklarda değerlendirilecektir)

⁴¹ McIntyre, O. (2007) Environmental Protection of International Watercourses Under International Law, 1st Edition, London, 76 vd.

⁴² Dellapenna, J. W. (2023). The dispute over the status and use of the silala river (chile v. bolivia): the international court of justice again declines to apply international water law. Wyoming Law Review, 23(2), 73-102, 94.

⁴³ Leeb, C. (2013) Cooperation in the Law of Transboundary Water Resources, Cambridge University Press, 105.

⁴⁴ International Law Association, Berlin Conference (2004), Water Resources Law, < https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA/ILA_Berlin_Rules-2004.pdf

olduğunun belirlenmesinde dikkate alınması gereken faktörlerin bir listesini sağlamaktadır.⁴⁵ Dolayısıyla Mahkeme'nin bu kriterlere başvurmayı göz ardı ettiği söylenebilir.

Son olarak adil ve makul kullanım hakkına ilişkin sınıra da bu hakkın çerçevesini çizmek amacıyla değinilebilir. Bu bağlamda her kıyıdaş devletin, sınıraşan suları kullanırken, diğer kıyıdaş devletlerin su kullanımlarına makul olmayan zarar vermeme yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmelidir.⁴⁶

Silala Nehri Davası özelinde değerlendirmek gerekirse, yargılamalar sürecinde, her iki devletin de bu ilkeyi yol gösterici kural olarak benimsediği ve bu sebeple de UAD'nin karar vermektan imtina ettiği yönünde görüşler mevcuttur.⁴⁷

c. Şili'nin Silala Nehri sisteminin sularını kullanma hakkının mevcut olduğu iddiası

Şili, Mahkeme'den "adil ve makul kullanım standardı uyarınca, Şili'nin Silala Nehri sularından mevcut yararlanma hakkına sahip olduğu" yönünde hüküm vermesini talep etmiştir. Zira Şili'nin, Silala sularının geçmiş ve şimdiki kullanımının adil ve makul kullanım ilkesiyle tutarlı olduğunu iddia etmiştir. Bolivya'nın telafi edici kullanımlarının bulunmadığına işaret eden Şili, aşağı kıyıdaş devlet olarak, Bolivya'dan Şili'ye sınırı geçen akışın geçmiş ve şimdiki kullanımının Bolivya karşısında adil ve makul olduğunu da ifade etmiştir.⁴⁸

Mahkeme, Şili'nin yargılamanın sonraki aşamalarında yaptığı ve söz konusu iddiasının yalnızca Silala sularının mevcut kullanımının uygun olduğunu gösteren bir beyan istediğini vurguladığı çeşitli beyanlarını dikkate almıştır. Bu kapsamda adil ve makul kullanım ilkesi çerçevesinde

> s.e.t: 24.11.2023.(Bundan sonra Berlin Kuralları olarak anılacaktır.) Berlin Kuralları, bağlayıcılığı haiz olmasa da sınıraşan sularla ilgili prensipler hususunda gelecek yıllarda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara bir rehberlik etmesi bakımından önem arz etmektedir. Bkz: Tuna & Demir, 2022, 447.

⁴⁵ 1997 Sözleşmesi, madde 6; Berlin Kuralları, madde 13.

⁴⁶ Stephen M. Schwebel (Special Rapporteur), Third Report on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, U.N. Doc. A/CN.4/348 (Dec. 11, 1981) s. 74.

⁴⁷ Dellapenna, J. W. (2023). The dispute over the status and use of the silala river (chile v. bolivia): the international court of justice again declines to apply international water law. Wyoming Law Review, 23(2), 73-102, 93-94.

⁴⁸ Silala Case, para. 66.

ve gelecekteki kullanım hakkının Bolivya'nın haklarına hanel getirmeyeceği kabul edilmiştir. Ayrıca Şili, kanalların ve tesislerin sökülmesi sebebiyle akışın azaltılmasının kendi hakkaniyetli ve makul kullanım hakkını tek başına ihlal etmeyeceğini de çeşitli vesilelerle vurgulamıştır. Bolivya tarafından daha önce de bahsedildiği gibi Şili'nin kullanım hakkının olduğu kabulü sebebiyle bu iddia bakımından da Mahkeme karar verilecek bir uyuşmazlığın olmadığı sonucuna varmıştır.⁴⁹

d. Bolivya'nın Silala Nehri sistemi çevresindeki faaliyetlerinden kaynaklanan zararları önleme ve kontrol etme yükümlülüğü olduğu iddiası

Şili, Mahkeme'den "Bolivya'nın, Silala Nehri çevresindeki faaliyetlerinden dolayı Şili'ye verilen kirliliği ve diğer zarar türlerini önlemek ve kontrol etmek için uygun tüm önlemleri alma yükümlülüğüne sahip olduğu" yönünde hüküm vermesini ve beyan etmesini talep etmiştir. Buna ek olarak Şili, "Bolivya'nın iş birliği yapma ve Şili'deki Silala Nehri sisteminin sularının kullanımına yönelik sınır ötesi zararları önleme yükümlülüğü altında olduğunu" öne sürmüştür.⁵⁰ Şili bu iddiasını ise 1997 Sözleşmesi'nin 7. maddesine⁵¹ dayandırmaktadır. Zira bu maddede, su yolu devletlerinin, kendi topraklarında uluslararası bir su yolunu kullanırken, diğer su yolu devletlerine ciddi zarar verilmesini önlemek için gerekli tüm önlemleri alacakları düzenlenmiştir. Şili bu yükümlülüğün, bilgilendirme ve bilgi alışverişinde bulunma görevinin yanı sıra çevresel etki değerlendirmesi yapma görevini de kapsadığını ifade etmiştir.⁵²

Mahkeme, Bolivya'nın yargılama sürecindeki tutumundan tarafların sınıraşan zararın önlenmesine ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kuralına bağlı oldukları konusunda anlaşmış olduklarını gözlemlemiştir. Ayrıca tarafların bu yükümlülüğün, doğal olarak akıp akmadığına veya "yapay olarak

⁴⁹ Silala Case, para. 72-76.

⁵⁰ Silala Case, para. 77.

⁵¹ 1. Suyolu devletleri, kendi topraklarında uluslararası bir su yolunu kullanırken, diğer su yolu devletlerine ciddi zarar verilmesini önlemek için gerekli tüm önlemleri alacaklardır.

2. Yine de başka bir su yolu devletine ciddi zarar verilmesi durumunda, kullanımı bu tür zarara neden olan devletler, bu tür bir kullanıma yönelik bir anlaşmanın bulunmaması halinde, 5. ve 6. madde hükümlerini dikkate alarak, etkilenen devletle istişarede bulunarak söz konusu zararı ortadan kaldırmak veya hafifletmek ve uygun olduğu hallerde tazminat konusunu görüşmek de dahil tüm uygun tedbirleri alacaklardır.

⁵² Silala Case, para. 78.

zenginleştirilmiş” olmasına bakılmaksızın Silala suları için geçerli olduğu konusunda mutabakata vardığını da beyan etmiştir. Tarafların ayrıca, sınıraşan zararı önleme yükümlülüğünün bir sonuç yükümlülüğü değil, bir davranış yükümlülüğü olduğu ve diğer kıyıdaş devletlere bilgi verilmesini, onlarla bilgi alışverişini ve çevresel etki değerlendirmesinin yapılmasını gerektirebileceği konusunda da mutabakata vardıklarını aktarmıştır.⁵³

Mahkeme, tarafların, sınıraşan zararın önlenmesine yönelik yükümlülüğün uygulanmasına ilişkin eşik üzerinde anlaşıp anlaşmadıklarının muğlak olduğunu belirtmiştir. Bolivya, sınıraşan zararları önlemek için gerekli tüm tedbirleri alma yükümlülüğünün yalnızca “önemli” zarara neden olunması durumunda geçerli olduğu konusunda ısrar ederken Şili'nin bazı açıklamalarında daha düşük bir eşiği işaret ettiğinin anlaşılacağı ifade edilmiştir.⁵⁴ Ancak Mahkeme, tarafların nihai beyanlarının aralarındaki anlaşmazlığı yansıtıp yansıtmadığını, tarafların iddialarını bir bütün halinde dikkate alarak yorumlayabileceğini ifade etmiştir.⁵⁵ Şili'nin hem yazılı savunmalarında hem de sözlü yargılama sırasında önleme yükümlülüğünün uygulanmasında eşik olarak “ciddi zarar” terimini defalarca kullandığı tespit edilmiştir. Mahkeme ayrıca, Şili'nin ne yazılı ne de sözlü savunmasında Mahkeme'den “ciddi zarar” eşiğinden daha düşük bir eşik uygulamasını talep etmediğini belirtmektedir. Mahkeme, Şili'nin değişen terminolojisinin, aksi yönde daha spesifik göstergeler olmadığı sürece, Bolivya tarafından öne sürülen ve bizzat Şili tarafından defalarca kullanılan “önemli sınıraşan zarar” eşiğiyle esasta bir anlaşmazlığı ifade ettiği şeklinde yorumlanamayacağı görüşündedir ve dolayısıyla burada da bir uyuşmazlık bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁵⁶

Uluslararası hukukta zarar vermeden kullanma yükümlülüğüne Trail Smelter Tahkimi'nde yer verilmiş olup bu yükümlülük örf ve adet hukuku kuralı olarak kabul edilmektedir: “*Uluslararası hukuk ilkeleri çerçevesinde, . . . Hiçbir Devletin kendi topraklarını zarara yol açacak şekilde kullanma veya kullanılmasına izin verme hakkı yoktur. . . bir başkasının topraklarında... zararın ciddi sonuçlar doğurduğu ve zararın açık ve ikna edici delillerle*

⁵³ Silala Case, para. 83.

⁵⁴ Silala Case, para. 84.

⁵⁵ *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 263, para. 30-31

⁵⁶ Silala Case, para. 85-86.

kanıtlandığı durumlarda.”⁵⁷ Bununla birlikte zarar vermeme kuralının, bir su yolu devletin planlanan kullanımının makul ve hakkaniyete uygun payını aşması durumunda geçerli olduğu da ifade edilmektedir.⁵⁸

Zarar vermeme kuralı aslında yalnızca önemli zararı yasakladığından, kural, bir kullanımın koşullar altında makul olup olmadığını, diğer bir deyişle kullanımın hakkaniyete uygun bir kullanımı temsil edip etmediğinin belirlenmesini gerektirmektedir.⁵⁹ Bu kapsamda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun⁶⁰ 7. maddeye yaklaşımının üç sonuca dayandığı söylenebilir. Birincisi, zararın tek odak noktası olduğu durumlarda 5. madde tek başına yetersiz kalmaktadır. İkincisi, devletlerin bir su yolunu ciddi zarara yol açmayacak şekilde kullanmak için gereken özeni göstermesi gerekmektedir. Üçüncüsü ise, bir faaliyetin ciddi zarar içermesi gerçeğinin, tek başına, o faaliyetin yasaklanması için bir temel teşkil etmemektedir. Yine de bazı durumlarda, uluslararası bir su yolunun “adil ve makul kullanımı” başka bir su yolu devletine ciddi zarar verebilir. Dolayısıyla bu gibi istisnai durumlarda, hakkaniyete uygun ve makul kullanım ilkesi, söz konusu çıkarların dengelenmesinde yol gösterici kriter olmaya devam etmektedir.⁶¹ Zaten uluslararası bir su yolunun kullanılmasında önemli bir zararın meydana gelmeyeceğini garanti etmek amaçlanmamaktadır.⁶² Burada bahsedilen yükümlülük bir sonuç yükümlülüğü değil, bir davranış yükümlülüğüdür. Yükümlülüğün gerektirdiği şey, kullanımı ciddi zarara neden olan bir su yolu devletin, yalnızca ciddi zarara yol açmamak için gerekli özeni gösterme yükümlülüğünü yerine getirmesidir.⁶³ UAD, 7. maddedeki özen yükümlülüğünü, bir devletin “kendi topraklarında veya yargı yetkisi altındaki herhangi bir alanda gerçekleştirilen ve başka bir devletin çevresine ciddi zarar veren faaliyetlerden kaçınmak için elindeki tüm araçları kullanması” olarak

⁵⁷ Trail Smelter Arbitration (U.S./Canada) Arbitration Tribunal, (Apr. 16, 1938 & Mar. 11, 1941)

⁵⁸ Caffisch, L. (2018). The contemporary law of international watercourses: some aspects and problems. *Swiss Review of International and European Law*, 28(3), 297-316, 302.

⁵⁹ Dellapenna, 2023, 98.

⁶⁰ *International Law Commission*(Bundan sonra UHK olarak kısaltılacaktır.)

⁶¹ ILC, Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses and commentaries thereto and resolution on transboundary confined groundwater 1994, s. 103, article 7, para. 2.(Bundan sonra Draft Articles, 1994 olarak kısaltılacaktır.)

⁶² Draft articles, 1994, s. 103, article 7, para. 2.

⁶³ Draft articles, 1994, s. 103, article 7, para. 4.

tanımlamıştır. “⁶⁴

Bir su yolu devleti, ancak uluslararası bir su yolunun özel kullanımının diğer su yolu devletlerine ciddi zarar vereceğini bilmesi veya bilmesi gerektiği takdirde, durum tespiti yükümlülüğünü ihlal ettiği kabul edilebilir.⁶⁵ UAD'nın Korfu Kanalı davasında gözlemlediği gibi:“. . . bir devletin kendi toprakları ve suları üzerinde uyguladığı salt kontrol olgusundan, o devletin orada gerçekleştirilen herhangi bir hukuka aykırı eylemi zorunlu olarak bildiği veya bilmesi gerektiği veya yine de mutlaka bildiği veya bilmesi gerektiği sonucuna varılamaz. Bu durumda sorumluluk doğmayacak veya ispat yükü ortadan kalkacaktır.⁶⁶

Zarar vermeme kuralı uluslararası su hukukunda önem arz etmektedir. Bunun sebepleri olarak da öncelikle, kuralın daha zayıf bir devleti, daha güçlü, kıyıdaş bir devletin vereceği zarara karşı koruduğu ileri sürülmüştür. İkincisi, kuralın hangi devletin hukuka aykırı davrandığını belirlemek için net bir çizgi sağladığı ifade edilmiştir. Son olarak ise paylaşılan su kaynaklarının yönetiminde hiçbir kirliliğe tolerans gösterilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁶⁷ Dolayısıyla böyle ciddi bir yükümlülük düzenlemesi yapılmış olsa da Mahkeme bu yükümlülüğün varlığı konusunda tarafların anlaşmasını öne sürerek bu konuda hüküm kurmamıştır.

e. Bolivya'nın Silala Nehri sistemi üzerinde olumsuz etkisi olabilecek önlemlere ilişkin bildirimde bulunma ve danışma yükümlülüğü olduğu iddiası

Şili, Bolivya'nın Silala sularını veya bu suların Şili tarafından kullanımını etkileyebilecek faaliyetlerle ilgili olarak Şili'ye bildirimde bulunma ve danışma yükümlülüğü olduğunu ve şu ana kadar bu yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmesini ve beyan etmesini talep etmektedir.⁶⁸ Bolivya'ya göre ise, Şili'nin iddia ettiği yükümlülükler, örf ve adet hukuku kurallarına göre, yalnızca çevresel etki değerlendirmesi ile doğrulandığında önemli sınır

⁶⁴ Pulp Mills on River Uruguay (Arg. v. Uru.), Judgment, 2010 I.C.J. 14, para. 101 (Apr. 20).

⁶⁵ Draft articles, 1994, s. 104, article 7, para. 8-9.

⁶⁶ Corfu Channel (United Kingdom v. Albania) Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, s. 18

⁶⁷ Meshel, T. (2020) Swimming Against the Current: Revisiting the Principles of International Water Law in the Resolution of Fresh Water Disputes, Harvard International Law Journal, 61, 163-71.

⁶⁸ Silala Case, para. 87.

ötesi zarar riski taşıyabilecek faaliyetler ile ortaya çıkmaktadır.⁶⁹ Mahkeme karşılıklı iddiaları incelediğinde hukuki bir uyumsuzluğun mevcut olduğunu tespit etmiştir. Buna göre uluslararası su yollarının ulaşım dışı kullanımlarını düzenleyen ve örf ve adet hukuku kurallarından olan bildirim ve danışma yükümlülüğünün kapsamı ve kullanım eşiği konusunda uyumsuzluk bulunmaktadır.⁷⁰

Mahkemeye göre, taraflar arasındaki anlaşmazlık, söz konusu yükümlülükler değil bu usuli yükümlülüklerin kapsamı ve bunların mevcut davanın koşullarında uygulanabilirliği ile ilgilidir. Taraflar özellikle bildirim ve danışma yükümlülüğünün uygulanmasına ilişkin eşik değer ve Bolivya'nın bu yükümlülüğü ihlal edip etmediği konusunda anlaşmamaktadır.⁷¹

Şili, 1997 Sözleşmesi'nin 11. maddesinin, uluslararası bir su yolunda zarar riskiyle bağlantılı olmayan ancak olumsuz ya da yararlı bir etkisi olabilecek planlanmış her türlü tedbirler hakkında bilgi sağlamaya yönelik genel bir yükümlülük getirdiğini ileri sürmektedir.⁷²

Sözleşme'nin 12. maddesiyle ilgili olarak Şili, UHK'nın Taslak Maddelerinin 12. maddesine ilişkin yorumuna dayanarak “önemli olumsuz etki” standardının geçerli olduğunu ileri sürmüştür. Şili, 7. madde kapsamındaki “önemli zarar” ibaresini ise, 1997 Sözleşmesi'nin 12. maddesinde yansıtılan bildirim yükümlülüğünün uygulanmasına ilişkin eşik değeri olarak değerlendirmiştir.⁷³

Bolivya ise 1997 Sözleşmesi'nin yalnızca 12. maddesinin uluslararası örf ve adet hukukunu yansıttığını ileri sürmektedir. ⁷⁴ Sözleşme'nin 12. maddesi ile ilgili olarak Bolivya, UHK'nın yorumunda “önemli olumsuz etki” kriteri ile belirlenen eşiğin 7. madde kapsamındaki “önemli zarar” eşiğinden daha düşük olmasının amaçlandığı yönündeki ifadeyi kabul etmektedir, ancak her iki yükümlülüğün de yalnızca söz konusu faaliyetin olumsuz bir etkiye sahip olabileceği durumlarda geçerli olduğunu vurgulamaktadır. Bolivya aynı zamanda Mahkemenin bildirim ve danışma yükümlülüğünün niteliği ve

⁶⁹ Silala Case, para. 88.

⁷⁰ Silala Case, para. 89.

⁷¹ Silala Case, para. 102.

⁷² Silala Case, para. 104.

⁷³ Silala Case, para. 105.

⁷⁴ Silala Case, para. 106.

kapsamına ilişkin içtihadını da hatırlatarak, söz konusu faaliyetin önemli bir sınır ötesi zarar riskine yol açmaması durumunda, ilgili devletin çevresel etki değerlendirmesi yapma veya diğer kıyıdaş devletlere bildirimde bulunma ve danışma yükümlülüğü olmadığını iddia etmiştir.⁷⁵

Taraflar, 1997 Sözleşmesi'nin 11. maddesine yapılacak yorum ve bu hükmün uluslararası örf ve adet hukukunu yansıtır yansıtmadığı konusunda da anlaşamamaktadır. 11. madde şu şekildedir: *Su yolu devletleri bilgi alışverişinde bulunacak, birbirlerine danışacak ve gerekirse planlanan önlemlerin uluslararası su yolunun durumu üzerindeki olası etkileri konusunda müzakere edeceklerdir.* Mahkeme, mevcut davada uygulanabilir hukukun uluslararası örf ve adet hukuku olduğunu hatırlatarak 1997 Sözleşmesi'nin 11. maddesinde yer alan planlanan tedbirlere ilişkin bilgi alışverişinde bulunma yükümlülüğünün, yalnızca uluslararası örf ve adet hukukunu yansıttığı ölçüde taraflar için geçerli olduğunu ifade etmiştir.⁷⁶

Şili, planlanan tedbirlere ilişkin bilgi alışverişi yükümlülüğünün yerine getirilmesinin zarar riskiyle bağlantılı olmadığını, bunun yerine hem genel işbirliği yükümlülüğünün hem de çevrenin korunmasına ilişkin gerekli özenin gösterilmesi gerekliliğinin bir uygulaması olduğunu savunmuştur.⁷⁷ Bolivya ise uluslararası örf ve adet hukuku uyarınca, Silala'ya ilişkin planlanan tedbirlere ilişkin tüm usul yükümlülüklerine uyduğunu iddia etmektedir. Uluslararası örf ve adet hukukunun, bildirim ve danışma yükümlülüğünü, çevresel etki değerlendirmesinin önemli bir sınır ötesi zarar riski bulunduğunu doğruladığı durumlara sınırladığını ileri sürmektedir. Bolivya, söz konusu faaliyetlerin herhangi bir ciddi zarar riski doğurmadığını, dolayısıyla Şili'ye bildirimde bulunma veya danışma yükümlülüğünün bulunmadığını ileri sürmüştür.⁷⁸ Ayrıca Bolivya, Şili'nin atıfta bulunduğu projelerle ilgili olarak hiçbirinin kirlilik veya başka herhangi bir zarar riski oluşturmadığını belirtmektedir. Zira Şili'ye güvence verdiği gibi, Silala üzerinde herhangi bir faaliyet yapılmamış olup herhangi bir kirlenmeyi önlemek için önlemler aldığını iddia etmiştir.⁷⁹

Mahkeme, uluslararası hukukta “her devletin kendi topraklarının diğer devletlerin haklarına aykırı eylemler için kullanılmasına bilerek izin

⁷⁵ Silala Case, para. 108.

⁷⁶ Silala Case, para. 110.

⁷⁷ Silala Case, para. 122.

⁷⁸ Silala Case, para. 123.

⁷⁹ Silala Case, para. 124.

vermemesinin” yükümlülüğü olduğunu hatırlatmıştır.⁸⁰ Dolayısıyla bir devlet, kendi topraklarında veya yetkisi altındaki herhangi bir alanda meydana gelen ve sınır ötesi bağlamda özellikle paylaşılan bir kaynakla ilgili olarak başka bir devletin çevresine ciddi zarar veren faaliyetlerden kaçınmak için elindeki tüm araçları kullanmakla yükümlüdür.⁸¹ Burada Mahkeme, işbirliği yapma, bildirimde bulunma ve danışma yükümlülüklerini bu araçlardan saymakta ve her kıyıdaş devletin asli yükümlülüklerinin önemli bir tamamlayıcısı olduğunu düşünmektedir.⁸² Ancak, uluslararası su hukuku kapsamındaki bildirim ve danışma yükümlülüğünün niteliği ve kapsamına ilişkin ortak bir anlayış hâlâ bulunmamaktadır.⁸³

Bu kapsamda 1997 Sözleşmesi’nin ilgili maddeleri incelenmelidir. Mahkeme, 1997 Sözleşmesi’nin 12. maddesini incelediğinde, maddenin yorumlanması konusunda anlaşamadıklarını belirtmektedir.⁸⁴ 12. Madde şu şekildedir: *Bir su yolu devleti, diğer su yolu devletleri üzerinde önemli olumsuz etkiye sahip olabilecek planlı tedbirleri uygulamadan veya uygulanmasına izin vermeden önce, bu devletlere bu konuda zamanında bildirimde bulunacaktır. Bu tür bir bildirimde, bildirimde bulunan Devletlerin planlanan önlemlerin olası etkilerini değerlendirebilmesini sağlamak amacıyla, herhangi bir çevresel etki değerlendirmesinin sonuçları da dahil olmak üzere mevcut teknik veriler ve bilgiler eşlik edecektir.* Mahkeme, bu maddenin içeriğinin büyük ölçüde, ortak kaynakların yönetimi bağlamı da dahil olmak üzere, sınıraşan zararlar ilgili olarak uluslararası örf ve adet hukuku kapsamında devletlere düşen usuli yükümlülüklerle ilişkin kendi içtihadına tekabül ettiğini gözlemlemektedir.⁸⁵ Mahkeme, söz konusu kararda, ortak bir kaynak üzerinde veya çevresinde veya genel olarak önemli bir sınır ötesi etkiye sahip olabilecek bir faaliyette bulunmayı planlayan bir devletin atması gereken adımları ve yaklaşımı belirlediğini hatırlatmıştır. Buna göre, söz konusu devlet “*Başka bir devletin çevresini olumsuz etkileme potansiyeline sahip bir faaliyete başlamadan önce, çevresel etki değerlendirmesi yapılması gerekliliğini tetikleyecek önemli bir sınır ötesi zarar riski olup olmadığını tespit etmelidir. Çevresel*

⁸⁰ *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 22*

⁸¹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I), p. 55-56, para. 101.*

⁸² *Silala Case*, para. 101.

⁸³ *Kebebew*, 2023, 374.

⁸⁴ *Silala Case*, para. 113.

⁸⁵ *Silala Case*, para. 114.

*etki değerlendirmesi önemli bir sınıraşan zarar riskinin bulunduğunu teyit ederse, faaliyeti üstlenmeyi planlayan devletin, gerekli özeni gösterme yükümlülüğüne uygun olarak, potansiyel olarak etkilenmesi muhtemel devleti iyi niyetle bilgilendirmesi ve ona danışması gerekir. Bu riski önlemek veya azaltmak için uygun önlemlerin belirlenmesi gerekir.”*⁸⁶ Mahkeme ayrıca, bu maddede belirlenen eşğin, 7. madde kapsamındaki ‘önemli zarar’ eşğinden daha düşük olmasını amaçlamıştır. Zira, “önemli olumsuz etki”, 7. maddede belirlenen standart kapsamında ‘önemli zarar’ düzeyine yükselmeyebilir.⁸⁷

Mahkeme, ilgili içtihadı ve 1997 Sözleşmesi'nin 12. maddesi kapsamında, planlanan veya yürütülen tedbirlerin belirli büyüklükte zararlı etkiler yaratma kapasitesine sahip olduğunu ifade etmiştir.⁸⁸ Bununla birlikte Mahkeme, 1997 Sözleşmesi'nin 12. maddesinin, kendi içtihadında yer alan genel bildirim ve danışma yükümlülüğünden daha katı bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralını yansıtmadığı kanaatindedir.⁸⁹ Bu nedenle, uluslararası örf ve adet hukuku uyarınca, her kıyıdaş devletin diğer kıyıdaş devlete, ciddi zarar verme riski teşkil eden planlanmış herhangi bir faaliyetle ilgili olarak bilgi vermesi ve danışması gerektiği sonucuna varmıştır.⁹⁰ Dolayısıyla Mahkeme, işbirliğini geliştirmek amacıyla usuli yükümlülükleri açıklığa kavuşturmak ve güçlendirmek yerine, kıyıdaş bir devletin planladığı tedbirleri, ‘önemli bir sınır ötesi zarar riskine yol açmadığı sürece’ alabileceğini düşünmektedir.⁹¹ Mahkeme'nin 11. ve 12. maddeye yönelik bu tarz yaklaşımı tek taraflı faaliyetlerin yapılabilmesine olanak tanıdığından sürdürülebilir kullanım ve yönetim için gereken işbirliği ilkesine zarar verecektir.⁹²

Sonuç olarak, Mahkeme'nin yalnızca Bolivya'nın Silala civarında gerçekleştirdiği faaliyetlerden herhangi birinin Şili'ye ciddi zarar verme riski oluşturduğunun tespit edilmesi durumunda, Bolivya'nın, örfi hukuka uygun olarak koşullar ve ciddi sınır ötesi zarar riski konusunda objektif bir

⁸⁶ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015 (II), pp. 706-707, para. 104.

⁸⁷ Draft articles, 1994, s. 111, Article 12, para. 2.

⁸⁸ Silala Case, para. 116.

⁸⁹ Silala Case, para. 117.

⁹⁰ Silala Case, para. 118.

⁹¹ Kebebew, 2023, 374.

⁹² Kebebew, 2023, 374.

değerlendirme yapıp yapmadığı sorusunu dikkate alması yeterli olacaktır.⁹³ Nitelikleri veya büyüklükleri itibarıyla ve gerçekleştirilecekleri bağlam göz önüne alındığında, bazı planlanmış önlemlerin ciddi sınır ötesi zarar riski oluşturması durumunda bu durum söz konusu olabilir.⁹⁴

Şili tarafından kabul edildiği gibi herhangi bir zararın meydana gelmediği ve Bolivya'nın faaliyete geçen ve geçmeyen tesisleri bakımından tüm önlemleri aldığı göz önüne alınarak mahkemece Şili'nin iddiasının reddine karar verilmiştir.⁹⁵

Mahkemenin hükmünün değerlendirilmesi bakımından UHK'nın Taslak Maddeler çalışması da değerlendirilmelidir. Taslak maddeler çalışmasındaki 11. maddenin, su yolu devletlerinin, almayı planladıkları tedbirlerin uluslararası su yolunun durumu üzerindeki olası etkilerine ilişkin birbirlerine bilgi sağlama yönünde genel bir yükümlülük ortaya koyduğu görülmektedir. Madde aynı zamanda su yolu devletlerinin bu tür tedbirlerin etkileri konusunda birbirlerine danışmalarını da gerektirmektedir. Maddede yer alan "olası etkiler" ifadesinin, planlanan tedbirlerin olumsuz veya olumlu tüm potansiyel etkilerini kapsadığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla 11. maddenin, diğer su yolu devletleri üzerinde önemli olumsuz etkiye sahip olabilecek planlanmış tedbirlerle ilgili 12. maddenin ve sonraki maddelerin ötesine geçtiği söylenebilir. Su yolu devletlerinin planlanan tedbirlerin olası olumlu ve olumsuz etkileri hakkında bilgilendirilmesinde çıkarı vardır. Ayrıca, tüm olası etkilerle ilgili olarak bilgi alışverişinin ve danışmanın gerekli kılınmasının, doğabilecek sorunları ortadan kaldıracak şekilde iddia edilebilir. UHK maddede yer alan "önlemler" teriminin, geniş anlamda, yani büyük veya küçük nitelikteki yeni proje veya programların yanı sıra uluslararası bir su yolunun mevcut kullanımlarındaki değişiklikleri içerecek şekilde yorumlanması gerektiğini de ifade etmiştir.⁹⁶ Yine de Mahkeme, 11. maddenin uygulama bakımından 12. maddeye atıf vermesi sebebiyle uluslararası örf ve adet hukuku kuralını yansıtmadığına karar vermiştir.⁹⁷

⁹³ Silala Case, para. 126.

⁹⁴ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015 (II), pp. 720-721, para. 155.*

⁹⁵ Silala Case, para. 127-128.

⁹⁶ Draft articles, 1994, s. 111, article 11, para. 2-3-4.

⁹⁷ Silala Case, para. 112.

12. Madde ise, diğer su yolu devletleri üzerinde önemli olumsuz etkiye sahip olabilecek planlanmış önlemlere ilişkin bir dizi maddeyi ortaya koymaktadır. Bu maddeler, su yolu devletlerinin uluslararası bir su yolunu kendi kullanımları arasında adil bir denge kurmalarına yardımcı olmak üzere tasarlanmış usule ilişkin bir çerçeve oluşturmaktadır. Böylelikle bu prosedürler dizisinin, su yollarının yeni kullanımlarıyla ilgili anlaşmazlıkların önlenmesine yardımcı olacağı öngörüldüğü ifade edilmiştir.⁹⁸ “Önemli zarar”, 12’den 19’a kadar olan maddeler uyarınca prosedürlerin başlatılması için uygun bir standart değildir. “Önemli olumsuz etki” standardı “böyle bir durumun yaşanmaması için kullanılır. Dolayısıyla, planlanan önlemlere ilişkin bildirimde bulunan bir su yolu devleti, planladığı önlemlerin, 7. madde kapsamında diğer su yolu devletlerine ciddi zarar verebileceğini kabul etme konumuna getirilecektir.⁹⁹ Dolayısıyla 12. madde önemli zarar meydana gelmemesi için ortaya konulmuştur denilebilir. Ancak UAD’nin, Silala kararında bu önemli ayrımı etkili bir şekilde ortadan kaldırdığı iddia edilmektedir.¹⁰⁰

12. maddenin bir başka boyutu daha vardır. Maddede yer alan “uygular veya uygulanmasına izin verir” ifadesinin, 12. maddenin hem devlet tarafından planlanan tedbirleri hem de özel kuruluşlar tarafından planlanan tedbirleri de kapsadığını belirtmeyi amaçladığı ifade edilmiştir. “İzin” kelimesinin geniş anlamda hem “izin vermek” hem de “yetkilendirmek” anlamlarına gelecek şekilde kullanıldığı da vurgulanarak bahsedilen durum açıklanmıştır. Dolayısıyla, özel bir kuruluş tarafından planlanan tedbirler söz konusu olduğunda, söz konusu su yolu devletinin, diğer su yolu devletlerine bildirimde bulunmadan önce, söz konusu kuruluşa tedbirleri uygulaması için yetki vermemek veya bu tedbirlerin uygulanmasının devam etmesine izin vermemek yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmiştir.¹⁰¹

Bu kapsamda yapılan yorumlara dayanılarak Mahkeme hükmünün değerlendirmesi yapılabilir. 12. Madde kapsamında öngörülen bildirim yükümlülüğünün, özen yükümlülüğünden kaynaklanmadığı söylenebilir. Aksine, planlanan bir önlemden kaynaklanan bir “olumsuz etki” riski olduğunda

⁹⁸ Draft articles, 1994, s. 111, article 12, para. 1.

⁹⁹ Draft articles, 1994, s. 111, article 12, para. 2.

¹⁰⁰ Meshel, T. (2023). The silala judgment and the duty to cooperate in customary international water law. *Wyoming Law Review*, 23(2), 51-71, 68-69.

¹⁰¹ Draft articles, 1994, s. 111, article 12, para. 3.

ortaya çıkmalıdır. Ayrıca, planlanan bir önlemlle bağlantılı olarak bir “olumsuz etki” riskinin mevcut olup olmadığının tespiti çevresel etki değerlendirme kapsamında yapılmalıdır. Bu nedenle, 12. maddenin planlanan önlemleri bildirme yükümlülüğü bağlamında böyle bir değerlendirme yapma gerekliliği, öngörülen faaliyetin sınıraşan bağlamda önemli bir olumsuz etkiye sahip olma riskinin olduğu durumlarda bir gereklilik olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bu değerlendirmenin yapılmaması, gerekli özenin gösterilmemiş ve bunun gerektirdiği dikkat ve önleme yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olduğuna yorumlanacaktır.¹⁰² Zira bunun aynı zamanda diğer su hukuku belgelerinde de benimsenen standart olduğu ifade edilmektedir.¹⁰³

2.Bolivya'nın Karşı İddiaları

UAD İttüzüğünün 80. maddesinin 1. paragrafı, Mahkeme'nin yalnızca yargı yetkisine girmesi ve diğer tarafın iddiasının konusuyla doğrudan bağlantılı olması durumunda bir karşı iddiayı dikkate alabileceğini düzenlemiştir. Mahkeme daha önce bu iki gerekliliği “karşı iddianın kabul edilebilirliği” ile ilgili olarak nitelendirmiş ve “kabul edilebilirlik” teriminin “hem yargı yetkisi gerekliliğini hem de doğrudan bağlantı gerekliliğini kapsayacak şekilde” anlaşılması gerektiğini açıklamıştır.¹⁰⁴

Mahkeme, bu davada karşı iddiaların hem fiilen hem de hukuken esas iddiaların konusuyla doğrudan bağlantılı olduğu kanaatinde. Tarafların iddialarından, iddialarının aynı olgusal kompleksin bir parçasını oluşturduğu açıkça görülmektedir. Benzer şekilde, her iki tarafın ilgili iddiaları, iki devlet arasında Silala'ya ilişkin hukuki ilişkilerde örf ve adet kurallarının belirlenmesi ve uygulanmasına ilişkindir.¹⁰⁵ Mahkeme aynı zamanda Bolivya'nın karşı iddialarının yalnızca Şili'nin iddialarına savunma olarak sunulmadığı, ayrı iddialar ortaya koyduğu görüşündedir.¹⁰⁶ Dolayısıyla Mahkeme karşı iddiaların da incelenebileceğine karar vermiştir.

¹⁰² Pulp Mills Case, Arg. v. Uru., 2010, I.C.J. para. 204

¹⁰³ Meshel, 2023, 69.

¹⁰⁴ *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, Order of 15 November 2018, I.C.J. Reports 2018 (II), p. 705.

¹⁰⁵ Silala Case, para. 136.

¹⁰⁶ Benzer karar için bkz: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Counter-Claims, Order of 17 December 1997, I.C.J. Reports 1997, p. 256, para. 27.

a. Bolivya'nın kendi topraklarında kurulu yapay kanallar ve drenaj mekanizmaları üzerinde egemenlik iddiası

Bolivya, ilk karşı iddiasında, Mahkeme'den, kendi topraklarında bulunan Silala'daki yapay kanallar ve drenaj mekanizmaları üzerinde egemenlik hakkına sahip olduğunu ve bunların bakımının yapılıp yapılmayacağı ve nasıl yapılacağına karar verme hakkına sahip olduğunu karara bağlamasını talep etmektedir. İlk olarak bu tür bir egemenliğin uluslararası hukukta ve Mahkeme içtihatlarında açıkça tanınması nedeniyle ve ikinci olarak Şili'nin prensipte Bolivya'nın bu tür egemenlik haklarına sahip olduğuna itiraz etmemesi nedeniyle Mahkeme bu karşı iddia konusunda uyuşmazlık olmadığını kabul edilmesi gerektiğini eklemiştir.¹⁰⁷ Mahkeme yaptığı incelemede tarafların Bolivya'nın egemenlik iddiası hususunda anlaşıklarını ve dolayısıyla bu hususta karar verilmesine gerek olmadığını belirtmiştir.

Burada iddia konusu olan egemenlik üzerinde herhangi bir uyuşmazlık olmaması normal görünmektedir. Zira devletlerin kendi egemenlik alanlarında bulunan akarsular bakımından da egemenlik haklarını kullanabilmesi öngörülmektedir.¹⁰⁸

b. Bolivya'nın, kendi topraklarında tasarlanan, geliştirilen veya üretilen Silala sularının "yapay" akışı üzerindeki egemenliği iddiası

Bolivya, Mahkeme'den kendi topraklarında tasarlanan, geliştirilen veya üretilen Silala sularının yapay akışı üzerinde egemenlik sahibi olduğuna ve Şili'nin herhangi bir kazanılmış hakkı bulunmadığına karar vermesini ve ilan etmesini talep etmiştir. Buna ek olarak Şili'nin, Bolivya'nın Silala'da kurduğu altyapının oluşturduğu yapay akıştan uzun yıllar herhangi bir tazminat ödemediğini yararlandığını ileri sürmüş ve Şili'nin bu akışı sürdürme hakkını elde etmediğini de eklemiştir. Bolivya'ya göre Şili'nin Silala sularından adil ve makul şekilde yararlanma hakkının bulunması, Bolivya'ya kendi topraklarındaki altyapıyı ve onun "oluşturduğu" akışları koruma yükümlülüğü oluşturmamıştır.¹⁰⁹ Bolivya, bu karşı iddiasında, uluslararası hukukun ihlaline yol açmaksızın, doğrudan kanalları sökme hakkından kaynaklanan, "geliştirilmiş" yüzey akışını ortadan kaldırmaya yönelik egemenlik hakkını öne sürdüğünü belirtmiştir. Bolivya, Şili'nin ikinci karşı iddianın temelini oluşturan tüm önerileri kabul etmesinden dolayı, bu konu hakkında artık taraflar

¹⁰⁷ Silala Case, para. 138.

¹⁰⁸ Detaylı bilgi için bkz: Aktaş Acabey, M.(2004) Sınır aşan suların ulaşım dışı kullanımının hukuki rejimi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 80 vd.

¹⁰⁹ Silala Case, para. 148.

arasında gerçek bir anlaşmazlık kalmadığını ve bu nedenle de desteklenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.¹¹⁰ Bolivya'nın bu karşı iddiada aradığı şey, Şili'nin mevcut durumun sürdürülmesi konusunda “kazanılmış bir hakka” sahip olmadığını ve Şili'nin kanalların ürettiği yüzey akışının adil ve makul bir şekilde kullanılması hakkının bulunmadığını beyan edilmesidir.¹¹¹ Şili'nin bu duruma bir itirazının olmadığı tespit edildiğinden Mahkeme bu hususta da tarafların mutabık olduğunu ve artık bir uyuşmazlığın bulunmadığını ifade etmektedir. Ancak Yargıç Charlesworth'un belirttiği gibi, “Eğer bir karar, tarafların mevcut durumlarını belirler ancak tarafların ilgili hakları ve yükümlülükleri açısından bundan sonuç çıkarmaktan kaçınırsa, tarafların gelecekte pozisyonlarını değiştirme riski ortaya çıkacaktır”.¹¹² Dolayısıyla ilgili karar ile uyuşmazlığın çözüme kavuşturulduğu söylenemez.

c. Silala'nın “geliştirilmiş akışının” gelecekte Şili'ye teslimi için bir anlaşma yapılması gerektiği iddiası

Bolivya, Mahkeme'den, Silala'nın arttırılmış akışının teslimi ile ilgili taleplerin ve usullerin Şili ve Bolivya arasında bir anlaşma yapılmasına bağlı olduğuna karar vermesini talep etmiştir.¹¹³ Şili ise Bolivya'nın bu karşı iddiasının gerçek hiçbir temeli olmayan tamamen varsayımsal bir gelecek senaryosuna dayandığını düşünmektedir.¹¹⁴ Mahkemeye göre de varsayımsal durumlar hakkında karar vermek Mahkeme'nin görevi değildir. Mahkeme, yalnızca hüküm anında taraflar arasında fiili bir anlaşmazlığın mevcut olduğu somut davalarla bağlantılı olarak karar verebilir.¹¹⁵ Bu sebeple Mahkeme, Bolivya'nın bu karşı iddiasının reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

DEĞERLENDİRME

UAD'nin Silala Nehri sistemine ilişkin araştırma konusu kararı bazı sebeplerle eleştirilmiştir.

İlk olarak, UAD'nin 1997 Sözleşmesi'nin 11. maddesinde hükmünü bulan bilgi alışverişi yükümlülüğünün, devlet uygulaması ve hukuki nitelik bağlamında, uluslararası örf ve adet hukuku kuralı statüsüne sahip

¹¹⁰ Silala Case, para. 149.

¹¹¹ Silala Case, para. 152.

¹¹² Declaration of Judge Charlesworth, para 22.

¹¹³ Silala Case, para. 156.

¹¹⁴ Silala Case, para. 159.

¹¹⁵ Silala Case, para. 160.

olarak kabul edilip edilemeyeceğini belirlemek üzere dikkatli bir inceleme yapmasının gerekli olduğu ve bunun göz ardı edildiği yönündedir. Çünkü 11. madde, uluslararası su yolları bağlamında devletlerin bir arada yaşamasını ve işbirliğini sağlamayı amaçlayan bir norm olarak kabul edilmektedir.¹¹⁶

İkinci olarak 12. madde gereği Bolivya'ya uluslararası su hukuku kapsamında, Silala'yı ilgilendiren herhangi bir planlı tedbire ilişkin bilgi alışverişinde bulunma yükümlülüğünün yanı sıra çevresel etki değerlendirmesi yapma ve bu konuda bildirimde bulunma yükümlülüğü getirmesi beklenmiştir. Bu yükümlülüklerin, Bolivya'nın (ve Şili'nin) ciddi zarara yol açmamak için özenle hareket etme ve Silala'yı adil ve makul bir şekilde kullanma yükümlülüklerinden bağımsız olacağı düşünülmektedir.¹¹⁷

Üçüncü olarak, UAD, uluslararası su hukukunun kapsamını açıklığa kavuşturabilecek ve genişletebilecek Berlin Kuralları gibi kaynakları incelememesi yönüyle eleştirilmiştir.¹¹⁸ Ancak bu eleştiri bakımından, Mahkeme'nin adil ve makul kullanım gibi temel ilkelere yer verdiği ve fakat bu ilkenin uyuşmazlığın çözümünde nasıl kullanılacağını belirtmediği ifade edilmelidir. Dolayısıyla Mahkeme sadece gidiş yolunu göstermiş ancak bu ilkenin sonucu olarak uygulanabilecek bir değerlendirme ortaya koymamıştır.

Dördüncü olarak, UAD, uluslararası su hukukuna göre işbirliği yapma görevinin içeriğini boş bırakması yönüyle de eleştirilmektedir. Zira bu görevin planlanan tüm tedbirlere ilişkin bilgi alışverişinde bulunma yükümlülüğünü kapsamadığını ve “önemli zararı” önlemek için tasarlanan durum tespiti yükümlülükleri ile planlanan tedbirlerin fiili “olumsuz etkilerini” ayırt etmek için öngörülen işbirliği yükümlülükleri arasında ayırım yapmayı reddettiği açıktır. Dolayısıyla UAD'nin Silala Kararı ile 1997 Sözleşmesi'nin yanı sıra ilgili konudaki uluslararası örf ve adet hukukundaki işbirliği yapma görevini zayıflattığı iddia edilmektedir.¹¹⁹ Bu bağlamda UAD'nin Silala kararı ile, uluslararası su hukukunun merkezinde giderek daha fazla kabul gören işbirliğini geliştirmek için gerekli olan usuli yükümlülükler konusunda iyileştirme yapma fırsatını kaçırdığı eleştirisi yapılmaktadır. Ayrıca UAD'nin taraf devletleri “ilgili haklarına saygı gösterilmesini ve Silala ile çevresinin korunmasını ve muhafaza edilmesini sağlamak amacıyla” istişarelerini sürdürmeye teşvik

¹¹⁶ Meshel, 2023, 69-70.

¹¹⁷ Meshel, 2023, 70.

¹¹⁸ Dellapenna, 2023, 102.

¹¹⁹ Meshel, 2023, 70.

ettiği ancak bunun yetersiz olduğu iddia edilmektedir.¹²⁰ UAD bunu ilk defa yapmamıştır. UAD'nin anlaşmazlığı çözmeyi göz ardı ettiği durumların en iyi örneği Gabcikovo-Nagymaros Davası'dır. Mahkeme, bu davada hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılmasında adil ve makul kullanıma uygun bir usul belirlenmesine hükmetmiştir. Her ne kadar tarafların bağlı oldukları anlaşma bakımından bir çözüm bulunması istense de sınırışan suların kullanımında tarafların işbirliğinde bulunma yükümlülüğüne atıf yapıldığı düşünülmektedir.¹²¹ Ancak kesin hükme bağlanmayarak çözüm taraflara bırakıldığından söz konusu anlaşmazlık halen devam etmektedir. Sonuç olarak, UAD'nin, sınırışan sulara uygulanan uluslararası örf ve adet hukukuna ilişkin davaları karara bağlama konusunda isteksiz olduğu söylenebilir.¹²² Ancak tarafların bir uyuşmazlığa ilişkin iddia edilen hak veya yükümlülüklerini açıklığa kavuşturan kararlar, hukuki kesinliği sağlayabilir ve uluslararası su yollarının kullanımı ve yönetiminde vazgeçilmez olan işbirliğini güçlendirebilir. Dolayısıyla Mahkeme'nin 'anlaşmazlıkları bağlayıcı bir güçle çözüme kavuşturan, makul kararlar verme ve uygun olduğu hallerde onlara hakları ve yükümlülükleri konusunda rehberlik sunma' sorumluluğu olduğu unutulmamalıdır.¹²³

Söz konusu karara ilişkin ayrı görüş bildiren yargıçlar da aynı noktalara temas etmişlerdir. Zira bu karar ile hiçbir şeye karar verilmediği ifade edilmiştir.¹²⁴ Bununla birlikte Charlesworth, söz konusu kararda hukuki amacın ortadan kalkması nedeniyle veya tarafların fikirlerinin yakınlaşması nedeniyle karar verilmesine yer olmaması durumunun farklı olduğundan bahsetmektedir. Ayrıca karar verilmesine yer olmadığı kararını ilgili iddianın yeniden dava konusu edilebilmesi bakımından bağlayıcı etkisinin bulunmaması nedeniyle eleştirmektedir.¹²⁵

Temel eleştirilerden ve Mahkeme'nin ilgili kararından çıkarılabilecek sonuç, UAD'nin uluslararası sınırışan sular bakımından uygulanacak temel ilkeleri ve bu ilkelerin usullerini belirlediği ancak uyuşmazlıklara uygulanmasını devletlerin inisiyatifine bıraktığıdır. Bu durumda da

¹²⁰ Dellapenna, 2023, 88.

¹²¹ Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/ Slovakia) Judgment of 25 September 1997", I.C.J. Reports 1997, s.77, para.150.; Yücel, Ö. (1998) Sınırışan Suların Milletlerarası Hukuktaki Durumu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 98.

¹²² Dellapenna, 2023, 102.

¹²³ Kebebew, 2023, 374.

¹²⁴ Simma, B. Seperate Opinion of Ad Hoc Judge Simma, s. 677.; Charlesworth, Declaration of Judge Charlesworth, s. 668. < <https://www.icj-cij.org/case/162> > s.e.t.: 04.12.2023.

¹²⁵ Charlesworth, Declaration of Judge Charlesworth, 668 vd.

çıkarların çatışması nedeniyle mutabakata varamayan devletlerin söz konusu uyuşmazlıkları çözmede başarısız olduğu ve olacağı görülmektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

Aktaş Acabey, M.(2004) Sınır aşan suların ulaşım dışı kullanımının hukuki rejimi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü

Caffisch, L. (2018). The contemporary law of international watercourses: some aspects and problems. *Swiss Review of International and European Law*, 28(3), 297-316

Dellapenna, J. W. (2023). The dispute over the status and use of the silala river (chile v. bolivia): the international court of justice again declines to apply international water law. *Wyoming Law Review*, 23(2), 73-102.

Kebebew, T.D. (2023) Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia): Is the International Court of Justice falling short? *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 32(2), 371-375.

Kong, L. (2020). The dispute over the status and use of the waters of the silala case and the customary rules on the definition of international watercourse. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 29(3), 322-335.

Leb, C. (2013) *Cooperation in the Law of Transboundary Water Resources*, Cambridge University Press.

Mccaffrey, S. (2019) *The Law of International Watercourses*, Oxford University Press, 3rd Edition, 430-431.

McIntyre, O. (2007) *Environmental Protection of International Watercourses Under International Law*, 1st Edition, London.

Meshel, T. (2020) *Swimming Against the Current: Revisiting the Principles of International Water Law in the Resolution of Fresh Water*

Disputes, Harvard International Law Journal, 61

Meshel, T. (2023). The silala judgment and the duty to cooperate in customary international water law. *Wyoming Law Review*, 23(2), 51-71.

Pazarcı, H. (2017) *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, Gözden Geçirilmiş 11. Bası*, Ankara, Turhan Kitabevi.

Rossi, C.R. (2017) The Transboundary Dispute over the Waters of the Silala/Siloli: Legal Vandalism and Goffmanian Metaphor, *Stanford Journal of International Law*, 53(1), 55-87

Tuna, M., & Demir, E. (2022). Sınırşan Sular ve Türkiye. *Journal of Academic Social Science Studies*, 15(91), 439–456.

Yücel, Ö. (1998) *Sınırşan Suların Milletlerarası Hukuktaki Durumu*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi.

White-Nockleby, C., Prieto, M., Yager, K. Meneses, R.I. (2021) Understanding Bofedales as Cultural Landscapes in the Central Andes. *Wetlands*, 41(102)

Vucic, M. (2017). Silala Basin Dispute Implications for the Interpretation of the Concept of International Watercourse. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade International Edition*, 91-111.

Mahkeme Kararları

Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949.

Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974.

ICJ, Gabcikovo-Nagymaros Project (Hung./Slovk.), Judgment, 25 September 1997.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Counter-Claims, Order of 17 December 1997, I.C.J. Reports 1997.

Pulp Mills on River Uruguay (Arg. v. Uru.), Judgment, 20 April 2010.

Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Counter-Claims, Order of 18 April

2013, *I.C.J. Reports 2013*.

Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015 (II)

Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia), Order of 15 November 2018, I.C.J. Reports 2018 (II),

ICJ, Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala Case (*Chile v. Bolivia*), Judgement Merits, 1 December 2022.

Separate Opinions için bkz: < <https://www.icj-cij.org/case/162> >

Trail Smelter Arbitration (U.S./Canada) Arbitrational Tribunal, (Apr. 16, 1938 & Mar. 11, 1941)

Uluslararası Belgeler

American Treaty on Pacific Settlement (Pact of Bogota), 6 May 1949, (No: 449)

Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, New York, 21 May 1997, (No. 52106)

International Law Assosication, Berlin Conference (2004), Water Resources Law, < https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA/ILA_Berlin_Rules-2004.pdf >

Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses and commentaries thereto and resolution on transboundary confined groundwater 1994

Stephen M. Schwebel (Special Rapporteur), Third Report on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, U.N. Doc. A/CN.4/348 (Dec. 11, 1981)

AİHM'İN ZEMMOUR v. FRANSA KARARI'NİN NEFRET SÖYLEMİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of the ECTHR's Zemmour v. France Judgment in the Context of Hate Speech

Uğur Can METİN*

Özet

Gazetecilik yapan Başvurucu, canlı yayınlanan bir televizyon programında Fransa'da yaşayan Müslümanlara yönelik sarf ettiği sözlerin ayrımcılık ve dini nefrete tahrik içerdiğinden bahisle ulusal yargı mercileri tarafından para cezasına mahkûm edilmiştir. İfade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla konuyu AİHM'ne taşıyan Başvurucu karşısında Hükümet hakkın kötüye kullanılması argümanına dayanmıştır. Ancak bu argümanı yeterli bulmayan Mahkeme esas incelemesine geçerek üç aşamalı testi uygulamıştır. Buradan hareketle somut olayın bağlamına, ilgili ve yeterli gerekçelerin varlığına, cezaların niteliğine ve niceliğine özel önem verilmiştir. Bu çerçevede ihtilaf konusu söylemlerin sert eleştiri olmanın ötesinde ayrımcı bir nitelik taşıdığına vurgu yapılarak taraf devlete geniş bir takdir marjı bırakılmıştır. Sonuçta Başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine hükmedilmiştir. Nefret söylemi bağlamında AİHM'nin önüne getirilen bir davada AİHS'nin 10. maddesinin mi yoksa 17. maddesinin mi uygulanacağı çalışmamızda irdelenen temel hukuki sorunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla nefret söyleminin hukuki niteliğini ve ihtilafli ifadelerin ne ölçüde koruma alanından yararlanacağını tespit etmek gerekir. Bu ekseninde çalışmamızda ilk olarak somut olayın ayrıntılarına ve ulusal yargı mercilerinin değerlendirmelerine, ardından AİHM'nin incelemesine yer verilmiştir. Sonrasında sırasıyla nefret söyleminin; ifade özgürlüğüyle, nefret suçuyla, ayrımcılıkla ve hakkın kötüye kullanılması yasağıyla olan ilişkisi incelenmiştir. İfade özgürlüğünün sınırlanması bakımından yasallık, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik ölçütlerinin somut olaydaki yansımalarına ise ayrıca yer verilmiştir.

***Anahtar Kavramlar:** İfade özgürlüğü, Nefret söylemi, Ayrımcılık, Hakkın kötüye kullanımı.*

Abstract

The applicant, who was a journalist, was sentenced to a fine by the national courts on the grounds that his remarks against Muslims living in France during in a live television program constituted discrimination and incitement to religious

* **Arş. Gör.**, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Muğla, Türkiye, **e-posta:** ugur.metin@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0009-0005-0616-772X

hatred. After that the applicant brought the matter to the ECtHR with the claim that his freedom of expression had been violated. In response to this the Government relied on the argument of abuse of right at first. However, the Court, which did not find this argument sufficient, proceeded to the merits examination and applied the three-part test. From this point of view, special attention has been paid to the context of the present case, the existence of relevant and sufficient arguments, the severity of sanction. In this context, it was emphasized that the discourses in dispute were discriminatory beyond being harsh criticism, leaving a wide margin of appreciation to the State. As a result, it was decided that the applicant's freedom of expression was not violated. In the context of hate speech, whether Article 10 or Article 17 of the ECHR will be applied constitutes the main legal problem examined in our study. Therefore, it is necessary to determine the legal characteristic of hate speech and the extend to which disputed expressions will benefit from the protection area of Article 10. On this basis, in our study, firstly, the details of the present case and the decisions of the national courts, and then the examination of the ECtHR are included. Afterward, the relationship between hate speech and freedom of expression, hate crime discrimination and abuse of rights was examined respectively. In terms of the restriction of freedom of expression, the reflections of the criteria of lawfulness, legitimate aim and necessity in a democratic society are also included in the present case.

Keywords: *Freedom of expression, Hate speech, Discrimination, Abuse of the right.*

I. OLAY VE ULUSAL YARGILAMA MERCİLERİNİN YAKLAŞIMI

Somut olayda *Éric Zemmour* (Başvurucu), televizyonda katıldığı bir canlı yayında Fransa'da yaşayan Müslümanlar hakkında çeşitli beyanlarda bulunmuştur. Bu noktada Başvurucunun 2021 yılında politikaya atıldığını, somut olayın yaşandığı dönemde yalnızca gazeteci sıfatını haiz olduğunu belirtmek gerekir. Ulusal yargılama mercileri bu beyanların ayrımcılık ve dini nefreti kışkırtma içerdiğini tespit ederek Başvurucuya cezai müeyyide uygulamıştır. Buna karşılık Başvurucu ulusal yargılama sürecinin ardından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS/Sözleşme) güvence alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM/Mahkeme) başvuruda bulunmuştur. Bu ön bilgilerin ardından somut olayın verilerine ve ulusal yargılama mercilerinin kararlarında belirleyicilik atfedilen temel hususlara daha yakından mercek tutmakta yarar vardır. Öncelikle Başvurucu Fransa'da bilinen bir gazeteci olup siyasi analiz niteliğinde çeşitli kitaplar yayınlamıştır. Başvurucu, "*İslam'ın meydan okuması karşısında Fransa*" şeklinde bir bölüm içeren kitabının tanıtımını gerçekleştirmek üzere 16 Eylül 2016 tarihinde saat 19:00'da katıldığı bir televizyon programında,

aşağıda yer verilen beyanları sebebiyle 29 Temmuz 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Kanunu'nun 24. maddesinin 7. fıkrası bağlamında yargılanmıştır. Ulusal yargılama mercilerinin yaklaşımı dairesinde ihtilaf konusu beyanlar şu şekilde şematize edilebilir¹:

1. Kısım	Başvurucu, Fransız toplumuyla bütünleşmiş, barışçıl Müslümanların var olup olmadığı hakkında kendisine sorulan soruya “hayır” yanıtını vermiştir.
2. Kısım	“Cihat askerleri, söyleseler de söylemeseler de tüm Müslümanlar tarafından iyi Müslümanlar olarak kabul edilirler, savaşçıdırlar, İslam'ın askerleridirler”
3. Kısım	<p>“[gazeteci]: bu oldukça apokaliptik bir vizyondur</p> <p>[Başvuran]: Tatbikî katılıyorum, kesinlikle katılıyorum. Ancak, bu yaz hangi dünyada yaşadınız bilmiyorum ama her neyse, Nice, sizin için apokaliptik olmadığı dikkatinizden kaçmadı mı? Rahibin ölümü apokaliptik değil midir? Hayır, ama bu insanlar Fransa'da yaşıyorlardı, Fransızlardı, bu size apokaliptik gibi gelmiyor mu?</p> <p>[Gazeteci]: terörizm apokaliptiktir</p> <p>“Hayır, ama bu terörizm değil, cihatçılıktır. Dolayısıyla bu İslam'dır.</p> <p>[Gazeteci]: bu, cihatçılığın ve İslamiyet'in arasına bir = işareti koyma şeklinizdir</p> <p>[Başvuran]: “Benim için eşittir””</p>

¹ Aşağıdaki kısımlarda yer alan cümleler Zemmour v. France, 63539/19, 20/12/2022 kararının Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından tercüme edilen metninde yer alan 6. paragrafından aynen nakledilmiştir. Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20ZEMMOUR%20v.%20FRANCE%20-%20%5B%20Turkish%20Translation%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice%22%22%5D%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22itemid%22:%5B%22001-225292%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 09.12.2023)

4.Kısım	<i>“Konu küreseldir. Otuz yıldır, bir kargaşaya yol açan bir istila, bir sömürgeleştirme süreci yaşıyoruz. (...) Birçok genç kızın başörtülü olduğu sayısız Fransız banliyölerinde, bu aynı zamanda İslam’dır, aynı zamanda cihattır, aynı zamanda normalde İslami olmayan, inançsızların toprağı olan bir bölgeyi İslamlaştırma mücadelesidir. Bu da aynı şey, toprak işgalidir”</i>
5. Kısım	<i>“Onlara İslam ve Fransa arasında bir seçim yapma hakkı verilmesi gerektiğini düşünüyorum”.</i> <i>“Eğer Fransızlarsa bu seçimi yapmak zorundalar ama bu biraz karmaşık çünkü İslam buna uygun değil, kendilerini dinlerinden soyutlamak zorundalar”.</i>

Konuya ilişkin zikredilen Kanun hükmü ise şu şekildedir:

“Kanun’un 23. maddesinde belirtilen yollardan herhangi biriyle, kökenleri veya belirli bir etnik grup, ulus, ırk veya dine mensup olmaları veya mensup olmamaları sebebiyle bir kişi veya bir kişi grubuna karşı ayrımcılığa, nefrete veya şiddete neden olan kişiler, bir yıl hapis ve 45.000 avro para cezası veya sadece bu iki cezadan biri ile cezalandırılırlar.”²

Öncelikle Sulh Ceza Mahkemesi 22 Haziran 2017 tarihli kararıyla, yukarıda yer alan beyanların tamamının ilgili Kanun hükmü çerçevesinde suç teşkil ettiği sonucuna ulaşarak Başvurucuyu 5.000 avro para cezası ödemeye mahkûm etmiştir. Bu ekseninde Sulh Ceza Mahkemesi, birinci kısımda yer alan beyanların Fransa’daki Müslümanları aşağıladığını ve bu topluluğa karşı düşmanlık ve reddetme duygusu oluşturabileceğini tespit etmiştir. Benzer şekilde ikinci kısımdaki beyanların da reddetme ve güvensizliği kamçıladığına işaret edilmiştir. Üçüncü kısımdaki beyanların ise, ilk bakışta Müslümanları değil İslam’ı hedef aldığı dolayısıyla ilgili Kanun maddesine girmediği izlenimi uyandırdığına dikkat çekilmiş, ancak bu beyanların dördüncü ve beşinci kısımdaki beyanlardan bağımsız olmadığı ifade edilmiştir. Nitekim beşinci kısımdaki beyanların doğrudan bir şekilde *“ayrımcılık ve dışlama çağrısı”* anlamına geldiği tespit edilmiştir. Bu ekseninde Başvurucunun, programın izleyicilerini güvenlik ve değerlerini koruyabilmeleri için Müslümanları reddetmeye teşvik ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

² *Ibid.*, § 11.

Paris İstinaf Mahkemesi ise 3 Mayıs 2018 tarihli kararıyla hükmü kısmen bozarak 3.000 avro para cezasına hükmetmiştir. Buna göre birinci kısımdaki beyanın, bir düşüncenin ifade edilme şekliinden ibaret olduğu belirtilmiştir. Benzer şekilde ikinci ve üçüncü kısımdaki beyanlar Müslümanlara karşı nefret veya ayrımcılığa teşvik etme amacı taşımayan, İslam doktrini hakkında eleştiriler olarak ele alınmıştır. Bu değerlendirmelere karşılık dördüncü kısımdaki beyanda yer alan ve “*en azından zımnî bir şekilde*” ilgili halka yönelik direnişin lüzumuna işaret eden “*işgalci*” ve “*sömürgeci*” şeklindeki tanımlamaların, banliyöleri ve İslam’ı hedef almanın ötesinde Müslümanlara karşı ret ve ayrımcılık çağrısı anlamına geldiği vurgulanmıştır. Keza beşinci kısımdaki beyanların bütüncül bir dışlama ve ret anlamına geldiği teyit edilmiştir. Bu doğrultuda dördüncü ve beşinci kısımdaki beyanların Müslümanların tamamına yönelik zımnî bir şekilde ayrımcılığa teşvik içerdiği sonucuna ulaşılmıştır. Başvurucunun temyiz başvurusu ise, Yargıtayın 17 Eylül 2019 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Yargıtay, İstinaf Mahkemesinin kararını gerekçelendirdiğini ve ihtilaf konusu beyanların dışsal unsurlarını incelediğini teyit etmiştir. Bu noktada ilgili dışsal unsurların, “*bunları idrak edebilecek kişiler tarafından anlaşılabilir şekilde*” incelendiği özellikle vurgulanmıştır.

II. AİHM’İN DEĞERLENDİRMESİ

A. KABUL EDİLEBİLİRLİĞE İLİŞKİN DENETİM

İç hukuk yollarından lehine bir sonuç elde edemeyen Başvurucu, cezai yaptırımın Sözleşme’nin 10. maddesinde düzenleme altına alınan ifade özgürlüğünün ihlali anlamına geldiği iddiasıyla Mahkemeye müracaat etmiştir. Hükümete göre ise; başvuru, Sözleşme’nin 17. maddesine binaen “*konu yönünden (ratione materiae) kabul edilemez*” bir nitelik taşımaktadır. Bu açıdan Başvurucu, Müslümanları laiklik ve hoşgörü gibi Cumhuriyetin temel değerleriyle bağdaşmayan bir topluluk olarak yaftalayan ve açıkça nefret içeren bir yaklaşım sergilemiştir. Dolayısıyla Hükümet ilgili beyanların İslam’ın Fransa’daki karşılığında öte bir anlam ifade ettiğini ve Sözleşme’nin 10. maddesinin kapsamına girmediğini öne sürmüştür. Bu iddialara karşılık Başvurucu ise, dini düzenin cumhuriyet düzeninden üstün tutulmasının yol açtığı ayrılıkçı yaklaşımlardan üzüntü duyduğunu, beyanlarının köktendinci dinamiklere yönelik olduğunu ve Müslümanların Kur’an-ı Kerim’i “*kelimesi kelimesine okumamak suretiyle*” kendilerini dinlerinden soyutlamaları gerektiğini ifade etmiştir. Bu eksende Başvurucu, ihtilaf konusu beyanları ile Sözleşmedeki hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmak gibi bir amacının

olmadığını vurgulamıştır.

Mahkeme, Sözleşme'nin güvence sistematüğını suistimal ederek hak ve özgürlükleri yok etmek isteyenlere 17. maddenin geçit vermediğine dikkat çektikten sonra, dini gerekçelerde dahil olmak üzere ilgili gruplara saldıran veya aşağılayan kategorik söylemlerin; 10. madde kapsamında son derece sınırlı bir korumadan yararlandığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, kimi durumlarda ilgili ifadelerin 17. madde ışığında yorumlanabileceğine, dahası 17. maddeye binaen tamamıyla koruma dışı bırakılabileceğine dikkat çekilmiştir. Bu noktada Mahkeme, 17. maddenin oldukça sınırlı bir uygulama zemininde aşırı varsayımlara yönelik olarak uygulandığını vurgulamıştır. Bu itibarla Mahkemeye göre, ihtilaf konusu beyanların nefreti veya şiddeti kamçulamayı hedeflemesi ve Sözleşme'nin güvence sistematüğında yer alan hak ve özgürlükleri yine Sözleşme kanalıyla devre dışı bırakma amacı taşıması gerekir. Bu bilgiler ışığında Mahkeme somut olaydaki ihtilafı ifadelerin sarsıcı nitelik taşısa, ayrımcılığı ve dini nefrete tahrik etmeyi hedeflese dahi mevcut durumun Sözleşme'nin güvence sistematüğindeki hak ve özgürlükleri açıkça ortadan kaldırma amacı taşıdığını göstermek bakımından yeterli olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

B. ESASA İLİŞKİN DENETİM

Başvurucuya göre, ulusal yargılama mercileri, gerçekleştirdikleri denetimde Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sınırlama rejimine riayet etmemiştir. Bu açıdan ilgili müdahale; kanunla öngörülme, meşru bir amaç taşıma ve demokratik toplumda gerekli olma şartlarını taşımamaktadır. Bu ön bilgilerin ardından Başvurucunun ihlal iddiasında ağırlık verdiği hususlara değinmekte yarar vardır. Başvurucu öncelikle ilgili kanun hükmünün farklı yorumlara kapı aralama potansiyeli taşıdığına dikkat çekmiştir. Bu bakımdan ilgili beyanların suç teşkil etmesi dört halde söz konusu olabilir: ayrımcılık çağrısında bulunma, ayrımcılığı teşvik etme, ret veya düşmanlık duygusu uyandırma. Başvurucu; Yargıtayın söz konusu karar ile, yerleşik içtihadıyla bağdaşmayacak şekilde “*ayrımcılığı zımnen teşvik etmeye*” odaklandığını ileri sürmüştür. Başvurana göre tahrike zımni bir nitelik atfetmek, beyan sahibinin konuya yaklaşımından ziyade beyanın “*anlaşılması muhtemel olduğu şekilde*” incelenmesi anlamına gelir. Bu durum ise ceza hukukunun sanığın aleyhine olacak şekilde geniş bir yoruma tabi tutulmasına yol açar. Keza Başvurucuya göre ilgili müdahale başkalarının haklarını korumak amacından yoksun olup ayrıntılı bir şekilde gerekçelendirilmemiştir. Bu doğrultuda Başvurucu; kamu yararı, ilgili canlı

yayının bağlamı ve mahkumiyetinin diğer bireyler üzerindeki etkisi yönünden iddialarını temellendirme yoluna gitmiştir. Kamu yararı bakımından Başvurucu, beyanlarının Müslümanlar hakkında herhangi bir ret, ayrımcılık veya nefrete tahrik içermediğini ileri sürmüştür. Başvurucu köktendinciliğe gösterilen rağbet karşısında sosyal bütünlüğün sağlanabilmesi için din ve Fransa arasında bir seçim yapmanın elzem olduğu düşüncesiyle terör saldırılarının sorgulanması noktasında kamuoyu tartışmasına katkı sağladığını belirtmiştir. Ayrıca Başvurucu söz konusu canlı yayında provakatif bir tonda yöneltilen soruların, kendisini derinlemesine yanıtlar vermektan mahrum bıraktığını vurgulamıştır. Başvurucu son olarak zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca dayanmayan ilgili müdahalenin, toplumsal bir kriz karşısında kendisiyle aynı fikirleri paylaşan aydınların düşüncelerini dile getirmekten imtina etmesine yol açacağını iddia etmiştir.

Hükümet kabul edilebilirlik yönündeki itirazının reddedilmesi halinde, somut olaydaki müdahalenin Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası bağlamında meşru bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Bu açıdan somut olaydaki müdahalenin kanuni bir dayanağı vardır ve Yargıtayın bu doğrultuda yerleşik içtihadı söz konusudur. Bu içtihada göre Yargıtay zımni nitelikte ayrımcılığa tahrik, teşvik ve çağrı ile din temelinde bir gruba karşı ret veya düşmanlık duygusu uyandırmayı da ilgili suç kapsamında görmektedir. Bu eksende ulusal yargı mercilerinin ilgili ve yeterli gerekçelere dayanmak suretiyle takdir marjını aşmadıkları vurgulanmıştır. Hükümet Başvurucunun hassas konularda tartışmalı yorumları olan kamuya mal olmuş bir kişi olduğuna dikkat çektikten sonra, ilgili sürecin yaşandığı toplumsal koşullara ağırlık vermiştir. Bu noktada izlenme oranlarının yüksek olduğu bir saatte yayınlanan ihtilaf konusu beyanlar, ülkede terör saldırılarının yoğunlaştığı bir döneme rastlamaktadır. Hükümete göre Başvurucu İslam'ın Fransa'daki yerine dair tartışmayı kasten olumsuz şekilde etkilemiştir. Bu açıdan ulusal yargı mercileri ihtilaf konusu beyanların köktendincilik eleştirisi olmanın ötesinde hoşgörüsüzlüğün meşrulaştırılması niteliği taşıyıp taşımadığını tespit edebilmek için söylemlerin muhtevasını esas almış ve ayrıntılı gerekçelere yer vermiştir. Keza Hükümete göre uygulanan para cezası ilgili kanunda düzenlenen cezaya nazaran makuldür.

AİHM öncelikle müdahaleye dayanak teşkil eden kanun hükmünün belirli suçların işlenmesine yönelik doğrudan kışkırtmalar ile ayrımcılığa yönelik kışkırtmalar arasında net bir ayrımı esas aldığını tespit etmiştir. Mahkeme bu hüküm özelinde kışkırtıcı söyleme dair Yargıtay içtihadının bir gruba karşı

ret veya düşmanlık hissi uyandıran söylem ile ayrımcılığı teşvik eden söylem bağlamında şekillendiğine dikkat çekmiştir. Bu noktada Mahkeme, kışkırtma suçunun nitelik itibarıyla “*ayrımcılık, nefret veya şiddet çağrısının örtülü doğasını*” da kapsamına aldığı saptamıştır. Bu itibarla Mahkeme, Yargıtayın keyfiliğe mahal vermeksizin açık ve kesin bir değerlendirmede bulunduğunu belirtmiştir. Keza Mahkeme gerek Kanun hükmünün formüle edilme şeklinin gerekse Yargıtay içtihadının cezai sorumluluğun makul bir şekilde öngörülebilmesini sağladığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme ilave olarak kışkırtmanın zımni niteliğinin esasen ulusal mahkemelerin kararlarındaki gerekçelerin uygun ve yeterli olmasıyla ilişkili olduğunu dolayısıyla gereklilik bağlamında değerlendirileceğini ifade etmiştir. Ayrıca Mahkeme müdahalenin Müslümanların itibarını veya haklarını korumak özelinde meşru amaç şartını sağladığına ikna olmuştur.

Bu değerlendirmelerin ardından demokratik toplumda gereklilik incelemesine geçen Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki başat rolüne dikkat çekmiş ve bu özgürlüğün yalnızca kanıksanmış fikirleri değil aynı zamanda çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik zemininde incitici ve sarsıcı ifadeleri de kapsadığını belirtmiştir. Bilhassa kamu yararına ilişkin beyanların güçlü bir korumdan yararlanması gerektiği vurgulanmıştır. Bu noktada Mahkeme ifade özgürlüğünün kullanımında kesinlikle aşılması gereken sınırlar olarak değerlendirdiği hoşgürsüzlük çağrılarının kapsamına dikkat çekmiştir. Ayrımcılık, şiddet ve nefret çağrılarının bu kapsamda yer aldığı belirtilmiştir. Buna karşılık hoşgörü ve bütün insanların onuruna eşit şekilde saygı duyma, demokratik ve çoğulcu toplum açısından belirleyici faktörler olarak ele alınmıştır. Buradan hareketle ulusal makamların meşru amaç ve araç arasında orantılılık ilkesini gözetmek şartıyla, dini temelde hoşgürsüzlüğe tahrik ve destek ile meşruluk kazandırma içeren söylemlere cezai yaptırımlar da dahil olmak üzere tedbir alma yetkisinin olduğu belirtilmiştir. Bu ekseninde cezaların niteliği ve ağırlığının orantılılık açısından kayda değer hususlar olduğuna değinilmiştir. Keza Mahkeme ilgili müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması şartını aşağıdaki hususlar çerçevesinde bütüncül bir perspektifle yorumladığını ifade etmiştir.

“i. Konuşmanın, gergin bir siyasi veya sosyal bağlamda yapıлып yapılmadığı. Şayet durum bu şekildeyse, Mahkeme, genellikle bu tür ifadelere belirli türde bir müdahalenin haklı olabileceğini kabul eder.

ii. Kendi bağlamlarında veya daha genel bağlamda doğru bir şekilde yorumlandığında ve değerlendirildiğinde şiddete doğrudan veya dolaylı

olarak bir çağrı ya da şiddet, nefret veya hoşgörüsüzlüğün bir gerekçesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği. Mahkeme, bu konuyu incelerken, etnik, dini veya başka herhangi bir gruba saldıran veya onları aşağılayan kategorik ifadelere özellikle duyarlıdır.

iii. Mahkeme ayrıca, ifadelerin formüle edilme şeklini ve doğrudan veya dolaylı olarak zarar verme kapasitelerini de dikkate alır.³

Bu bilgilere ilave olarak Mahkeme, nefrete tahrik için mutlaka belirli bir şiddet eylemine çağrı yapılmasının şart olmadığını belirtmiştir. Nitekim belirli bir topluluğu aşağılayan, tahkir eden veya karalayan saldırıların da ifade özgürlüğü karşısında ırkçı söylemle mücadeleye öncelik verilmesini devreye sokabileceği vurgulanmıştır.

Mahkeme konuya ilişkin genel ilkeleri bu şekilde ortaya koyduktan sonra somut olay özelinde değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme öncelikle Başvurucunun gazeteci sıfatı taşıdığına ve İslam ile Fransa hakkındaki görüşlerini içeren kitabını tanıtmak için yüksek izlenme oranlarının olduğu bir saatte canlı yayına katıldığına dikkat çekmiştir. İlaveten bu dönemde yaşanan terör saldırıları düşünüldüğünde, ihtilaf konusu beyanların kamusal yani genel nitelikte bir menfaat tartışması olduğu tespit edilmiştir. Bu noktada Başvurucunun beyanlarının 10. maddede öngörülen sınırlama rejiminden bağımsız olmadığı, dolayısıyla ulusal makamların nefret söylemine ilişkin değerlendirmesinin uygun gerekçeler zemininde, bilhassa olayın bağlamı itibarıyla orantılılık ölçütüne riayet etmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu ekseninde Mahkeme, Başvurucunun beyanlarının niteliğine odaklanmıştır. Buradan hareketle ihtilaf konusu beyanların, sömürgeci ve işgalci olarak nitelenen Müslümanların ya İslam'ı ya da Fransa'yı seçmeleri gerektiğini esas aldığına işaret edilmiştir. Mahkeme Başvurucu tarafından "*tarihi ve teolojik bir analiz*" olarak lanse edilen ihtilaf konusu beyanların esas itibarıyla Fransızlar ve bütüncül bir perspektifle Müslümanlar arasında ayrışma potansiyeli taşıyan olumsuz ve ayrımcılık içeren iddialara yer verdiği sonucuna ulaşmıştır. Keza Mahkemeye göre kullanılan saldırgan dil, banliyölerde revaç bulan köktendencilığe yönelik bir eleştirinin kamuoyunun dikkatine sunulmasından öte ayrımcı bir saik içermektedir. Bu sebeple Mahkeme 17. madde ışığında, ihtilaf konusu beyanların 10. maddede öngörülen güçlendirilmiş koruma sisteminin kapsamında yer alan bir ifade kategorisine girmediğini tespit etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, ulusal makamların bu beyanlara müdahale

³ *Ibid.*, § 52.

etme noktasında geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. İlaveten Mahkeme, ırk ayrımcılığının bütün görünüşleriyle etkin mücadelenin önemine ve bir toplumsal gruba yönelik kalıplaşmış ifadelerin bu grubun kimlik, öz saygı ve özgüven duygusuna yönelik olumsuz etkisine dikkat çekmiştir.

Somut olayın koşulları bağlamında Mahkeme, ihtilaf konusu beyanların yayınlandığı saatin izleyici yoğunluğuna ve yayın araçlarının bireyler üzerindeki doğrudan ve güçlü etkisine özellikle dikkat çekmiştir. Bu noktada Başvurucunun polemik içeren söylemleriyle ön plana çıkan bir gazeteci olduğu ve gazetecilerin görev ve sorumluluklarına riayet etmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu açıdan Başvurucunun kendisine anlık yöneltilen sorulara vereceği yanıtların kapsam ve sonuçlarını öngörebilecek bir durumda olduğu belirtilmiştir. Bütün bu manzara karşısında Mahkeme ihtilaf konusu beyanların, İslam'a getirilen eleştiriler olmanın ötesinde bir anlam taşıdığını tespit etmiştir. Mahkeme gerek genel bağlam gerekse programın yayınlanma şekli açısından Başvurucunun seyircileri, Müslümanları reddetmeye ve dışlamaya çağırarak toplumsal bütünlüğe zarar vermek yönünde ayrımcı bir niyet taşıdığı kanaatine ulaşmıştır. Nitekim Mahkeme ulusal yargı mercilerinin konuyla ilgili dışsal unsurları da dikkate aldığına değinmiş ve müdahalenin meşruluğu bakımından mahkûmiyet gerekçesinin ilgili ve yeterli olduğuna ikna olmuştur. Müdahalenin orantılılığı bahsinde cezaların niteliği ve niceliğine özel bir parantez açan Mahkeme, azami cezanın bir yıl hapis ve 45.000 avro para cezası olması karşısında Başvurucuya aşırı bir cezanın uygulanmadığı sonucuna ulaşmıştır. Sonuç itibarıyla Mahkeme, söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğuna ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine oy birliğiyle karar vermiştir.

III. AİHM KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE NEFRET SÖYLEMİ İLİŞKİSİ BAKIMINDAN

İfade özgürlüğü Mahkeme içtihadında demokratik toplumun temel bir unsuru olarak ele alınır. Bu ekseninde gerek demokratik toplumun gelişiminde gerekse bireyin kendisini gerçekleştirmesinde itici bir güç işlevi üstlenen ifade özgürlüğü; incitici, sarsıcı ve rahatsız edici bilgi ve fikirleri de kapsar. Bu durum demokratik toplumun vazgeçilmez şartları olarak görülen “çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin” bir sonucudur. Bu noktada ifade özgürlüğüne yönelik istisnaların dar yorumlanması ve kısıtlama ihtiyacının ikna edici bir

şekilde ortaya konulması elzemdir⁴. Nefret söylemi her ne kadar Sözleşme’de kategorik bir şekilde ifade özgürlüğünün kapsamından çıkartılmamışsa da sınırlamalar gerekçelendirilirken bir tür manivela işlevi üstlenebilmektedir⁵. Hangi ifadelerin nefret söylemi niteliği taşıdığına karar verirken demokratik toplumun gerekleri ve somut olayın bağlamı göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim hem insan onuruna hem de ilgili grubun demokratik toplumdaki konumuna hanel getiren bu tarz ifadelere devletin müdahale etmemesinin ilgili gruba yönelik saldırılara zemin hazırlayabileceği unutulmamalıdır⁶. Ulusal makamların nefret söyleminden imtina etmesi, devletin negatif yükümlülüğüne; bu tarz ifadelerin yaygınlaşmasının önüne set çekmek ise pozitif yükümlülüğüne karşılık gelir⁷.

Esasen nefret söylemi; taşıdığı şiddet potansiyeli dolayısıyla “*sert eleştiri*” olarak görülmez. Aksi takdirde, bilhassa azınlık gruplara yönelen bu söylem onların toplumsal hayattan giderek soyutlanmasına yol açar. Dolayısıyla ifade özgürlüğü ve kişinin ayrımcılığa maruz kalmaması arasındaki çatışmada, devletin ifade özgürlüğü konusundaki genel yaklaşımına istisna oluşturacak şekilde sınırlayıcı bir yaklaşım içerisine girmesi gerekir. Bu söylemlerin insan haklarını, eşitlik ve çeşitliliği reddetmesi, hakları ortadan kaldırmaya odaklanması; devletin müdahalesini gerekçelendirmesinde kayda değer bir işlev üstlenebilir⁸. Ayrıca Amerika Birleşik Devletleri hukuk pratiğinde, bilginin serbest akışını önceleyen bir yaklaşımla ifade özgürlüğüne güçlendirilmiş bir koruma alanı bırakıldığı; ancak zarar verme potansiyelinin ciddiyet arz ettiği durumlarda yargı mercilerinin dar ifade kategorileri üzerinden meseleye yaklaştığı belirtilmektedir⁹. Nitekim müstehcenlik, hakaret, açık ve mevcut tehlikeye karşılık gelen ifadeler anayasal olarak yasaklanabilmektedir. Bu noktada nefret söyleminin çoğunlukla açık ve mevcut tehlike bağlamında

⁴ Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France, 40454/07, 10/11/2015, § 88.

⁵ Uğur Ersoy, “Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2018, 9(35), 111-174, s. 153.

⁶ Süleyman Özar, “Önyargı, Hoşgörüsüzlük ve Nefret Suçları” in Muhterem Dilbirliği (ed.), Nefret Söylemi ve Nefret Suçları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 2021, 68-81, s. 72-73.

⁷ Ersoy, s. 149.

⁸ Ulaş Karan, İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s. 26-28.

⁹ Roger Kiska, “Hate Speech: A Comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence”, Regent University Law Review, 2012, 25(1), 107-152, s. 138.

incelendiğine dikkat çekilmektedir¹⁰.

Sözleşme'nin nazizm, faşizm ve komünizm karşısında liberal demokratik değerler merkez alınarak hazırlandığı yadsınamaz bir gerçektir. Bu eksenle Mahkeme içtihadında, saldırgan milliyetçilik ve antisemitizmde dahil olmak üzere, belirli bir ırka, etnik veya dini bir gruba ya da eşcinsellere yönelik nefret söylemini 10. maddenin¹¹ sağladığı koruma alanından yararlandırmama yönünde bir yaklaşım söz konusudur¹². Esasen Mahkeme içtihadında nefret söylemine dair doğrudan detaylı bir tanım yapılmamıştır. Bununla birlikte “dini hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere, hoşgörüsüzlüğe dayanan nefreti yayan, tahrik eden ve meşru göstermeye çalışan ifadelerin, Sözleşme'nin 10. maddesinde sağlanan korumadan yararlanamayacağı” yönünde yerleşik bir içtihat söz konusudur¹³. Mahkemeye göre; çoğunlu ve demokratik bir toplumda gerek çoğunluk inancına gerekse azınlıkta kalan bir inanca mensup olan bireyler, inançlarının başkaları tarafından inkâr edilmesine ve karşı doktrinlerin yayılmasına hoşgörüsüyle yaklaşmalıdır. Buradan hareketle belirli bireylerin veya bir grubun kendileriyle alakalı bir ifadeyi saldırgan bir üslup veya hakaret olarak değerlendirmesi, ortada mutlaka bir nefret söylemi olduğu anlamına gelmez. Bu noktada aslolan bütüncül bir perspektifle somut olayın bağlamına yaklaşıldığında ilgili ifadelerin hoşgörüsüzlüğe, nefrete veya şiddete teşvik eden bir nitelik taşımasıdır. Nefrete teşvik etmek için bir şiddet eylemine veya suç sayılan başka bir eyleme çağırarak şart değildir.

¹⁰ Kiska, s. 142. Ayrıca nefret söylemi yerine, bir topluluğu karalamak anlamına gelen “*group libel*” veya o topluluğa hakaret etmek anlamında “*group defamation*” kavramlarına yer verilebilmektedir. Bkz. Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, London, 2012, s. 39-40.

¹¹ Söz konusu Madde şu şekildedir: “1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.
2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağliğin veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

¹² David Harris/ Michael O'Boyle/ Ed Bates/ Carla Buckley, Harris, O'Boyle, & Warbrick *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 572.

¹³ E.S. v. Austria, 38450/12, 25/10/2018, § 43; Rabczewska v. Poland, 8257/13, 15/09/2022 § 51.

Bu bağlamda Mahkeme savunmasız bir gruba iftira atmanın veya bu grubun üyelerini tahkir etmenin ilgili ifadelerin bastırılması yönünde bir gerekçe olarak ele alınabileceğine dikkat çekmektedir¹⁴. Keza ifade özgürlüğünün sorumsuzca kullanımını bağlamında toplumun belli kesimlerine hakaret etmeye, aşağılamaya veya karalamaya dikkat çeken Mahkeme, bu hususların yabancı düşmanlığı veya diğer ayrımcılık biçimleriyle mücadele etmek isteyen yetkili makamlara yeterli gerekçe oluşturabileceğini vurgulamaktadır¹⁵. Ezcümle Mahkeme etnik, dini ya da başka bir grubun tamamına yönelik saldırgan ifadelerin; Sözleşmenin temel dinamikleri olarak görülen hoşgörü, sosyal barış ve ayrımcılık yasağı ile bağdaşmadığını vurgulamaktadır¹⁶.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 20 Mayıs 2022 tarihinde kabul edilen “Taraf Devletlerin Nefret Söylemiyle Mücadele Etmesi” Hakkında 16 sayılı Tavsiye Kararı’nın ekinde, bu tavsiyenin amaçları bağlamında nefret söylemi ile “*bir kişiye veya gruba karşı; şiddeti, nefreti veya ayrımcılığı kışkırtan, teşvik eden veya meşru gösteren ya da ırk, renk, dil, din, milliyet, ulusal veya etnik köken, yaş, engellilik, cinsiyet, cinsel kimlik ve cinsel yönelim gibi gerçek veya varsayılan kişisel özellikleri veya durumları sebebiyle bu kimseleri aşağılayan bütün ifade biçimlerinin*” kastedildiği vurgulanmıştır¹⁷. Anlaşılacağı üzere muhtelif şekillerde nefret söyleminde bulunulması mümkündür. Bilhassa ırkçı bağlamda ortaya konulan ifadeler ile kişinin kimliğine yönelik saldırı niteliği taşıyan, cinsiyet veya din temelinde nefret ve hoşgörüsüzlüğü esas alan ifadeler bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁸. Bu noktada Mahkeme nefret söyleminin; Sözleşme’nin hoşgörü, toplumsal

¹⁴ Taganrog LRO and Others v. Russia, 32401/10, 44285/10, 3488/11..., 07/06/2022, §154-155.

¹⁵ Dmitriyevskiy v. Russia, 42168/06, 03/10/2017, § 99.

¹⁶ Ibragim Ibragimov and Others v. Russia, 1413/08, 28621/11, 28/08/2018, § 94.

¹⁷ Söz konusu Tavsiye Kararı için bkz.

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a67955#_ftn2 (Erişim Tarihi: 21.11.2023) Benzer şekilde “Nefret Söylemi üzerine Birleşmiş Milletler Stratejisi ve Eylem Planı” hakkında 2020 tarihli Birleşmiş Milletler Saha Varlıkları için Uygulamaya Dair Detaylı Rehber’de nefret söylemi “*bir kişi veya grubun kim oldukları temelinde, başka bir deyişle onların din, etnik köken, milliyet, ırk, renk, soy, cinsiyet veya diğer kimlik faktörlerini esas alarak saldıran veya aşağılayıcı ve ayrımcı bir üsluba yer veren söylem, yazı veya davranış bağlamında her türlü iletişim biçimi*” olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu metin için bkz. https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20PoA%20on%20Hate%20Speech_Guidance%20on%20Addressing%20in%20field.pdf (Erişim Tarihi: 09.12.2023)

¹⁸ Elif Küzeci, “AİHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, (71), 174-200, s. 178.

barış ve ayrımcılık yapmama şeklinde tezahür eden temel değerlerini kasten aşındıran, açıkça saldırgan ve tahkir edici ifadelerden ibaret olmadığına özellikle dikkat çekmektedir. Bu doğrultuda ihtiyatlı veya varsayımsal bir üslupla ortaya konulsa dahi zımnî ifadelerin de aynı şekilde bünyesinde nefret taşıyabileceği vurgulanmaktadır¹⁹. Mahkeme, Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonunun “*Nefret Söylemi ile Mücadele Hakkında*” 8 Aralık 2015 tarihli ve 15 sayılı Genel Politika Tavsiye Kararı'ndan yola çıkarak, nefret söyleminin başkalarını hedeflenen gruba karşı “*şiddet, gözdağı, düşmanlık veya ayrımcılık*” içeren davranışlarda bulunmaya kışkırtma amacı taşıyabileceğine dikkat çekmektedir. Mahkemeye göre bu durum makul olarak kışkırtma etkisinin beklenebileceği haller için de geçerlidir. Bu noktada kışkırtma unsurunun varlığı, söz konusu eylemlerin gerçekleştirilmesine matuf “*açık bir niyetin olmasına*” veya ilgili ifadeler neticesinde bu eylemlerin gerçekleşmesine dair “*yakın bir riskin*” varlığına bağlıdır. Bu noktada Mahkeme açık bir çağrının varlığı, kullanılan üslubun gücü ve konuşmacının önceki davranışları gibi ilgili faktörlerin kışkırtma amacının anlaşılmasında işlev üstlenebileceğine dikkat çekmektedir²⁰.

Mahkemenin ilk etapta, taraf devletlerin ırk ayrımcılığına veya Sözleşme'yle bağdaşmayan değerleri bastırma ihtiyacına atıfta bulunması halinde ilgili tedbirler lehine bir karine tanıdığı çıkarımında bulunmaktadır. Bununla birlikte ilerleyen süreçte Mahkemenin özellikle basın özgürlüğü söz konusu olduğunda orantılılık eksenli bir yaklaşıma ağırlık verdiği vurgulanmaktadır²¹. Basın özgürlüğü Sözleşme'de doğrudan düzenleme altına alınmamış olmakla birlikte Mahkeme içtihatlarında basın mensuplarına “*özel bir statü*” tanındığı söylenebilir. Zira basın mensuplarının ifade özgürlüğü diğer bireylere nazaran daha fazla ihlal edilme potansiyeli taşımaktadır²². Basın, kamu yararına ilişkin bütün konularda bilgi ve fikir vermekle görevlidir. Bir taraftan basının bilgi ve fikir verme görevi, diğer taraftan kamunun bilgi ve fikir alma hakkı; basının kamusal anlamda hayati bir işlev üstlenmesine zemin oluşturur. Bununla birlikte basının yükümlülük ve sorumlulukları ile paralel olarak, bilhassa başkalarının itibarı ve hakları konusunda riayet etmesi gereken

¹⁹ Sanchez v. France, 45581/15, 15/05/2023, § 157.

²⁰ Kilin v. Russia, 10271/12, 11/05/2021, § 74. Bu bağlamda söz konusu Tavsiye Kararı'nın 14-16. paragrafları önem arz etmektedir.

²¹ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 572-573.

²² Dominika Bychawska-Siniarska, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması, çev. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi, 2018, s. 99.

sınırlar vardır²³. Dolayısıyla basının kamuyu ilgilendiren önemli meselelerde dahi, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında geçtiği üzere, görev ve sorumluluklardan muaf olduğu söylenemez²⁴. Gazetecilerin Sözleşme'nin güvence sistematığı bağlamında ifade özgürlüğünden yararlanması, basının demokrasilerde üstlendiği başat rolün doğal bir sonucudur. Ancak bu durum gazetecilerin, sorumlu gazetecilik ilkeleri bağlamında doğru ve güvenilir bilgi sağlamak için iyi niyetli hareket etmeleri gerektiği üzerinden okunur. Bu eksenle kamu yararını ilgilendiren bir mesele söz konusu olduğunda Taraf Devletlere dar bir takdir marjı bırakılmak suretiyle ifade özgürlüğüne yüksek düzeyde bir koruma sağlanır²⁵. Ayrıca basın özgürlüğü belirli bir dereceye kadar abartı ve kışkırtmayı da kapsar²⁶. Sonuç olarak nefret söylemi karşısında basın özgürlüğünün korunması özel önem arz eder. Bu noktada nefret söyleminde bulunan kişi ile kamuyu bilgilendirme amacı taşıyan yayıncı arasında, basın organlarının ödev ve sorumlulukları göz önünde bulundurularak, gerekli ayırım yapılmalıdır. Buna binaen kamunun bilgilendirilmesi ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması arasında somut olayın koşulları ışığında hassas bir dengenin gözetilmesi gerekir²⁷.

Nefret suçu kavramına da konunun bütünlüğü bağlamında bir parantez açmakta yarar vardır. Zira kategori itibariyle geniş bir düzlemde karşılık bulan nefret suçlarının ifade özgürlüğüne ilişkin boyutunda nefret söylemi ile karşılaşılır²⁸. Nefret söylemi kısa veya uzun vadede, toplumsal düzeyde psikolojik veya fiziksel zararlarla sonuçlanabilmektedir. Nitekim nefret söylemi, nefret suçlarını teşvik etmek suretiyle bu suçların işlenmesine yol açabilir²⁹. Keza nefret suçu bir tür varış noktası olarak ele alındığında, hoşgörüsüzlüğün dışavurumu olarak nitelenen nefret söylemini bu sürecin hareket noktası olarak okumak mümkündür³⁰. Öncelikle nefret suçundan

²³ Hurbain v. Belgium, 57292/16, 04/07/2023, § 177-178.

²⁴ Axel Springer AG v. Germany, 39954/08, 07/02/2012, § 82.

²⁵ Skudayeva v. Russia, 24014/07, 05/03/2019, § 33.

²⁶ Samoylova v. Russia, 49108/11, 14/12/2021, § 77.

²⁷ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 32-33.

²⁸ Cennet Uslu, "Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2013, (38), 185-202, s. 187.

²⁹ Hüseyin Göktepe, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (2016), 7(25), 169-211, s. 177.

³⁰ Selami Turabi, "Nefret Söylemi Kavramı ve Unsurları" in Muhterem Dilbirliği (ed.), Nefret Söylemi ve Nefret Suçları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 2021, 22-29, s. 27.

bahsedebilmesi için failin, ceza kanununda düzenlenen bir suçta mağduru mensup olduğu gruba karşı beslediği nefret saiki veya önyargı ile işlemesi gerekir. Bu durumun temelinde failin mağdura kişisel olarak bir husumet beslemesinden ziyade mağdura verilen maddi veya manevi zarar kanalıyla ilgili grubun tamamına gözdağı verme düşüncesi yer alır³¹. Bir nefret suçunun işlenmesinden önce veya suç işlenirken ya da suçun işlenmesinin akabinde nefret söyleminde bulunulması önyargı unsurunun kanıtlanması bakımından kayda değer bir işlev üstlenmektedir³². Failin varsayımına dayansa bile bir gruba mensubiyet bakımından “mağduru kimliği” ve suç fiilinin bu kimliğe binaen gerçekleşmesine yol açan “failin önyargısı”, nefret suçunun yapısal unsurları olarak değerlendirilir. Bu iki unsura yönelik bir bağlama işaret eden ve genellikle toplumun zayıf veya azınlıkta kalan kesimleri etrafında şekillenen “korunan grupların listesini” ise ihtiyari unsur olarak ele almak mümkündür³³. Sonuç itibarıyla temelde suç teşkil eden bir eylemin, ilgili düzenlemede belirtilen özelliklere karşı duyulan nefret saikiyle işlenmesiyle vücuda gelen nefret suçlarının muğlaklıktan uzak olması ve eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaması elzemdir³⁴. Anlaşılacağı üzere “bir suçun varlığı”; nefret suçundan bahsedebilmek için zorunlu bir unsur iken, nefret söylemi açısından böyle bir zorunluluk yoktur³⁵.

Nefret söylemi ile ilişkisi bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus da ayrımcılık kavramıdır. Öncelikle çoğulculuğun korunması ve demokrasinin işlevselliği bağlamında devletin nötr pozisyonuna özel önem atfedilir. Bu açıdan devletin gerek tanımlama gerekse ilgili ifadeyi cezalandırma noktasında saldırgan durumları dikte etmesinin fiili bir “bakış açısı ayrımcılığına (viewpoint discrimination)” ve “toplum mühendisliği projesine” yol açacağına dikkat çekilmektedir³⁶. Sözleşme'nin 14. maddesi³⁷

³¹ Timur Demirbaş, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, 19(3), 2693-2701, s. 2698-2700.

³² Ersoy, s. 121.

³³ Uslu, s. 188.

³⁴ Özar, s. 70.

³⁵ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 30.

³⁶ Kiska, s. 128.

³⁷ İlgili madde şu şekildedir: “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler; ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.” İlave olarak; Birleşmiş Milletler bünyesinde yer alan Irkçı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesinin, Her Türlü Irk

ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Mahkeme içtihadında ayrımcılık, görece benzer durumda olan kişilere objektif ve makul bir gerekçeye dayanmaksızın farklı muamelede bulunulması şeklinde tanımlanır³⁸. Bu itibarla Sözleşme'nin güvence sistematğinde yer alan bir hak bakımından farklı bir muameleye gidilmesi halinde meşru bir amacın izlenilmiş olmasına ilave olarak amaç ile araç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunması elzemdir³⁹. Ayrımcılık yasağı bakımından devletin yükümlülüğü kaçınma yükümlülüğünden ibaret olmayıp, devletin eşitsizliğe yol açabilecek uygulamaları ortadan kaldırması bakımından gerekli tedbirleri de içeren kapsamlı bir hukuki çerçeveyi ihdas etme yönünde pozitif yükümlülüğü vardır. Bu itibarla Sözleşme'nin güvence sistematğinde yer alan ayrımcılık yasağı bağlamında negatif yükümlülükler ilave olarak pozitif yükümlülüklerin de olduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Keza Mahkemenin; nefret söyleminin kışkırtmasına binaen teşebbüs edilebilecek şiddet veya haklara ilişkin diğer müdahaleler karşısında hedef alınan kişileri korumaya yönelik pozitif yükümlülüklerin varlığını kabul ettiği belirtilmektedir⁴¹. Ayrıca 12. Protokol⁴² hakkında Avrupa Konseyinin Açıklayıcı Raporundan yola çıkılarak, özel kişiler arasındaki ilişkiler bakımından taraf devletin pozitif yükümlülüklerinin devreye girebilmesi için söz konusu ilişkinin kamusal bir boyutunun olması gerektiği ifade edilebilir⁴³. Sonuç olarak ayrımcılık yasağının ihlali açısından kastın varlığı

Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin uygulanmasına rehberlik etme bağlamında 26 Eylül 2013 tarihli ve 35 sayılı Genel Tavsiye Kararı için bkz. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/471/38/PDF/G1347138.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 08.12.2023)

³⁸ X and Others v. Albania, 73548/17, 45521/19, 31/05/2022, § 77.

³⁹ B. v. Switzerland, 78630/12, 20/10/2020, § 62.

⁴⁰ Ulaş Karan, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 82, 86.

⁴¹ Bkz. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonunun, Nefret Söylemi ile Mücadele Hakkında 8 Aralık 2015 tarihli ve 15 sayılı Genel Politika Tavsiye Kararı'nın 41. paragrafı. Keza Mahkemenin bu bağlamdaki yaklaşımı için bkz. Georgian Muslim Relations and Others v. Georgia, 24225/19, 30/11/2023, § 86.

⁴² İlgili Protokol'ün "*Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması*" başlıklı 1. maddesi şu şekildedir: "*1. Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. 2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.*"

⁴³ Ayşe Özkan Duvar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017/2, 17-81, s. 50-51. Bu bağlamda 04 Kasım 2000 tarihli, Avrupa İnsan Hakları

zorunlu bir unsur olmayıp belirli bir gruba yönelik orantılı olmayan genel bir politika veya müdahale, özel olarak ilgili grubu hedef almasa bile ayrımcı bir muamele olarak görülebilir. İlaveten nefret söyleminde “*karşılaştırma ve farklı muamele*” söz konusu olmasa da nefret söylemi ve ayrımcılığın birbirini tetikleyen olgular olduğu göz ardı edilmemelidir⁴⁴.

İslamofobikavramınadatemasetmekteyararvardır. İslamveMüslümanlara yönelik tartışmalar özelinde “*İslam karşıtlığının*” modern bir görünümü olarak nitelenen İslamofobi’yi gerek ayrımcılığın gerekse nefret söylemi ve nefret suçunun bir tür dışı vurumu olarak değerlendirmek mümkündür. Bu noktada dine yönelik eleştiri kisvesi altında, esasen Müslümanların hayat tarzını bir sorun olarak göstermek suretiyle ırkçı bir metodun izlenebileceği göz ardı edilmemelidir⁴⁵. Toparlayacak olursak demokratik yönetimlerde fikirlerin serbestçe dolaşımı esas alınır. Bu bakımdan dine getirilen eleştiriler ile bu dinin mensuplarına hoşgörüsüzlük temelinde bulunan ithamlar arasında Mahkeme içtihadında bir sınır çizilmeye çalışıldığı ifade edilebilir. Ancak bu sınırların sağlıklı bir şekilde çizilmesi somut olayın koşullarının dikkate alınmasını gerektirir. İhtilafı ifadeler hoşgörüsüzlüğün gerekçesi olma düzeyine yaklaştıkça, Sözleşmede sağlanan koruma alanının daralacağı

Sözleşmesi’ne Ek 12 No’lu Protokol Hakkında Açıklayıcı Raporun 26-28. paragrafları için bkz. <https://rm.coe.int/09000016800cce48> (Erişim Tarihi: 30.11.2023)

⁴⁴ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 30-31.

⁴⁵ Muhterem Dilbirliği, “Din ve İnanç Temelinde Nefret Söylemi: “İslamofobi”” in Muhterem Dilbirliği (ed.), Nefret Söylemi ve Nefret Suçları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 2021, 40-65, s. 49-51. İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonunun 8 Aralık 2021 tarihli Müslüman Karşıtı Ayrımcılığın ve İrkçılıkla Mücadele Edilmesi ve Önlenmesine Dair Revize Edilen 5 No’lu Genel Politika Tavsiye Kararı önem arz etmektedir. Tavsiye Kararı’nın 14. paragrafında Müslüman karşıtı ırkçılığın, “*nefret güdümlü şiddet de dahil olmak üzere nefret ve aşağılayıcı basmakalıplar, dezavantaj döngüleri, kültür ve dinin reddi ve hatta yok edilmesi*” olarak üç temel hareket merkezi etrafında şekillendiğine dikkat çekilmiştir. Keza bu olgunun kişiler arası düşmanlık veya ayrımcılık şeklinde ortaya çıkabileceği gibi yapısal bir görünüm de arz edebileceği vurgulanmıştır. Söz konusu Tavsiye kararı için bkz. <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-5-revised-on-preventing-and-comb/1680a5ae44> (Erişim Tarihi: 09.12.2023) Bu noktada İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonunun 28 Haziran 2022 tarihli Fransa Hakkında 6. Raporu kayda değer hususlar içermektedir. Söz konusu Raporun 43. paragrafında Fransa’da Müslümanlara yönelik hoşgörüsüzlüğün; İslam ile terörizmi eşitleyen politik söylem, Müslümanların Fransız toplumuyla bütünleşmemesine yönelik imalar ve tesettür hakkında aşağılayıcı açıklamalar özelinde yüksek bir düzeyde devam ettiği belirtilmektedir. Söz konusu Rapor için bkz. <https://rm.coe.int/ecri-sixth-report-on-france-adopted-28-june-2022-published-21-septembe/1680a81883> (Erişim Tarihi: 08.12.2023)

çıkarmında bulunmak mümkündür. Bu bakımdan örtülü tahrik niteliği taşısalar dahi ayrımcılık ve nefret söyleminin hoşgörüsüzlük ortak paydasında sıkı bir ilişki içerisinde olduğu ifade edilebilir. Mahkeme içtihadında ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından basın mensuplarına sağlanan geniş koruma bu özgürlüğün sorumsuzca kullanımı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla toplumdaki etki gücünden ötürü bir basın mensubunun nefret söylemi ve ayrımcılık hususunda gerekli hassasiyeti göstermesi elzemdir. Gerek somut olayda örneklendiği üzere dini ve tarihi analiz kisvesi altında ortaya konulan ifadelerin toplumsal ayrışmayı körüklemesi gerekse nefret söyleminin muhtevası ve etkileri itibarıyla soyut bir perspektifle ele alınarak ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerde araçsallaştırılması Sözleşmenin demokratik toplum kurgusuyla bağdaşmaz. Mahkeme *Zemmour* kararında her ne kadar unsurları ve şartları yönünden ayrıntılı bir nefret söylemi tanımına yer vermemiş olsa da Taraf Devletin bu konudaki değerlendirmesini somut olay bağlamında üç aşamalı testin süzgecinden geçirerek ve ayrımcılıkla eklemlendirerek yorumlamıştır.

B. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI BAKIMINDAN

Avrupa Konseyi bünyesinde yer alan Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, Nefret Söylemi ile Mücadele Hakkında 8 Aralık 2015 tarihli ve 15 sayılı Genel Politika Tavsiye Kararı'nın 39-40. paragraflarında, nefret söyleminin Sözleşme'de açıkça düzenlenmediğine; bununla birlikte Mahkemenin ilgili ifadelerle yönelik müdahaleleri incelerken iki şekilde meseleye yaklaşabildiğine dikkat çekmiştir. Buna göre Mahkeme ya ilgili ifadeleri 17. maddeye⁴⁶ dayanmak suretiyle tamamen 10. maddede sağlanan korumanın dışında bırakır ya da müdahalenin meşru amaca hizmet etmesi ve demokratik toplumda gerekli olması bağlamında bir incelemeye tabi tutar. Komisyon *“belirli bir etnik veya dini gruba yönelik şiddetli saldırılar, antisemitik ifadeler, ırkçı ayrımcı ifadeleri yayma, Holokost'un inkârı”* içeren davalarda birinci yöntemin uygulama alanı bulabildiğini; ikinci yaklaşımın ise *“şiddeti, nefreti veya hoşgörüsüzlüğü kışkırttığı veya meşru gösterdiği”* ileri sürülen ifadeler bakımından izlendiğini belirtmiştir⁴⁷. Başka bir anlatımla

⁴⁶ Söz konusu Madde şu şekildedir: *“Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”*

⁴⁷ Söz konusu Tavsiye Kararı için bkz. <https://hudoc.ecri.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22ecripublicationdate%20descending%22%5D,%22ecriidentifier%22:%5B%22REC-15-2016-015-ENG%22%5D%7D>

nefret söylemi konusunda ayrımcılığın yasaklanması ve ifade özgürlüğü arasındaki çatışmayı dengelemeye çalışan Mahkeme, iki farklı yöntem üzerinden meseleye yaklaşmaktadır. Buna göre Mahkeme, ilgili söylemleri Sözleşme'nin 17. maddesine binaen Sözleşme'nin güvence sistematığı bağlamında değerlendirmeyebilir. İzlenebilecek ikinci yöntem ise somut olaydaki müdahalenin, 10. maddenin 2. fıkrasında ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama rejimine riayet etmesi halinde meşru görülmesidir⁴⁸. Bu noktada kabul edilebilirlik incelemesi yapılırken doğrudan 17. maddeye dayanmak suretiyle davanın süratle sonuçlandırılarak reddedilmesi, potansiyel itibarıyla yeterli düzeyde hak temelli bir analize imkân tanımamaktadır. Bu durum karşısında 17. maddenin “giyotin hüküm” olarak nitelendiği unutulmamalıdır⁴⁹.

Esasen Sözleşme'nin 17. maddesi, kişilerin Sözleşme'yle öngörülen güvence sistematığında yar alan haklarını zarar verici bir metotla kullanması bağlamında, totaliter veya marjinal fikirlere dayanan faaliyetlerin Sözleşme kanalıyla meşrulaştırılmasını bertaraf etme amacı taşır⁵⁰. Bununla birlikte Sözleşme'nin 17. maddesinin gerek işlev gerekse yorum bakımından çelişkili bir nitelik taşıdığı ifade edilmektedir. Bu maddenin işlevsel açıdan hem herkesin hakkını hem de demokrasiyi korumaya yönelmesinin bir araya getirilmesi zor hedefler olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda bir tarafta özgürlüğe çok fazla ağırlık verilmesinin, demokrasiye ve haklara zarar vermek isteyenlerin faaliyetlerini kolaylaştırabileceği endişesi; diğer tarafta sınırlamaya daha fazla ağırlık verilmesinin hakkın özünü tehlikeye atması yer alır. Meseleye yorum açısından yaklaşıldığında ise, 17. maddenin uygulanmasıyla verilen kabul edilemezlik kararı; kategorik bir metotla ilgili durum veya eylemlerin Sözleşmenin esasa yönelik hükümlerinde tanınan korumadan ve dengeleme denetiminden mahrum kalmasına sebep olacaktır⁵¹.

Kişilerin subjektif haklarına dair sınırın dışına çıkmalarıyla başkalarının haklarına veya demokratik yapıya zarar vermeleri halinde devreye giren hakkın kötüye kullanılması yasağının, Soğuk Savaşın ardından otoriter

⁴⁸ Karan, İfade Özgürlüğü, s. 36. Bu bağlamda ayrıca bkz. Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 573; Osman Doğru/ Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, 1. Bası, Yargıtay Başkanlığı, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s. 188.

⁴⁹ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 806.

⁵⁰ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 804-805.

⁵¹ Antoine Buyse, “Prohibition of the Abuse of the Rights”, in Pieter van Dijk/ Fried van Hoof/ Arjen van Rijn/ Leo Zwaak (eds.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Cambridge, 2018, 1085-1094, s. 1086-1087.

tehditlerin görece azalmasının da etkisiyle genellikle dolaylı bir şekilde uygulandığı gözlemlenmektedir⁵². Nitekim bu durumun bir yansıması olarak Sözleşmenin 17. maddesini, demokratik toplumda gereklilik ölçütüne eklemek suretiyle dolaylı bir şekilde uygulamak mümkündür. Bu bağlamda değerlendirmeye konu edilen durum ilk bakışta hakkın kötüye kullanıldığı izlenimi oluşturmamaktadır. Dolayısıyla davanın esasına girilerek ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasını gerekir. Bu noktada hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin hususların dengeleme ölçütünün uygulanmasında dikkate alınabileceği unutulmamalıdır⁵³. Özetle Mahkemenin, ulusal makamlar tarafından nefret söylemi olarak nitelenen bir ifade bağlamında gerçekleştirilen bir müdahalenin meşruluğunu değerlendirirken, ikili bir ayırım yaptığı sonucuna ulaşılabilir. Şayet Mahkemede, ilgili söylemlerin Sözleşmenin güvence sistematigindeki hak ve özgürlükleri yok etme amacı taşıdığı kanaati hasıl olmuşsa 17. madde uyarınca dava sonuçlandırılır. Aksi durumda ise giyotin etkisinden farklı olarak 10. maddenin 2. fıkrası zemininde ifade özgürlüğünün sınırlanması üzerinden meseleye yaklaşılr⁵⁴.

Mahkemenin nefret söylemi ve 17. madde konusundaki yaklaşımını çözümleyebilmek açısından *Norwood* kararı kayda değer hususlar içermektedir. Aşırı sağcı bir partinin üyesi olan Başvurucu, 2001 yılının Kasım ayında dairesinin penceresine İkiz Kuleleri alevler içinde gösteren “*İslam İngiltere’den dışarı- İngilizleri koruyun*” yazılı bir afiş asmıştır. Ayrıca bu afişte, üzerinde yasaklama işaretinin yer aldığı hilal ve yıldız sembolleri de kullanılmıştır. Ulusal yargılama sürecinde Başvurucu, “*hasmane bir tutumla ırksal veya dini bir gruba karşı tehdit, küfür veya hakaret içeren herhangi bir yazı, işaret veya diğer tasvirleri; ilgili kişinin nazarında tacize, endişe veya sıkıntıya yol açabilecek şekilde sergilemekle*” suçlanmıştır. Başvurucu söz konusu afişin İslami aşırılığa yönelik olduğunu, küfür veya hakaret içermediğini ileri sürmüşse de para cezasına çarptırılmıştır. Ardından Başvurucu ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ve 14. maddeye aykırı bir şekilde ayrımcılığa maruz bırakıldığını ileri sürerek Mahkemeye başvurmuştur. Öncelikle Mahkeme 17. maddenin genel amacının, Sözleşme’nin totaliter amaçlara alet edilmesine set çekmek olduğunu vurgulayarak ihtilaf konusu

⁵² Oya Boyar, “Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı”, in Sibel İnceoğlu (ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme Ankara, 2013, 81-96, s. 96.

⁵³ Buyse, s. 1092-1093.

⁵⁴ Turabi, s. 25.

afişin Birleşik Krallık'ta yaşayan Müslümanların tamamına yönelik bir saldırı ifadesi olduğunu teyit etmiştir. Dini bir gruba yönelik bu saldırının genel ve sert bir nitelik taşıdığına dikkat çeken Mahkeme, ilgili grubun tamamının vahim bir terör saldırısıyla ilişkilendirilmesinin hoşgörü, sosyal barış ve ayrımcılık yapmama zemininde Sözleşme'nin değerleriyle bağdaşmadığını ifade etmiştir. Buna binaen Mahkeme Başvurucunun eyleminin 17. maddenin kapsamına girdiğini, dolayısıyla 10. ve 14. maddelerde sağlanan koruma alanından yararlanamayacağını tespit ederek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur⁵⁵.

Mahkeme'nin *Zemmour* kararında *Norwood* kararından farklı bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. Mahkemenin *Zemmour* kararında hakkın kötüye kullanma yasağına dayanmak suretiyle kabul edilemezlik kararı verilebilmesi için iki koşulun varlığını dikkate aldığı ifade edilebilir. Bu bakımdan somut olay özelinde ilgili beyanların nefreti tahrik etme amacı taşıması ve Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri ortadan kaldırma veya yok etme amacına matuf olduğunun açıkça anlaşılması koşulları aranmıştır. Bu yaklaşımın yukarıda değindiğimiz giyotin etkisinin olumsuz sonuçlarından imtina etme çabası taşıdığı aşıkardır. Bu denklemde gerek somut olayın bağlamının bireyler ve gruplar üzerindeki etkisini gerekse kamusal tartışmalar çerçevesinde kamu yararına atfedilen önemin ağırlığını bütüncül bir perspektifle göz önünde bulundurmak gerekir. Resmin bütününe bakıldığında Mahkemenin kamusal tartışmayı hareket noktası olarak aldığı ve sonuca ulaşmada olayın bağlamını bireysel faktörleri de hesaba katmak suretiyle etkili bir araç olarak kullandığı görülmektedir.

C. ÜÇ AŞAMALI TESTİN BİLEŞENLERİ BAKIMINDAN

Mahkeme; Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde düzenleme altına alınan haklar bakımından, doktrinde üç aşamalı test olarak isimlendirilen, özel bir usul uygulamaktadır. Kaynağını zikredilen maddelerin ikinci fıkrasından alan bu yöntem ilgili müdahalenin sırasıyla yasallık, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik ölçütleri çerçevesinde değerlendirilmesini esas alır⁵⁶. Söz konusu maddelerin ikinci fıkralarında öngörülen sınırlama rejimi esas itibarıyla istisnayı teşkil eder. Dolayısıyla sınırlamaya ilişkin fıkraların dar

⁵⁵ *Norwood v. the United Kingdom*, 23131/03, 16/11/2004.

⁵⁶ Yaşar Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 157; Laurens Lavrysen, "System of Restriction", in Pieter van Dijk/ Fried van Hoof/ Arjen van Rijn/ Leo Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Leo Zwaak, Intersentia, Cambridge, 2018, 307-330, s. 308-309.

yorumlanması elzemdir⁵⁷.

Mahkeme yasallık denetimini gerçekleştirirken maddi anlamda bir yasanın varlığını da yeterli görmektedir⁵⁸. Bu noktada Mahkeme içtihadında yasallık denetimi bakımından özel önem atfedilen bir diğer husus müdahaleye dayanak teşkil eden yasanın taşınması gereken niteliklerdir. Bu ekseninde ilgili yasa yeterince erişilebilir ve açık bir şekilde düzenlenmeli, ayrıca ilgili makamlara verilen takdir yetkisinin kapsamı belirli olmalıdır⁵⁹. Dolayısıyla öngörülebilirlik yasallık ölçütü bağlamında kilit bir rol üstlenir. Zira yasanın yeterince açık bir şekilde formüle edilmiş olması, bireylere gerektiğinde hukuki yardımdan yararlanmak suretiyle davranışlarını düzenleyebilme imkânı sağlar. Bununla birlikte Mahkemeye göre, değişen koşullara uyum sağlanabilmesi ve aşırı katılığa yol açılmaması için yasanın sonuçlarının mutlak bir kesinlikle öngörülmesi şart değildir. Dolayısıyla kimi durumlarda belirsizliğin kaçınılmaz olabileceğine işaret edilmektedir⁶⁰. Bu bilgiler ışığında Mahkeme kesinlik düzeyini belirlerken yasanın muhtevasını, kapsamına alması tasarlanan alanı ve muhatapların sayısı ile statüsünü dikkate alır⁶¹. Mahkemenin *Zemmour* kararında yasallık denetimine binaen gerçekleştirdiği denetiminde yasanın öngörülebilir bir nitelik taşınması belirleyici olmuştur. Bu noktada mahkemelerin geliştirdikleri yerleşik içtihatların bireylerin davranışlarının sonuçlarını öngörebilmelerinde önemli bir işlev üstlendiği aşıkardır. Nefret söyleminin kendine özgü yapısı düşünüldüğünde bu konuda ihdas edilen suçların yeterli kesinlikte düzenlenmesi ve mahkeme içtihatlarında istikrarlı bir şekilde somutlaştırılması gerekir. Bu durum hukuk devletinde belirliliğin teminine verilen önemin bir yansıması olarak görülebilir.

Sözleşme’de öngörülen ve sınırlama sebebi niteliği taşıyan meşru amaçların, kapsam itibarıyla geniş bir yoruma imkân tanınması dolayısıyla Taraf Devletlerin bu konuda ileri sürdüğü amaçlar ekseriyetle Mahkeme

⁵⁷ Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü/ Abdurrahman Saygılı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 363.

⁵⁸ Salihpaşaoğlu, s. 159. Bu doğrultuda bkz. Pařízek v. the Czech Republic, 76286/14, 12/01/2023, § 43.

⁵⁹ Philip Leach, Taking a Case to the European Court of Human Right, 4. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 188. Bu doğrultuda bkz. P.N. v. Germany, 74440/17, 11/06/2020, § 61.

⁶⁰ Guz v. Poland, 965/12, 15/10/2020, § 76.

⁶¹ Lavrysen, s. 312. Bu doğrultuda bkz. Bavčar v. Slovenia, 17053/20, 07/09/2023, § 147.

nezdinde kabul görmektedir⁶². Bu durumun istisnasını ise 18. maddenin devreye sokulduğu yargılamalar teşkil eder⁶³. Somut olayda 18. maddenin uygulanmasını gerektiren bir emare söz konusu değildir. Nitekim Mahkeme ilgili müdahalenin Müslümanların itibarlarını veya haklarını koruma amacı taşıdığı değerlendirilmesinde bulunarak üç aşamalı testin son ve belirleyici safhasına geçmiştir.

Mahkeme içtihadında demokratik toplumda gereklilik ölçütünün temel bileşenlerinden ilki, müdahalenin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca” yanıt oluşturması gerekliliğidir. Bu itibarla söz konusu müdahale zorlayıcı toplumsal ihtiyaç için gerekli olan düzeyi aşmamalıdır. Aynı doğrultuda ölçütün diğer bileşenini, bireyin maruz kaldığı yaptırımın ağırlığı ile kamu yararına atfedilen önemin dengelenmesine odaklanan “orantılılık” değerlendirmesi oluşturur⁶⁴. Sözleşmenin güvence sistematğinde yer alan bir hak ve özgürlüğe müdahale edilirken zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca dayanılması bu müdahalenin meşru görülebilmesi için tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda sınırlamaların temel amacının “toplumun olağan düzenine” dönmek olduğunun bilinciyle, orantılılık ölçütüne binaen sınırlamanın amacını aşmaması gerekir⁶⁵. Ayrıca somut olaya özgü bir inceleme etrafında şekillenen zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ölçütünün, taraf devletlere geniş bir takdir marjının bırakıldığı hallerde katı bir uygulama alanı bulmadığı ifade edilebilir⁶⁶. Bu ekseninde Mahkeme ifade özgürlüğü ve demokratik toplumda gereklilik ölçütü arasındaki ilişkiye dair yerleşik içtihadı şu şekilde formüle edilebilir:

- Özgürlüğün tabi olduğu istisnalar katı bir yoruma tabi tutulmalı ve ilgili kısıtlama ihtiyacı ikna edici şekilde gösterilmelidir.

- Gerekli sıfatının ima ettiği zorlayıcı toplumsal ihtiyaç konusunda taraf devletlerin sahip olduğu takdir marjı Mahkeme denetimiyle kayıtlanmıştır.

⁶² Salihpaşaoğlu, s. 163.

⁶³ Sözleşme'nin “Haklara getirilecek kısıtlanmaların sınırlanması” başlıklı 18. maddesi şu şekilde düzenleme altına alınmıştır: “Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörülükleri amaç dışında uygulanamaz.” Bu doğrultuda bkz. Juszczyzyn v. Poland, 35599/20, 06/10/2022, § 306-316.

⁶⁴ Bernadette Rainey/ Elizabeth Wicks/ Clare Ovey, Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, 7. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 359.

⁶⁵ Zeynep Hazar, İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 190.

⁶⁶ Janneke Gerards, General Principles of the European Convention on Human Rights, 1. Bası Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s. 235-236.

- Mahkeme davayı bütüncül bir perspektifle ‘güdülen meşru amaçla orantılı’ olma ve “ilgili ve yeterli” gerekçelere yer verme yönünden inceler.

- Ulusal makamların 10. maddeye ilişkin ilkelere riayet etmeleri ve olguların kabul edilebilir bir değerlendirilmesine dayanmaları gerekir.⁶⁷

Bu bilgiler ışığında *Zemmour* kararında da özel önem atfedilen “*ilgili ve yeterli*” gerekçelere açıklık getirmekte yarar vardır. “*İlgililik*”, müdahaleye dayanak teşkil eden gerekçelerin belirlenmesine ve bu gerekçelerin soyut olarak mantıken değerlendirilmesine odaklanırken; “*yeterlilik*” söz konusu gerekçelerin somut olayda müdahalenin meşru görülmesini sağlayacak ağırlığa ulaşip ulaşmadığını tespit etmeye katkı sağlar⁶⁸. Ayrıca orantılılık ölçütü bağlamında ispat yükünün hangi tarafa ait olduğu net bir şekilde ortaya konulmamış olmakla birlikte; ilgili ve yeterli gerekçelerin varlığının gözetilmesi, müdahalenin meşrulaştırılmasında Taraf Devletlere getirilmiş bir yükümlülük olarak görülebilir⁶⁹.

Mahkeme içtihadında sonuca ulaşırken “*dar anlamda orantılılık*” olarak da isimlendirilen dengeleme incelemesi belirgin bir işlev üstlenmektedir⁷⁰. Nitekim Mahkemenin insan haklarının birbirleriyle veya meşru amaçlarla çatışması halinde meseleye “*adil denge*” kriteri üzerinden yaklaşması kayda değer bir durumdur⁷¹. Bununla birlikte ilgili ağırlıklar ve sonuçlar üzerinden bir karara ulaşmaya çalışılırken meseleye bireysel olmayan bir bakış açısı ile yaklaşılmasının, insan haklarına dair taleplerin göreceli niteliğini kavramakta yeterli olmayacağı yönünde eleştirel bir yaklaşım da söz konusudur. Bu yaklaşıma göre toplumsal menfaatlere kişi sayısı gözetilerek daha fazla ağırlık verilmesi azınlıkları güvencesiz bir konumda bırakır⁷². Ayrıca Mahkeme; ülkenin gerçekleriyle doğrudan ve sürekli temas halinde olan ulusal yargılama mercilerinin, menfaatlerin dengelenmesi bakımından uluslararası yargılama mercilerine nazaran daha iyi bir konumda olduğuna dikkat çekmektedir. Bu

⁶⁷ İlgili Mahkeme içtihadı konusunda bkz. Delfi AS v. Estonia, 64569/09, 16/06/2015, § 131; Karácsony and Others v. Hungary, 42461/13, 44357/13, 17/05/2016, §132; NIT S.R.L. v. the Republic of Moldova, 28470/12, 05/04/2022, §177.

⁶⁸ Gerards, s. 241.

⁶⁹ Steven Greer, The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1997, s. 15.

⁷⁰ Gerards, s. 243.

⁷¹ Hazar, s. 172.

⁷² Başak Çalı, “Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions”, Human Rights Quarterly, 2007, 29(1), 251-270, s. 263.

itibarla ifade özgürlüğü etrafında şekillenen menfaatlerin ulusal yargılama mercilerince Mahkeme içtihadında geliştirilen ilkelere binaen tartışılması halinde, Mahkeme kendi değerlendirmesini ancak güçlü sebepler mevcutsa ulusal makamların değerlendirmesine ikame edebileceğine özellikle dikkat çekmektedir⁷³.

Esasen Mahkeme orantılılık denetimini gerçekleştirirken takdir marjından hareketle, yerel bilgileri ve ikincillik ilkesini gözeterek bireysel ve kamusal yararın tartışılmasında ulusal makamların değerlendirmesine bir noktaya kadar riayet eder⁷⁴. Mahkeme içtihadında ulusal makamlara bırakılan takdir marjının genişliğinin bir dizi faktöre bağlı olduğu belirtilmektedir. Bu faktörler ilgili hakkın niteliği ve birey için taşıdığı önem, müdahalenin niteliği ve izlediği meşru amaç şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁷⁵. Bu ekseninde takdir marjının kapsamı belirlenirken; Avrupa konsensüsü, ulusal makamların görece daha iyi bir konumda bulunması ve etkilenen hakkın niteliği göz önünde bulundurulur⁷⁶. Taraf Devletlere bırakılan takdir marjının genişliği ile Mahkeme nezdinde gerçekleştirilen orantılılık denetimi arasında ters orantılı bir ilişkiden bahsetmek mümkündür. Şöyle ki, Taraf Devletlere geniş bir takdir marjı bırakılmışsa Mahkeme prensip itibarıyla katı bir orantılılık denetimi uygulamaz⁷⁷.

Mahkemenin müdahalenin orantılılığını incelerken dikkate aldığı hususlardan bir diğeri ise cezanın niteliği ve niceliğidir. Her ne kadar *Zemmour* kararında açıkça zikredilmese de Başvurucunun iddialarının, bir noktada kendisine uygulanan yaptırımın caydırıcı etkiye yol açtığı fikrine dayandığı ifade edilebilir. Kamuoyu tartışmalarına atfedilen özel önem düşünüldüğünde ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin muhatabını aşan yansımalarını ayrıca irdelemek gerekir. Dolayısıyla Mahkeme içtihadında Sözleşme'nin 10. ve 11. maddeleri bakımından belirgin bir uygulaması olan caydırıcı etki kavramına mercek tutmakta yarar vardır. Esas itibarıyla caydırıcı etki, ifade özgürlüğüne yönelik belirli müdahalelerin sadece birey üzerinde değil, daha geniş bir düzlemde toplumun bütününe yönelik etkileri olduğu düşüncesine

⁷³ Miljević v. Croatia, 68317/13, 25/06/2020, § 58.

⁷⁴ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 14-15.

⁷⁵ Axel Springer SE v. Germany, 8964/18, 17/01/2023, § 36.

⁷⁶ Gerards, s. 172 vd.

⁷⁷ Salihpaşaoğlu, s. 191.

dayanır⁷⁸. Kamuoyunun; “*dördüncü kuvvet*” ve “*kamu bekçisi*” olarak da nitelenen basından bilgi edinmemesi halinde gerek yetkilileri gerekse etkili özel kuruluşları, demokratik toplum ve hukukun üstünlüğü bağlamında denetleyemeyeceği belirtilmektedir⁷⁹. Bu itibarla caydırıcı etkinin en katı tezahürünün, kamuoyu tartışmalarındaki rolü düşünüldüğünde basın özgürlüğü üzerindeki kısıtlamalar aracılığıyla oluşturulabileceği unutulmamalıdır⁸⁰. Mahkemeye göre orantılılık bakımından, yaptırımın niteliği fark etmeksizin, salt Başvurucu aleyhine bir hüküm kurulmuş olmasının önem arz ettiği haller söz konusudur. Öyle ki ifade özgürlüğüne yönelik herhangi bir gereksiz kısıtlamanın varlığı, ilerleyen süreçte benzer bilgi veya fikirlerin basına konu edilmesini engelleme riskini bünyesinde taşır⁸¹. Keza Mahkeme ifade özgürlüğüne yönelik para cezası içeren bir müdahalenin dahi, görece ılımlı bir nitelik taşımasına rağmen, caydırıcı bir etkiye yol açabileceğine dikkat çekmektedir⁸².

Nitekim *Balaskas* kararında vurgulandığı üzere ifade özgürlüğüne yönelik cezai müeyyide içeren bir müdahale söz konusu olduğunda uygulanan cezanın niteliği ve ağırlığı, orantılılık açısından kayda değer hususlardır. Karara konu olan olayda, bir yüksekokul müdürü kişisel bloğunda, askeri diktatörlüğe karşı 1973 yılındaki kitlesel öğrenci hareketlerini konu edinen bir gönderi paylaşmıştır. Bu gönderi üzerine Başvurucu yerel bir gazetede, yüksekokul müdürünü Neo-nazi olmakla itham eden bir makale yayınlamıştır. Ardından Başvurucu hakaret davası neticesinde üç aylık hapis cezasına çarptırılmış ve bu ceza ertelenmiştir. Bu bağlamda özel hukuk yollarına ve diğer alternatiflere dikkat çeken Mahkeme cezai mahkumiyetin ciddi bir müdahale olduğunu tespit etmiştir. Keza Mahkeme hakaret davalarında hapis cezası verilmesinin, temel hakların ciddi anlamda zedelendiği nefret söylemi veya şiddete teşvik gibi istisnai durumlar dışında Sözleşme'nin güvence sistemiyle bağdaşmayacağını belirtmiştir. Bu itibarla Mahkeme somut olayın, kamuoyu tartışması bağlamında yerel çevrede tanınan bir yetkiliye yöneltilen eleştirilere

⁷⁸ Lavrysen, s. 312.

⁷⁹ Trine Baumbach, “Chilling Effect as a European Court of Human Rights’ Concept in Media Law Cases”, *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, 2018, 6(1), 92-114, s. 93-94.

⁸⁰ Baumbach, s. 113.

⁸¹ *Traustason and Others v. Iceland*, 44081/13, 04/05/2017, § 54.

⁸² *Anatoliy Yeremenko v. Ukraine*, 22287/08, 15/09/2022, § 107. Ayrıca bkz., *Radio Broadcasting Company B92 AD v. Serbia*, 67369/16, 05/09/2023, § 98.

dayandığını ve cezanın ertelenmiş olmasının kamuoyu tartışması üzerindeki caydırıcı etkiyi engellemediğini vurgulamıştır⁸³. Ayrımcılık ve dini nefrete tahrikin demokratik toplum nezdindeki olumsuz yansımaları göz önünde bulundurulduğunda, *Zemmour* kararındaki ilgili müdahalenin caydırıcı etkiye yol açtığından bahsetmek anlamlı olmayacaktır. Yine taraf devlete geniş bir takdir marjı bırakılmış olmasının da bu değerlendirmeyi teyit ettiği söylenebilir. Aksine bir değerlendirme kararda işaret edilen hoşgörüsüzlük çağrılarını bağlamında kesinlikle aşılması gereken sınırları esnetme sonucu doğuracaktır.

Demokratik toplumda gereklilik ölçütünün muhtevasına ilişkin bu hususların *Zemmour* kararındaki yansımalarını ele almakta yarar vardır. Mahkeme *Zemmour* kararında ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin meşruluğunu test ederken toplumsal gerginlik düzeyine, bir gruba yönelik kategorik ifadeler ve bunların zarar verme potansiyellerine bütüncül bir perspektifle yer vermiştir. Bu bakımdan başvurucunun gazeteci olmasının kendisine yüklediği ödev ve sorumluluklar bir yönüyle sınırlandırıcı bir faktör olarak ele alınmıştır. Keza terör saldırılarının yaşandığı bir atmosferde dini bir grubu sömürgecilikle itham etmenin ve dinleriyle Fransa arasında bir arasında bir seçim yapmalarını telkin etmenin ayrıştırıcı etkisine ağırlık verilmiştir. Bu noktada, Mahkemenin de işaret ettiği üzere, ilgili beyanların Fransa'da yaşayan Müslümanlar ile diğer vatandaşlar üzerinde çift yönlü bir etkisinin olduğu açıktır. Bu beyanlar Müslüman olmayan Fransızları şayet kendi değerlerini korumak istiyorlarsa Müslümanları reddetmeye, dolayısıyla azınlığa karşılık gelen bu grubu toplumsal alandan soyutlamaya çağırılmaktadır. Mahkemenin bu manzara karşısında bir taraftan kamu yararına tartışmaları diğer taraftan dini bir gerekçeyle ayrımcılığa maruz kalan azınlığın toplumsal bütünlük içerisindeki konumunu dikkate aldığı görülmektedir.

Mahkeme *Zemmour* kararında esas itibarıyla yeterli bir gerekçenin varlığına ve tedbirin orantılı olmasına odaklanmıştır. Bu noktada müdahalenin gerekliliği değerlendirilirken somut olayın bağlamı adeta turnusol işlevi üstlenmiştir. Somut olayın bağlamına atfedilen özel önemin ve göreceli faktörlerin, ülkenin dinamikleriyle doğrudan temas halinde olan ulusal makamların değerlendirmelerine geniş bir takdir marjı bırakılmasını gerektirdiği çıkarımında bulunmak mümkündür. Her ne kadar kabul edilebilirlik incelemesinde 17. madde uygulanmamış olsa da sonuca

⁸³ Balaskas v. Greece, 73087/17, 05/11/2020, § 61.

ulaşırken, bu Maddenin ışığında hareket edilmesi, ayrımcılıkla mücadelenin altının çizilmesi ve Taraf Devlete geniş bir takdir marjının bırakılmış olması birlikte okunduğunda Mahkemenin esnek bir orantılılık denetimine yer verdiği ifade edilebilir. Nitekim Mahkeme dengeleme ölçütünü ayrıntılı bir şekilde uygulamak yerine, hoşgörüsüzlük çağrısı niteliği taşıyan ifadeleri kısıtlamaya yönelik zorlayıcı toplumsal ihtiyaç bağlamında ileri sürülen argümanların ağırlığı ile uygulanan yaptırımın niteliği ve niceliğini azami ceza muvacehesinde incelemekle yetinmiştir.

IV. SONUÇ

İfade özgürlüğü toplumsal ilişkiler ağı bakımından dinamik bir faktördür. Bu faktörü su geçirmez sınırlarla kayıt altına almaya çalışmak gerçekçi olmayacaktır. Bununla birlikte ifade özgürlüğünü sınırsız bir özgürlük addetmek de aynı ölçüde gerçeklikten uzaktır. Aslolan bu sınırların gerek keyfiliğe gerekse toplumsal karmaşaya zemin oluşturmamasıdır. Mahkemeye göre hak ve özgürlüklerin kullanımı ve sınırları bakımından, Sözleşme'nin temel değerleri olarak kabul edilen ayrımcılık yapmama ve hoşgörü özellikle göz önünde bulundurulmalıdır. Mahkeme içtihatları kanalıyla somutlaştırılmaya çalışılan “Avrupa kamu düzenini” geliştirme ve sürdürme noktasında ifade özgürlüğüne güçlendirilmiş bir koruma alanı sağlayarak bireyleri etkin kılma arayışı Sözleşme'nin asli bir dinamiği olarak ele alınabilir. İfade özgürlüğünü sınırlama rejimi açısından, Sözleşme'de doğrudan yer verilen yasallık, meşru amaç ve demokratik toplumda gerekli olma ölçütleri bu yaklaşımın yansımalarıdır. Keza demokratik toplumda gereklilik kavramının içini doldurmak için içtihat kanalıyla geliştirilen orantılılık, dengeleme ve caydırıcı etki kavramları bu bağlamda ele alınabilir. Bu manzara karşısında nefret söyleminin, kategorik olarak ifade özgürlüğün dışında mı bırakılacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme içtihadının, bir Taraf Devlet nezdinde nefret söylemi olarak nitelenen ifadelerin farklı görünüşleri ve bağlamı karşısında değişkenlik gösterdiği çıkarımında bulunmak mümkündür. Nitekim *Zemmour* kararında; kategorik bir dışlamaya zemin oluşturan hakların kötüye kullanılması yasağının devreye girebilmesi, hak ve özgürlükleri yok etme amacının açıkça ortada olması şartına bağlanmıştır. Esasen bu yaklaşımın 17. maddenin kabul edilebilirlik incelemesinde devreye sokulmasının yol açtığı giyotin etkisini bertaraf etme amacı taşıdığı söylenebilir.

Kamusal tartışmalar bağlamında çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin bir gereği olarak sarsıcı yanlarını da kapsayacak şekilde ifade özgürlüğüne özel önem atfedilir. Ancak hoşgörüsüzlük amacı taşıyan nefret söylemine

güçlendirilmiş bir ifade kategorisi olarak yaklaşılması bir tür paradoksa yol açar. Nefret söylemi bir yönüyle kamuoyu tartışması zemininde ortaya konulsa da diğer yönüyle hoşgörüsüzlük çağrısı niteliği taşır ve ifade özgürlüğünün kesinlikle aşılması gereken bir sınırı olarak değerlendirilir. Dolayısıyla açıkça hak ve özgürlükleri yok etme amacının tespit edilememesi halinde, kamuoyu tartışmasını bir çıkış noktası kabul etmek ve ayrımcı amaç taşıyan söylemlere müdahale bakımından Taraf Devlete geniş bir marj takdir marjı bırakmak alternatif bir yol niteliği taşır. İfade özgürlüğü açısından prensip itibarıyla özel bir korumadan yararlanan basın mensupları tarafından sorumsuzca kullanılan ifadeler bu duruma bir istisna oluşturmaz. Öte yandan Taraf Devlete bırakılan takdir marjının sınırsız bir surette tanınmadığı unutulmamalıdır. Dolayısıyla her ne kadar görece esnek bir denetimde olsa, hak eksenli yaklaşımın bir gereği olarak, orantılılık hesaba katılır. Bu noktada azınlıkların konumu ve alternatif tedbirlerin varlığı sonuca ulaşmada etkili faktörler olarak ele alınabilmektedir. Nitekim *Zemmour* kararında, kamu yararı ve bireysel yararın dengelenmesine yönelik bir vurgudan ziyade doğrudan doğruya cezaların niteliği ve niceliği ön plana alınmıştır.

Bütün bu denklemde, *Zemmour* kararında da vurgulandığı üzere, müdahalenin gerekliliği bakımından ihtilaf konusu ifadelerin şiddet, nefret veya hoşgörüsüzlükle ilişkisi ile zarar potansiyeline ilave olarak ilgili toplumsal bağlam, kümülatif biçimde belirleyici bir işlev üstlenir. Bununla birlikte *Zemmour* kararında nefret söylemi konusunda ayırt edici bir tanıma yer verilmemesi, 17. maddenin saklı tutulduğu, belirsiz bir düzleme karşılık gelmektedir. Nitekim Mahkeme, yukarıda yer vermiş olduğumuz *Norwood* kararı ile *Zemmour* kararı arasındaki değerlendirme farkını açıkça ortaya koyabilecek kriterlere yer vermemiştir. Bu noktada Mahkemenin özellikle ilgili ifadelerin zarar verme potansiyellerini çözümlenmeye katkı sağlayacak netlikte kriterler üzerinden meseleye yaklaşması elzemdir. Bu açıdan somut olayda olduğu gibi canlı yayınların toplum üzerindeki etkisi ile nefret söylemine maruz kalan grubun toplumsal hayattaki konumu, hitap edilen kitlenin benzer söylemler karşısındaki yaklaşımları, sosyal medyanın olası rolü gibi hususlar ayrıntılı bir şekilde ele alınmalıdır. Benzer şekilde orantılılık değerlendirmesinde cezaların türü ve niteliğine ilişkin hususlar, güçlendirilmiş bir korumadan yararlanan ifade kategorileri ile nefret söylemi bağlamındaki ifadeler açısından farklılık arz edecektir. Mahkeme *Zemmour* kararında bu farka işaret eden bir ölçüte yer vermemiş, somut olayın bağlamı ve ilgili kanun hükmü dairesinde sonuca ulaşmıştır. Bu noktada Mahkemenin alternatif tedbirleri yeterince somutlaştırmaması, caydırıcı etki içeren

müdahalelere zemin hazırlayabilir. Bu itibarla Mahkeme bağlam vurgusuyla yetinmemeli, gerekirse Taraf Devletlerin konuya ilişkin uygulamalarına yer vermelidir. Son olarak *Zemmour* kararında, nefret söylemi bağlamındaki ifadeler ile Taraf Devlete bırakılan takdir marjının genişliği arasındaki ilişkide belirleyici faktörlere detaylı bir şekilde yer verilmemiştir. Sert eleştiri olarak kabul edilmeyen ve ayrımcı bir amaç taşıyan bu ifadelerin takdir marjıyla olan ilişkisinin kapsamlı bir analizine yer verilmesi Taraf Devletlerin bu konudaki müdahalelerinde ve ifade özgürlüğünün korunmasında yol gösterici olacaktır.

KAYNAKÇA

- Baumbach T, “Chilling Effect as a European Court of Human Rights’ Concept in Media Law Cases”, *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, 2018, 6(1), 92-114.
- Boyar O, “Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı”, in Sibel İnceoğlu (ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* Ankara, 2013, 81-96.
- Buyse A, “Prohibition of the Abuse of the Rights”, in Pieter van Dijk/ Fried van Hoof/ Arjen van Rijn/ Leo Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2018, 1085-1094.
- Bychawska-Siniarska D, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması*, çev. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi, 2018.
- Çalı B, “Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions”, *Human Rights Quarterly*, 2007, 29(1), 251-270.
- Demirbaş T, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 2017, 19(3), 2693-2701.
- Dilbirliği M, “Din ve İnanç Temelinde Nefret Söylemi: “İslamofobi” in Muhterem Dilbirliği (ed.), *Nefret Söylemi ve Nefret Suçları Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Ankara, 2021, 40-65.
- Doğru O / Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, 1. Bası, Yargıtay Başkanlığı, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.
- Ersoy U, “Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, 9(35), 111-174.
- Gerards J, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, 1. Bası Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- Göktepe H, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2016), 7(25), 169-211.

- Gözübüyük Ş/ Gölcüklü F/ Saygılı A, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Greer S, The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1997.
- Hazar Z, İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Karan U, İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, (*Karan, İfade Özgürlüğü*).
- Karan U, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Kiska, R, “Hate Speech: A Comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence”, Regent University Law Review, 2012, 25(1), 107-152.
- Küzeci E, “AİHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, (71), 174-200.
- Lavrysen L, “System of Restriction”, in Pieter van Dijk/ Fried van Hoof/ Arjen van Rijn/ Leo Zwaak (eds.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Leo Zwaak, Intersentia, Cambridge, 2018, 307-330.
- Leach P, Taking a Case to the European Court of Human Right, 4. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Özar S, “Önyargı, Hoşgörüsüzlük ve Nefret Suçları” in Muhterem Dilbirliği (ed.), Nefret Söylemi ve Nefret Suçları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 2021, 68-81.
- Özkan Duvan A, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017/2, 17-81.
- Rainey B / Wicks E / Ovey C, Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, 7. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2017.

Salihpaşaoğlu Y, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Turabi S, "Nefret Söylemi Kavramı ve Unsurları" in Muhterem Dilbirliği (ed.), Nefret Söylemi ve Nefret Suçları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 2021, 22-29.

Uslu C, "Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2013, (38), 185-202.

Waldron J, The Harm in Hate Speech, Harvard University Press, London, 2012.

<https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/471/38/PDF/G1347138.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 08.12.2023)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 09.12.2023)

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20ZEMMOUR%20v.%20FRANCE%20-%20%20\[Turkish%20Translation\]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice%22%22%7D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-225292%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20ZEMMOUR%20v.%20FRANCE%20-%20%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice%22%22%7D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-225292%22%5D%7D) (Erişim Tarihi: 09.12.2023)

<https://hudoc.ecri.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22ecripublicationdate%20descending%22%7D,%22ecriidentifier%22:%5B%22REC-15-2016-015-ENG%22%7D%7D> (Erişim Tarihi: 08.12.2023)

<https://rm.coe.int/09000016800cce48> (Erişim Tarihi: 30.11.2023)

<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-5-revised-on-preventing-and-comb/1680a5ae44> (Erişim Tarihi: 09.12.2023)

<https://rm.coe.int/ecri-sixth-report-on-france-adopted-28-june-2022-published-21-septembe/1680a81883> (Erişim Tarihi: 08.12.2023)

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a67955#_ftn2 (Erişim Tarihi: 21.11.2023)

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur (Erişim Tarihi: 09.12.2023)

https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20PoA%20on%20Hate%20Speech_Guidance%20on%20

Addressing%20in%20field.pdf (Erişim Tarihi: 09.12.2023)

KARARLAR

- Anatoliy Yeremenko v. Ukraine, 22287/08, 15/09/2022.
Axel Springer AG v. Germany, 39954/08, 07/02/2012.
Axel Springer SE v. Germany, 8964/18, 17/01/2023.
B. v. Switzerland, 78630/12, 20/10/2020.
Balaskas v. Greece, 73087/17, 05/11/2020.
Bavčar v. Slovenia, 17053/20, 07/09/2023.
Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France, 40454/07, 10/11/2015.
Delfi AS v. Estonia, 64569/09, 16/06/2015.
Dmitriyevskiy v. Russia, 42168/06, 03/10/2017.
E.S. v. Austria, 38450/12, 25/10/2018.
Georgian Muslim Relations and Others v. Georgia, 24225/19, 30/11/2023.
Guz v. Poland, 965/12, 15/10/2020.
Hurbain v. Belgium, 57292/16, 04/07/2023.
Ibragim Ibragimov and Others v. Russia, 1413/08, 28621/11, 28/08/2018.
Juszczyszyn v. Poland, 35599/20, 06/10/2022.
Karácsony and Others v. Hungary, 42461/13, 44357/13, 17/05/2016.
Kilin v. Russia, 10271/12, 11/05/2021.
Miljević v. Croatia, 68317/13, 25/06/2020.
NIT S.R.L. v. the Republic of Moldova, 28470/12, 05/04/2022.
Norwood v. the United Kingdom, 23131/03, 16/11/2004.
P.N. v. Germany, 74440/17, 11/06/2020.
Pařízek v. the Czech Republic, 76286/14, 12/01/2023.
Rabczewska v. Poland, 8257/13, 15/09/2022.
Radio Broadcasting Company B92 AD v. Serbia, 67369/16, 05/09/2023.
Samoylova v. Russia, 49108/11, 14/12/2021.

Sanchez v. France, 45581/15, 15/05/2023.

Skudayeva v. Russia, 24014/07, 05/03/2019.

Taganrog LRO and Others v. Russia, 32401/10, 44285/10, 3488/11...,
07/06/2022.

Traustason and Others v. Iceland, 44081/13, 04/05/2017.

X and Others v. Albania, 73548/17, 45521/19, 31/05/2022.

Zemmour v. France, 63539/19, 20/12/2022.

**KOLLUK GÖREVLİSİNİN ELAN GERÇEKLEŞMEKTE OLAN
SALDIRIYI ETKİSİZ KILMAK YA DA SUÇÜSTÜ HALİNDEYKEN
KAÇMAYA ÇALIŞAN VE KİMLİĞİ HENÜZ BELLİ OLMAYAN
KİŞİYİ YAKALAMAK AMACIYLA SİLAH KULLANIRKEN
ÜÇÜNCÜ BİR KİŞİNİN ÖLÜMÜNE SEBEBİYET VERMESİ
DOLAYISIYLA CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU ÜZERİNE**

**Anayasa Mahkemesi'nin 1.12.2022 Tarihli ve 2018/2540 Sayılı Kararına
Konu Teşkil Eden Olayla İlgili Hukukî Değerlendirmeler**

*Criminal Liability of a Law Enforcement Officer Who Caused the Death
of a Third Person While Using a Gun to Neutralise the Ongoing Assault or
to Catch an Unidentified Person Who Was Trying to Escape While Being
Caught Red-Handed*

*Legal Evaluations Regarding the Constitutional Court's Decision Dated
1.12.2022, Numbered 2018/2540*

İzzet ÖZGENÇ*

ÖZET

Kolluk görevlileri, görevin ifası hukuka uygunluk nedeni bağlamında silah kullanma yetkisine sahiptir. Kolluk görevlilerinin kendilerine veya başkalarına karşı gerçekleştirilen bir saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla silah kullanmaları ise meşru savunma hukuka uygunluk nedeni kapsamında ele alınır. Çalışmada incelenen Anayasa Mahkemesi kararına konu olayda; bir kolluk görevlisinin, gerçekleşmekte olan saldırıyı etkisiz kılmak ya da suçüstü halindeyken kaçmaya çalışan ve kimliği henüz belli olmayan bir kişiyi yakalamak amacıyla silah kullandığı bir durumda yaptığı atışlar hedeflediği kişiye isabet etmezken, üçüncü bir kişinin ölümüne sebebiyet vermiştir. Çalışmada öncelikle kolluk görevlisinin silahını hukuka uygun bir şekilde kullanmış olup olmadığı, ardından meydana gelen ölüm neticesi bakımından olası kastla işlenen kasten öldürme suçundan dolayı mı yoksa bilinçli veya bilinçsiz taksirle işlenen taksirle ölüme sebebiyet vermeden dolayı mı sorumlu tutulması gerektiği, son olaraksa kolluk görevlisi hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünde verilen sonuç cezanın adil olup olmadığı hususları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kasten öldürme, taksirle öldürme, silah kullanma yetkisi, görevin ifası, meşru savunma

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: izzet.ozgenc@hbv.edu.tr , ORCID ID: 0000-0002-1805-8572

ABSTRACT

Law enforcement officers are authorised to use weapons while performing their duties, which is a reason of justification within the context of criminal law. The use of weapons by law enforcement officers in order to neutralise an attack against themselves or others is considered within the scope of the self defence. In the Turkish Constitutional Court decision examined in this study; in a situation where a law enforcement officer used a gun in order to neutralise the attack that was taking place or to catch an unidentified person who was trying to escape while being caught red-handed, his shots did not hit the targeted person, but caused the death of a third person. In the paper, firstly, whether the law enforcement officer used his weapon in accordance with the law, secondly, whether he should be held responsible for the offence of intentional killing with probable intent or reckless killing committed with conscious or unconscious recklessness in terms of the result of the death that occurred, and finally, whether the sentence imposed on the conviction of the law enforcement officer is fair.

Keywords: *Intentional killing, reckless killing, authority to use weapons, order of the law, self defense*

I. OLAY VE MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

Anayasa Mahkemesi'nin 1.12.2022 tarihli ve 2018/2540 sayılı Kararına (RG: 22 Mart 2023/32140) konu teşkil eden olayda; taşlı sopalı saldırıların gerçekleştiği kanuna aykırı bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılan kişileri dağıtmakla görevlendirilen kolluk görevlilerinden bir grubun içinde bulunduğu araca "molotof kokteyli" olarak tabir edilen, içinde yanıcı madde bulunan bir şişe ateşlenmiş halde fırlatılır. Tutuşan araçtan çıkmayı başaran kolluk görevlilerinin el, yüz ve kollarında yanıklar meydana gelir. Bu sırada araca doğru gruptan molotof kokteyli atılmaya devam edilir. Kolluk görevlileri bu saldırıları defetmek için silahla önce havaya ateş ederler. Ancak kolluk görevlilerinden S, silahını grup içinde bulunan ve **kaçmakta olan C'yi hedef alarak ateşler**. (pn. 13) Ancak C'ye mermi isabet etmez. Bu olaylar sırasında bir cenaze merasimi dolayısıyla olay mahalline yakın bir noktada bulunan U, başına mermi çekirdeği isabet etmesi sonucu hayatını kaybeder. (pn. 14)

Başlatılan soruşturmada, U'nun başına isabet eden mermi çekirdeğinin S'nin silahından çıktığı tespit edilmiştir. (pn. 16)

Yapılan olay yeri incelemesinde, S'nin C ile arasındaki mesafenin 31 metre, U ile arasındaki mesafenin ise 73 metre olduğu, U'ya isabet eden mermi

çekirdeğinin C'nin baş hizasından 26 cm uzaklıktan geçtiği tespit edilmiştir. (pn. 26)

S hakkında düzenlenen İddianamede, kendisine ve diğer polis memurlarına yönelik, tekrarı da muhakkak olan saldırıyı defetmek amacıyla ve saldırıyı gerçekleştiren kişileri hedef alarak silahıyla ateş ettiği, ne var ki hedefe isabet sağlayamayıp hedefle aynı istikametteki U'nun ölümüne yol açtığı belirtilmiş; bu sebeple *taksirle öldürme* suçundan cezalandırılması talep edilmiştir.

İstanbul Asliye Ceza Mahkemesi, eylemin olası *kasıtlı öldürme* suçunu oluşturma *ihتمali bulunduğu* ve bu suçla ilişkin kovuşturma görevinin ağır ceza mahkemelerine ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Bunun üzerine dava, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesinde görülmeye başlanmıştır.

Yapılan yargılama sonucunda Mahkeme, S hakkında **taksirle öldürmeye sebebiyet verme suçundan** dolayı TCK, m. 85, f. 1 hükmüne istinaden mahkûmiyet hükmü kurmuş ve bu çerçevede belirlediği 1 yıl 8 ay hapis cezasını, her günü 20 TL'den paraya çevirerek S'nin 12.100 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, bu para cezasının aylık dönemler şeklinde belirlediği 10 eşit taksitle ödenmesine karar vermiştir.

Karar, Cumhuriyet savcısı ve sanık tarafından istinaf edilmiş; ancak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi, bu başvuruları esastan reddetmiş ve bu suretle mahkûmiyet hükmü (CMK'nin karar tarihinde yürürlükte olan hükümleri itibarıyla) kesinleşmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu olayla ilgili olarak yapılan yargılamada verilen karar bağlamında Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının maddi ve usule ilişkin boyutlarının ihlal edildiğine karar vermiştir.

“Ağır Ceza Mahkemesinin (kararında) ... kolluk görevlisinin kendisinin ve meslektaşlarının hayatına yönelik saldırıyı koşullara göre orantılı biçimde defetmek zorunluluğu altında saldırganı hedef alarak silah kullandığının değerlendirildiği görülmüştür. Bununla birlikte Ağır Ceza Mahkemesi, ... kolluk görevlisi sanığın cezai sorumluluğunu kaldıran nedenlerden *meşru savunmanın sınırının kasıt olmaksızın aşılması sonucu* ölüme sebebiyet verdiğine değil ölümün sanığın ölene karşı görevi gereği sergilemesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışı nedeniyle gerçekleştiğine karar vermiştir. Mahkeme kararında, silah kullanımının ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerden olan meşru savunma kapsamında kaldığının

kabul edildiğine ilişkin birtakım açıklamalar bulunmakta ise de kararda başvurucunun yakınının ölümü bu nedenle hukuka uygun bulunmamış; ayrıca meşru savunmada ya da cezada sorumluluğu ortadan kaldıran diğer nedenlerin herhangi birinde sınırın taksirle aşıldığı değerlendirilerek belirlenen cezada bir indirimde de gidilmemiştir. Bununla birlikte Ağır Ceza Mahkemesi, meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşıldığına, dolayısıyla sanığa ceza verilmesine yer olmadığına da karar vermemiştir. Başka bir ifadeyle Ağır Ceza Mahkemesi, kararında silah kullanımının meşru savunma amacıyla gerekli ve orantılı olduğuna ilişkin birtakım açıklamalarda bulunmakla birlikte *başvurucunun eşinin ölümüne* ilişkin sorumluluk ile bu sorumluluğa karşılık gelen cezai yaptırımın belirlenmesinde meşru savunmada sınırın taksirle aşılması hükümlerini değil taksire ilişkin genel hükümleri uygulamıştır. Sonuç olarak Ağır Ceza Mahkemesi, sanığın eylemini *hukuka aykırı* bularak bu aykırılığın tespitine ilişkin değerlendirmesinde hukuka uygunluk nedeninin (meşru savunma) aşılmasını bir gerekçe göstermemiştir.” (pn. 99)

“Diğer taraftan somut olayda Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararın gerekçe ve hüküm kısımları bir bütün hâlinde göz önüne alındığında Mahkemenin ceza sorumluluğunu belirlerken silah kullanımındaki dikkatsizlik ile özensizliği gerekçe gösterdiği görülmüştür. Karar gerekçesinde, **dikkat ve özen yükümlülüğünün ne şekilde doğduğuna ve ne tür bir dikkatsizlik ya da özensizlik teşkil eden eylemle yükümlülüğe aykırı davranıldığına ilişkin somut açıklama bulunmamaktadır.** Bununla birlikte olayın gerçekleşme koşullarının kabulünde, **hedefteki kişinin silah sesinin duyulduğu anda kaçmakta olduğu** sonucuna varıldığına belirtildiği anlaşılmıştır.” (pn. 100)

“Bu nedenle Ağır Ceza Mahkemesi başvurucunun yakınının ölümünde silah kullanılmasına ilişkin sorumluluğu açıklanan şekilde belirleyerek -Anayasa’nın 17. maddesinde belirtilen meşru amaçlardan biri olan meşru savunma hükümlerini uygulamaksızın- silah kullanımının Anayasa’nın 17. maddesine aykırı olduğunu, dolayısıyla da yaşam hakkının ihlal edildiğini öz itibarıyla tespit etmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin somut olaydaki silah kullanımının meşru savunma amacıyla gerekli ve orantılı olup olmadığını incelemesine gerek olmadığı kanaatine varılmıştır. Bu noktada (ölenin) doğrudan silahlı güç kullanılan, başka deyişle güç kullanılmasında hedefte olan kişi olmadığını, dolayısıyla olaydaki silah kullanımının gerekliliği tartışmasının kullanımda hedefte olan kişilere ilişkin belirlenecek cezai sorumluluktan farklı olarak sorumluluğun türü üzerinde her durumda

mutlak ve doğrudan bir etki göstermediğini de belirtmek gerekir.” (pn. 101)

“Somut olayda Ağır Ceza Mahkemesi, sanık kolluk görevlisinin ölümcül silah kullanımını dikkatsiz ve özensizce gerçekleştirdiğini, olgusal olarak **kaçmakta olan bir kişiye yönelik silah kullandığını** açıkça kabul etmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, silah kullanımının meşru bir amaca dayandığı gerekçesiyle meydana gelen bu ölüm bakımından bir cezasızlığın veya sorumsuzluğun olduğunu kabul etmemiş; polis memurunun hukuka aykırı fiili nedeniyle cezalandırılmasına karar vermiştir.” (pn. 107)

“Ağır Ceza Mahkemesi ölüme sebebiyet veren somut olaydaki eyleme yaptırım olarak önce 1 yıl 8 ay hapis cezası belirlemiş, ardından bu cezayı adli para cezasına çevirmiş, bunun aylık taksitler hâlinde on eşit taksitte yerine getirilmesine karar vermiştir. Öncelikle ilgili kanunun taksirle öldürme suçundan verilen hapis yaptırımının da paraya çevrilmesine imkân tanıdığı, öte yandan hapis yaptırımının paraya çevrilmesinin yetkili makamların takdirinde olup bu konuda yasal bir zorunluluk olmadığı ifade edilmelidir. Hapis yaptırımının adli para yaptırımına çevrilmesi durumunda hükümlülerin hapis yaptırımı ile karşı karşıya kalması söz konusudur. Ancak bu durum adli para cezasının ödenmemesi ya da kısmen ödenmesi hâlinde gündeme gelmektedir. Nitekim başvuruya konu olayda hükümlüye verilen hapis cezasının uygulanması para cezasının ödenmesiyle gündeme gelmemiştir.” (pn. 108)

“Olayda yargısal makamların bir kişinin hayatına mal olan hukuka aykırı silah kullanımına karşılık olarak Kanun’da 2 yıl ila 6 yıl hapis cezası yaptırımı öngörülen suça yönelik asgari ceza olan 2 yıl hapis ve dahası bu hapis cezası yerine de adli para cezasını uygun ve yeterli bir ceza olarak tercih ettikleri görülmektedir. **Bir kolluk görevlisinin bu tür silah kullanımı sonucu gerçekleştiği kabul edilen ölüme karşılık takdir edilen hapis cezası ile netice ceza olarak belirlenen adli para cezasının benzer hak ihlallerinin önlenmesi ve kişilerin yaşamının korunması bakımından uygun ve yeterli yaptırım olmadığı** özellikle vurgulanmalıdır. Derece mahkemelerinin yaşam hakkını yasayla korumaya yönelik anayasal yükümlülüğe uygun olarak -devletin öldürmemeye ilişkin negatif yükümlülüğü kapsamındaki- bir kişiyi öldüren kişiler hakkında ceza hukukunu etkili biçimde uygulamaları, böylece hukuk sisteminin caydırıcı etkisini korumaları gerekir. **(Söz konusu) olayda takdir edilen asgari orandaki hapis cezasının ve bu cezanın dahi para yaptırımına çevrilmesinin benzer ihlallerin önlenmesi bakımından caydırıcı bir etkiye sahip olduğunun söylenebilmesi mümkün değildir.**

Para yaptırımının taksitler hâlinde ödenmesi imkânının tanınmasının ise bu yönde bir değerlendirmeye dahi tabi tutulamayacağı izahtan varestedir. Bu nitelikteki takdir haklarının kullanımında bir tercihte bulunulurken yaşam hakkının ihlali ile sonuçlanan fiillerin sonuçlarını hafifletmeye yönelik kullanıldığı izlenimi oluşturulmaması adalete kamu güveninin sürdürülmesi ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için hayati önem taşımaktadır.” (pn. 110)

“Anayasa Mahkemesinin kararlarında sıkça belirtildiği üzere mahkemelerin yaşam hakkı ihlalinin önlemedeki sahip oldukları kritik rolün önemi hatırdan çıkarılmamalıdır. Mahkemelerin yaşam hakkı kapsamındaki davaya gereken önemi göstermeleri gerekir. Aksi durumda, uygulanan ceza hukuku sisteminin yaşam hakkının korunması bakımından gereken katılığa, başka bir anlatımla yaşam hakkı ihlallerinin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etkiye sahip olamayacağı aşikârdır. 5237 sayılı Kanun’da da Kanun’un amacının -diğerleri yanında- kişi hak ve özgürlüklerini korumak olduğunun ve suç işleyen hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya karar verilmesi gerekliliğinin ifade edildiği unutulmamalıdır. Diğer taraftan caydırıcı bir etkiye sahip olmayan bu tür cezai yaptırımların -olay nedeniyle meydana gelen maddi ve manevi zararlar giderilmiş, aynı zamanda fail veya failler yeterli disiplin cezaları ile cezalandırılmış olsalar da- aynı zamanda oluşan mağduriyetleri ortadan kaldırmakta yetersiz kaldığı da izahtan varestedir.” (pn. 111)

“Bu itibarla başvuruya konu mahkûmiyetin başvuruçunun mağduriyetini ortadan kaldırmamasının yanında benzer ihlallerin önlenmesi bakımından caydırıcı etkiye sahip de olmadığı, dolayısıyla bu durumun yaşam hakkının maddi ve usule ilişkin boyutlarının ihlaline yol açtığı sonucuna varılmıştır.” (pn. 112)

II. HUKUKÎ DEĞERLENDİRMEMİZ

Karara konu teşkil eden olayda öncelikle tartışılması gereken sorun, S’nin meşru savunma halinde olup olmadığı veya silahını hukuka uygun bir şekilde kullanmış olup olmadığıdır.

İkincisi ise, U’nun ölümü bağlamında S’nin olası kastla işlenen kasten öldürme suçundan dolayı mı yoksa bilinçli veya bilinçsiz taksirle işlenen taksirle ölüme sebebiyet vermeden dolayı mı sorumlu tutulması gerektiği sorunudur.

Üçüncü sorun ise, ilk derece mahkemesi tarafından, bilinçsiz taksirle işlenen taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan dolayı sorumluluk bağlamında S hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünde verilen sonuç cezasın adil olup olmadığı sorunudur.

Birinci sorun bağlamındaki değerlendirme tamamen maddi gerçeğin tespitine bağlıdır. Kolluk görevlisi S'nin, içinde buldukları kolluk aracına molotof kokteyli ile saldıran kişilere karşı ve bu saldırıyı defetmek amacıyla silah kullandığı kabul edilebilir. Bu durumda S'nin saldırganlara karşı ateş etmesi bağlamında meşru savunma hükümlerinden yararlandırılması gerekir.

Ancak olayda S'nin **kaçmakta olan C'yi hedef alarak** silahını ateşlediği kabul edilmiştir.

Kaçmakta olan kir kişiye karşı meşru savunma durumundan bahsetmek hukuken mümkün değildir. Fakat kolluk görevlileri, saldırıyı gerçekleştiren, akabinde kaçmaya çalışan ve kimliği henüz tespit edilememiş olan kişileri yakalamak amacıyla silah kullanma yetkisini haizdirler. Ancak, belirtmek gerekir ki, işlediği suçun hemen akabinde yakalanmamak için **kaçmakta olan ve kimliği henüz tespit edilmemiş bir kişiyi yakalamak amacıyla silah kullanılması** durumunda, kişinin hayatı bakımından tehlikeli olan bölgeleri hedef alınarak silahla ateş edilemez.

Kolluk görevlisinin **suçüstü halinde** kaçmakta olan ve kimliği henüz tespit edilmemiş bir kişiyi yakalamak amacıyla silah kullanmasına rağmen, olayın oluş seyri ve tecrübesizliği gibi sebeplerle **kaçan kişinin ölümüne sebebiyet vermesi** durumunda, sorumluluğunu TCK'nin **hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın taksirle aşılmasına** ilişkin hükümlerine (m. 27, f. 1) istinaden tayin etmek gerekir. Dikkat edilmelidir ki, TCK, m. 27, f. 1 hükmüne istinaden sorumluluğun tayin edilebilmesi için kolluk görevlisinin yakalamak istediği şahsı öldürme kastıyla hareket etmemesi gerekir. Aksi takdirde sorumluluğun kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlere göre tayin edilmesi gerekir.

Kolluk görevlisi bakımından meşru savunma veya **suçüstü halinde** kaçmakta olan ve kimliği henüz tespit edilmemiş bir kişiyi yakalamak amacıyla silah kullanması gibi bir hukuka uygunluk sebebinin varlığının kabul edildiği durumlarda, olayın oluş seyri ve tecrübesizlik gibi sebeplerle saldırıyı gerçekleştirmekte olan veya suçüstü halinde kaçmaya çalışan kişi dışında **olayla ilgisi olmayan bir üçüncü kişinin ölümüne sebebiyet verildiği takdirde sorumluluk** bir sorun teşkil etmektedir.

Saldırısı gerçekleştirmekte olan veya suçüstü halinde kaçmaya çalışan kişiyi hedef alarak silahını ateşlemesine rağmen, olayla ilgisi olmayan bir üçüncü kişinin ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet veren kolluk görevlisinin üçüncü kişiye yönelik olarak gerçekleştirdiği fiil bakımından herhangi bir hukuka uygunluk sebebinden bahsedilemez. Bu gibi durumlarda, TCK'nin hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılmasına ilişkin hükümlerinin (m. 27, f. 1) uygulanmaması gerekir. Kanaatimizce bu gibi durumlarda, olayla ilgisi olmayan bir üçüncü kişinin ölümü veya yaralanması dolayısıyla kolluk görevlisini ancak bilinçli veya bilinçsiz taksirle işlenmiş olan **taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan** dolayı sorumlu tutmak gerekir.

Maddi gerçeklikle ilgili tespitlerin doğru olup olmadığını saklı tutmak kaydıyla, Ağır Ceza Mahkemesinin S'nin sorumluluğu ile ilgili değerlendirmesini kısmen doğru bulmaktayız. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından S hakkında taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan dolayı kurulan mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde **bilinçli taksire** ilişkin değerlendirmelerin yapılmamış olması, önemli bir eksikliktir.

Anayasa Mahkemesinin, Ağır Ceza Mahkemesi tarafından S hakkında U'nun taksirle ölümüne sebebiyet vermekten dolayı kurulan mahkûmiyet hükmünde verilen cezasın caydırıcı nitelikte olmadığı yönündeki değerlendirmelerine aynen iştirak etmekteyiz.

KAYNAKÇA

Anayasa Mahkemesi, 1.12.2022 Tarih ve 2018/2540 Sayılı Kararı.

CAS 2020/A/6679 BURSASPOR KULÜBÜ DERNEĞİ V. CHRISTIAN CHAGAS TAUROCO KARAR İNCELEMESİ

A Review of the CAS 2020/A/6679 Arbitration Bursaspor Kulübü Derneği V. Christian Chagas Tauroco

Melis ULUSOY*

Özet

Spor Tahkim Mahkemesi, diğer spor kuruluşları ile FIFA Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararlarına karşı temyiz başvurularının incelemesini yaparken, esasa ilişkin incelemelere ek olarak usule ilişkin birtakım incelemeler de gerçekleştirmektedir. Spor Tahkim Mahkemesi Tüzüğü-CAS Kodunun usule ilişkin hükümlerinde temyiz başvurusu ve davalının cevap sürelerine ilişkin hak düşürücü süre niteliğinde olan çeşitli süre sınırları bulunmaktadır. Çalışmaya konu kararda; temyiz başvurusunda bulunan futbol kulübü ile davalı futbolcu arasındaki uyuşmazlığın esasını oluşturan sözleşme, sözleşmeden doğan borcun ödenmemesi halinde uygulanacak olan yaptırımlar; hakem heyeti tarafından CAS Kodunda öngörülen süre sınırlarının ne şekilde inceleneceği ve süre sınırlarına ilişkin getirilen istisnai koşulların CAS içtihatlarında yorumlanmış şekli değerlendirilmiştir.

Anahtar Kavramlar: Spor Tahkim Mahkemesi, spor hukuku, tahkim, temyiz.

Abstract

While the Court of Arbitration for Sport reviews appeals against the decisions of other sports organizations and the FIFA Dispute Resolution Chamber, it also carries out some procedural reviews in addition to the substantive reviews. In the procedural provisions of the Regulation of the Court of Arbitration for Sport - CAS Code, there are various time limits regarding the statement of appeal and the defendant's response periods. In the decision that is the subject of this article, the contract that constitutes the basis of the dispute between the football club applying for appeal and the defendant football player, the receivables arising from the contract, the sanctions to be applied in case of non-payment of the debt arising from the contract, how the time limits stipulated by the CAS Code will be examined by the Panel and the exceptional conditions imposed on the time limits through the interpretation of CAS jurisprudence are discussed.

Keywords: Court of Arbitration for Sport, sports law, arbitration, appeal.

* Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, e-posta: ulusoy.melis@hbv.edu.tr , ORCID: 0009-0009-2067-9587.

I. OLGULAR¹

Temyiz eden konumundaki, Bursaspor Kulübü Derneği (Bursaspor veya Kulüp olarak anılacaktır); Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği'ne ("Fédération Internationale de Football Association"-FIFA) bağlı bulunan Türkiye Futbol Federasyonu'nda (TFF) tescilli bir futbol takımıdır. Cevap veren davalı ise, 12 Mart 1988 doğumlu Brezilya vatandaşı profesyonel futbolcu Christian Chagas Tauroco'dur. Temyiz başvurusu, FIFA Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun ("Dispute Resolution Chamber"-DRC) 21 Ağustos 2019 tarihli kararına karşı, futbol takımı tarafından Spor Tahkim Mahkemesi'ne ("Court of Arbitration for Sport"-CAS) 31 Aralık 2019 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Temyiz başvurusuna konu DRC kararı, taraflar arasında imzalanan fesih protokolü/ ikale anlaşmasına ilişkindir.

II. OLAYIN ÖZETİ

Taraflar arasında, 11 Temmuz 2017 tarihinde, imza tarihinden 31 Mayıs 2020 tarihine kadar geçerli olacak bir iş akdi imzalanmıştır. İş akdinin "Ödeme ve Özel Hükümler" başlıklı 3. maddesinde her sezon sonunda yapılan hesaplamalar sonucunda futbolcunun sezon içerisinde alacağı toplu takım ikramiye miktarının 75.000 Euro altında kalması halinde 100.000 Euro'ya kadar olan kısmın futbol kulübünce ödeneceği belirlenmiştir. 6 Ağustos 2018 tarihinde taraflar arasında imzalanan fesih protokolü/ ikale anlaşması ile iş akdi sonlandırılmıştır. İlgili anlaşma metninin 2. maddesinde, Bursaspor tarafından alacakları karşılığında futbolcuya verilen 31.07.2018 ve 31.08.2018 vade tarihli toplam 200.000 Euro tutarındaki senetlerin fesih nedeniyle geçersiz olduğu, Bursaspor tarafından futbolcuya ödenecek olan sözleşmeden doğan 200.000 Euro ile 43.762,55 Euro tutarındaki ikramiye ödemesinin dört ay taksitler halinde ödeneceği, bu anlaşma kapsamında tarafların birbirlerinden başkaca bir taleplerinin bulunmadığı hükme bağlanmıştır. Anlaşmanın 4. maddesinde ise anlaşmadan doğan uyuşmazlıklarda Spor Tahkim Mahkemesi'nin yetkili olacağı, ayrıca anlaşmaya FIFA kurallarının ve İsviçre Medeni Kanunun uygulanacağı kararlaştırılmıştır.

Futbolcu, 14 Şubat 2019 tarihinde, kendisine kulüp tarafından ödemesi yapılmayan 243.762,55 Euro'nun, ödeme tarihine kadar işletilecek %5 oranındaki faiz ödemesinin, bakiye meblağın %20'sine denk gelen tazminatın ve yargılama giderlerinin ödenmesi talebi ile FIFA'ya başvurmuştur. Kulüp

¹ Arbitration CAS 2020/A/6679 Bursaspor Kulübü Derneği v. Christian Chagas Tarouco, award of 3 August 2020.

ise savunmasında, futbolcunun sözleşmeden kaynaklanan alacağıının 200.000 Euro olduğunu, 43.762,55 Euro tutarındaki ikramiye ödemesinin futbolcu bakımından talep edilebilir olmadığını, hâlihazırda futbolcuya 77.705,37 Euro tutarında ikramiye ödemesinin yapıldığını iddia etmiş, ödemelere ilişkin belgeleri sunmuştur. FIFA DRC, 21 Ağustos 2019 tarihli kararında; Kulübün ödemeleri yaptığını gösterir belgeleri FIFA'nın dört resmi dilinden birine çevrilmiş şekilde teslim etmediğini, FIFA Usul Kurallarının (*FIFA Rules Governing the Procedures of the Players' Status Committee and the Dispute Resolution Chamber*) 12/3 maddesi² uyarınca iddiada bulunan tarafın iddiasını ispat ile yükümlü olduğu değerlendirildiğinde ödemelerin yapıldığının tespit edilemediğini, ayrıca *pacta sunt servanda* ilkesi uyarınca Kulübün fesih protokolü/ ikale anlaşması kapsamında ödeyeceğini beyan ettiği miktar olan 243.762,55 Euro tutarındaki bedelden sorumlu olduğunu ifade etmiştir. FIFA DRC bu çerçevede, futbolcunun 243.762,55 Euro tutarındaki ödemenin yapılması talebinin kabulüne, yargılama giderlerine ilişkin talebin Usul Kurallarının 18/4 maddesi ve FIFA içtihatları doğrultusunda reddine, ödemenin 45 gün içinde yapılmaması halinde Usul Kurallarının 24bis/2-4 maddeleri uyarınca transfer yasağının uygulanacağına karar vermiştir.

31 Aralık 2019 tarihinde Kulüp, FIFA Statüsünün (*FIFA Statutes Regulations Governing the Application of the Stutes*) (2019 Baskısı) 57 ve 58 maddeleri ile CAS Kodunun (2019 baskısı) R47 ve R48 maddeleri uyarınca temyiz başvurusunda bulunmuş, tek hakemli tahkim yöntemini belirlediklerini beyan etmiştir. Kulüp, 9 Ocak 2020 tarihinde temyiz dilekçesini CAS Kodunun R51 maddesi uyarınca sunmuş, temyiz talebinin kabulünü, FIFA DRC kararının kaldırılmasını, karar kapsamında belirtilen ödemelerin yapılmaması halinde uygulanacağı belirtilen transfer yasağının uygulanmamasını ve davalının CAS tahkim yargılamasına ilişkin masraflardan sorumlu kılınmasını talep etmiştir.

10 Ocak 2020 tarihinde CAS Kalemi tarafından futbolcuya, posta ile teslim edilecek dilekçenin teslim gününden başlamak üzere 20 gün içinde

² İnternet: FIFA Usul Kuralları-*FIFA Rules Governing the Procedures of the Players' Status Committee and the Dispute Resolution Chamber* "Any party claiming a right on the basis of an alleged fact shall carry the burden of proof. During the proceedings, the parties shall submit all relevant facts and evidence of which they are aware at that time, or of which they should have been aware if they had exercised due care." Çev.: "İddia edilen bir olguya dayanarak hak talep eden taraf, ispat yükünü üstlenecektir. Yargılama sırasında taraflar, o anda bildikleri veya gereken özeni göstermiş olsalardı bilmeleri gereken tüm ilgili olguları ve delilleri sunacaklardır." Web: <https://digitalhub.fifa.com/m/259f1778a076a66/original/letcztzqlfnph1tjdlx.pdf>

cevap dilekçesini iletmesi gerektiği bildirilmiştir. Söz konusu bildirimde ayrıca, cevap dilekçesinin hiç verilmemesi veya süresinde teslim edilmemesi halinde tek hakem tarafından karar mekanizmasının işletileceği de beyan edilmiştir. CAS Kalemi tarafından 18 Şubat 2020 tarihinde yapılan bildirimde, futbolcunun cevap dilekçesi sunmadığı, temyiz edenin tek hakem talebine ilişkin olarak da herhangi bir beyanda bulunmadığı dikkate alınarak CAS Kodunun R50 maddesi uyarınca CAS Temyiz Tahkim Dairesi Başkanı tarafından başvurunun tek hakeme atanmasına karar verilmiştir. Tek hakemin atanmasını takiben taraflardan, duruşma açılması istenip istenmediği veya hakem tarafından yazılı başvurular sonucunda karar verilmesinin uygun bulunup bulunmadığına ilişkin CAS Kalemine 7 gün içerisinde bilgi verilmesi talep edilmiştir.

Futbolcu, 20 Şubat 2020 tarihinde cevap dilekçesinin verildiğini, stajyer hatasından kaynaklı olarak dilekçenin gönderiminin FIFA adresine yapıldığını, CAS adresine gönderimin yapılmadığını belirtmiştir. Bununla beraber hatalı adrese gönderilen dilekçenin süresi içerisinde CAS'ın doğru adresine e-posta yoluyla iletildiğini, iletilen dilekçenin uygun bulunmaması halinde bir duruşma yapılması gerektiğini, zira savunma hakkının ancak bu şekilde tesis edilebileceğini iddia edilmiştir.

CAS Kalemi posta yolu ile herhangi bir dilekçenin gönderilmediğini, e-posta ile 28 Ocak 2020 tarihinde gönderildiği iddia edilen dilekçenin 19 Şubat 2020 tarihinde ulaştığını belirterek, temyiz edenin davalının cevap dilekçesinin kabul edilebilirliğine ilişkin görüşlerini bildirmesi için 25 Şubat 2020 tarihine kadar süre vermiş, görüş bildirilmemesi halinde CAS Kodunun R32 maddesi uyarınca tek hakem tarafından dosyadaki belgeler kapsamında kabul edilebilirliğe ilişkin karar verileceği belirtilmiştir.

Kulüp, 25 Şubat 2020 tarihinde konuya ilişkin bir duruşma yapılması talebinde bulunmuştur. CAS Kalemi, 28 Şubat 2020 tarihinde CAS Kodunun R31 ve R55 maddeleri kapsamında, futbolcunun cevap dilekçesinin süresi geçtikten sonra sunulduğunun tespit edildiğini bu nedenle dosyaya eklenmeyeceğini, kararın tek hakem tarafından duruşmalı şekilde verileceğini taraflara bildirmiştir. CAS Kalemi, 18 Mart 2020 tarihinde COVID-19 salgını nedeni ile duruşma tarihinin değiştirildiğini taraflara iletmiş, 23 Nisan 2020 tarihinde ise tek hakemin yüz yüze duruşma yapma konusunda endişelerinin bulunması nedeniyle taraflara birkaç seçenek sunulmuştur. Bu seçenekler; duruşmanın henüz tarihi belirlenemeyen bir günde yüz yüze yapılması,

duruşmanın video-konferans şeklinde yapılması, duruşma yapılması talebinden vazgeçilerek kararın hakem tarafından dosya üzerinden alınması, duruşma yapılması talebinden dönülerek taraflara birer yazılı dilekçe verilmesi imkânının sağlanmasıdır. Temyiz eden, önce 28 Nisan 2020 tarihinde duruşmanın yüz yüze yapılmasını; akabinde bu karardan vazgeçerek 30 Nisan 2020 tarihinde hakem tarafından dosya üzerinden inceleme yapılmasını talep etmiştir. Davalı futbolcu ise, hakem tarafından yazılı beyanlar üzerinden inceleme yapılmasını, gerekli görülmesi halinde video-konferans şeklinde duruşma yapılarak bir kararın verilmesini talep etmiştir.

CAS Kalemi, 4 Mayıs 2020 tarihinde, tek hakemin CAS Kodunun R57 ve R44.2 maddeleri uyarınca video-konferans yöntemi ile temyiz başvurusunu inceleyeceğini taraflara iletmıştır. Duruşma tarihi belirlenmiş ancak temyiz eden duruşmaya katılamayacağını, duruşma talebinden vazgeçtiğini belirtmiştir. CAS Kalemi, 22 Mayıs 2020 tarihinde, temyiz edenin talep değişikliğini dikkate alarak, davalıya CAS Kodu R56 maddesi uyarınca istisnai koşulların varlığı halinde cevap dilekçesi sunmak için hakem heyeti tarafından tanınabilecek olan ek sürenin futbolcuya tanındığını bu kapsamda cevap dilekçesi sunması için davalıya ek süre verildiğini belirtmiştir. Davalı, süresi içinde cevap dilekçesi sunmamış, hakem tarafından inceleme dosyadaki belgeler üzerinden yapılmıştır.

III. TARAFLARIN BEYANLARI

Temyiz eden, taraflar arasında imzalanan fesih protokolü/ ikale anlaşması ile futbolcuya verileceği belirtilen 243.762,55 Euro'nun hesabında hata yapıldığını, 200.000 Euro tutarındaki borçtan sorumluluğunun bulunduğunu, ancak 43.762,55 Euro tutarında bir borcun bulunmadığını, ikramiye ödemeleri kapsamındaki hatalı hesaplamalar nedeni ile 243.762,55 Euro tutarının ortaya çıktığını iddia etmiştir. Temyiz eden, transfer yasağının takımın geleceğini belirsiz bir duruma sürüklediğini bu nedenle yasağın kaldırılması gerektiğini beyan etmiştir.

Tek hakem, davalının süresi içerisinde cevap dilekçesini sunmadığını tespit etmiştir. Bu doğrultuda, tek hakem tarafından cevap dilekçesinin süresine ilişkin çeşitli tespitler yapılmıştır.

IV. CAS HAKEMİNİN USULE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELERİ

A. YARGILAMA YETKİSİ

Tek hakem, somut uyuşmazlıkta CAS'ın yargılama yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda, CAS Kodunun R47 maddesi ile FIFA Statüsünün 58/1 maddesini incelemiştir.

CAS Kodunun R47 maddesinde “*Bir federasyon, dernek veya spor kuruluşunun kararına karşı, ilgili kuruluşun yönetmeliklerinde veya tüzüklerinde belirtilmesi veya tarafların tahkim anlaşması yapmış olması halinde, temyiz talep edenin temyiz öncesi başvurabileceği tüm hukuki yollar tüketilmiş ise CAS’a temyiz başvurusu yapılabilir*” hükmüne yer verilmiştir.

FIFA Statüsünün 58/1 maddesinde ise “*FIFA’nın yasal kurumları tarafından verilen kararlar ile konfederasyon, üye kuruluşlar veya üye ligleri tarafından verilen kararlara karşı, hakkında temyiz başvurusu yapılacak kararların tebliğinden itibaren 21 gün içinde CAS’a temyiz başvurusu yapılabilir*” hükmü yer almaktadır.

Tek hakem bu hükümler uyarınca, taraflar arasında CAS’ın yargılama yetkisine ilişkin herhangi bir uyuşmazlık bulunmadığını, temyiz edenin temyiz başvuru dilekçesinde açıkça CAS’ın ilgili uyuşmazlık bakımından yargılama yetkisine sahip olduğunu belirttiğini beyan etmiştir. Bu doğrultuda tek hakem tarafından, CAS’ın somut uyuşmazlık bakımından yargılama yetkisinin bulunduğu kanaate ulaşılmıştır.

B. KABUL EDİLEBİLİRLİK

Tek hakem, kabul edilebilirlik (*admissibility*) konusunda, CAS Kodunun R49 maddesi ile FIFA Statüsünün 58/1 maddesini ele almıştır.

CAS Kodunun R49 maddesi “*Bir federasyon, dernek veya spor kuruluşunun tüzük ve yönetmeliklerinde veya yapılan önceki bir anlaşmada temyiz için belirlenmiş bir süre sınırının düzenlenmemiş olması halinde temyiz süresi, temyiz edilecek kararın tebliğinden itibaren 21 gündür. Daire başkanı, temyiz süresi sonrası yapılan temyiz taleplerine ilişkin herhangi bir işlem yapmayacak, talepte bulunan tarafı bilgilendirecektir. Temyiz işlemleri başlatıldığında, taraflardan biri daire başkanından veya heyet oluşturulmuş ise heyetin başkanından temyiz sürecinin, temyiz süresinde yapılmadığından bahisle sonlandırılmasını talep edebilir. Daire başkanı veya heyet başkanı diğer taraflarca yapılan bildirimleri değerlendirdikten sonra kararını verir*” hükmünü amirdir. Tek hakem, FIFA Statüsünün 58/1 maddesinde 21 günlük temyiz süresinin öngörüldüğünü değerlendirerek, temyiz başvurusunun süresinde yapıldığı ve kabul edilebilir olduğu sonucuna ulaşmıştır.

C. UYGULANACAK HUKUK

Somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuk konusunda, tek hakem tarafından, CAS Kodunun R58 maddesi ile FIFA Statüsünün 57/2 maddesi incelenmiştir.

CAS Kodunun R58 maddesi uyarınca, “*Heyet, uygulanabilir düzenlemelere ve ikincil olarak taraflarca seçilen hukuk kurallarına göre veya böyle bir seçimin olmaması halinde temyize konu kararı veren federasyon, dernek veya spor kuruluşunun ikametgâh ülkesinin kanunlarına göre veya heyetin uygulamayı uygun gördüğü hukuk kurallarına göre uyumsuzluğu karara bağlar. İkinci durumda, heyet kararının gerekçelerini belirtir*”.

FIFA Statüsünün 57/2 maddesi uyarınca ise “*Hakem heyeti uyumsuzluğun çözümünde taraflarca seçilen hukuk kurallarını veya böyle bir hukuk seçiminin bulunmaması halinde uyumsuzluğun yakın ilişkili olduğu hukuk kurallarını uygulayacaktır*”.

Tek hakem, tarafların fesih protokolü/ ikale anlaşması ile açık bir hukuk seçimi yaptıklarını, bu doğrultuda somut uyumsuzlukta FIFA düzenlemeleri ile ikincil olarak İsviçre hukukunun uygulanacağını belirtmiştir.

D. CEVAP DİLEKÇESİNİN ZAMANINDA SUNULUP SUNULMADIĞI

Yukarıda açıklandığı üzere, CAS Kalemi, futbolcunun cevap dilekçesinin posta ile teslim alınmadığını, 28 Ocak 2020 tarihinde gönderildiği iddia edilen dilekçeyi içeren e-postayı ise 19 Şubat 2020 tarihinde teslim aldığını belirtmiştir. Temyiz eden tarafından cevap dilekçesinin kabul edilebilirliğine ilişkin beyanları talep edilmiş ve cevap dilekçesinin zamanında teslim edilmediği iddiasında bulunulması halinde CAS Kodunun R32 maddesi uyarınca konuya ilişkin uyumsuzluğun hakem tarafından çözümleneceği belirtilmiş; ancak temyiz eden konuya ilişkin herhangi bir beyanda bulunmamıştır. İzah edilen çerçevede tek hakem, CAS Kodunun R31 maddesi uyarınca cevap dilekçesinin posta yoluyla iletilmesi gerektiğini, ancak geç teslimin e-posta yolu ile yapıldığını tespit etmiş, belirtilen gerekçeyle cevap dilekçesinin süresinde teslim edilmediği kanaatine varmıştır.

V. CAS HAKEMİNİN ESASA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELERİ

Tek hakem, davanın esasına ilişkin olarak, öncelikle taraflar arasında geçerli bir fesih protokolü/ ikale anlaşmasının bulunduğunu tespit etmiştir. Zira temyiz eden tarafından fesih protokolü/ ikale anlaşmasının geçersizliği iddiasında bulunulmamıştır. Temyiz eden, anlaşmada belirlenen 243.762,55 Euro'nun, 200.000 Euro tutarındaki kısmından sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmekle birlikte 43.762,55 Euro tutarındaki kısmından sorumluluğunun bulunmadığını iddia etmektedir. Bu iddialar doğrultusunda, temyiz edenin

43.762,55 Euro tutarındaki bedelden sorumluluğun bulunup bulunmadığı hususu tek hakem tarafından incelenmiştir.

Temyiz eden, ikramiye ödemelerinin Türk Lirasından Euro'ya çevrilmesi nedeni ile 43.762,55 Euro bedelin fesih protokolü/ ikale anlaşmasına futbolcuya ödenmesi gereken miktar şeklinde yazıldığını iddia etmiştir. Temyiz eden tarafından bu miktarın ödendiğine ilişkin sunulan belgeler, tek hakem tarafından belirsiz olması ve yeterli derecede açık olmaması nedeniyle, belirtilen miktarın ödendiğini ispatlar nitelikte bulunmamıştır. Buna ek olarak hakem İsviçre Medeni Kanununun 8. maddesinde yer verilen “*ispat yükü, kanunda aksi bir hükmün bulunmadığı konularda, hak iddiasında bulunan tarafa düşmektedir*”³ hükmü uyarınca, temyiz edenin ödemelerin yapıldığı konusunda taşıdığı ispat yükünü yerine getiremediğine karar vermiştir. Ayrıca tek hakem, imzalanan anlaşmanın taraflarca kabul edildiği, bu anlaşmanın tarafların iradelerini doğru şekilde yansıttığının kabul edildiğini, bu nedenle taraflarca imzalanan fesih protokolü/ ikale anlaşmasında düzenlendiği şekilde temyiz edenin 243.762,55 Euro bedelden sorumlu olduğunu beyan etmiştir. Sonuç olarak FIFA DRC kararında belirtilen miktarlardan ve faizden temyiz edenin sorumlu olduğuna karar verilmiştir.

Temyiz eden, FIFA DRC tarafından ödemelerin yapılmaması durumunda transfer yasağı uygulanacağı kararının futbol takımını zor bir duruma koyduğunu bu nedenle bu yasağın uygulanmaması gerektiğini iddia etmiştir. Ancak tek hakem, temyiz edenin bu talebine ilişkin herhangi bir geçerli sebep bulunmadığından bahisle, ilgili yasağın uygulanmaması için hükmedilen borçların ödenmesinin yeterli olacağını belirterek, temyiz başvurusunun reddine karar vermiştir.

VI. DEĞERLENDİRME

İnceleme konusu CAS kararında temyiz başvurusu, Kulüp ve futbolcu arasında imzalanan fesih protokolü/ ikale anlaşması ile Kulüp tarafından futbolcuya ödeneceği belirtilen miktara ve ödenmeyen miktar nedeniyle DRC tarafından Kulübe uygulanan transfer yasağına ilişkindir.

CAS kararında usule ilişkin inceleme kapsamında, tek hakem tarafından;

³ Swiss Civil Code, Art.8 “*Unless the law provides otherwise, the burden of proving the existence of an alleged fact shall rest on the person who derives rights from that fact.*” İnternet: Fedlex- The Publication Platform For The Federal Law Web: https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20180101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20180101-en-pdf-a.pdf

CAS Kodunun “Süreler” başlıklı R32 maddesi, “Davalının Cevabı- CAS’ın Yetkisi” başlıklı R55 maddesi ve “Temyiz ve Cevap Dilekçelerinin Tamamlanması- Dava Yönetimi- Sulh” başlıklı R56 maddelerinde düzenlenen temyiz ve başvuru süreleri dikkate alınmıştır.

CAS Kodunun R55 maddesinin 1. ve 2. fıkralarında aşağıda sunulan hükümlere yer verilmiştir: *“Temyiz gerekçelerinin ulaşmasından itibaren yirmi gün içinde, davalı CAS Kalemine aşağıda belirtilen hususları içerir cevap dilekçesi sunacaktır: Savunma gerekçeleri; Yargı yetkisinin yokluğuna ilişkin itirazlar; Davalının dayanmak istediği diğer delillerin teklifleri; Tanıkların muhtemel ifadelerinin kısa bir özetini içerir şekilde tanık beyanları ve tanıkların isimleri, heyet başkanı aksine karar vermedikçe cevap dilekçesi ile birlikte sunulur; Uzmanlık alanlarını belirtilecek şekilde dinlenilmesi talep edilen uzmanların isimleri ve davalının talep ettiği diğer deliller.*

Davalı, belirtilen süre içerisinde cevap dilekçesini sunmamış ise, heyet tahkim yargılamasına devam ederek karar verebilir.”

Genel olarak, hakem heyetinin, davalının süresi içerisinde cevap dilekçesini sunmaması halinde, yargılamaya devam etmek sureti ile karar verme yetkisine sahip olduğunun tespiti İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu çerçevesinde yapılmaktadır.⁴ İlgili kanun kapsamında heyetin, davalı tarafından cevap dilekçesi sunulmaması halinde karar verme yetkisinin var olduğu kabul edilmiş olsa da, savunma hakkının kullandırılması için heyet ve CAS Kalemi, cevap dilekçesinin sunulması ve argümanların belirtilmesi için gerekli olan her yöntemi denemek mecburiyetindedir.⁵

CAS Kodunun R56 maddesinin 1.fikrasında ise *“Tarafların aksine anlaşmaları veya hakem heyeti başkanının, istisnai koşulların varlığı gerekçesi ile aksi yönde verdiği bir kararı olmadıkça, taraflar temyiz layihasının ve cevabın sunulmasından sonra taleplerini değiştiremez veya tamamlayamazlar, yeni delil teklifinde bulunamaz ve yeni belge sunamazlar.”* hükmüne yer verilmiştir.

CAS Kodunda 2010 yılında yapılan değişiklik ile yalnızca tarafların

Erişim Tarihi: 06.10.2023.

⁴ Antonio Rigozzi/Erika Hasler, “The CAS Procedural Rules” in Manuel Arroyo (ed.), Arbitration in Switzerland, The Practitioner’s Guide, 2nd edition, Volume 2, Kluwer Law, The Netherlands, 2018, 1419-1736, s.1645.

⁵ Rigozzi/Hasler, s.1645.

sunduğu gerekçelere ilişkin var olan değişiklik ve genişletme yasağı, tarafların hem talepleri hem de gerekçeleri bakımından genişletilmiştir.⁶ Böylelikle temyiz tahkim usulünde kural olarak, temyiz dilekçesi ve cevap dilekçesinin sunulmasından sonra tarafların taleplerini genişletmesi ve sunmuş olduğu gerekçelere ilişkin değişiklik yapması yasaklanmıştır.⁷

Temyiz edenin COVID-19 salgını nedeni ile ertelenen duruşmaya katılmayacağını ve duruşma talebinden vazgeçtiğini belirtmesi, tek hakem tarafından CAS Kodunun R56 maddesinde belirtilen “istisnai koşullar” kapsamında değerlendirilmiş ve bu doğrultuda davalıya cevap dilekçesi sunması için ek süre verilmiştir. CAS Kodunun R56 maddesindeki anlamı ile istisnai koşulların neler olduğu CAS içtihatlarında net olarak belirtilmemektedir. CAS 20 Şubat 2020 tarihli, 2018/A/5982 Al Merreikh Sport Club v. Sudan Football Association (SFA) kararında “istisnai koşulların uygulanmasına ilişkin” gerekçesini, “*süresi geçtikten sonra teslim edilen delillerin uyumsuzluğunun çözümü bakımından önemli hususu oluşturmaları ve bilgi/belge tutma yükümlüsünün davalı olmasından kaynaklı olarak, temyiz edenin geç teslim edilen delil nedeni ile hak kaybına uğramasının önüne geçilmek istenmesi*” şeklinde ortaya koymuştur.⁸ CAS 20 Temmuz 2018 tarihli CAS 2018/A/5808 AC Milan v. UEFA kararında ise temyiz dilekçesi (appeal brief) sunma süresi geçtikten sonra sunulan yeni belgenin kabulüne karar vererek “*hızlandırılmış yargılama usulünde zamanlamaların oldukça önemli olması ve sunulan belgenin daha erken bir aşamada sunulamaz nitelik taşımasını*” istisnai koşullar kapsamında değerlendirmiştir.⁹ Benzer şekilde CAS, 4 Ocak 2008 tarihli CAS 2007/A/1290 Roland Diethart v. International Olympic Committee (IOC) kararında da temyiz ve cevap dilekçesi sunma sürelerinin bitiminden sonra iki farklı zamanda iki farklı dilekçe sunmuş olan temyiz edenin dilekçelerinin “istisnai koşullar” kapsamında kabulüne karar vermiş, bu değerlendirmeyi yaparken davalının dilekçelerin sunulmasına ilişkin itirazının bulunmamasına ek olarak dilekçelere karşı cevap dilekçelerinin

⁶ Hatice Özdemir Kocasakal, Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.314.

⁷ Alper Çağrı Yılmaz, FIFA ve CAS Kuralları Çerçevesinde Uluslararası Nitelikli Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Feshi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 274.

⁸ Arbitration CAS 2018/A/5982 Al Merreikh Sport Club v. Sudan Football Association (SFA), award of 20 February 2020, para. 44.

⁹ Arbitration CAS 2018/A/5808 AC Milan v. UEFA, award of 20 July 2018, para.119.

sunulmuş olmasını dikkate almıştır.¹⁰

CAS içtihatlarında istisnai koşulların kapsamına ilişkin netlik bulunmamakla birlikte, doktrinde tarafların temel usul haklarının her daim istisnai koşul oluşturduğu belirtilmektedir.¹¹ İnceleme konusu kararda, temyiz edenin duruşma yapılması talebi ile planlanan ancak COVID-19 salgını nedeni ile ertelenen duruşmanın, yapılması talebinden vazgeçen temyiz edenin konuya ilişkin beyanı tek hakem tarafından “istisnai koşul” olarak değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme, CAS tahkim yargılamasında hakem heyetlerine CAS Kodunun R56 maddesi ile tanınan geniş yetki ile paralellik göstermektedir. Bu doğrultuda tek hakem tarafından CAS Kodunun R56 maddesi kapsamında istisnai koşullar nedeniyle cevap dilekçesini süresinde sunmamış olan davalıya ek süre tanınması, davalının savunma hakkına riayet edildiğini göstermektedir. Buna rağmen, davalı tarafından cevap dilekçesi sunulmaması sebebiyle, davalının savunma hakkının kullanılmaması yönünde bir iradeye sahip olduğu yorumu yapılabilecektir.

Uyuşmazlık kapsamında 43.762,55 Euro bedelin ödendiği iddiaları temyiz eden tarafından çeşitli banka dokümanları sunulmak sureti ile delillendirilmiştir. FIFA Usul Kurallarının 12/3 maddesi ile İsviçre Medeni Kanununun 8.maddesi uyarınca iddiada bulunan taraf iddiasını ispat ile yükümlüdür. Buna ek olarak FIFA Usul Kurallarının 9/1-e maddesi uyarınca “*Uyuşmazlık ile bağlantılı olan sözleşme, önceki görüşmeler gibi çeşitli delil araçları FIFA’nın dört resmi dilinden birine çevrilerek*” sunulmalıdır. Yargılama tarihinde FIFA’nın resmi dillerinin İngilizce, Fransızca, Almanca ve İspanyolca olduğu dikkate alındığında usul kurallarına uygun şekilde delil sunmayan ve bu doğrultuda iddialarını ispat edemeyen Kulübün temyiz talepleri usul kurallarına uygun şekilde reddedilmiştir. Zira temyiz eden tarafından 43.762,55 Euro bedelin ödendiğini gösterir veya hesaplama hatasını açıklar nitelikte belge/bilgi ilgili usul kuralları uyarınca sunulmamıştır. Buna ek olarak tek hakem tarafından kararda belirtilmiş olduğu üzere, kişilerin imzalamış olduğu anlaşmalarda iradelerinin bu yönde olduğunun kabul edilmesi gerektiği dolayısıyla temyiz edenin fesih protokolü/ ikale anlaşması ile futbolcuya ödeyeceğini belirttiği

¹⁰ Arbitration CAS 2007/A/1290 Roland Diethart v. International Olympic Committee (IOC), award of 4 January 2008, para.17-18. CAS, istisnai koşulların var olduğunu gösterme yükümlülüğünün taraflarda bulunduğunu da belirtmektedir. Bknz. Arbitration CAS 2009/A/1920 FK Pobeda, Aleksandar Zabrcanec, Nikolce Zdraveski v. UEFA, award of 15 April 2010, “*The Panel explicitly referred to article R56 of the CAS Code and stated that UEFA had not demonstrated the existence of exceptional circumstances*”.

¹¹ Rigozzi/Hasler, s.1650.

miktarı ödemekle yükümlü olduğu yorumu yapılabilecektir.

Son olarak temyiz eden tarafından, FIFA DRC kararında belirtilen transfer yasağının futbol takımı için zorlu bir durum oluşturduğu iddiası ile bu yaptırımın uygulanmaması talep edilmiş, bu talep hakem tarafından haklı gerekçelerin bulunmadığı yorumu ile reddedilmiştir. FIFA Oyuncu Statü ve Transfer Tüzüğü'nün ("*Regulations on the Status and Transfer of Players*" -RSTP) 24bis maddesinin 2. fıkrası uyarınca "*..bir kulübe karşı, ödenmesi gereken tutarlar ödenene kadar ulusal veya uluslararası çapta yeni oyuncu transferi yapma yasağı uygulanacaktır. Bu yasağın ve olası spor yaptırımlarının maksimum süresi üç tam ve ardışık kayıt döneminden oluşacak...*"; 4.fıkrası uyarınca "*Hükümün nihai ve bağlayıcı olması ile alacaklının borçluya ödeme için gerekli banka bilgilerini iletmesinden itibaren 45 gün içerisinde ödenmesi gereken tutarların ödememesi halinde yasak ve kısıtlamalar*" uygulanacaktır. FIFA RSTP Şerhi ile 24bis maddesinin, iyi işleyen uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının verimli çalışması ve kararlarının uygulanması için yeterli araçlara sahip olması gerekliliği kapsamında düzenlendiği belirtilmiştir. Bu itibarla Şerhte ilgili maddenin "*Tarafların, karşı tarafa borçlu olunan parayı ödememek için başvuracağı geciktirici taktiklerle mücadele etmek ve FIFA Disiplin Komitesi aracılığı ile mevcut infaz sürecini tamamlayacak mekanizmalar oluşturmak*" amacı ile uygulanmaya başladığı belirtilmiştir.¹² Bu hususlar değerlendirildiğinde, FIFA DRC tarafından uygulanan transfer yasağının, temyiz kapsamında hakem tarafından kaldırılmaması mevcut düzenlemeler uyarınca yargılama organlarının hedefleri ve sistematığıne uygun, yargılamanın güvenilirliği bakımından FIFA'nın amaçlarına hizmet eden bir uygulama olarak değer görmelidir.

¹² FIFA Commentary on the Regulations on the Status and Transfer of Players Edition 2021, s.396. Web: <https://digitalhub.fifa.com/m/346c4da8d810fbea/original/Commentary-on-the-FIFA-Regulations-on-the-Status-and-Transfer-of-Players-Edition-2021.pdf> Erişim Tarihi: 07.10.2023.

KAYNAKÇA

Özdemir Kocasakal H, Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Rigozzi A / Hasler E , “The CAS Procedural Rules” in Arroyo M. (ed.), Arbitration in Switzerland, The Practitioner’s Guide, 2nd edition, Volume 2. Ed. Arroyo, M. Kluwer Law, The Netherlands, 2018.

Yılmaz A Ç, FIFA ve CAS Kuralları Çerçevesinde Uluslararası Nitelikli Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Feshi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

İnternet: CAS Jurisprudence, Web: <https://jurisprudence.tas-cas.org/Help/Home.aspx> Erişim Tarihi: 07.10.2023.

İnternet: Fedlex- The Publication Platform For The Federal Law, Swiss Civil Law, Web: https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20180101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20180101-en-pdf-a.pdf Erişim Tarihi: 07.10.2023.

İnternet: FIFA Commentary on the Regulations on the Status and Transfer of Players Edition 2021, Web: <https://digitalhub.fifa.com/m/346c4da8d810fbea/original/Commentary-on-the-FIFA-Regulations-on-the-Status-and-Transfer-of-Players-Edition-2021.pdf> Erişim Tarihi: 07.10.2023.

İnternet: FIFA Usul Kuralları-FIFA Rules Governing the Procedures of the Players’ Status Committee and the Dispute Resolution Chamber, Web:<https://digitalhub.fifa.com/m/259f1778a076a66/original/letcztzqlfnph1tjdulx-pdf.pdf> Erişim Tarihi: 14.10.2023.

KARARLAR

Arbitration CAS 2018/A/5982 Al Merreikh Sport Club v. Sudan Football Association (SFA), award of 20 February 2020.

Arbitration CAS 2018/A/5808 AC Milan v. UEFA, award of 20 July 2018.

Arbitration CAS 2007/A/1290 Roland Diethart v. International Olympic Committee (IOC), award of 4 January 2008.

Arbitration CAS 2009/A/1920 FK Pobeda, Aleksandar Zabrcanec, Nikolce Zdraveski v. UEFA, award of 15 April 2010.

**BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNCE VERİLEN BOZMA
KARARININ SAVUNMA HAKKINI SINIRLANDIRAN ETKİSİ
ÜZERİNE HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ
YARGITAY 5. CD 2020/4918 E., 2023/6298 K., 15.05.2023**

*Legal Evaluation and Solution Suggestions on the Limiting Effect of
the Reversal Decision of the Regional Court of Appeals on the Right of
Defense 5th Criminal Chamber of the Court of Cassation 2020/4918 E.,
2023/6298 K., 15.05.2023*

İlhan ÜZÜLMEZ*

M. Emre TULAY**

Özet

Ceza muhakemesinde istinaf merciinden esas olarak beklenen işlev, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için ilk derece mahkemesi gibi yargılama yapmasıdır. Ancak bölge adliye mahkemesi, CMK m. 280/1-e'deki koşulların varlığı halinde hükmü bozar. Bozma kararına karşı ilk derece mahkemesi direnemez ve yeni bir hüküm tesis eder. Bozmadan sonraki yargılama sonunda, ilk yargılamının sonucuna nazaran daha ağır bir ceza ile karşılaşan sanık, yeni hükme karşı istinaf kanun yoluna başvurabilir. Fakat bu başvurunun esastan reddedilmesi ve sonraki hükmün temyiz edilemeyecek kararlar arasında yer alması ihtimalinde, aleyhe olan mahkûmiyet hükmü temyiz edilemeden kesinleşecektir. Söz konusu olumsuz durum, açık şekilde hak arama özgürlüğüne aykırıdır ve savunma hakkının ihlalidir. Özellikle bozma kararının kesin hukuka aykırılığa dayanmamasına rağmen bölge adliye mahkemesince hatalı bir değerlendirme yapılmışsa, ortaya çıkan mağduriyet daha da katlanmış olacaktır. İşaret edilen sorunu aşmak için Yargıtay, bölge adliye mahkemesince verilen bozma kararının hukuka aykırılık teşkil etmesi halinde ilk derece mahkemesince tesis edilen mahkûmiyet kararını bölge adliye mahkemesince verilen karar gibi değerlendirmekte ve aslında temyizi kabil olmayan hükmün temyiz edilebileceğini kabul etmektedir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 15.05.2023 tarihli ve E. 2020/4918 ve K. 2023/6298 sayılı kararı özelinde ele alacağımız süreç, Yargıtay'ın tavrının kanuni düzenlemeler ile uyumu ve olası yasal düzenleme ihtiyacı kapsamında tartışılmaya değerdir.

***Anahtar kelimeler:** Bozma, Hukuka Kesin Aykırılık Halleri, Bozmadan Sonraki Yargılama, İstinaf, Savunma Hakkı.*

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, **e-posta:** ilhanuzulmez@yahoo.com, **ORCID:** 0000-0002-3668-7110.

** Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, **e-posta:** emre_tulay@hotmail.com, **ORCID:** 0000-0002-7828-8302.

Abstract

The regional court of appeal overturns the verdict in the presence of the conditions in Article 280/1-e of the Code of Criminal Procedure. At the end of the trial after the reversal, the defendant, who faces a heavier sentence compared to the result of the first trial, may appeal the new judgment. However, in the event that this application is rejected on the merits and the subsequent judgment is among the decisions that cannot be appealed, the unfavorable conviction will be finalized before it can be appealed. This negative situation is clearly a violation of the right to defense. In order to overcome this problem, the Court of Cassation may accept that a non-appealable decision may be appealed if the reversal decision of the regional court of appeal constitutes a violation of the law. The process, which we will discuss in the decision of the 5th Criminal Chamber of the Court of Cassation, is worthy of discussion within the scope of the compatibility of the attitude of the Court of Cassation with the legal regulations and the possible need for legal regulation.

Keywords: *Reversal, Cases of Absolute Violation of Law, Trial after Reversal, Appeal, Right of Defense*

I. OLAY

Çalışmamıza konu olayın yargılama süreci şu şekilde özetlenebilir:

- Rüşvet suçu iddiasıyla soruşturma başlatılan şüpheliler hakkında İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. Mahkeme, 21.2.2017 tarihinde, E. 2016/167 ve K. 2017/50 sayılı kararıyla sanıklar hakkında beraat kararı vermiştir.

- İstinaf kanun yoluna taşınan karar, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi'nin 12.4.2017 tarihli ve E. 2017/797 ve K. 2018/858 sayılı kararıyla bozulmuştur. Üst dereceli mahkemenin bozma kararı CMK m. 289/1-g'e dayandırılmıştır.

- Bölge adliye mahkemesinin bozma kararından sonra İstanbul Anadolu 11. Ağır Ceza Mahkemesi, 7.12.2017 tarihinde E. 2017/129 ve K. 2017/426 sayılı kararıyla sanıkların rüşvet suçundan dolayı 3 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırılmalarına hükmetmiştir.

- İstanbul Anadolu 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nce tesis edilen mahkûmiyet kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulmuştur. Başvuru, istinaf mercii olan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi'nin 04.04.2018 tarihli ve E. 2018/206, K. 2018/764 sayılı kararıyla esastan

reddedilmiştir.

• İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 01.11.2019 tarihli E. 2018/206 ve K. 2018/764 sayılı ek kararı ile hükmün temyizi kabil olmadığını belirtmiştir.

• İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi'nin temyiz talebinin reddine ilişkin ek kararına rağmen Yargıtay, CMK m. 296/2 kapsamındaki başvuruya önüne gelen dosyayı temyiz mercii olarak incelemiş ve karara bağlamıştır.

• Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 15.5.2023 tarihli ve E. 2020/4918 ve K. 2023/6298 sayılı kararında; bozmadan sonraki yargılamada ilk derece mahkemesince verilen 07.12.2017 tarihli ve E 2017/129, K. 2017/426 mahkûmiyet kararının Bölge Adliye Mahkemesince verilmiş bir karar olarak kabul edilmesi gerektiğini, beraat yerine mahkûmiyet kararı verilmesi kanaati oluşmuşsa Bölge Adliye Mahkemesinin yeniden yargılama yapmasını, aksi halde tarafların temyiz haklarının kısıtlanacağını tespit etmiştir. Belirtilen nedenlerle Yargıtay, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi'nin 04.04.2018 tarihli ve E. 2018/206, K. 2018/764 sayılı istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararının temyizi kabil olduğuna ve temyiz isteminin reddine ilişkin 01.11.2019 tarihli ek kararın kaldırılmasına karar vermiştir.

II. MERCİLERİN ÇÖZÜMÜ

A. Bölge Adliye Mahkemesince Verilen Bozma Kararı ve Bozmadan Sonraki Yargılama Süreci

Çalışmamıza konu edindiğimiz olayda İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi, isnat olunan suç yönünden sanıkların beraatine hükmetmiş, karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulmuştur.

İstinaf mercii olan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi'nin hukuki kanaati şu şekildedir:

“Kartal Emlak Müdürlüğünde defterdarlık uzmanı ve Milli Emlak Müdürlüğü Anadolu Yakası Tespit Koordinatörlüğünde görevli olan sanıkların 7316 parsel numaralı Hazineye ait taşınmazın işgal ve tespit işlemlerini diğer sanık adına menfaat karşılığında gerçekleştirdikleri, bu şekilde sanıkların rüşvet almak ve vermek suçlarını işlediklerinin iddia olduğu olayda;

Dosya içerisinde mevcut ve CMK 135. maddesi gereğince mahkeme kararına dayalı olarak yapılan ve yasal delil niteliğinde olan dinleme kararlarında sanıklar R.A. ve dava dışı İ.S., sanıklar T.B. R.A. yine sanık T.

*B. ile dava dışı İ.S., aralarında geçen ve açık bir şekilde işlemlerin yapılması için sanıklara para verildiği anlaşılan telefon görüşmeleri, yine CMK 140. maddesine göre yasal delil niteliğinde olan teknik araçlarla izleme sonucunda elde edilen iddiayı doğrulayıcı dava dışı rüşveti verdiği ve aracılık ettiği söylenen İ. ile sanıkların birlikte S.S. denilen yerdeki görüntüleri bu görüntülerin tanık olarak dinlenen İ.S.'in tevilli ifadeleri ile doğrulanması suça konu işlemle ilgili olarak dosya içerisinde mevcut sanık R.A.'in imzasını taşıyan Milli Emlak Dairesi Başkanlığına ait taşınmaz tespit tutanakların ve ilgili taşınmazların sanık N.T. yönünden işgal edildiğine dair tutanak ve ekindeki görüntü kayıtları bilirkişi R.Ç. tarafından düzenlenen bilirkişi raporu sanık T.B.'dan arama neticesi ele geçirilen notta 7316 parselin Ataşehir-Kurbanlık yazılarak sanık tarafından sözü edilen taşınmazın işlemleri hususunda ilgisinin olduğunun anlaşılması karşısında ve sanık R.A.'in yapmış olduğu görev gereği hazineye ait taşınmazlarla ilgili işgal ve ecrimisil işlemlerini yapma yetkisinin olduğunun anlaşılması, diğer sanık T.B. yönünden TCK 252/5. maddesindeki düzenlemeler karşısında **Yerel Mahkemeye tüm bu deliller yönünden gerekçeli kararda iddiayı karşılayacak şekilde herhangi bir tartışma yapılmadan ve yanlış gerekçenin gerekçe olmayacağı da bilinmekle, kararda yukarıda belirtilen hususlara rağmen '... iletişim tespit tutanaklarının içeriğinde suç içeren herhangi bir görüşme kayıtlarının bulunmadığı ...' denilmek suretiyle gerekçesiz şekilde CMK 230. maddesine aykırı olarak sanıkların beraatlerine karar verilmesi karşısında katılan Maliye Hazinesi vekilinin istinaf talepleri yerinde görüldüğünden CMK 289/1-g, 280/1-b maddeleri gereğince HÜKMÜN BOZULMASINA, dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine GÖNDERİLMESİNE...***

Bozma kararına uyan yerel mahkeme (İstanbul Anadolu 11. Ağır Ceza Mahkemesi), sanıkların TCK m. 252/2 (rüşvet) ile TCK m. 62/1 uyarınca 3 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırılmalarına ve TCK m. 53/1-2-3'te belirtilen hak yoksunluklarına hükmetmiştir.

Yerel mahkemenin yeni (bozmadan sonraki) kararı yine kanun yoluna taşınmıştır. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi, 04.04.2018 tarihli ve 2018/206 E., 2018/764 K. sayılı kararıyla istinaf başvurusunun reddine karar vermiştir. Ret kararının gerekçesi şu şekildedir:

“Kartal Emlak Müdürlüğünde uzman olarak görev yapmakta olan sanık N.T. ile Milli Emlak Müdürlüğü Anadolu Yakası Tespit Koordinatörlüğünde görevli sanık R.A.'nın bir hazine taşınmazının işgal ve tespit işlemlerini

sanıklardan N.T. adına ve menfaat karşılığı gerçekleştirdikleri ve suç tarihinde Kadıköy Rıhtım Caddesindeki simit sarayında gizli şekilde sanık N.T.'den para aldıkları hususu Dairemizin 12/04/2017 tarihli 2017/797-858 sayılı beraat kararları yönünden verdiği bozma kararında tespit edilen olgular ile yukarıda açıklanan delillerle sabit olduğundan sanıklara verilen mahkûmiyet kararları yerinde görülmele;

Yapılan yargılama sonunda toplanan deliller, karar yerinde incelenip, sanıkların suçunun sübutunun kabul edildiği, eylemlerinin olay niteliğine ve kovuşturma sonuçlarına uygun şekilde nitelendirilerek vasıflarının tayin edildiği, cezayı azaltıcı sebebin niteliğinin takdir kılındığı, savunmalarının inandırıcı gerekçelerle reddedildiği incelenen **dosyaya göre verilen hükümde usule ve esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından, istinaf başvurusunda bulunan sanıklar müdafilerinin ileri sürdüğü nedenler yerinde görülmemiş olmakla, istinaf başvurusunun ESASTAN REDDİNE, dosyanın hükmü veren ilk derece mahkemesine gönderilmesine, CMK'nın 286/2. maddesi uyarınca KESİN olmak üzere 04/04/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi**".

B. Temyiz Kanun Yolu – Yargıtay'ın Bozma Kararı

Müdafî, istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararın temyize tabi olması gerektiği ve soruşturma evresinde yapılan bilirkişi atamasının yanı sıra teknik araçlarla izleme ve iletişimin tespitine dair kararlar ile arama ve el koyma işlemlerinin de usule aykırı olduğu gerekçeleriyle bölge adliye mahkemesi kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurmuştur. Ancak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 01.11.2019 tarihli ve E. 2018/206, K. 2018/764 sayılı ek kararında, karara karşı temyiz kanun yolunun kapalı olduğu gerekçesiyle temyiz başvurusunu reddetmiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi'nin temyiz talebinin reddine ilişkin ek kararına karşı CMK m. 296/2 kapsamında müdafî tarafından yapılan başvuru neticesinde Yargıtay, dava konusu olayı temyiz mercii olarak incelemiş ve karara bağlamıştır.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 15.5.2023 tarihli ve E. 2020/4918, K. 2023/6298 sayılı kararında, şu değerlendirmeler ışığında İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi kararının temyiz edilebilir olduğunu kabul etmiştir.

"İlk derece mahkemesi tarafından sanıklar hakkında verilen 21.02.2017

tarihli ve 2016/167 Esas, 2017/50 Sayılı beraat kararlarının, istinaf incelemesi yapan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesinin, 12.04.2017 tarihli ve 2017/797 Esas, 2018/878 Sayılı Kararı ile hukuka aykırı şekilde eylemlerin sübut bulduğu anlatılarak, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 289. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi uyarınca bozulmasından sonra ilk derece mahkemesince verilen 07.12.2017 tarihli ve 2017/129 Esas, 2017/426 Sayılı mahkûmiyet Kararlarının **Bölge Adliye Mahkemesince verilmiş bir karar olarak kabul edilmesi gerektiği, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından beraat hükmünün mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği yönünden bozulmasına karar verilemeyeceği, bu tür kararları Bölge Adliye Mahkemesi'nin vermesi gerektiği, aksi halde tarafların temyiz haklarının kısıtlanacağına anlaşılmaması karşısında;** İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesinin 04.04.2018 tarihli ve 2018/206 Esas, 2018/764 Sayılı istinaf başvurusunun esasın reddine dair Kararlarının temyizi kabil olduğu ve temyiz isteminin reddine dair 01.11.2019 tarihli ek Kararın kaldırılması ile esasın incelenmesi gerektiği belirlenmiştir. İlk Derece Mahkemesince verilen hükümlere yönelik istinaf incelemesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen kararın; 5271 Sayılı Kanun'un 286. maddesinin birinci fıkrası uyarınca temyiz edilebilir olduğu, 260. maddesinin birinci fıkrası gereği temyiz edenin hükmü temyize hak ve yetkisinin bulunduğu, 291. maddesinin birinci fıkrasınca temyiz isteminin süresinde olduğu, 294. maddesinin birinci fıkrasına istinaden temyiz dilekçesinde temyiz sebeplerine yer verildiği, 298. maddesinin birinci fıkrası gereğince temyiz isteminin reddini gerektirir bir durumun bulunmadığı tespit edilmekle... ”.

Böylelikle Yargıtay 5. Ceza Dairesi, dosyanın temyizen incelenmesi talebini usulen hukuka uygun bularak esasa geçmiştir. Yargıtay'a göre, sanıklara yüklenen suçun vasfına ilişkin derece mahkemelerince yapılan değerlendirme hukuka uygundur. Ama Yargıtay, “Yüklenen suç 5237 Sayılı Kanun'un 53. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki hak ve yetkileri kötüye kullanmak suretiyle işlediği kabul edilen sanıklar hakkında aynı Kanun'un 53. maddesinin beşinci fıkrası gereği hak yoksunluğuna hükmolunduğu sırada bu bentteki hak ve yetkilerin tamamını kullanmaktan yasaklanmalarına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı biçimde sadece memuriyet hak ve yetkilerinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilerek sınırlı uygulama yapılması...” gerekçesiyle, kanun yoluna taşınan kararı hukuka aykırı bulunmuştur.

Tüm bu değerlendirmeler ışında Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin kararı şöyledir:

“1. Ön inceleme bölümünde açıklanan nedenlerle İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesinin, 01.11.2019 tarihli ve 2018/206 Esas, 2018/764 Sayılı ek Kararının KALDIRILMASINA,

2. Gerekçe bölümünde açıklanan nedenlerle sanıklar müdafinin temyiz istemi yerinde görüldüğünden İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesinin, 04.04.2018 tarihli ve 2018/206 Esas, 2018/764 Sayılı Kararının 5271 Sayılı Kanun’un 302. maddesinin ikinci fıkrası gereği, Tebliğname’ye aykırı olarak, oybirliğiyle BOZULMASINA,

Dava dosyasının, 5271 Sayılı Kanun’un 304. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi uyarınca İstanbul Anadolu 11. Ağır Ceza Mahkemesine, Yargıtay ilâminin bir örneğinin ise İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 15.05.2023 tarihinde karar verildi”.

İlgili dosyada bozma kararı veren Yargıtay 5. Ceza Dairesi, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermiştir.

II. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUNLAR

A. Tespit Edilen Hukuki Sorunlar

Emsal olayda yaşanan muhakeme sürecine ilişkin hukuken üzerinde düşünülmeli gereken, tartışmaya açık aşama ve hususlar şunlardır:

1. CMK m. 289’da sayılan bir nedenin yokluğuna rağmen bozma kararı verilmiştir.

2. İlk derece mahkemesi, CMK m. 284’e göre bölge adliye mahkemesi kararına direnemez.¹

3. Bozmadan sonraki yargılamada verilen hüküm yeniden istinafa taşınabilir. Nitekim istinaf kanun yoluna başvurulmuş, bölge adliye mahkemesi ise başvuruyu esastan reddetmiştir.

4. Sanıklar, ilk derece mahkemesinin ilk kararına göre beraat etmişken, bozmadan sonraki yargılama neticesinde hapis cezasına mahkûm olmuşlardır. Hapis cezasının sınırı ve yüklenen suç itibarıyla hüküm, temyize tabi değildir (bkz. CMK m. 286/2-a).

¹ İstinaf merciin verebileceği kararlara bakıldığında, direnme yasağının bozma kararı ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu hususta münhasır değerlendirme için bkz. Bahri Öztürk (Editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 732 vd.

5. Yargıtay, temyiz kanun yoluna tabi olmayan bir hükmü temyizden incelemiştir. Yüksek Mahkeme, bozmadan sonraki yargılamada verilen ve sanık aleyhine görünen kararı (mahkûmiyet kararı) bölge adliye mahkemesince verilen bir karar gibi değerlendirmiş, bölge adliye mahkemesinin temyiz başvurusuna ilişkin ek kararını kaldırmış ve temyiz mercii olarak bozma kararı vermiştir.

Önemle belirtelim ki, çalışmamıza konu olan muhakeme süreci hakkında tespit ettiğimiz sorun ve sorunun çözümüne yönelik hukuki önerilerimiz, somut olay özelinde kalmayacaktır. Çünkü tartışılan mesele, esasen bölge adliye mahkemelerince verilen bozma kararının sanığın savunma hakkını sınırlayıcı etkisinden kaynaklanmaktadır. Bölge adliye mahkemesince verilen bozma kararı sonrasındaki yargılamada yeniden tesis edilen ve ilk hükme nazaran sanığın aleyhine olan hükmün istinafta onanması ve akabinde temyiz kanun yolunun kapalı olduğu her durumda, sanığın savunma hakkı sınırlandırılmış olacaktır.

B. Bölge Adliye Mahkemesince Bozma Kararı Verilebilecek Haller

İstinafta verilebilecek kararlar; *ret*, *bozma* ve *yeniden yargılama* şeklinde sınıflandırılabilir.² İstinaf mercii, CMK m. 280'de belirtilen yasal şartlar çerçevesinde başvuruyu esastan reddedebilir veya hükmü düzelterek başvuruyu reddedebilir; başka deyişle, ilk derece mahkemesinin kararını onayabilir (*ret/onama*). Bölge adliye mahkemesi, yerel mahkemenin hükmünü bozarak geri gönderebilir (*bozma*) yahut yeniden yargılama için duruşma hazırlığı yapabilir (*yeniden yargılama*).

Ceza muhakemesinde ilk derece mahkemesince verilen hükme karşı istinaf kanun yoluna başvurulması durumunda bölge adliye mahkemesinin bozma kararı verebileceği haller sınırlıdır. Bu sınır, CMK m. 280/1-e'de çizilmiştir.

² Öztürk, s. 732; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2018, s. 570; Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayınevi, Ankara, 2006, s. 409; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 766; Yener Ünver/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 756; Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 865. Türk Ceza Muhakemesi sisteminde öngörülen istinaf kurumu, genişletilmiş temyizdir, yani dar anlamda istinaf benimsenmiştir. Bkz. Bahri Öztürk, "İstinaf Yargılamayı Yavaşlatır mı?", *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2010, 2 (8), 11-13, s. 11; Muharrem Özen, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", *AÜHFD*, 2016, 65 (4), 2331-2388, s. 2336.

CMK m. 280/1-e hükmüne göre bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararında *g ve h bentleri hariç* CMK m. 289’da anılan bir hukuka aykırılık nedeni tespit ederse, hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verir.³

CMK m. 280/1-e hükmünde yer alan usulün tatbiki, temyiz nedenleri altında gösterilen hukuka kesin aykırılık hallerinin varlığına bağlıdır.

CMK m. 289 hükmü şu şekildedir:

“Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır:

a) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması.

b) Hâkimlik görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış hâkimin hükme katılması.

c) Geçerli şüphe nedeniyle hakkında ret istemi öne sürülmüş olup da bu istem kabul olduğu hâlde hâkimin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak reddedilip hâkimin hükme katılması.

d) Mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesi.

³ CMK m. 280/1-e hükmü, 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı KHK’nin 98 inci maddesiyle değiştirilmiştir. Böylece “maddede” ibaresi “maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde” şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanun m. 92 ile aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

Doktrinde *Şahin/Göktürk*, istinaf başvurusunun esasın reddi yolunun daha fazla kullanılması ihtimalini doğuran bu yasal değişikliği isabetli bulmamaktadır. Bkz. *Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 631. Yine doktrinde *Öztürk*, CMK m. 289’un yanı sıra bir istinaf nedeni ileri sürülmüşse bölge adliye mahkemesinin öncelikle bozma kararı vermesi gerektiği, bozmadan sonraki yargılama sonunda verilen kararın istinafa taşınması durumunda diğer istinaf nedenlerinin değerlendirilmesi gerektiği kanaatinde. Yazar, aslında dosyada yeniden hüküm kurabilme hak ve yetkisine sahip olan istinaf mercii için bozma kurumunun öngörülmesini yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet vermesi nedeniyle isabetsiz bulmaktadır. Bkz. *Öztürk*, s. 732. Bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başladığı ilk yıllarda adeta temyiz merciiine evrilmesi sonucunun doğması, bu yasal değişikliğin gerekçesi olarak gösterilmektedir. Ancak değişikliğin, normun önceki halinden daha olumsuz sonuçlara gebe olduğu ifade edilmektedir. Bkz. *Özbek/Doğan/Bacaksız*, s. 767. Benzer eleştiri için ayrıca bkz. *Alparslan Dereli, Mutlak Bozma Nedeni Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 95 vd.

e) *Cumhuriyet savcısı veya duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin yokluğunda duruşma yapılması.*

f) *Duruşmalı olarak verilen hükmünde açıklık kuralının ihlâl edilmesi.*

g) *Hükmün 230 uncu madde gereğince gerekçeyi içermemesi.*

h) *Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması.*

i) *Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması”.*

CMK m. 289’da yer alan g ve h bentleri, CMK m. 280/1-e’nin uygulanma alanı dışında bırakılmıştır. Buna göre, *hükmün 230 uncu madde gereğince gerekçeyi içermemesi ya da hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması* hallerinde bozma kararı verilemez.

Önemle belirtelim ki, istinaf merciinden beklenen esas faaliyet, dava konusu olay hakkında ilk derece mahkemesi gibi değerlendirme yapması ve hüküm vermesidir.⁴ Bozma kararı, istinaf için istisnai bir karar çeşididir.⁵ Bozma nedenleri CMK’da tek tek sayılmıştır; bozma nedenlerinin genişletilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, kanun koyucunun istinaf için öngördüğü bir bozma nedeni yeniden yargılama aşamasında fark edilirse, artık esas hakkında yeni bir karar verilemez ve bozma uyarınca dosyanın ilk

⁴ Holm Putzke/Jörg Scheinfeld, Strafprozessrecht, 3. Baskı, C.H.Beck Yayınevi, Münih, 2011, s. 177; Friedrich-Christian Schroeder/Torsten Verrel (Çev: Salih Oktar), Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 231. İstinafi temyizden ayrıran özellik, ilk derece mahkemesinde tatbik edilen doğrudan doğruyalık ve sözlülük ilkelerine bağlı kalarak maddi gerçeğin araştırılmasıdır. Bkz. Ahmet Gökçen/Murat Balcı/M.Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 661; Fatih Birtek, “Beraat Kararının İstinaf Kanun Yolunda Bozulması Sonrasında Verilen Mahkûmiyet Kararının Temyiz Edilebilirliğine İlişkin Tartışma”, DEÜHFD, 2023, 25 (2), 453-476, s. 455. İstinaf, esasen ikinci bir olay mahkemesi niteliği taşır. Bkz. KK-StPO/Paul StPO, § 312 Rn. 1; Fahri Gökçen Taner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 316. Sanık hakkında verilen hükmün hem maddi hem hukuki yönden araştırılması imkânı verdiği için istinaf, en etkili ve güvenilir kanun yoludur. Bkz. Seydi Kaymaz, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, İÜHFM, 74 (1), 2016, 107-121, s. 107. İstinaf kanun yolunun faaliyete geçmesiyle birlikte Yargıtay’ın yalnızca hukuki sorunlarla uğraşması, böylece tam bir temyiz mercii gibi davranması amaçlanmıştır. Bkz. Turhan, s. 10; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 398.

⁵ Birtek, s. 455; Öztürk, s. 732.

derece mahkemesine geri gönderilmesi icap eder.⁶ Yani bozmaya gerekçe olan bir hukuka kesin aykırılık hali varsa, bölge adliye mahkemesi bozma kararı vermek zorundadır.

C. Bozma Kararında Başvurulan Norm (CMK m 280, 289)

1. Genel Değerlendirme

İstanbul 13. Bölge Adliye Mahkemesi'nin 12.04.2017 tarihli bozma kararının gerekçesi şöyledir:

“Yerel Mahkemece tüm bu deliller yönünden gerekçeli kararda iddiayı karşılayacak şekilde herhangi bir tartışma yapılmadan ve yanlış gerekçenin gerekçe olmayacağı da bilinmekle, kararda yukarıda belirtilen hususlara rağmen ‘.. iletişim tespit tutanaklarının içeriğinde suç içeren herhangi bir görüşme kayıtlarının bulunmadığı ...’ denilmek suretiyle gerekçesiz şekilde CMK 230. maddesine aykırı olarak sanıkların beraatlerine karar verilmesi karşısında katılan Maliye Hazinesi vekilinin istinaf talepleri yerinde görüldüğünden CMK 289/1-g, 280/1-b maddeleri gereğince HÜKMÜN BOZULMASINA...”.

Gerekçeyi, öncelikle CMK m. 280’de yapılan yasa değişikliğini dikkate alarak ve karar tarihini gözeterek zaman bakımından açıklığa kavuşturmak gerekir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin ilk kararı, 2017 yılının Nisan ayına aittir. Kararda atıf yapılan CMK m. 280/1-b maddesi, o tarih itibarıyla bugünkü CMK m. 280/1-e tekabül etmektedir. Fıkra numarasındaki değişiklik önemsizdir. Ancak ilgili fıkranın içeriğinde, CMK m. 289 hükmünde yer alan hususlara sınırlama getirilmemiştir. Yani 20.11.2017 öncesinde istinaf merciinin önündeki bir yargılamada CMK m. 289’da sayılan herhangi bir durum tespit edilmişse, bozma kararı verilmesi ve yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi icap eder. O halde, bölge adliye mahkemesi yerel mahkeme kararında CMK m. 289’da belirtilen bir hukuka kesin aykırılık hali tespit etmişse, bozma kararı vermesi hukuki bir zorunluluktur.

⁶ Çünkü hukuka kesin aykırılık hali mutlakdır. Bkz. Soyaslan, s. 572. Ayrıca bkz. Özen, “İstinaf”, s. 2354; Öztürk, s. 732; Turhan, s. 410. Kanun koyucu, hukuka kesin aykırılık hallerinin hükme etki ettiğini peşinen kabul etmiştir. Bölge adliye mahkemesi, dosyada tespit ettiği hukuka aykırılığın son karara etkisini tartışmadan bozma kararı vermelidir. Bkz. Toroslu/Fezyioğlu, s. 399 vd.

2. Normun Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Ek Değerlendirme

Bozma kararının analizinde bir sonraki adıma geçmeden önce, bozmaya dayanak oluşturan normun (CMK m. 280/1-e) zaman bakımından uygulanmasına yönelik kısa bir değerlendirmeye yer vermek isteriz.

CMK m. 280/1-e hükmünün içeriği (eski ve kararda anılan şekliyle b bendi), dava dosyası bölge adliye mahkemesinin önüne geldiğinde değişmiş olsaydı, yargılamadaki hukuka aykırılığın CMK m. 280/1-e kapsamında olup olamamasının yanı sıra hükmün yürüyen muhakeme işlemlerine uygulanabilirliğini de sorgulamak gerekecekti. Nitekim istinaf mercii için öngörülen bozma nedenleri, ceza muhakemesi normunun tipik örneklerindedir. Muhakeme normları, failin lehine olup olmasına bakılmaksızın yürürlüğü girdiği tarihten itibaren ve yürürlük tarihi itibarıyla henüz tamamlanmamış muhakeme işlemleri hakkında uygulanır.⁷ Bu nedenle, ilk derece mahkemesince karar verildiğinde ve hatta hükme karşı istinaf kanun yoluna başvurulduğunda bozma kapsamında görülen bir hukuka aykırılık, istinaf mercii karar vermeden önceki bir zaman diliminde yaşanan yasa değişikliğiyle bozma dışında bırakılmışsa, artık mercii bozma kararı vermesi mümkün olmayacaktır. Burada esas alınacak tarih, bölge adliye mahkemesinin karar verdiği tarihtir.

Çalışmamıza konu edindiğimiz olayda İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nce başvurunun değerlendirildiği ve karara varıldığı tarih, Nisan 2017'dir. Söz konusu tarih itibarıyla mahkeme kararının gerekçesiz olması bozma kapsamı dışında bırakılmamıştır. İstinafın hükmü bozup yerel mahkemeye geri göndermesi durumunda, yerel mahkemece yeni bir karar verildikten sonraki kanun yolu aşamasında ise CMK m. 289/1-g, bozma kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak muhakeme normları özel bir yasal düzenleme olmadan geriye yürüyemeyeceği için⁸ bozmanın çerçevesine ilişkin yasa değişikliğinin Nisan 2017 tarihli karar üzerinde bir etkisi olmayacaktır.

3. Gereksiz Hüküm – Hatalı Değerlendirme Meselesi

Ulaştığımız noktada, bölge adliye mahkemesinin CMK m. 280/1-e'de yer alan sınırlama ile (CMK m. 289/1-g ve h) bağlı olmadığını tespit

⁷ Bkz. Turhan, s. 16; M. Emre Tulay, “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, MÜHF-HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, 22 (3), 2715-2736, s. 2722.

⁸ Bkz. Tulay, s. 2722.

ettik. Bu başlık altında, CMK m. 289/1-g hükmünün dayanak kılınmasını sorgulayacağız.

Bu kısımda İstanbul 13. Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararındaki şu tespitin altı çizilmelidir: “*Yerel Mahkemece tüm bu deliller yönünden gerekçeli kararda iddiayı karşılayacak şekilde herhangi bir tartışma yapılmadan ve yanlış gerekçenin gerekçe olmayacağı da bilinmekle, kararda yukarıda belirtilen hususlara rağmen “... iletişim tespit tutanaklarının içeriğinde suç içeren herhangi bir görüşme kayıtlarının bulunmadığı ...” denilmek suretiyle gerekçesiz şekilde CMK 230. maddesine aykırı olarak sanıkların beraatlerine karar verilmesi karşısında katılan Maliye Hazinesi vekilinin istinaf talepleri yerinde görüldüğünden CMK 289/1-g, 280/1-b maddeleri gereğince...*” şeklindeki gerekçede istinaf mercii, gerekçenin hatalı olmasından yola çıkarak CMK m. 289/1-g’de yer alan “*Hükmün 230 uncu madde gereğince gerekçeyi içermemesi*” haline dayanmıştır.

Yerel Mahkeme'nin kararı esasında gerekçeli kararı içermektedir. Ancak istinaf merciiine göre yerel mahkeme, gerekçe içeriğinde dosya kapsamında hüküm bakımından etkili delilleri yeterince tartışmamış ve bu sebeple aslında mahkûmiyet kararı vermesi gerekirken beraat kararı vermiştir. İstinaf mercii, gerekçeyi eksik bulmuş ve bu hukuka aykırılığın sonucunda hükmün gerekçesiz olduğunu düşünmüş, nitekim neticeten CMK m. 289’a atfen yerel mahkeme hükmünü bozarak dosyayı geri göndermiştir.

CMK m. 289/1-g hükmüne göre; teyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa bile hükmün CMK m. 230’a uygun biçimde gerekçe içermemesi halinde hukuka kesin aykırılık var sayılır ve bozma kararı verilir.

Anayasa m. 141/3’e göre, bütün mahkemelerin her türlü kararı gerekçeli olmalıdır. CMK m. 34’e göre de hakim ve mahkemelerin her türlü kararı ve dahi karşı oy gerekçeli şekilde yazılır. Mahkeme kararlarının gerekçeli olmasının aynı zamanda adil yargılanma ilkesinin bir gereği olduğu unutulmamalıdır.⁹

⁹ Şahin/Göktürk, s. 560. Anayasa Mahkemesi'nin ‘gerekçe’ konusundaki yaklaşımı için bkz. AYM (İbrahim Ataş, B. No: 2013/1235, 13/6/2013, § 23 vd.)

“(23) Anılan kurallar uyarınca, ilke olarak mahkeme kararlarının gerekçeli olması, adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Derece mahkemeleri, dava konusu maddi olay ve olguların kanıtlanmasını, delillerin değerlendirilmesini, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasını, uyumsuzlukla ilgili vardığı sonucu, sonuca varılmasında kullandığı takdir yetkisinin sebeplerini makul bir şekilde gerekçelendirmek zorundadır. Bu gerekçelerin oluşturulmasında açıkça bir keyfîlik görüntüsünün olmaması ve makul bir biçimde gerekçe gösterilmesi hâlinde adil yargılanma hakkının ihlalden söz edilemez.

Hüküm gerekçesinin içeriği, CMK m. 230'da ayrıntılarıyla tanımlanmıştır.

Her hükmün, yasal koşulları tamamıyla karşılayan bir gerekçesi olmalıdır.¹⁰ Öyle ki sonuç itibarıyla doğru bir karar verilmiş olması, gerekçe yokluğunun doğurduğu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.¹¹

Hükmün gerekçesinde yer alması zorunlu olan hususlardan biri dahi eksik kalırsa, verilen hüküm gerekçesiz kabul edilir. Bu husus son derece açıktır. Mesela, sadece isnat olunan sevk maddelerinin yazılması suretiyle verilen karar gerekçeden yoksundur.¹² Keza aralarındaki illiyet kurulmadan yalnızca delillerin zikredilmesi, geçerli bir gerekçe için yeterli değildir.¹³ Gerekçe ve kanaat arasında hukuki ve mantıki bir neden-sonuç ilişkisinin varlığı gerekir.¹⁴ Zaten mantığın kabul etmediği bir sonuca varılması keyfilik olacaktır.¹⁵

(24) *Makul gerekçe; davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olmalıdır. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için ortada usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur.*

(25) *Bununla birlikte derece mahkemelerinin, taraflarca ileri sürülen tüm iddialara cevap verme zorunluluğu bulunmayıp, hükme esas teşkil eden gerekçelerin nelerden ibaret olduğunu ortaya koyması yeterlidir. Diğer taraftan kanun yolu mercilerince; onama, itiraz veya başvurunun reddi kararları verilmesi hâlinde alt derece mahkemelerinin kararlarında gösterdikleri gerekçeler kabul edilmiş olacağından, anılan kararlarda ayrıca gerekçe gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu yöndedir. (Van de Hurk/Hollanda, B.No: 16034/90, 19/4/1994, § 61)''.*

¹⁰ Şahin/Göktürk, s. 559; Ünver/Hakeri, s. 664.

¹¹ Ünver/Hakeri, s. 664.

¹² Ünver/Hakeri, s. 665. "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 141 inci maddesinin üçüncü fıkrası, 5271 sayılı Kanun'un 34 üncü ve 230 uncu maddeleri uyarınca mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması, hükmün gerekçesinde iddia ve savunmada ileri sürülen görüşlerin belirtilmesi, mevcut kanıtların tartışılarak değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi ile mahkemece ulaşılan kanaatin, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiilinin belirtilmesi ve bunun nitelendirilmesinin belirtilmesi, delillerle sonuç arasında bağ kurulması ve bu şekilde cezanın şahsileştirilmesi gerekirken, açıklanan ilkelere uyulmadan yalnızca sanığın denetimli serbestlik tedbirine uymaması üzerine verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına dair hususlar anlatılmak suretiyle hüküm kurulması...", Yarg. 10. CD, 2020/19449 E., 2023/3560 K., 25.4.2023.

¹³ Şahin/Göktürk, s. 559.

¹⁴ Erdal Yerdelen, Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 331.

¹⁵ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi,

Olayımız bağlamında tartışılması gereken esas sorunlardan biri ‘yetersiz gerekçe’nin yorum sınırlarıdır. Dosya kapsamında yer alması gereken bazı delillerin eksik bırakılması veya araştırılmaması yahut toplanan ve hükme esas alınması gereken delillerin tartışılmaması ya da niçin tartışma dışı bırakıldığıının açıklanmaması hallerinde yetersiz gerekçeden bahsedilir.¹⁶ Yetersiz gerekçe, hiç şüphesiz hukuka (kesin) aykırılık sonucu doğurur. Ama yetersiz gerekçe ile suç vasfının yanlış değerlendirilmesini birbirinden ayırmak şarttır.

Mahkeme dosya kapsamındaki delilleri değerlendirmiş ve fakat neticeten sanığın lehine yahut aleyhine olacak biçimde yanlış bir kanaate varmış olabilir. Mesela hırsızlık fiilini tartışan mahkeme, müşteki ve tanık beyanları, olay yeri tutanağı, kamera kayıtları gibi delilleri tartışıp suçun henüz hazırlık hareketleri evresinde kaldığına kanaat getirerek sanığın beraatine hükmedebilir. Oysa isnat olunan fiil gerçekte teşebbüs safhasına geçmiş ve dahi tamamlanmış bir fiil olabilir. Yani sanık, aslında –en azından– teşebbüs hükümlerince cezalandırılmalyken beraat edebilir. Tersine bir olasılık üzerine inşa edilen örneklerle de pekâlâ karşılaşılabılır. Bu gibi ‘hatalı değerlendirme’ örnekleri ‘yetersiz gerekçe’ sayılacak mıdır? Yine esasa etkili bir delil, değerlendirme kısmında tartışılmasına rağmen hüküm kurulurken mahkemece dikkate değer görülmez ve hükme esas alınmazsa, bu eksiklik mahkemenin takdiri kapsamında mı görülecek, yoksa ‘yetersiz gerekçe’ sayılarak hükmün gerekçesiz olması sonucunu mu doğuracaktır?

Yöneltiğimiz sorular, sonuç olarak gerekçesiz hüküm tespitinin sınırlarına ilişkindir. Yoksa gerekçenin eksik ya da hatalı olmasının gerekçenin varlığını ortadan kaldırmadığı durumlarda da hüküm, hukuka aykırı olacaktır. Ama bu hukuka aykırılık, hukuka kesin aykırılık hali olarak kabul edilmeyecek ve kanun yolu aşamasında verilecek karar da buna göre şekillenecektir (bkz. CMK m. 280/1-g; m. 288/2).

Yargıtay, kararın gerekçeli olma zorunluluğunu şu şekilde yorumlamaktadır: “5237 sayılı TCY’nin 61. maddesi uyarınca, hakim’in temel ceza’yı belirlerken dayandığı gerekçe, suçun işleniş biçimi, işlenmesinde kullanılan araçlar, işlendiği zaman ve yer, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saiki ile ilgili dosyaya yansayan

Ankara, 2023, s. 810.

¹⁶ Yerdelen, s. 353.

*bilgi ve belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir biçimde yasal ve yeterli olmalıdır”.*¹⁷ Başka bir karar ise şu şekildedir: “*Karar; sorun, gerekçe ve sonuç bölümlerinden oluşur. “Sorun” bölümünde, somut olayla suçun işlenmesindeki özellikler ve suçun ne şekilde işlendiği açıklanmalı; ‘gerekçe’ kısmında da mevcut deliller irdelenmeli, delillerle sonuç arasındaki bağ, diğer bir söylemle bu delillerle sebep bu sonuca ulaşıldığı anlatılmalı ve hukuki nitelendirmeye yer verilmelidir. Sonuç hüküm kısmında ise, 5271 Sayılı C.M.K.nın 232’nci maddesi uyarınca, verilen kararın ne olduğu, uygulanan yasa maddeleri, hükmolunan ceza miktarı, yasa yollarına başvurunun olanaklı olup olmadığı duraksamaya yer vermeyecek biçimde açıkça gösterilmelidir. Yerel mahkemece bozmadan sonra anılan ilkeler doğrultusunda işlem yapılmamış, bozulmakla ortadan kalkan eski hükümde direnilmesine karar verdikten sonra sadece direnme nedenleri açıklanmış, direnme kararında olay anlatılmamış, mevcut delillerle sebep bu sonuca ulaşıldığı açıklanmamış, hukuki nitelendirmeye yer verilmemiş, yalnızca bozulmakla ortadan kalkan hükümdeki gerekçeye yollama yapılmakla yetinilmiştir. Bu itibarla, karar, sorun ve gerekçe bölümlerini içermeyen sanıklar A. A., S. A. ve Y. A. hakkındaki direnme hükmüyle aralarındaki bağlantı sebebiyle sanık R. Ö. hakkındaki hükmün, diğer yönleri incelenmeksizin, öncelikle bu usuli sebepten dolayı BOZULMASINA karar verilmesi gerekmektedir”.*¹⁸ Başka bir kararda ise “*Anayasanın 141/3, 5271 sayılı CYY.nın 34, 230, 289/g maddeleri uyarınca, mahkeme kararlarının sanıkları mağdurları, C. Savcısını ve herkesi inandıracak ve Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde olması Yargıtay’ın gerekçelerde tutarlılık denetimi yapması ve gerekçelerde disiplin işlemini yerine getirmesi için, kararın dayandığı tüm veriler ile, bu veriler konusunda mahkemenin ulaştığı sonuçların iddia ve savunmaya ilişkin değerlendirmelerin açık olarak gerekçeye yansıtılması gerektiği gözetilmeden ve bu ilkelere uyulmadan gerekçeden yoksun olarak hüküm kurulması...”* şeklindeki görüşler dikkat çekicidir.¹⁹

Çalışmamızın konusunu oluşturan Bölge Adliye Mahkemesi kararında yer alan “*Yerel Mahkemece tüm bu deliller yönünden gerekçeli kararda iddiayı karşılayacak şekilde herhangi bir tartışma yapılmadan ve yanlış gerekçenin gerekçe olmayacağı da bilinmekle, kararda yukarıda belirtilen hususlara rağmen ‘... iletişim tespit tutanaklarının içeriğinde suç içeren herhangi bir*

¹⁷ Yarg. CGK, 2007/10-108 E., 2007/152 K., 19.06.2007.

¹⁸ Yarg. CGK, 2011/1-43 E., 2011/93 K., 17.05.2011.

¹⁹ Yarg. 4. CD, 2009/17166 E., 2009/18261 K., 10.11.2009.

görüşme kayıtlarının bulunmadığı...’ denilmek suretiyle gerekçesiz şekilde CMK 230. maddesine aykırı olarak sanıkların beraatlerine karar verilmesi” tespitine göre, “iddiayı karşılayacak şekilde bir tartışma yapılamaması” ve “yanlış gerekçe”, kararın gerekçesiz olması şeklinde yorumlanmıştır.

Hükmün gerekçeli olma zorunluluğu, mahkemenin delil değerlendirme serbestisini aşmamalıdır. Bu noktada, bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında paylaşılan karşı oy gerekçesi son derece kıymetlidir: *“Yargıtayın temyiz denetimini yapabilmesi, mahkemelerce keyfi karar verilmesinin önlenmesi ve tarafların tatmini için karar ve hükümlerin gerekçeli olması gerekmektedir. Anayasa ve usul yasamız bunu açıkça emretmiş ve CMK’nın 289/1-g maddesinde bu durum kesin hukuka aykırılık hâli kabul edilerek, taraflar temyiz dilekçesinde göstermemiş olsa dahi Yargıtay tarafından dikkate alınarak bozma nedeni yapılması öngörülmüştür. Hukuki denetimde hükmün gerekçesinin de dikkate alınması zorunludur. Ancak, hükmün CMK m. 230’a göre gerekçeyi içermemesi sebebi dikkate alınarak, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanmasının, taraflarca temyiz ve bozma nedeni olarak gösterilmemesi hâlinde, bu sebebin dosyayı inceleyen Yargıtay tarafından CMK m. 289/1-g kapsamında kendiliğinden dikkate alınıp bozma sebebi yapılabileceği sonucuna varmak zorlayıcı bir yorum olur. Gerekçe denetimi yaparken geniş yorum yapılarak mahkemenin takdirine ve delilleri değerlendirerek vardığı sonuca müdahale edilmemesi gerekmektedir. Somut olayla ilgili hükmün içeriğine bakıldığında yasal ve yeterli gerekçesinin bulunduğu görülmektedir. Yerel Mahkemenin ‘kamera kayıtlarına göre sanığın eyleminin nasıl gerçekleştiğine ilişkin vardığı sonuç’ bir delil değerlendirilmesidir. Bu durumun gerekçe noksanlığı olarak kabul edilerek bozma nedeni yapılması, gerekçe denetimi adı altında maddi yönden hükmün denetlenmesi, hâkimin delil takdirine müdahale anlamı taşır ve bu durum usule aykırıdır”.*²⁰

Kanaatimizce, “gerekçesiz hüküm” ile “yanlış/hatalı değerlendirme” birbirinden net şekilde ayrılmalıdır. Mahkemenin dosya kapsamındaki delilleri değerlendirmemesi eksik gerekçeye sebebiyet verir ve hükmün kanuna uygun bir gerekçe taşımadığı söylenebilir. Buna karşın mahkeme, tüm delilleri değerlendirmiş ve fakat yanlış bir karara varmış olabilir. İlk olasılık hukuka kesin aykırılık halidir. Fakat ikinci olasılık, sadece yanlış bir mahkeme kararıdır, kesin hukuka aykırılık hali kapsamında görülemez ve buna bağlı

²⁰ Yarg. CGK, 2018/4-297 E., 2019/461 K., 28.05.2019.

sonuçlara tabi tutulamaz.

Ele aldığımız olay kapsamında bölge adliye mahkemesinin bozma kararı, hükmün gerekçesiz olmasına dayanmıştır. Oysa dosya kapsamına bakıldığında gerekçenin “hatalı değerlendirme” içerdiği görülmektedir. Bugünkü CMK m. 289/1-g hükmünün istinaf aşamasında bozma kararının dışında bırakılmadığı bir evrede verilen bozma kararı, bu yönüyle isabetsizdir.

4. Temyizi Kabil Olmayan Kararın Temyiz Edilebilirliği – Bölge Adliye Mahkemesi Ek Kararının Kaldırılması

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi'nin bozmadan sonraki yargılamada verilen ve onadığı mahkûmiyet kararının temyizi kabil olmadığına ilişkin verdiği ek kararı, Yargıtay tarafından kaldırılmıştır.

Yargıtay gerekçesi şöyledir: *“İlk derece mahkemesi tarafından sanıklar hakkında verilen 21.02.2017 tarihli ve 2016/167 Esas, 2017/50 Sayılı beraat kararlarının, istinaf incelemesi yapan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesinin, 12.04.2017 tarihli ve 2017/797 Esas, 2018/878 Sayılı Kararı ile hukuka aykırı şekilde eylemlerin sübut bulduğu anlatılarak, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 289. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi uyarınca bozulmasından sonra ilk derece mahkemesince verilen 07.12.2017 tarihli ve 2017/129 Esas, 2017/426 Sayılı mahkûmiyet Kararlarının Bölge Adliye Mahkemesince verilmiş bir karar olarak kabul edilmesi gerektiği, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından beraat hükmünün mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği yönünden bozulmasına karar verilemeyeceği, bu tür kararları Bölge Adliye Mahkemesi'nin vermesi gerektiği, aksi halde tarafların temyiz haklarının kısıtlanacağına anlaşılması karşısında; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesinin 04.04.2018 tarihli ve 2018/206 Esas, 2018/764 Sayılı istinaf başvurusunun esastan reddine dair Kararlarının temyizi kabil olduğu ve temyiz isteminin reddine dair 01.11.2019 tarihli ek Kararın kaldırılması ile esasın incelenmesi gerektiği belirlenmiştir”*.

Yargıtay kararında iki husus dikkat çekicidir:

1. Bölge Adliye Mahkemesinin, “mahkûmiyet” kararı verilmesi düşüncesiyle “beraat” kararının gerekçesini yetersiz bulması, oysa söz konusu durum tespit edilmişse istinaf merciinin bozma kararı vermeden yeniden yargılama yapması gerektiği.

2. Temyiz kanun yolunun kapanarak savunma hakkının kısıtlanmaması

için bozma sonrası yargılama neticesinde verilen mahkûmiyet kararının (07.12.2017 tarihli ve E. 2017/129, K. 2017/426 sayılı kararı) bölge adliye mahkemesince verilmiş bir karar olarak kabul edilmesi gerektiği.

Bu iki hususa dayanan Yargıtay, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi'nin 04.04.2018 tarihli ve E. 2018/206, K. 2018/764 sayılı istinaf başvurusunun esasın reddine dair kararının temyizi kabil olduğu ve temyiz isteminin reddine dair 01.11.2019 tarihli ek kararının kaldırılması ile esasın incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay'ın kararının dayanağını, nihai olarak savunma hakkının sınırlandırılması oluşturmuştur. Gerçekten, yargılama sürecinde önceki karara göre beraat eden sanıkların, bozmadan sonra mahkûmiyet kararıyla karşılaşmaları halinde yeni bir kanun yoluna başvurabilmeleri beklenir. Üstelik bozma kararı hukuken yanlış bir değerlendirmeye dayanıyorsa, bunun evleviyetle sağlanması gerekir. Yüksek Mahkeme'nin bu saiklerle, esasen temyizi kabil olmayan kararın temyiz edilebilir olduğuna hükmettiği görülmektedir.²¹

²¹ “Her ne kadar ilk derece mahkemesinin mağdure R...’a yönelik müsnet suçtan dolayı sanık hakkında tayin ettiği 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezasının miktarı itibarıyla temyize tabi olmadığı şeklinde tebliğnamede görüş bulunmakta ise de, adı geçen mağdureyle ilgili sanık hakkında verilen 07.03.2017 tarihli beraat kararının istinaf incelemesini yapan Bölge Adliye Mahkemesince üzerine beraat hükmünün hukuka aykırı olarak mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiğinden bahisle bozulmasından sonra anılan karara direnme yetkisi bulunmayan ve kanunen uyma zorunluluğu bulunan ilk derece mahkemesince verilen mahkûmiyet hükmünün aslında Bölge Adliye Mahkemesince verilmiş bir karar olarak kabulünde zorunluluk bulunduğu, esas olarak Bölge Adliye Mahkemesince beraat hükmünün mahkûmiyet veya mahkûmiyet hükmünün beraat olması gerektiği yönünde bozma kararı verilemeyeceği, bu tür kararların istinaf başvurusu üzerine Bölge Adliye Mahkemesince verilmesi gereken kararlardan olduğu, bu şekilde verilen kararların ilk derece mahkemesi kararı niteliğinde bulunduğu kabulü halinde esasen tarafların var olan temyiz haklarının ellerinden alınmış olacağına anlaşılması karşısında, mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama neticesinde kurulan yeni mahkûmiyet hükmünün temyizi kabil olduğu kabul edilerek gereği görüldü”, Yarg. 14. CD, 2018/6371 E., 2021/1851 K., 4.3.2021.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi de emsal bir muhakeme sürecinde ve üstelik yerel mahkeme tarafından verilen ilk kararın mahkûmiyet hükmü içermesi durumunda dahi benzer bir tutum sergilemiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 10.03.2021 tarihli ve E. 2020/3670, K. 2021/3758 sayılı kararında şu tespitlere yer vermiştir: “...mahkemece suçların niteliğinde yanılıya düşerek yetersiz gerekçe ile Sanık ...’ın eylemlerini olası kasıtlı işlediği, Sanıklar ... ve ... ile SŞÇ’ler ... ve ...’ın ise silahla tehdit suçunu işledikleri kabul edilerek hüküm kurulmak suretiyle sanık ve SŞÇ’lere eksik ceza tayini,” demek suretiyle yerel mahkemenin hükmünün bozulmasına karar verildiği görülmekle yapılan incelemede; CMK 280/1-e maddesinde Bölge Adliye Mahkemelerinin duruşma açmaksızın hükmün bozulmasına karar verebileceği hallerin sınırlı olarak sayıldığı, söz konusu dosya içeriğinde, ilk derece mahkemesi kararının İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi’nin 22.12.2017 gün ve 2017/1092 Esas 2017/1072

Dosya kapsamında sorunlu görülen ve Yargıtay'ı da çözüm üretmeye sevk eden norm, CMK m. 286'dır. CMK m. 286/1'e göre, "Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir". Bu kat'î hüküm karşısında, istinaf merciinin bozma kararına karşı temyiz yolu kapalıdır. CMK m. 286/2'de, temyiz kanun yolu dışında bırakılan diğer kararlar sayılmıştır. Tahlil ettiğimiz karar bakımından etkili olduğu üzere CMK m. 286/2-a'da ilk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararlarının temyiz edilemeyeceği düzenlenmiştir.

CMK m. 286 penceresinden bakıldığında; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi, yerel mahkemenin verdiği ve beş yılın altında hapis cezası içeren (3 yıl 4 ay) mahkûmiyet kararına karşı yapılan istinaf başvurusunu esastan reddetmiştir. Bu koşullarda CMK m. 286/2-a'ya göre karar, temyiz kanun yolu dışındadır, kesin niteliktedir. Yani istinaf merciinin temyiz başvurusunun reddine dair ek kararı CMK m. 286 altında doğru bir karar görünümündedir.²²

CMK m. 286 ile uyumlu görünen karar, sanıkların savunma hakkını sınırlandırmaktadır.²³ Gerçekten, yerel mahkemenin beraat kararını (bozmadan önceki/ilk karar) hukuka aykırı bulan istinaf mercii yeniden yargılama yapıp mahkûmiyet kararı verseydi, sanıklar bu kararı temyize taşıyabileceklerdi. Bu

Karar sayılı kararı ile duruşma açılmaksızın sanıklar aleyhine suç vasfı yönünden bozulmasına karar verildiği, oysa bu hususun sınırlı olarak sayılan bozma nedenleri arasında gösterilmediği, Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesinin duruşma açarak karar vermek yerine bozma kararı vermesinin ve bu bozmaya dayanarak İlk Derece Mahkemesi'nin yeniden hüküm kurmasının yasal dayanağı bulunmadığından gerek anılan bozma kararının ve gerekse İlk Derece Mahkemesince ikinci kez verilen kararın yok hükmünde sayılması gerektiği, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin CMK'nin 280/1-g maddesi uyarınca duruşma açılarak ve taraflarda çağrılarak delillerin değerlendirilmesi sonucunda anılan Kanun maddesinin 2. fıkrasına göre yeniden hüküm kurma konusunda görevli ve yetkili olduğundan, usul ve Yasaya aykırı, sanıklar ve suçta sürüklenen çocuklar müdafilerinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmele, hükümlerin diğer yönleri incelenmeksizin tebliğnamedeki düşünce hıtafına BOZULMASINA, 5271 Sayılı CMK'nin 304/2. maddesi uyarına yeniden incelenmek ve hüküm verilmek üzere dosyanın İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 10/03/2021 gününde oybirliği ile karar verildi".

²² Bölge adliye mahkemesince verilen ve Kanun hükmünü açıkça ihlal eden bu tür kararlar açık bir uygulama hatasıdır ve hukuken hatalı olsalar da bu tür kararların yok sayılmaları mümkün değildir. Bkz. Birtok, s. 461.

²³ Silahların eşitliği ilkesi gereğince de savunma hakkının teminat altına alınması şarttır. Bkz. Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 116.

halde önceki kararda beraat eden sanıkların mahkûmiyet ile karşılaşmaları durumunda, aleyhe olan hükmün temyiz incelemesine tabi tutulması sağlanabilecek ve savunma hakkı muhafaza edilecekti.

Son tahlilde Yargıtay, savunma hakkını korumak adına CMK'da yer almayan bir usulü tatbik etmekte ve neticeten bölge adliye mahkemesinin bozma kararının doğurduğu olumsuzluğu sanığın hukuki menfaatini gözeterek aşmaya çalışmaktadır.

IV. SAVUNMA HAKKININ SINIRLANDIRILMASI TEHLİKESİNİN ÖNÜNE GEÇİLMESİ İÇİN DEĞERLENDİRME VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİMİZ

Savunma hakkının açık biçimde sınırlandırılması tehlikesi doğuran sorunu aşmak için CMK m. 286 ve devamında bir normatif düzenlemeye başvurmak mümkün görünmemektedir. Bu nedenle Yargıtay, kendince bir inisiyatif olarak sanığın savunma hakkını kullanmasının yolunu açmıştır. Buna göre; şayet bölge adliye mahkemesi yeniden yargılama yaparak hüküm kurması gerekirken bozma kararı vermişse bozmadan sonraki yargılamada verilen hüküm adeta bölge adliye mahkemesince verilmiş kabul edilecek ve haliyle CMK m. 286/2 ekseninde karar, temyiz kanun yoluna açık hale gelecektir.

İstinaf merciince verilen esastan ret, yani onama kararlarının temyiz kanun yoluna taşınabilirliği, CMK m. 286/2'de sınırlandırılmıştır. Kanun koyucunun böyle bir sınırlamaya gitmesinin lüzum ve gerekçesi ayrı bir tartışma konusudur. Ancak somut olarak bu sınırlama, çalışmamıza konu olayda olduğu gibi, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararının – hukuka aykırı şekilde– bozulmasından sonra tesis edilen ya da ilk mahkûmiyet kararına nazaran daha ağır sonuçlar içeren ve nihai olarak belli bir ceza sınırının altında kalan kararlara karşı sanığı savunma yapabilme hakkından mahrum bırakmaktadır.²⁴ Bu sıkıntı, kuşkusuz muhakeme süjelerinin maddi gerçeği ortaya çıkarma yükümlüklerini de olumsuz etkilemektedir. İşaret edilen hususlar, istinaf kanun yolunun kabul edilme nedenine de aykırı olduğu gibi, istinaf öncesi durumda yalnızca temyiz kanun yolu ile sunulan hukuki duruma nazaran daha ağır ve aleyhe sonuçlar doğurmaktadır.

²⁴ Bu riskin, bölge adliye mahkemesince verilen hukuka uygun bir bozma kararı sonrasında bozmaya uymak zorunda olan yerel mahkemece yapılan yeniden yargılamada da karşılaşılabildiği ifade edilmelidir. Bkz. Birtek, s. 467.

Yargıtay'ın tutumu, tespit ettiğimiz hukuki sorunlar çerçevesinde varılan son nokta bakımından desteklenebilir. Ancak istinaf ve temyiz hukuku boyutu Kanun ile belirlenmiştir.²⁵ Yargıtay'ın savunma hakkını temin etmek amacıyla izlediği yolun açık bir yasal dayanağı yoktur.²⁶ Burada olağanüstü kanun yolları ile tanınan bir yetki olarak bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının sanık lehine itiraz yetkisini kullanması düşünülebilir ve bu yetkinin kullanılması bir süreye tabi değildir (bkz. CMK m. 308/A). Ancak bu yol, kesin nitelikteki karara karşı temyiz kanun yolunun açılması imkanını tek başına sağlayamayacağı için mutlak surette bir çözüm metodu değildir. Diğer yandan kanun yararına bozma (CMK m. 309) ile yargılamanın yenilenmesi de (CMK m. 311 vd.), meselenin çözümüne uygun kanun maddeleri değildir.

Normatif açıdan görünen tüm uyumsuzluklara rağmen, bölge adliye mahkemesinin bozma kararının hukuka aykırı olması halinde sanığın savunma hakkından yana bir tavır alınması, anayasaya uygun yorum (*verfassungskonforme Auslegung*) ile açıklanabilir.²⁷ Gerçekten, maddi ceza hukukunda kıyas mümkün değilken²⁸, ceza muhakemesi normlarında genişletici yorum ve kıyas caizdir.²⁹ Böylece tespit edilen normun somut

²⁵ Nitekim Cezaî Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı başlıklı İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme Ek 7 No'lu Protokol Madde 2 şu şekildedir: "(1) *Bir mahkeme tarafından cezaî bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.* (2) *Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatini müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir*".

²⁶ Gerçekten mevcut sorunun yalnızca uygulamanın tercihi ile hukuki ve kalıcı bir çözüme kavuşturulması mümkün görünmemektedir. Bkz. Ersan Şen/Taner Akıncı/Tamer Bayraklı, "İstinaf İncelemesi Sonrasında Temyiz Hakkının Kısıtlanması" (Hukuki Haber, 5 Aralık 2023), Erişim Tarihi: 14.12.2023).

²⁷ Anayasaya uygun yorum konusunda, kanun ile Anayasa arasındaki ilişki ile korunan haklar dengesi hakkında bkz. Rolf Wank, *Die Auslegung von Gesetzen*, 5. Baskı, Vahlen Yayınevi, Münih, 2011, s. 60 vd.; ayrıca bkz. Gökhan Antalya, "Anayasal Temel Hakların İkincil Doğrudan Üçüncü – Taraf – Etkisi ve Anayasa Yargılamasında Hâkimin Hukuku Uygulamasında Uyacağı On İki Metodolojik Temel İlke", MÜHF-HAD, 2022, 28 (1), 1-47, s. 3 vd.

²⁸ Bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 137 vd.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 64 vd.

²⁹ Bkz. Tulay, s. 2718. Ceza muhakemesi hukuku normlarında kıyas mümkün olsa da istisnai ve tahdidi normlar yönünden kıyası başvurulamaz. Bkz. Toroslu/Feyzioğlu, s. 16. Önemle belirtelim ki, CMK m. 280'deki sayım da sınırlı sayıdadır. Ama metinde yürüttüğümüz muhakeme, devam eden kısımda endişelerimizi de dile getireceğimiz üzere, savunma hakkının

olaya tatbiki esneklik gösterir. Yargıtay'ın, hatalı bozma kararı sonrasındaki yargılamada verilen hükmü bölge adliye mahkemesince verilen bir karar olarak kabul etmesinin amacı, karar için temyiz kanun yolunu açabilmektir. Aslında görünüşte kanunen tanınmayan bir imkân, yeni bir norm ihdas ederek değil, adeta “*Zaten kanunen bölge adliye mahkemesi yeniden yargılama yapmalıydın. O halde bozmadan sonraki yargılamada verilen hükmü de bölge adliye mahkemesinin verdiği karar gibi görürüm*” şeklindeki yorumla sağlanmıştır. Mahkemeyi bu yönetime sevk eden ana husus, Anayasa, milletlerarası sözleşmelerde ve AİHM kararlarında korunan ve vurgulanan savunma hakkıdır. Şu halde Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin CMK'da normatif bir karşılık bulmayan tutumu, anayasaya uygun yorum çerçevesinde desteklenebilir.

Savunma hakkını temin etmek için başvuru ve yorum prensipleri kapsamında desteklenebilir nitelikteki yöntemin ne derece kalıcı bir çözüm olarak kabul edilebileceği şüphelidir.³⁰ Keza bölge adliye mahkemesinin usul açısından ‘hukuka aykırı’ görünen her bozma kararı sonrasında bu yöntemin uygulanması ihtimalinde CMK'da düzenlenen bozma nedenleri ile bozma kararına bağlanan sonuçların boşa çıkacağı ve adeta sanık lehine görünen bir keyfilik tehlikesiyle karşılaşılacağı söylenmelidir.

Geldiğimiz noktada, bozma kararı sonrasında savunma hakkının sınırlandırılması tehlikesi, CMK'da yapılacak bir değişiklikle kalıcı olarak önlenemez.³¹ CMK m. 286/2'ye başlarken kullanılan “Ancak” bağlacının fonksiyonu, temyiz edilebilir kararları sınırlamaktır. Yani CMK m. 286/2, bozma kararları dışında kalan olasılıklar içindir. Dolayısıyla önereceğimiz yeni yasal düzenleme için CMK m. 286/1 konum olarak ideal görülebilir. Fakat asıl sorun bozmadan sonraki yargılamada verilen mahkûmiyet kararının tartışılmaması olduğu için CMK m. 286'ya yeni, ek bir fıkra getirmek daha

temini için öne çıkardığımız bir yorum faaliyetidir. Yoksa temyiz edilemeyecek bir hüküm için CMK m. 280 veya bir başka maddeyle kıyas yapma taraftarı değiliz.

³⁰ Buna karşın Yargıtay'ın uygulamasının, sanığın kanun yoluna başvurma hakkını güvence altına aldığı vurgulayan *Birtek*, bu sorunun ancak istikrarlı uygulama yoluyla çözülebileceğini savunmaktadır. Yazar, olası bir Kanun değişikliği ile sorunun çözümünün mümkün olmadığını; çünkü sorunun esasen CMK m. 280'deki bir hatadan veya eksiklikten değil, keyfi ve hukuka aykırı istinaf uygulamasından kaynaklandığını ifade etmektedir. Buna göre; bozma kararı verilebilecek hallerin CMK m. 280'de açık ve sınırlı biçimde düzenlenmiştir ve hukuka aykırı her uygulamanın kanun ile ayrıca yasaklanması kanun yapma tekniğine uygun değildir. Yazara göre özetle, bu sorunun kanun değişikliği ile çözümlenmesi gerekli olmadığı gibi uygun da değildir. Bkz. *Birtek*, s. 472.

³¹ Aksi görüşte *Birtek*, s. 472.

doğru olacaktır. Nihayetinde tarafımızca şu içerikte bir düzenleme yapılması önerilmektedir: “İlk derece mahkemesince verilen hükmün bölge adliye mahkemesi tarafından bozulması halinde, bozmadan sonraki yargılamada tesis edilen mahkûmiyet hükmünün önceki karara göre daha ağır sonuçları olması (aleyhe olması) halinde, yeni hükme karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddine dair karar temyiz edilebilir”.

Somut normatif düzenleme teklifimizin yanı sıra bir başka çözüm önerimiz, istinaf kanun yolunda *bozma kurumundan vazgeçilmesidir*. Mahkeme kararlarına karşı hukuki denetim yapmakla sorumlu olan temyiz mercii için bozma kurumu pek tabii gereklidir. Ama istinafin varoluş nedeni, öngörülme gerekçesi maddi gerçeğe ulaşmaktır.³² Bölge adliye mahkemelerine hukuka kesin aykırılık halleri ile sınırlı bile olsa bozma imkânı tanınması, istinafi adeta temyiz merciiine dönüştürmektedir.³³ Keza bozma kararının dosya üzerinden verilmesi, duruşma açılmaması, delillerin yeniden tartışılmaması, istinaf ve temyiz arasındaki farkı da belirsizleştirmektedir. Bu durum, istinaf kanun yolunun öngörülme amacına aykırı olarak yargılamaları uzatmakta, yerel mahkemelerin iş yükünü ağırlaştırmakta ve duruma göre savunma hakkının sınırlandırılması gibi olumsuz sonuçlar doğurmakta, nihayet uygulamayı kanun ile evrensel ceza muhakemesi ilkeleri arasında tercih yapmaya zorlamaktadır. Sonuç olarak, bozma kurumunun istinafin tabiatına ters düşmesi karşısında izlenen yöntemler, istinafi temyize; ihlal edilen hakları sanık yararına giderme gayreti gösteren Yargıtay’ı da adeta Anayasa Mahkemesi’ne evirmektedir.

SONUÇ

1. Bölge adliye mahkemesince verilen hatalı bozma kararı sonrasında yapılan yargılama neticesinde, ilk hükme gören beraat eden sanık yeni yargılama sonunda mahkûm olmuş, bu karara karşı yapılan istinaf başvurusu da esastan reddedilmiş ve nihai ceza temyiz sınırının altında kaldığı için

³² İstinafin varlık gayesi, maddi sorunun etkin bir şekilde denetlenmesidir. Bunun temini için de duruşma yapılmalıdır. Bkz. Taner, s. 316.

³³ Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda da şayet mahkemece verilen hüküm için hukuki bir denetim isteniyorsa *Revision*, maddi olgu ve tespitlerin gözden geçirilmesi isteniyorsa *Berufung* kurumları öngörülmüştür. CMK’daki istinaf kurumuyla benzeşen *Berufung*’un esas amacı, tıpkı ilk derece mahkemesi gibi maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bkz. Putzke/Scheinfeld, s. 177 vd.; Schroeder/Verrel, s. 230.

karar kesinleşmiştir. Ancak Yargıtay 5. Ceza Dairesi, bu durumun savunma hakkının açık biçimde ihlali olduğu gerekçesiyle, mahkûmiyet kararını bölge adliye mahkemesinin kararı gibi kabul ederek bölge adliye mahkemesinin temyiz başvurusunun reddine ilişkin kararını kaldırmış ve neticeten hükmü bozmuştur.

2. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, normatif duruma göre mümkün olmayan temyiz incelemesini, bölge adliye mahkemesinin kararı gibi yorumlamış ve böylece kararı temyiz mercii olarak incelemiştir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin bu yorumu, anayasaya uygun yorum kapsamında desteklenebilir. Çünkü Yargıtay, Anayasa ve milletlerarası sözleşmelerde korunan, AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında vurgulanan savunma hakkını korumak istemiştir. Ancak bu yöntemin her koşulda güvenilir ve sürdürülebilir olduğunu söylemek güçtür. Kalıcı ve hukuki bir çözüm için yapılması gereken en doğru hamle, yeni bir yasal düzenleme ile savunma hakkının sınırlandırılması tehlikesinin bertaraf edilmesidir.

3. Bölge adliye mahkemesince verilen bozma kararı sonrasındaki yargılamada verilen hükme karşı istinaf kanun yoluna başvurulması ve istinaf mercisinin kararı onaması halinde karşılaşılabilecek olan savunma hakkının kısıtlanması riskini önlemek adına CMK m. 286'ya şu içerikte bir ek fıkra getirilmesi tarafımızca önerilmektedir: *“İlk derece mahkemesince verilen hükmün bölge adliye mahkemesi tarafından bozulması halinde, bozmadan sonraki yargılamada tesis edilen mahkûmiyet hükmünün önceki karara göre daha ağır sonuçları olması (aleyhe olması) halinde, yeni hükme karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddine dair karar temyiz edilebilir”*. Diğer ve geniş çaplı önerimiz ise istinaf kanun yolu için bozma kurumunun kaldırılmasıdır. Bozma kurumundan vazgeçilmesi halinde istinaf ile temyiz arasındaki ayırım daha da netleşecek, olay mahkemesi mahiyetindeki istinaf kurumu ile bağdaşır bir adım atılmış olacak ve nihayet bozmadan sonraki yargılama sürecinde savunma hakkının sınırlandırılması tehlikesi ortadan kalkacaktır.

KAYNAKÇA

- Antalya G, “Anayasal Temel Hakların İkincil Doğrudan Üçüncü – Taraf – Etkisi ve Anayasa Yargılamasında Hâkimin Hukuku Uygulamasında Uyacağı On İki Metodolojik Temel İlke”, MÜHF-HAD, 2022, 28 (1), 1-47.
- Barthe C/Gericke J, Strafprozessordnung, 9. Baskı, C.H.Beck Yayınevi, Münih, 2023 (KK-StPO/Paul).
- Birtek F, “Beraat Kararının İstinaf Kanun Yolunda Bozulması Sonrasında Verilen Mahkûmiyet Kararının Temyiz Edilebilirliğine İlişkin Tartışma”, DEÜHFD, 2023, 25 (2), 453-476.
- Dereli A, Mutlak Bozma Nedeni Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Gökcen A/Murat Balcı/M.Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Kaymaz S, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, İÜHFM, 2016, 74 (1), 107-121.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Özbek V. Ö/Doğan K/Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Özen M, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Özen M, “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, AÜHFD, 2016, 65 (4), 2331-2388.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Öztürk B (Editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Öztürk, B, “İstinaf Yargılamayı Yavaşlatır Mı?”, Fasikül Hukuk Dergisi, 2010, 2 (8), 11-13.
- Putzke H/Scheinfeld J, Strafprozessrecht, 3. Baskı, C.H.Beck Yayınevi,

Münih, 2011.

Soyaslan D, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2018.

Schroeder C./Verrel T (Çev: Salih Oktar), Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Şen E/Akıncı T/Bayraklı T, “İstinaf İncelemesi Sonrasında Temyiz Hakkının Kısıtlanması” (Hukuki Haber, 5 Aralık 2023), Erişim Tarihi: 14.12.2023).

Taner, F. G, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Toroslu N/Feyzioğlu M, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.

Tulay M. E, “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, MÜHF-HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2016, 22 (3), 2715-2736.

Turhan F, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara, 2006.

Ünver Y/Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Wank R, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Baskı, Vahlen Yayınevi, Münih, 2011.

Yenisey F/Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Yerdelen E, Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN AL-JEDDA V. BİRLEŞİK KRALLIK KARARI İNCELEMESİ

Case Review of Al-Jedda v. The United Kingdom of European Court of Human Rights

Meryem YILDIRIM*

Özet

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Al-Jedda Kararı, ilk olarak başvurunun kabul edilebilirliği kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal iddiasını araştırmada yetkili olup olmadığını incelemiş, dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ülke dışında uygulanması sorunu üzerinde durmuştur. Esas incelemesinde ise BM Güvenlik Konseyi kararlarının BM Şartı 103. madde bağlamında insan hakları sözleşmeleriyle olan ilişkisi tartışılmış, öte yandan Birleşik Krallık askerlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında başvurucunun kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkını ihlal edip etmediği incelenmiştir. Karar; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ülke dışında uygulanması, normlar çatışması ve devletlerin ve uluslararası örgütlerin aynı hukuka aykırı eylem nedeniyle çifte sorumluluğu gibi meseleleri incelediğinden önemli bir karar olarak görülmektedir. Bu çalışmada da Al-Jedda Kararı, karara konu olaylar ile birlikte genel olarak incelenmiş, Mahkeme'nin önemli tespitleri çalışma kapsamında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kavramlar: Ülke Dışı Yetki, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, Normlar Çatışması, Uluslararası Örgütlerin ve Devletlerin Sorumluluğu.

Abstract

The Al-Jedda judgment of the European Court of Human Rights first examined whether the European Court of Human Rights has jurisdiction over the allegation of violation within the scope of admissibility of the application and therefore focused on the question of the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights. On the merits, the judgment addressed the relationship of UN Security Council resolutions with human rights agreements in the context of Article 103 of the UN Charter, and examined whether the UK soldiers violated the applicant's right to liberty and security within the scope of the European Convention on Human Rights. This judgment is regarded as significant as it analyzes issues such as the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights, conflict of norms and the dual attributability of states and international organizations for the same wrongful conduct. In this study, the Al-Jedda Judgment was examined in general, with the facts of the case, and the significant conclusions of the Court were

* **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye, **e-posta:** yildirim.meryem@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0002-0813-6450.

evaluated within the scope of the study.

Keywords: *Extraterritorial Jurisdiction, Right to Liberty and Security, Norm Conflicts, Responsibility of International Organizations and States.*

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Al-Jedda v. Birleşik Krallık Kararı; başvuru Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda'nın Irak'ta Koalisyon Devletlerinden biri olan Birleşik Krallık askerleri tarafından yaklaşık üç yıllık bir süre ile özgürlüğünden alıkonulmasına ilişkindir. Birleşik Krallık askerleri tarafından kontrol edilen bir askeri hapishanede tutulan Al-Jedda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) m. 5(1) hükmünde de düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali sebebiyle öncelikli olarak Birleşik Krallık iç hukukunda, sonrasında (AİHM) önünde dava açmıştır. Başvurucunun kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar veren AİHM, esastan önceki bir ön aşama olan yetki incelemesini kararın esası ile ilişkili bulunduğundan ihlal iddiası ile birlikte incelemiştir. Mahkeme'nin ülke dışı yetki konusundaki tartışmalı içtihadına Al-Jedda kararı ile bir ekleme daha yapan AİHM; ülke dışı yetki dışında uluslararası örgütler ve devletlerin hukuka aykırı eylemlerinden kaynaklanan çifte sorumluluğu, insan hakları sözleşmeleri ile Güvenlik Konseyi kararlarının birbirleriyle olan hiyerarşik ilişkisine de değinmiştir. Uluslararası örgütlerin ve devletlerin özellikle uluslararası askeri operasyonlar ve müdahalelerde eylemin atfedilebilirliği noktasında çifte sorumluluğuna gidilebilmesine ışık tutması açısından Al-Jedda kararı önemli bir karar olarak ele alınmaktadır. Öte yandan Güvenlik Konseyi kararlarının BM Şartı 103. madde kapsamında hiyerarşik olarak insan hakları sözleşmeleri dahil diğer uluslararası antlaşmalardan üstün sayılıp sayılmayacağı meselesini BM amaç ve ilkeleri çerçevesinde insan hakları lehine yorumlaması da bu kararı AİHM içtihadında önemli bir noktaya koymaktadır.

Bu çalışmada da ilk olarak dava konusu olay ve olayla ilgili olarak Irak müdahalesinin tarihsel arka planına bu süreç içerisinde karara etki eden Güvenlik Konseyi kararlarıyla birlikte kısaca değinilmiştir. Sonrasında başvuru Birleşik Krallık ulusal mahkemeleri ve en son yargılama mercii olan Lordlar Kamarası'nda dile getirdikleri iddialar genel olarak değerlendirilmiştir. Devamında başvuru ulusal merciler önündeki ihlal iddiasının kabul edilmemesi üzerine dava konusu olayı AİHM önünde

incelenmesi sonucunda, başvuru ve Birleşik Krallık hükümetinin AİHM önünde ortaya koydukları itirazları tahlil edilmiş, bununla beraber esasa ilişkin hukuki meseleler Mahkeme'nin değerlendirmeleri ile birlikte incelenmiştir.

I. KARARA KONU OLAY

Al-Jedda kararı; Amerika Birleşik Devletleri (ABD) önderliğindeki koalisyon güçlerinin Irak'ı işgali sonrasında Irak'ta güvenlik ve istikrarı yeniden tesis etmeye yönelik faaliyetlerinin AİHS'yi ihlal ettiğine yönelik iddialara dayanmaktadır. Karara konu olay ile ilgili olarak öncelikle olayın gerçekleştiği dönemde, Irak'taki siyasi ve hukuki arka plana ışık tutulması gerekmektedir.

20 Mart 2003'te ABD ve Birleşik Krallık'ın bulunduğu koalisyon güçleri, Saddam Hüseyin'i devirmek amacıyla Irak'ı istila etmiştir. ABD'nin Irak'a yönelik askeri müdahalesinin temelinde Irak'ın Kuveyt'i işgali sonrasında alınan ve Irak'ın kimyasal, biyolojik ve nükleer silahsızlanmasının önüne geçilmesini arzulayan başta 678 sayılı karar(1990)¹ olmak üzere bir dizi Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi kararları² ve mezkûr kararlarda yer alan yükümlülüklerin maddi ihlali gösterilmektedir.³ İstilanın ardından Mayıs 2003'te esas operasyonların sona erdiği açıklanmış, bu tarihten sonra bölgede diğer koalisyon üyesi devletlerle birlikte Birleşik Krallık; Irak'ta hükümet yetkilerini kullanarak işgal hukuku kapsamında, işgalci güç haline gelmiştir.⁴ İşgal sonrasında koalisyon devletleri tarafından Geçici Koalisyon

¹ UN Security Council, Security Council Resolution 678, S/RES/678 (1990).

² Bu kararlar temelinde Irak'ın uluslararası barış ve güvenliğini tehdit edici faaliyetlerini durdurmayı amaçlayan yükümlülükler öngören 687, 707, 715, 1154, 1194, 1205 ve 1441 sayılı kararlardır. TAŞDEMİR, F., *Terörizm ve Ülke Dışı Kuvvet Kullanma Hukuku*, 1. Basım, Nobel Yayıncılık, 2020, s. 283. UN Security Council, Security Council Resolution 687, S/RES/678 (1991). UN Security Council, Security Council Resolution 707, S/RES/707 (1991). UN Security Council, Security Council Resolution 715, S/RES/715 (1991). UN Security Council, Security Council Resolution 1154, S/RES/1154 (1998). UN Security Council, Security Council Resolution 1194, S/RES/1194 (1998). UN Security Council, Security Council Resolution 1205, S/RES/1205 (1998). UN Security Council, Security Council Resolution 1441, S/RES/1441 (2002). Ayrıca son olarak 1441 sayılı kararda Irak'ın önceki Güvenlik Konseyi kararlarında yer alan silahsızlanma yükümlülüklerini yerine getirmediğinden kararlarda yer alan yükümlülükleri esaslı ihlal ettiği, bu kararla da Irak'ın silahsızlanma yükümlülüklerini yerine getirmesi için son bir fırsat verildiği dile getirilmektedir. Al-Jedda v. the United Kingdom, European Court of Human Rights, Grand Chamber, Application no. 27021/08, Judgment, Strasbourg, 7 July 2011, p. 25.

³ Reçber, S. (2008). Irak'a yönelik askeri müdahalenin uluslararası hukuk açısından geçerliliği. *Uluslararası Hukuk ve Politika*, (13), s. 65.

⁴ UN Security Council, Letter dated 8 May 2003 from the Permanent Representatives of the

Otoritesi(*Coalition Provisional Authority*) kurulmuş, Otorite'ye geçici olarak hükümetin görevlerini yerine getirmesi, insani yardımın bölge halkına ulaştırılması, güvenliğin sağlanması ve kitle imha silahlarının yok edilmesi gibi görevler yüklenmiştir. Otorite'nin varlığı ABD ve Birleşik Krallık'ın daimî temsilcilerinin BM Güvenlik Konseyi başkanına yazdıkları mektup ile de bildirilmiştir. Otorite'nin yetki ve görevlerini düzenleyen “CPA Regulation No.1” düzenlemesi ile Otorite'ye verilen hükümet etme görevinin⁵ geçiciliğine dikkat çekilmiş, bu görevin Irak hükümetinin oluşturulmasına kadar devam edeceği vurgulanmıştır.⁶ Geçici Koalisyon Otoritesi; Irak'ın yönetimini, bölge yönetimlerine ayırmış, Birleşik Krallık Irak'ın güney bölgesindeki 18 şehrin yönetiminden sorumlu tutulmuştur.⁷ 22 Mayıs 2003'te ise BM Güvenlik Konseyi 1483 sayılı karar ile Otorite'nin Irak'taki varlığını tanımış, görev ve amaçlarını uluslararası hukuk çerçevesinde yerine getirebilmesi için BM üyesi tüm devletlerin destek sağlamasını teşvik etmiştir.

Irak'taki Britanya kuvvetlerinin hukuki rejimi 16 Ekim 2003'te BM Güvenlik Konseyi'nin 1511 sayılı kararı alması ile değişmiştir. Bu karar ile Irak'ta istikrar ve güvenliği sağlayacak ve koalisyon güçlerinin birlikte komuta edeceği bir “Çok Uluslu Kuvvetler(*Multinational Force - MNF*)” kurulması konusunda yetki verilmiştir. Yine aynı kararla BM üyesi devletler, askeri destek dâhil tam desteğin MNF'ye sağlanması yönünde teşvik edilmiştir.⁸ 3 Haziran 2004'te Irak Dışişleri Bakanı ve 5 Haziran 2004'te Irak Geçici Yönetim Başbakanı, işgale son verilerek Irak yönetiminin Irak halkı ve temsilcilerine iadesini, ancak MNF'nin Irak'ta istikrar ve güvenliğin sağlanması için görevine devam etmesini talep eden mektuplarını BM Güvenlik Konseyi'ne sunmuştur.⁹ Nihayetinde BM Güvenlik Konseyi'nin 1546 sayılı kararı ile

United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council, 8 May 2003, S/2003/538.

⁵ Hükümet etme görevi ile kastedilen 1483 sayılı karar dâhil ilgili BM Güvenlik Konseyi kararları ve savaş hukuku kuralları ve uygulamaları ışığında, amacını gerçekleştirmek için gerekli tüm yasama, yürütme ve yargı yetkileridir. Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 28.

⁶ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 27-28.

⁷ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 28.

⁸ UN Security Council, Security Council Resolution 1511, S/RES/1511 (2003), p. 13. Aurel Sari, s. 2.

⁹ BM Güvenlik Konseyi Başkanına Irak Geçici Yönetimi Başbakanı Dr. Ayad Allawi'nin 5 Haziran 2004'te yazdığı ve ABD Dışişleri Bakanı Colin L. Powell'ın 3 Haziran 2004'te yazdığı mektuplar 1546 sayılı Güvenlik Konseyi kararının ekinde yer almaktadır. UN Security Council, Security Council Resolution 1546, S/RES/1546 (2004). Al-Jedda v. the

Irak hükümetinin talebi doğrultusunda Irak'ta egemen bir geçici yönetimin kurulması ve MNF yönetiminin işgal sonrasında da varlığını ve görevlerini devam ettirmesi kabul edilmiştir.¹⁰

28 Haziran 2004'te tüm yetkiler Geçici Koalisyon Otoritesi'nden Irak Geçici Yönetimi'ne devredilmiş, ancak Otorite ve MNF, Irak hükümetinin talebi ve BM Güvenlik Konseyi yetkilendirmesi neticesinde Irak'ta görevlerini yerine getirmeye devam etmiştir. MNF'yi görevlendiren 1546 sayılı karara müteakip, MNF'nin görev süresi 8 Kasım 2005 tarihli 1637 sayılı ve 28 Kasım 2006 tarihli 1723 sayılı kararlarla uzatılmıştır.¹¹

Karara konu olaya bakılacak olursa AİHM'ye başvuran 1957 Irak doğumlu Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda; Baas Partisi'ne katılmayı reddetmesi üzerine 1978'de Irak'tan ayrılmış, sonrasında Birleşik Arap Emirlikleri ve Pakistan'da bir süre yaşamıştır. 1992'de sığınma başvurusunda bulunarak Birleşik Krallık'ta yaşamaya başlayan Al-Jedda, 2000 yılında Irak vatandaşlığının yanında Birleşik Krallık vatandaşlığını da elde etmiştir.¹²

Eylül 2004'te Irak'ı ziyareti sırasında terör faaliyetlerine katıldığı şüphesiyle 10 Ekim 2004'te kız kardeşinin evinde yakalanmış ve sonrasında Britanya askerlerinin kontrolü altında olan Basra'daki bir hapisanede üç seneden uzun bir süre tutuklu olarak kalmıştır. Tutukluluğunun nedenleri ile alakalı herhangi bir resmi tebliğ alamayan başvuru, bu süreç içerisinde resmen de suçlanmamıştır.¹³ Haziran 2005'te tutukluluğunun devam ettiği sürede Birleşik Krallık yargı makamlarına tutukluluğunun yasallığına karşı itirazda bulunan başvuru, en nihayetinde Birleşik Krallık yargı sisteminin

United Kingdom, p. 33-34.

¹⁰ UN Security Council, Security Council Resolution 1546, S/RES/1546 (2004).

¹¹ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 39.

¹² Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 9.

¹³ Başvurucunun tutuklanma gerekçesi olarak Irak'ın güvenliğinin sağlanması için elzem olması gösterilmiştir. İstihbarat bilgileri üzerine tutuklanan Al-Jedda'nın Britanya otoriteleri tarafından Irak'ta suç işlemek amacıyla Irak dışından terörist topladığına, terörist olduğu tespit edilen bir patlayıcı uzmanının Irak'a seyahatini kolaylaştırdığına; Felluce ve Bağdat çevresindeki bölgelerde Koalisyon Güçlerine karşı el yapımı patlayıcılarla saldırılar düzenlemek için patlayıcı uzmanıyla komplo kurduğuna ve Körfez'deki patlayıcı uzmanı ve İslamcı terör hücrelerinin üyeleriyle, Koalisyon Güçlerine karşı saldırılarda kullanılmak üzere yüksek teknolojili patlatma ekipmanlarını Irak'a kaçırmak üzere plan yaptığına ve bu fiillerden kişisel olarak sorumlu olduğuna inanılmaktaydı. Tüm bu eylemler nedeniyle başvurucaya karşı resmi herhangi bir suç duyurusunda bulunulmadı. Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 11.

nihai yargı mercii olan Lordlar ına başvurmuştur.¹⁴ Lordlar Kamarası; Al-Jedda'nın tutukluluğunun, AİHS m. 1 kapsamında Birleşik Krallık'ın yetki alanında olduğunu kabul etse de Sözleşmenin m. 5(1) hükmü çerçevesinde ihlal oluşturmadığına karar vermiş, bunun üzerine başvuru AİHM'ye m. 5(1) hükmünün ihlali iddiasıyla müracaat etmiştir. 30 Aralık 2007'de salıverilen başvuru, tutukluluğu esnasında Birleşik Krallık vatandaşlığından da çıkarılmıştır.¹⁵

II. HUKUKİ SORUNLAR

A. Britanya Ulusal Hukuku Önünde Dile Getirilen Hukuki Sorunlar

8 Haziran 2005'te Britanya Mahkemeleri önünde Dışişleri Bakanlığı aleyhinde yargısal denetim yoluna başvuran Al-Jedda; tutuklanışının hukuka uygun olmadığını iddia etmiştir. Dışişleri Bakanlığı ise olayın AİHS çerçevesinde Birleşik Krallık'ın yargı yetkisi kapsamında olduğunu kabul etmiştir. Öte yandan Bakanlık tutuklama nedeninin, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen 5. maddesinde yer alan istisnalar kapsamında olmadığından prima facie hakkın ihlalinin var olduğunu onaylasa da tutukluluğun hukuki dayanağının 1511 ve 1546 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararlarının yerine getirilmesi olduğunu ve tutuklama faaliyetinin BM Şartı 103. maddesi ile bağlantılı olarak okunduğunda hukuka uygun bir işlem olduğunu savunmuştur. Dışişleri Bakanlığının bu görüşleri ilk derece Britanya Mahkemeleri tarafından da kabul edilmiş ve tutukluluğun meşru olduğuna karar verilmiştir.¹⁶ 12 Ağustos 2005 tarihli kararında Bölge

¹⁴ Birleşik Krallık parlamentosunun iki meclisinden biri olan Lordlar Kamarası'nın aynı zamanda nihai temyiz makamı olarak verdiği kararlarla diğer tüm mahkemeleri bağlayan yargısal bir görevi de bulunmaktaydı. Ancak 2005 tarihli Anayasal Reform Yasası (*Constitutional Reform Act*) ile bu görevi sona erdirilen Lordlar Kamarası, Ekim 2009'da görevini aynı yasa ile kurulan Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'ne bırakmıştır. <https://www.supremecourt.uk/about/appellate-committee.html> (E.T. 28.10.2023)

¹⁵ 14 Aralık 2007'de Dışişleri Bakanlığının imzaladığı bir talimat ile kamu yararı gereği Birleşik Krallık vatandaşlığından çıkarılmıştır. 30 Aralık 2007'de serbest bırakılmasının ardından Türkiye'ye gelmiş, burada vatandaşlıktan çıkarılma kararına itirazda bulunsa da Birleşik Krallık Özel Göç İtiraz Komisyonu (*Special Immigration Appeals Commission*) Al-Jedda'nın itirazını reddetmiştir. *Al-Jedda v. the United Kingdom*, p. 10-15.

¹⁶ **Madde 25:** Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Antlaşma uyarınca, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır. **Madde 103:** Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükler üstün gelecektir. Çeviri için bkz.: GÜNDÜZ, A., "Milletlerarası Hukuk", in Reşat Volkan Günel (ed.), 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 108. Dışişleri Bakanlığınca göre BM Şartı'nın 25. maddesi gereği üye devletler BM Güvenlik Konseyi bağ-

Mahkemesi(*Divisional Court*) ve 29 Mart 2006 tarihli kararında Temyiz Mahkemesi(*Court of Appeal*) tutukluluğun 1546 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararının yerine getirilmesinden kaynaklandığını ve bu nedenle tutukluluğun hukuka uygun olmadığı şeklindeki itirazı reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi ayrıca Britanya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu gereğince başvurusunun Irak'ta tutuklanması nedeniyle tutukluluğa uygulanacak hukukun Irak Hukuku olduğuna karar vermiştir.¹⁷

Bunun üzerine başvurusunu temyiz etmek isteyen Al-Jedda; Lordlar Kamarası önünde başvurusunu yinelemiştir. Temyiz yargılamasında yeni bir argüman ileri süren Dışişleri Bakanlığı yakın zamanda verilen AİHM'nin *Behrami ve Behrami v. Fransa ve Saramati v. Fransa, Almanya ve Norveç* kararlarına dayanarak; MNF'ye katılan Britanya askerlerinin faaliyetlerinin Birleşik Krallık'tan ziyade BM'ye atfedilmesi gerektiğini savunmuştur.¹⁸ Lordlar Kamarası bu iddiayı reddetse de AİHS m. 5(1) kapsamındaki yükümlülükleri ile zikredilen BM Güvenlik Konseyi kararlarından kaynaklanan yükümlülükleri arasında bir çatışma olduğunu ve BM Şartı m. 103 nedeniyle ihlal oluşmadığı şeklindeki kararı uygun bulmuşlardır.¹⁹

layıcı nitelikteki kararlarının gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür. Söz konusu olayda da Birleşik Krallık'ın 1511 ve 1546 sayılı Güvenlik Konseyi kararlarından kaynaklanan yükümlülüklerinin ile AİHS'den kaynaklanan yükümlülükleri ile çatışmasından dolayı BM Şartı m. 103 gereği Güvenlik Konseyi kararı üstün gelecektir. Sari, A. (2014). Al-Jedda V. United Kingdom, App. No. 27021/08, European Court of Human Rights, 7 July 2011. Ige Dekker, Cedric Ryngaert, Ramses Wessel, Jan Wouters (eds) *Leading Judicial Decisions of the Law of International Organizations*, 2015 Forthcoming, s. 3. <https://ssrn.com/abstract=2529888> (E.T. 30.10.2023).

¹⁷ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 16-17.

¹⁸ Behrami and Behrami v. Fransa davasına konu olay; NATO'nun liderliğinde BM Güvenlik Konseyi'nin 1244 sayılı kararıyla oluşturulan Kosova Güvenlik Gücü (KFOR)'un Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne gerçekleştirdiği saldırılar sonrasında meydana gelen gelişmeler ile ilgilidir. NATO'nun Kosova'da 1999 yılında gerçekleştirmiş olduğu saldırılardan kalan patlamamış haldeki bir bomba 2000 yılında patlayarak iki kardeşten birinin ölmesine ve diğerinin kör olmasına neden olmuştur. Başvurucular patlamayan bombadan KFOR'u sorumlu tutmuş ve o bölgede konuşlandırılan KFOR birliklerinin Fransa'ya ait olması nedeniyle Fransa'ya karşı AİHS'nin yaşam hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle başvurmuştur. Saramati v. Fransa, Almanya ve Norveç davası ise; bölgede BM tarafından görevlendirilen UNMIK polisinin başvuruçuyu tutuklayarak 13 Temmuz 2001'den 26 Ocak 2012'ye kadar KFOR tarafından alıkonulmasına ilişkindir. Başvurucu kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile etkili başvuru hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ye başvurmuştur. Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway, European Court of Human Rights, Grand Chamber, Application nos. 71412/01 and 78166/01, Judgment, Strasbourg, 2 May 2011.

¹⁹ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 18.

Lordlar Kamarası yaptığı yargılamada ilk olarak gerçekleştirilen tutuklama eyleminin BM'ye mi yoksa Birleşik Krallık'a mı atfedilebilir olduğu sorunu incelemiştir. Hukuk lordlarının çoğunluğunun katıldığı Lord Bingham; Birleşik Krallık'ın Güvenlik Konseyi kararları ile Irak'ta gerçekleştirdiği işlevlerin insani yardım ve yeniden inşa şeklinde kısıtlı olduğunu, ancak işlevlerinin 1511 ve 1546 sayılı kararlarla MNF vasıtasıyla güvenliğin ve istikrarın sağlanması şeklinde genişletildiği tespitinde bulunmuştur. Ancak Lord Bingham; söz konusu durumda *Behrami* ve *Saramati* kararlarından farklı olarak BM Güvenlik Konseyi'nin bir yetki devri işlemi yapmadığını; BM Şartı 43 ve devamındaki maddelerinde zikredilen BM'nin kendine ait silahlı kuvvetlerini oluşturması amacının gerçekleştirilememesi nedeniyle Güvenlik Konseyi'nin yerine getiremediği silahlı kuvvetler aracılığıyla uluslararası barış ve güvenliği sağlama işlevinin Birleşik Krallık tarafından yerine getirilmesi için yalnızca yetki verilmesinin söz konusu olduğunu ortaya koymuştur. Ayrıca hiçbir durumda ABD ve Birleşik Krallık'ın silahlı kuvvetlerinin yaptıkları eylemlerden kaynaklanan sorumluluğu reddetmediği veyahut da BM'nin bu eylemleri kabul ettiğinin saptanmadığına da dikkat çekmiştir.²⁰

Behrami ve *Saramati* Davalarının geçtiği Kosova'daki müdahale ile Irak'taki müdahaleyi karşılaştıran Lord Bingham, iki müdahalenin birbirinden farklı olduğunu ortaya koymuştur. Zira Kosova'daki uluslararası güvenlik ve sivil birimlerin, BM'nin açık emriyle kurulduğunu ve BM'nin bir yan organı olan UNMIK (Kosova'daki Birleşmiş Milletler Geçici Yönetim Misyonu) ile birlikte onun himayesi altında işletildiğini dile getirmiştir. Öte yandan Irak'ta faaliyet gösteren MNF'nin, BM'nin açık emriyle kurulmadığını, BM himayesinde faaliyet göstermekle görevlendirilmediğini, Irak'ta BM gücünden oluşan bir delegasyon olmadığını ve ayrıca BM'nin bir yan organı da olmadığını bildirmiştir.²¹ Lord Carswell de Lord Bingham'a bu konuda katılmıştır. Kosova'da yer alan BM Gücünün (KFOR) doğrudan BM himayesinde kurulduğunu, 1244 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı ile uluslararası bir güvenlik birimi tesis etmek üzere üye devletlerin yetkilendirildiğini, ancak 1511 ve 1546 sayılı kararların hiçbirinde MNF üzerindeki kontrol ve yetkinin BM'ye geçirilmesi gerektiğinden bahsetmediğini ortaya koymuştur.²²

²⁰ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 18.

²¹ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 18.

²² Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 18.

Lordlar Kamarası'nın ele aldığı ikinci husus; AİHS m. 5 hükmünün BM Güvenlik Konseyi kararları ile kurulan hukuki rejim ile kısıtlanıp kısıtlanmadığı hususudur. Bununla alakalı olarak Lordlar Kamarası oybirliğiyle BM Şartı 103. madde gereği insan hakları sözleşmeleri söz konusu olsa dahi BM Güvenlik Konseyi kararlarının öncelikli uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır.²³ Lordlar Kamarası, başvuruçunun Güvenlik Konseyi kararlarında kullanılan dilin emredici olmadığından taraflara bir yükümlülük yüklediği şeklindeki iddiasını reddetmiştir.²⁴ Lordlar Kamarası'na BM Şartı ile 43. madde kapsamında sürekli bir askeri kuvvetlere sahip olamayan BM'nin ancak bu tür "yetkilendirme (*authorisation*) kararları" ile kuvvet kullanılması gereken durumlarda gönüllü devletlere meşruiyet zemini sağlayarak, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasını beklemeyi ümit etmektedir. Ancak bu tür yetkilendirmelerin bağlayıcı olmadığını iddia etmek BM ile Güvenlik Konseyi'ne verilen uluslararası barış ve güvenliği sağlama görevini anlamsız hale getirecektir. Ayrıca her ne kadar BM Şartında insan haklarının öneminden bahsedilse de Şartın 103. maddesinin lafzının "başka herhangi bir antlaşma" ifadesini kullanarak herhangi bir istisna tanımadığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Ancak 1546 sayılı kararın MNF'nin silahlı çatışmalar hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerine uygun hareket etmesi gerektiğini söyleyerek bu yetkilendirmenin sınırsız olmadığına da dikkat çekmiştir.²⁵

Son olarak Temyiz Mahkemesinin tutukluluğun tabi olduğu hukukun Irak hukuku olduğu şeklindeki kararına istinaden Lordlar Kamarası'nda başvuruçunun tutukluluğunun Irak Anayasası kapsamında hukuki olmadığını iddia etmiş, Lordlar Kamarası, tutukluluğun Irak hukukunda gerekli görülen

²³ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 20.

²⁴ BM Güvenlik Konseyi VII. Bölüm kapsamında aldığı kararların lafzı bağlayıcı olup olmadığı noktasında belirleyici olabilmektedir. Kararlarda "karar verir" (decide), "rica eder" (request), "talep eder" (demand), "çağrıda bulunur" (call upon), "tavsiye eder" (recommend) gibi ifadelerle yer verilmektedir. Kararların bağlayıcı olup olmadığı lafzıyla birlikte bağlamı içerisinde bir değerlendirmeye tabi tutularak yorumlanmaktadır. Söz konusu kararda da 1546 sayılı kararda Güvenlik Konseyi'nin "zorunlu tutar" (oblige) gibi zorlayıcı ifadelerin yerine "yetkilendirir" (authorize) ifadesini kullanması başvuruçunun tarafından kararın Birleşik Krallık'a bir yükümlülük getirmediği, dolayısıyla tutuklama eylemlerini gerçekleştirme şeklinde bir zorunluluk yüklediği şeklinde yorumlanmışken Lordlar Kamarası başvuruçunun bu argümanına katılmamıştır. Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 20. Çağlayan, S. (2021). "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonları Nedir, Nasıl Okunur?", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (46), 455-476.

²⁵ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 20. 1546 sayılı Güvenlik Konseyi Kararı, p. 10.

korumaları sağladığına karar vermiştir.²⁶

B. AİHM Önünde Dile Getirilen Hukuki Sorunlar

AİHM önünde taraflar iddialarını yenilemiştir. Britanya hükümeti, başvurucuyu tutuklayarak Britanya kuvvetlerinin Birleşik Krallık'ın egemen yetkisi altında değil, ilgili BM Güvenlik Konseyi kararları ile yetkilendirilen MNF'nin yetkisi altında hareket ettiğini ileri sürmüştür. Bu nedenle Britanya hükümetine göre söz konusu dava konusu olay, Birleşik Krallık'a atfedilemeyeceğinden AİHM'in kişi bakımından yetkisizliği söz konusudur.²⁷

Ayrıca Britanya hükümeti, MNF içerisinde yer alan Britanya kuvvetlerinin hukuki niteliğinin; Kosova'daki KFOR'u oluşturan ulusal birliklerden farklı olmadığını bu nedenle söz konusu davaya da *Behrami* Kararının uygulanması gerektiğini iddia etmiştir.²⁸ Zira Kosova'daki NATO önderliğindeki KFOR, BM Güvenlik Konseyi'nin 1244 sayılı kararı ile BM Şartı VII. Bölümü kapsamında yetkilendirmişken; MNF, 1511 ve 1546 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararları ile VII. Bölüme atıf yaparak Irak'ın güvenliği ve istikrarının sağlanması için gerekli tüm önlemleri almakla yetkilendirilmiştir.²⁹

Behrami ve *Saramati* davalarında Mahkeme; operasyonlar esnasındaki hukuka aykırılıklardan dolayı BM'nin sorumlu tutulabilmesi için temel sorunun Güvenlik Konseyi'nin operasyonel komutayı devrederek nihai yetki ve kontrolü elinde bulundurup bulundurmadığının tespiti olduğunu ifade etmiştir.³⁰ Buna dayanarak Britanya hükümeti; KFOR üzerinde BM'nin nihai otorite ve kontrolünü belirleyen beş faktörü Al-Jedda'nın tutukluluğunda da uygulamıştır. Buna göre; ilk olarak gönüllü devletlerden oluşan MNF, BM Şartı VII. Bölüm kapsamında Güvenlik Konseyi tarafından yetkilendirilmiştir. İkinci olarak; bahsedilen yetki, görevlendirmeye müsait bir yetki olup tam bir yetki devri söz konusu değildir. Üçüncü olarak; bahsedilen yetki 1511,1546 ve sonraki kararlar açıkça ortaya konan ve tutukluluktan önce de var olan bir yetkidir.³¹ Dördüncü olarak 1546 sayılı kararda MNF'nin sahip olduğu

²⁶ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 23-24.

²⁷ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 64

²⁸ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 67.

²⁹ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 65.

³⁰ *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, p. 132-133.

³¹ Başvurucu 1546 sayılı kararın kabulünden birkaç ay sonra tutuklanmıştır. *Al-Jedda v. the United Kingdom*, p. 66.

yetkilerin sınırları açıkça belirlenmiş ve bunu 1244 sayılı karardan daha belirgin bir kesinlikle gerçekleştirmiştir. Son olarak; MNF ABD aracılığıyla Güvenlik Konseyi'ne üç ayda bir rapor vermekle sorumlu tutulmuş, bu raporların Güvenlik Konseyi tarafından gözden geçirilmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla söz konusu incelemeler Güvenlik Konseyi'nin MNF üzerindeki nihai kontrolünü koruduğunu göstermektedir.³²

Hükümet ayrıca; başvurucunun Birleşik Krallık tarafından tutuklanmasının ortak komuta ve denetimin bir sonucu olduğunu, bununla birlikte Birleşik Krallık askerleri tarafından gerçekleştirilen söz konusu tutuklamanın, müdahale sırasında gerçekleştirilen eylemleri Güvenlik Konseyi himayesinden çıkardığına ilişkin herhangi bir kanıt olmadığını ileri sürmüştür.³³ Öte yandan AİHS kapsamında; MNF'nin Birleşik Krallık askerleri tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerden Birleşik Krallık'ın sorumlu tutulmasını, diğer koalisyon devletleri tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerden ise diğer devletlerin sorumlu tutulmasının MNF'nin ortak komuta ve denetim mekanizmasıyla uyuşmadığını belirtmektedir. Nitekim hükümet, bu uygulamanın devletleri BM himayesi altında gerçekleştirilecek diğer askerî operasyonlara katılmaktan caydıracağı çıkarımında bulunmuştur.³⁴

Sözleşme'nin 5. maddesinin ilk fıkrasının ihlal edildiği noktasında ise hükümet; gerek 1546 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararından kaynaklanan yükümlülükler gerekse de Birleşik Krallık'ın Irak'ta işgalci güç olması nedeniyle 1907 tarihli Kara Savaşı Kurallarına İlişkin Lahey Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülükler nedeniyle tutuklama tedbirini uygulamakla mükellef olduğunu ifade etmiştir. 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 43. maddesi gereği işgalci gücün kamu düzeni ve güvenliğinin mümkün olduğunca yeniden sağlanarak devam ettirilmesi için yetkisi dâhilindeki tüm önlemleri alması gerekmektedir.³⁵ Ayrıca hükümet 1949 Cenevre Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin 27. maddesinde yer alan işgal

³² Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 66.

³³ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 67.

³⁴ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 68.

³⁵ **Madde 43:** "The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country." Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907/regulations-art-43?activeTab=undefined> (E.T. 01.10.2023)

edilen topraklardaki sivil nüfusun ilgili tüm şiddet ve tehdit hareketlerine karşı korunmaları ve 64. maddesinden kaynaklanan işgal edilen toprakları muntazam idare etme şeklindeki genel yükümlülüğünü de ileri sürmüştür.³⁶ Yine aynı Sözleşme'nin 78. maddesi gereği işgalci devletin güvenliğin zorunlu kıldığı hallerde gerekli görmesi durumunda gözaltına alma yetkisine dikkat çekmiştir.³⁷

Hükümet; 1546 sayılı Güvenlik Konseyi kararında açıkça “bu karar ek mektuplarla uyumlu bir şekilde Irak'taki istikrar ve güvenliğin sağlanmasına katkıda bulunmak için gerekli tüm önlemleri alma yetkisi ile” donatıldığına yer verdiğini ifade etmiştir. Karara ek mektupta ABD Dışişleri Bakanı Colin Powell'in açıkça MNF'nin devam ettireceği görevlerden birinin gözaltına alma olduğu net bir şekilde ortaya konmuştur.³⁸ Bu nedenle hükümet; güvenliğin gerektirmesi sebebiyle ve ilgili Güvenlik Konseyi kararlarında anılan amaçların gerçekleştirilmesinin doğal sonucu olarak tutuklama tedbirinin meşru ve olağan olduğu sonucuna ulaşmıştır.³⁹

Hükümete göre ayrıca BM Şartı'nın 25. maddesi gereği BM üyesi tüm devletler BM Güvenlik Konseyi kararlarını yerine getirmekle yükümlüdür. Bu kapsamda Şartın 103. maddesi gereği 25. maddeden kaynaklanan yükümlülüklerin devletlerin diğer uluslararası sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülüklerinden üstün olduğuna ilişkin Lordlar Kamarası'nda sunduğu

³⁶ **Madde 27(1):** “Her türlü ahval ve şeriat altında; şahıslarına, namuslarına, aile haklarına, dini akidelerine ve ibadetlerine, itiyat, örf ve adetlerine saygı gösterilmesi himaye edilen şahısların hakkıdır. Bunlar her zaman insani muameleye tabi tutulacaklar ve bilhassa şiddet veya tehdit hareketlerine, hakarete veya halkın teccüsüne karşı himaye olunacaklardır.” Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin (IV No.lu) Cenevre Sözleşmesi, m. 27(1). **Madde 64(2):** “Mamañih şağil devlet, işğali altındaki toprak ahalisini, işbu sözleşmeden kendi uhdesine terettüp eden vecibeleri yerine getirmek ve mezkûr toprakların muntazam idaresiyle birlikte gerek şamil devletin gerek işgal kuvvetleri veya idaresi mensuplarının ve bu devlet tarafından kullanılan müesseselerin ve muvasala yollarının emniyetini temin etmek için lüzumlu olan tedbirlere tabi tutulabileceklerdir.” Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin (IV No.lu) Cenevre Sözleşmesi, m. 64(2). Batur Yamaner, M., Öktem, E., Kurtdarcan, B. & Uzun, C. (2009). *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42. (<https://dspace.ceid.org>). (E.T. 01.10.2023).

³⁷ **Madde 78(1):** Şayet şağil devlet, himaye gören şahıslar hakkında, mücbir emniyet sebeplerine mebni tedbirlere almaya lüzum görürse, bunları nihayet mecburi ikamete memur ve enterne edebilir. 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin (IV No.lu) Cenevre Sözleşmesi, m. 78 (1).

³⁸ 1546 sayılı Güvenlik Konseyi karar eki.

³⁹ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 87- 88.

argümanını tekrarlamıştır. Ancak 103. madde kapsamındaki yükümlülükler BM Güvenlik Konseyi'nin devletleri sadece zorunlu tuttuğu yükümlülükler ile sınırlandırılmamalı, aynı zamanda Konsey'in yetki verdiği kararların da diğer sözleşmesel yükümlülüklerden üstün tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Hükümet; Konsey'in bu görüşü 1990'ların başından beri amaçlarını gerçekleştirmek üzere özellikle askeri operasyona yetki veren kararlar ile kabul ettiğini belirtmiştir. Zira Konsey'in askeri operasyonları gerçekleştirmesi ancak BM Şartı 43. madde kapsamında ancak BM nezdinde oluşturulan bir silahlı kuvvetin oluşturulması ile mümkündür. Ancak henüz kurulamamış bu askeri kuvvetin yokluğu karşısında yetkilendirme kararlarının üstün kabul edilmemesi durumunda askeri operasyonlara katkı sağlayacak devletler diğer sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal edebileceklerinden Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliği sağlama görevini yerine getiremeyecektir. Bu nedenlerle hükümet; 1546 sayılı karardan kaynaklanan yükümlülüklerinin öncelikli olmasından dolayı AİHS m. 5(1) hükmünün yerine geçtiği sonucuna ulaşmıştır.⁴⁰

Başvurucu ise hükümetin, ulusal yargılamalar esnasında tutukluluğunun Birleşik Krallık tarafından yönetilen bir askeri hapisanede gerçekleşmesi nedeniyle Birleşik Krallık'ın yargı yetkisi içerisinde olduğunu açıkça kabul ettiğine dikkat çekmiştir. Yetki konusundaki itiraz; ilk defa Lordlar Kamarası önünde gerçekleştirilen yargılamalarda ortaya atılmıştır. Dolayısıyla başvuru, Birleşik Krallık'ın tutukluluktan sorumlu tutulmasının uygulamada birtakım sıkıntılara yol açacağı şeklindeki argümanına şüpheyile yaklaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Zira çok uluslu askeri operasyonlarda etkin kontrolün olduğu yerde sorumluluğun doğacağı, bu nedenle uluslararası örgüt ve/veya bir veya birden fazla devletin hukuka aykırı eylemlerden müştereken sorumlu tutulabileceğinin kabul edildiğine dikkat çekmektedir. Bu nedenle başvuru, hükümetin AİHS'in çok uluslu operasyonlara uygulanmak için tasarlanmadığı iddiasını reddetmekte, aksine Sözleşmeciler Devletlerin yetkilerini uluslararası örgütlere devrederek veya Sözleşme haklarının veya eşdeğer bir standardın güvence altına alınamayacağı ortak makamlar oluşturarak Sözleşme kapsamındaki sorumluluklarından kaçamayacaklarını ifade etmektedir.⁴¹

Başvurucu ayrıca somut olayda Lordlar Kamarası'nın Birleşik Krallık'ın

⁴⁰ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 89- 90

⁴¹ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 69.

yetkisini kabul ettiğine dikkat çekmiş, Lordlar Kamarası'nın yargılamasındaki gerekçe ve sonuçları AİHM'de ileri sürmüştür. Başvurucu; KFOR ile MNF'nin hukuki pozisyonlarının birbirinden farklı olduğunu bu nedenle de kendi tutukluluğunun BM'ye değil Birleşik Krallık'a atfedilebileceğini savunmuştur.⁴² KFOR'dan farklı olarak Irak'ta MNF'nin koalisyon devletleri tarafından oluşturulan Geçici Koalisyon Otoritesi aracılığıyla faaliyetlerini gerçekleştirdiğinden BM himayesinde olmadığını ve ek olarak BM'nin ve MNF'nin söz konusu görevlerinin, 1483, 1511 ve 1546 sayılı kararlarda ve ABD Dışişleri Bakanı'nın Güvenlik Konseyi'ne yazdığı mektupta açıkça ortaya konduğunu dile getirmiştir.⁴³

Yine AİHS m. 5(1) hükmünün ihlali noktasında başvurucu, hükümetin ihlalin 1546 sayılı karardan kaynaklandığı yönündeki iddiasını reddetmiştir. Başvurucuya göre anılan karar Birleşik Krallık'a yetki vermiş, ancak bir yükümlülük öngörmemiştir. 1546 sayılı kararın lafzı ve ekindeki mektuplarda, Güvenlik Konseyi'nden MNF'ye, Irak'taki güvenlik ve istikrarın korunmasına katkıda bulunmak amacıyla gerekli gördüğü önlemleri alması için yetki vermesinin istendiğini ve bu yetkinin Konsey tarafından verildiğini ortaya koymaktadır. Ancak bu yetki, bir devletin insan hakları yükümlülükleriyle bağdaşmayan bir eylemde bulunmasını gerektirmemekte, bunun yerine güvenliğin sürdürülmesine katkıda bulunup bulunmayacağı, ne zaman ve nasıl katkıda bulunacağı konusunda Devlete bir takdir yetkisi bırakmaktadır. Başvurucuya göre eğer Güvenlik Konseyi Birleşik Krallık'tan insan hakları ile çatışabilecek bir yükümlülüğü yerine getirmesini isteseydi, insan haklarına saygı BM Şartında yer alan temel amaçlardan biri olduğundan, bunu açık ve tartışmaya yer bırakmayacak bir dille ifade etmesi gerekirdi. Dolayısıyla m. 103'ten kaynaklanan üstünlük kurumu söz konusu olayda uygulanabilir değildir.⁴⁴

Başvurucu ayrıca “Kadı Kararı”na atıf yaparak söz konusu kararda düalist bir yaklaşım sergilen Avrupa Adalet Divanı'nın, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarını yürürlüğe koymak için kabul edilen tedbirlerin, Birlik hukuku tarafından korunan insan haklarına uygunluk gerekçesiyle incelemeye tabi olduğuna karar verdiğine dikkat çekmiştir.⁴⁵ Başvurucu 1546

⁴² Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 70.

⁴³ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 71-72.

⁴⁴ Al-Jedda v. the United Kingdom, p.93.

⁴⁵ KOKOTT, J., & SOBOTTA, C. (2016). Kadı Davası-Temel Anayasal Değerler ve

sayılı kararda da Kadı kararında olduğu gibi Güvenlik Konseyi kararlarının Birlik hukukunda korunan insan hakları yükümlülüklerini dışlamadığını savunmuştur.⁴⁶ Başvurucu ayrıca Güvenlik Konseyi kararları aracılığıyla insan hakları yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmanın Sözleşme'deki tüm haklara genel ve kapsamlı bir istisna getireceğini de dile getirmiştir.⁴⁷

III. AİHM'İN KONUSU HAKKINDAKİ GÖRÜŞÜ

Mahkeme, Sözleşmenin m. 5(1) hükmünün Birleşik Krallık tarafından ihlal edildiği iddiasını ilk olarak kabul edilebilirlik kriterleri açısından incelemiş, Birleşik Krallık'ın yetkili olup olmadığı meselesinin, olayın esası ile yakından bağlantılı olması nedeniyle esas incelemesinde ele almaya karar vermiştir. Öte yandan ihlal iddiasının 35. madde kapsamında dayanaktan açıkça yoksun olmadığından ve diğer kabul edilebilirlik kriterlerini de sağladığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.⁴⁸

Mahkeme sonrasında esas hakkında incelemeye geçmiş, esas hakkındaki incelemesini temelde iki başlık altında toplamıştır. İlk olarak başvurunun tutukluluğunun Birleşik Krallık yetkisi altında olup olmadığını değerlendirmiş, sonrasında ise AİHS m. 5(1)'in ihlalinin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği sorununa odaklanmıştır.

A. Yetki İncelemesi

AİHS'nin 1. maddesi şu şekildedir: “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından

Millîlerarası Hukuk Arasında Bir Denge Sağlanabilir Mi?. *Ankara Barosu Dergisi*, (1), s. 335.

⁴⁶ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 94

⁴⁷ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 95.

⁴⁸ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 62. Mahkeme kabul edilebilirlik incelemesini ilk olarak Mahkeme'nin kişi, konu, yer ve zaman bakımından yetkili olup olmadığını tespit ederek yapmaktadır. Sonrasında 35. maddede öngörülen kabul edilebilirlik kriterlerini açısından bir incelemeye tabi tutulmaktadır. Bu kriterler; iç hukuk yolları tüketilmiş olması, iç hukuk düzeninde varılan kesin karardan itibaren 6 aylık süre içinde Mahkemeye başvurulmuş olması, başvurunun imzasız (anonim) olmaması, daha önce AİHM ya da bir başka uluslararası organ önüne getirilmemiş olması, ihlal iddiasının Sözleşme ve ek protokollerinde düzenlenen haklara ilişkin olması, dayanaktan yoksun ya da temelsiz olmaması, başvurunun hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olmamasıdır. Bu koşulları sağlayan bir başvuru, ancak Mahkeme tarafından esastan incelenebilmektedir. Al-Jedda kararında yetki incelemesi esas ile birlikte yapılmış, diğer kabul edilebilirlik kriterleri açısından başvurunun koşulları sağladığı tespit edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 35. Avrupa Konseyi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi*, 2022, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/admissibility_guide_tur .

kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.”⁴⁹ Madde metninden de görüleceği üzere devletlerin Sözleşmeye taraf olmakla üstlendikleri yükümlülükler yetki alanlarında bulunan kişilerin (*ratione personae*) hak ve özgürlüklerinden yararlanmalarını sağlamaktır. 1. maddede ifade edilen yetki bir eşik kriteri olup, bir taraf devletin, Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlüklerin ihlali iddiasına yol açan, kendisine atfedilebilen eylem veya ihmallerden sorumlu tutulabilmesi için gerekli bir şarttır.⁵⁰

AİHM, ilk derece ve temyiz ulusal yargulamalarında, başvurusunun Basra'da Britanya askerlerinin kontrolü altındaki askeri hapisanede tutuklanmasının Birleşik Krallık'ın yetkisi altına girdiğini, ancak hükümetin ilk defa Lordlar Kamarası önünde yapılan nihai temyizde yetki itirazı yaptığını teyit etmiştir. Ayrıca bu iddianın Lordlar Kamarası tarafından da kabul edilmediğini not etmiştir.⁵¹

Mahkeme, gerçekleştirilen fiilin hangi uluslararası süjenin yetkisi altında olduğunu yani tutuklamanın BM'ye mi yoksa Birleşik Krallık'a mı atfedilebilir olduğunu açıklığa kavuşturmak için davadaki olayları ve Irak'taki güvenlik rejiminin temelini oluşturan ilgili BM Güvenlik Konseyi kararlarının öncelikli olarak incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Ancak bunu yaparken Mahkeme'nin BM Şartı ve ilgili diğer belgelerin hükümlerini nihai bir şekilde tanımlama şeklinde bir iddiası bulunmadığını da belirtmiştir. Öte yandan olayın çözüme kavuşturulabilmesi için itiraz edilen hususların makul bir dayanağının bulunup bulunmadığını da araştırmakla görevli olduğundan Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) “Namibya'da Güney Afrika'nın Sürekli Varlığının Hukuki Sonuçları” danışma görüşündeki kanaatini rehber alacağını ifade etmiştir.⁵² Dolayısıyla bu kararlar Güvenlik Konseyi kararlarının yalnızca

⁴⁹ **Madde 1:** “The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of [the] Convention.” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 1.

⁵⁰ *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* European Court of Human Rights, Grand Chamber, Application no. 48787/99, Judgment, Strasbourg, 12 December 2004, p. 311. Sari, s. 4.

⁵¹ *Al-Jedda v. the United Kingdom*, p. 75

⁵² “Ayrıca, ilgili Güvenlik Konseyi kararlarının emredici bir dil yerine teşvik edici bir dille ifade edilmekte olup, bu nedenle söz konusu kararların bir Devlete herhangi bir hukuki görev yüklemeye veya bir Devletin herhangi bir hakkını hukuken etkileme iddiasında olmadığı ileri sürülmüştür. Bağlayıcı olup olmadığına ilişkin bir sonuca varılmadan önce, Güvenlik Konseyi kararının dili dikkatle analiz edilmelidir. 25. madde kapsamındaki yetkilerin niteliği göz önüne alındığında, bu yetkilerin gerçekten kullanılıp kullanılmadığı sorunu, yorumlanacak

kararın ele alındığı dil ışığında yorumlanmaması gerektiği, aynı zamanda kabul edildiği bağlamın da dikkatle incelenmesi gerektiği şeklindeki UAD içtihadını teyit etmiştir.⁵³

AİHM, 20 Mart 2003 tarihinde Birleşik Krallık'ın, ABD ve koalisyon ortağı devletlerle birlikte, silahlı kuvvetleri aracılığıyla, o dönemde iktidarda olan Baas rejimini devirmek amacıyla Irak'a girmesini başlangıç noktası olarak ele almıştır. Ayrıca Mahkeme, işgal sırasında, mevcut rejimin devrilmesi durumunda Irak'ta görev dağılımını öngören bir Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı yokluğuna dikkat çekmiştir.⁵⁴ Öte yandan 8 Mayıs 2003 tarihli ABD ve Birleşik Krallık başkanlarının, BM Güvenlik Konseyi başkanına yazdığı mektupta önceki rejimin yerine getirilen Geçici Koalisyon Otoritesi oluşturulurken, Otorite'nin hükümet yetkileri ile donatıldığı açıkça belirtilmiştir. Aynı mektupta Otorite'nin temel görevlerinden birinin Irak'ın güvenliği olduğunu ve bu nedenle "Irak'ın askeri ve güvenlik konularıyla görevli kurumlarının derhal kontrolünü üstlenme" ile sorumlu olduğu belirtilmiştir. Devamında BM'nin insani müdahaledeki rolüne dikkat çekilmiş, diğer üye devletlerin de *Geçici Koalisyon Otoritesinin uygun koordinasyonu altında* Koalisyon Devletlerine katkı ve destek sağlamaları teşvik edilmiştir.⁵⁵ Son olarak "CPA Regulation No.1" düzenlemesinde de Otoriteye verilen hükümet etme görevinin Irak hükümetinin oluşturulmasına kadar devam edeceği dile getirilmiştir.⁵⁶

Mahkeme; Irak'ın istilasından sonra Güvenlik Konseyi tarafından alınan ilk karar olan 22 Mayıs 2003 tarihli 1483 sayılı karar BM'ye güvenliği sağlamak anlamında herhangi bir rol yüklenmediğini gözlemlemiştir.⁵⁷ Kararda Otorite aracılığıyla koalisyon üyesi devletlerin "özellikle güvenlik ve istikrar koşullarının yeniden tesis edilmesine yönelik çalışmalar da dâhil olmak üzere, bölgenin etkin yönetimi yoluyla Irak halkının refahını artırmak" ile görevli

kararın şartları, bu karara yol açan tartışmalar, ileri sürülen Şart hükümleri ve genel olarak Güvenlik Konseyi kararının hukuki sonuçlarının belirlenmesine yardımcı olabilecek tüm koşullar dikkate alınarak belirlenecektir." ICJ, Advisory Opinion (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*), 21 June 1971, p. 114.

⁵³ Sari, s. 5. Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 76.

⁵⁴ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 77.

⁵⁵ 1546 sayılı Güvenlik Konseyi karar eki.

⁵⁶ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 77.

⁵⁷ Sari, s. 5. Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 78.

olduğu dile getirmiştir.⁵⁸ Ayrıca istila ve işgal sürecinde Britanya hükümeti de kendi silahlı kuvvetlerinin eylemlerinin BM'ye atfedilebilir olmadığına karşı çıkmamıştır.⁵⁹

16 Ekim 2003 tarihli 1511 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararında, Konsey; Geçici Koalisyon Otoritesi'nin 1483 sayılı kararda kendisine verilen sorumlulukları ve yetkilerin geçici niteliğine bu kararda da vurgu yaparak yetkilerinin uluslararası düzeyde tanınan, temsili bir Irak hükümetinin yönetimi devralıncaya kadar devam edeceğini belirtmiştir. Kararın 13. ve 14. paragraflarında birleşik komuta altındaki MNF'yi Irak'ta güvenlik ve istikrarın sağlanmasını sağlayacak gerekli tüm önlemleri almaya yetkili kılmış ve diğer tüm üye devletleri BM denetimi altında MNF'ye yardım sağlamaları noktasında teşvik etmiştir.⁶⁰ ABD ise MNF adına MNF'nin çalışmalarını alaka periyodik rapor verme göreviyle görevlendirilmiştir.⁶¹ Ayrıca BM Irak Yardım Misyonu(UNAMI), BM Genel Sekreteri ve Özel Temsilci aracılığıyla Irak'ta insani yardım sağlanması, ekonomik yeniden yapılanmanın ve sürdürülebilir kalkınma koşullarının teşvik edilmesi ve temsili hükümet için ulusal ve yerel kurumların yeniden kurulmasına yönelik çabaların ilerletilmesi amaçlanmıştır.⁶²

Mahkeme; 1511 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı ile verilen yetkilendirmenin MNF'ye katkı sağlayan devlet askerlerinin eylemlerinin BM'ye atfedilebilir olduğu görüşünü kabul etmemiştir. MNF'nin Irak'ı istilasından itibaren Irak'ta varlık gösterdiği, 1483 sayılı karar ile tanındığını, 1511 sayılı karar ile de birleşik komuta idaresinin değişmediğini ortaya koymuştur. Dahası ABD ve Birleşik Krallık'ın işgal rejiminin başından itibaren Geçici Koalisyon Otoritesi aracılığıyla Irak'ta hükümet yetkilerini kullandığını tespit etmiştir. Öte yandan ABD'nin BM Güvenlik Konseyi'ne periyodik rapor verme ile görevlendirilmesinin, Güvenlik Konseyi'nin Otorite veya MNF'nin herhangi bir yürütme fonksiyonu üzerinde kontrole sahip olmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁶³

Konu ile alakalı alınan son önemli karar olan 1546 sayılı 8 Haziran 2004

⁵⁸ 1483 sayılı Güvenlik Konseyi kararı, p. 4.

⁵⁹ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 78.

⁶⁰ 1511 sayılı Güvenlik Konseyi kararı, p. 13-14.

⁶¹ 1511 sayılı Güvenlik Konseyi kararı, p. 25.

⁶² 1511 sayılı Güvenlik Konseyi kararı, p. 8.

⁶³ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 80.

tarhli karar; Geçici Koalisyon Otoritesinden Geçici Hükümet'e yetkilerin devredilmesinden yirmi gün, başvurusunun tutuklanmasından ise yaklaşık dört ay önce alınmıştır. Mahkeme söz konusu kararın ekinde Irak Geçici Hükümet Başbakanı'nın MNF'nin varlığının devamını talep ettiği; Amerikan Dışişleri Bakanı'nın, Irak'ta güvenliğin sağlanması için katkıda bulunmaya devam etmeye hazır olduklarını ve MNF'nin bu doğrultudaki amaçlarını dile getirdiği Güvenlik Konseyi başkanına yöneltilen mektuplara dikkat çekmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, ne Dışişleri Bakanı'nın mektubunun ne de Güvenlik Konseyi kararının lafzından bu belgelerle BM'ye MNF üzerinde önceki kararlarla verilmiş olanın üzerinde bir kontrol ve komuta yetkisinin verildiği şeklinde bir çıkarım yapılamadığı sonucuna ulaşmıştır.⁶⁴

Öte yandan açıkça BM organları olan ve Irak'ta demokratik kurumların, ekonomik gelişmenin ve insani yardımın oluşturulmasıyla görevlendirilmiş BM Genel Sekreteri ve BM Irak Yardım Misyonu'nun Güvenlik Konseyi'ne sundukları üçer aylık ve ikişer aylık raporlarda, MNF'nin gerçekleştirdiği güvenlik amaçlı tutuklamaların defaatle protesto edildiği Mahkeme tarafından tespit edilmiştir. Hatta BM Irak Yardım Misyonu, ABD büyükelçiliği ile tutuklama prosedürünü değiştirmesi için yazışmıştır. Yargılama yapılmaksızın süresiz yargılamaları açıkça onaylamadığı görülen BM'nin bu işlemlerden dolayı sorumlu tutulabilmesi Mahkemece kabul edilebilir bulunmamıştır.⁶⁵

Mahkeme ayrıca Lordlar Kamarası'nın BM'nin 1999'da Kosova'daki güvenliği sağlama rolü ile 2004'te Irak'taki rolünün birbirinden farklı olduğu şeklindeki çıkarımına katılmıştır. Zira Mahkeme *Behrami* ve *Saramati* kararlarında Saramati'nin tutukluluğunun Kosova'daki askeri müdahalelere katkı sunan devletlere değil BM'ye atfedilir olduğuna karar vermiştir. Ancak Kosova'daki durum 1244 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı ile tesis edilmiş, "*Kosova'daki vahim insani durumu çözüme ulaştırmak amacıyla... Birleşmiş Milletler himayesi altında uluslararası sivil ve güvenlik birimlerinin Kosova'da konuşlandırılması*"na karar verilmiştir.⁶⁶ Dolayısıyla Güvenlik Konseyi, üye devletlere ve ilgili uluslararası kuruluşlara Kosova'da uluslararası güvenliği sağlamak için yetki vermiş ve bu yetkilendirmede birleşik komuta ve kontrol altında konuşlandırılması gereken kuvvetlere NATO'nun katılımı olacağını bildirmiştir. Aynı kararlar Güvenlik Konseyi Kosova'da geçici bir

⁶⁴ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 81.

⁶⁵ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 82.

⁶⁶ UN Security Council, Security Council Resolution 1244, S/RES/1244 (1999), p. 5.

idarenin sağlanması için BM Genel Sekreteri'ni Kosova'da sivil ve güvenlik birimlerini oluşturmak üzere yetkilendirmiştir. Ayrıca BM, Genel Sekreter tarafından Güvenlik Konseyi ile istişarede bulunularak atanan Özel Temsilci aracılığıyla, uluslararası sivil birimlerinin uygulanmasını kontrol etme ve uluslararası güvenlik birimlerinin yakın koordinasyonu sağlamak üzere görevlendirilmiştir.⁶⁷ Kararın alınmasından iki gün sonra NATO liderliğindeki Kosova Kuvvetleri (KFOR) Kosova'ya girmiştir.⁶⁸

Lordlar Kamarası'ndaki "hukuk lordlarından" biri olan Lord Bingham tarafından ileri sürülen ve diğer üyeler tarafından da kabul edilen atfedilebilirliğin tespit edilmesi için uygulanacak test, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelerin 7. maddesinde ve buna ilişkin yorumunda ortaya konan testtir. Yani bir Devletin bir organının davranışı, uluslararası bir örgütün tasarrufunda olan bir fiilse ve örgüt de bu davranış üzerinde etkin bir kontrole sahipse uluslararası hukuka göre o örgüte atfedilebilir olmalıdır.⁶⁹ Ancak Mahkeme yukarıda sayılan nedenlerle BM Güvenlik Konseyi'nin MNF üzerinde ne etkin ne de nihai bir yetki ve kontrolü olmadığından başvurunun tutukluluğunun BM'ye atfedilebilir olmadığına karar vermiştir.⁷⁰

Ayrıca tutukluluk Basra şehrinde, Britanya askerleri tarafından kontrol edilen bir askeri hapisanede gerçekleştirilmiş, dolayısıyla başvurunun tüm tutukluluk sürecinde Birleşik Krallık'ın tam yetki ve kontrolü altında olduğunu tespit etmiştir. Başvurunun tutukluluğunun devamı da hapisaneden sorumlu Britanya askeri görevlisi tarafından verilmiştir. Her ne kadar tutukluluğun devamı çeşitli komiteler tarafından düzenli olarak gözden geçirilse de bu gözden geçirmeleri Mahkeme, Birleşik Krallık'a atfedilebilirliğini engelleyici sebepler olarak görmemiştir.⁷¹

Sonuç olarak Mahkeme, Lordlar Kamarası'nın çoğunluk görüşüne katılarak fiilin AİHS 1. madde kapsamında Birleşik Krallık yetkisi altında

⁶⁷ Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway, p. 3-4 ve 41.

⁶⁸ Sari, s. 7.

⁶⁹ International Law Commission, Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (A/66/10, para. 88), Yearbook of the International Law Commission, 2011, Vol. II, Part Two.

⁷⁰ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 84.

⁷¹ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 85.

işlendiğini ve Birleşik Krallık'a atfedilebilir olduğuna karar vermiştir.⁷²

B. AİHS'nin 5(1) Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

Mahkeme, başvurunun yaklaşık üç yıl boyunca Britanya askeri hapisanesinde tutuklu kaldığını, devam eden tutukluluğunun başlangıçta Britanyalı üst düzey askeri personeli tarafından ve daha sonra Irak ve Birleşik Krallık hükümetlerinin temsilcileri ve Britanyalı olmayan askeri personel tarafından yetkilendirilip denetlendiğini, tutuklama nedeninin istihbarat bilgilerinden kaynaklanmakla birlikte başvurucuya bildirilmediğini, tutuklama süresince herhangi bir cezai kovuşturma başlatılmadığını tespit etmekle başlamıştır. Devamında m. 5(1)'de yer alan hükmün temelde devletlerin keyfi olarak bireyleri özgürlüklerinden alıkoymalarını engellemek amacını taşıdığını, hakkın ancak aynı madde metninde yer alan (a)-(f) fıkralarındaki tahdidi sınırlama sebepleri ve 15. maddedeki hukuki derogasyon rejimi ile sınırlandırılabileceğini bildirmiştir.⁷³

Gerekli hatırlatmalardan sonra makul bir süre içerisinde cezai soruşturma ve kovuşturma yapılmayan suçlamalar nedeniyle yapılan önleyici gözaltı ve tutuklamaların m. 5(1)'i ihlal ettiğinin mahkeme içtihadı ile yerleştiğini ifade etmiştir.⁷⁴ Ayrıca hükümet ne m. 5(1)'de yer alan istisnalar kapsamında ne de derogasyon rejimini ele alan m. 15 kapsamında tutukluluğun haklı olduğu konusunda herhangi bir argüman sürmemiştir. Hükümet tutukluluğun meşruiyetini Güvenlik Konseyi kararından kaynaklanan bir yükümlülük olması ve BM Şartı m. 103 nedeniyle Sözleşme'nin m.5(1) hükmünün yerine geçmesine dayandırmıştır. Mahkeme de bu nedenle çözülmesi gereken temel sorunun 1546 sayılı kararın gerçekte Birleşik Krallık'a başvurunun tutuklama yükümlülüğü getirip getirmemek olduğunda karar kılmasıdır.⁷⁵

Mahkeme; BM'nin amaçlarından birinin “...herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası iş

⁷² Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 86.

⁷³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 15. Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 87.

⁷⁴ Bu yöndeki kararlar için bkz. Lawless v. Ireland (no. 3), European Court of Human Rights, Court (Chamber), Application no. 332/57, Judgment, Strasbourg, 1 July 1961; Ireland v. the United Kingdom, European Court of Human Rights, Court (Plenary), Application no. 5310/71, Judgment, Strasbourg, 18 January 1978; Guzzardi v. Italy, European Court of Human Rights, Court (Plenary), Application no. 7367/76, Judgment, Strasbourg, 6 November 1980; Jėčius v. Lithuania, European Court of Human Rights, Court (Plenary), Application no. 34578/97, 1 December 1997; Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 99-100.

⁷⁵ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 97-101.

birliğini sağlamak” olduğunu⁷⁶ ve Konsey'in “*görevlerini yerine getirirken Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine uygun hareket etme*” görevini⁷⁷ hatırlatmıştır. Şartın insan hakları vurgusundan hareketle hem BM Şartı'nın hem de AİHS'nin ruhuna uygun olan yorumun; Güvenlik Konseyi'nin insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı önlemler alması durumunda açık ve kesin bir dilin kullanılacağı olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁷⁸

1546 sayılı karar ve ekindeki mektuplarda hem Irak'ta güvenlik ve istikrarı sağlamak için MNF'nin gerekli tüm önlemleri alması gerektiğini hem de Colin Powell'in mektubunda bu önlemlerin içinde gözaltına alma tedbirinin açıkça zikretmiş olduğunu teyit etmiştir. Ancak Mahkeme, bu kararda kullanılan dilin, Güvenlik Konseyi'nin, MNF kapsamındaki üye devletleri, uluslararası hukuk çerçevesindeki taahhütlerini ihlal ederek, herhangi bir suçlama ve adli güvence olmaksızın süresiz gözaltı tedbirlerini kullanma yükümlülüğü altına sokmayı amaçladığı kanısında değildir. Zira kararın lafzı esasında amaca ulaşmada kullanılacak araçların seçimini üye devletlerin takdirine bırakmıştır. Nitekim kararın başlangıç kısmında tüm kuvvetlerin uluslararası hukuk ile uyumlu şekilde hareket etmesini gerekli görülmüştür AİHS de uluslararası hukukun bir parçası olduğundan, kararda açıkça aksi bir ifade yoksa MNF'nin Irak'ın güvenliğini sağlarken AİHS yükümlülükleri dâhil insan hakları hukukuna riayet etmesini amaçladığı sonucuna ulaşmıştır.⁷⁹

Ayrıca, Mahkeme 1546 sayılı kararın üye devletlere gözaltı uygulamasını kullanma yükümlülüğü getirdiği iddiasını, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri ve BM Irak Yardım Misyonu'nun MNF tarafından kullanılan gözaltı tedbirinin uygulamasına yapılan çok sayıdaki itirazla uzlaştırmanın zor olduğuna dikkat çekmiştir. Zira Genel Sekreter ve BM Irak Yardım Misyonu periyodik verdiği raporlarda MNF tarafından çok sayıda kişinin yargı denetimi olmaksızın süresiz gözaltında tutulmasına ilişkin endişelerini defaatle dile getirmiştir.⁸⁰

1546 sayılı kararın dili haricinde hükümet işgal hukukundan ve karar metninden kaynaklanan yükümlülükleri nedeniyle işgal edilen topraklarda yaşayan insanları korumak amacıyla gözaltına başvurmasının zorunlu olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme işgalin resmen 30 Haziran 2004'te sona erdiğini,

⁷⁶ BM Şartı m. 1(3).

⁷⁷ BM Şartı m. 24(2).

⁷⁸ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 102.

⁷⁹ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 103-105.

⁸⁰ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 106.

başvurucunun tutuklamasının ise 10 Ekim 2004'te gerçekleştiğini söyleyerek söz konusu iddiayı reddetmiştir. 1546 sayılı kararın etkileri devam etseydi dahi Mahkeme insancıl hukuk kurallarının yargılama yapılmaksızın süresiz gözaltı gibi bir yükümlülüğü İşgalci Devletlere yüklediği kanaatindedir. Mahkeme Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesinin hükümlerinden gözaltı uygulamasının İşgalci Devlet açısından bir yükümlülük değil, başvurulacak son çare olarak görülmesi gerektiğini düşünmektedir.⁸¹

Sonuç olarak Mahkeme, 1546 sayılı Güvenlik Konseyi kararının m. 5(1) hükmünden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine geçmediğine ve başvurucunun tutukluluğunun aynı maddenin (a)-(f) fıkralarında yer alan istisnalara dayanmamasından dolayı, Sözleşme'nin 5(1) maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.⁸²

IV. DEĞERLENDİRME

Aynı gün karara bağlandığı Al-Skeini Kararıyla birlikte Al-Jedda v. Birleşik Krallık Kararı AİHM'nin ülke dışı yetki konusuna ilişkin tartışmalı ve çelişkili içtihadına eklenen bir diğer karar olarak karşımıza çıkmaktadır. Ülke dışı yetki konusunda AİHM; Loizidou v. Türkiye, Jaloud v. Hollanda, Bankovic v. Belçika ve Behrami ve Saramati kararları gibi pek çok kararda bu konu ile ilgilenmiştir. Bu kararlar incelendiğinde AİHM'nin yetki ve sorumluluk incelemesini Al-Jedda Kararında olduğu gibi genellikle beraber yaptığı görülmektedir. Ancak bu durum zaman zaman sorumluluk ve yetki incelemesinde devletlerin kişi ve eylemler üzerinde sahip olması gereken kontrol eşliğinin birbirine karıştırıldığı şeklinde tartışmalara sebebiyet vermektedir.⁸³ Zira yetki bakımından aslolan devletin toprak parçası veya kişi üzerindeki kontrolü iken, atfedilmede ise bu kontrol hukuka aykırı eylem ve bu eylemi gerçekleştiren kişiler üzerindeki kontroldür. Dolayısıyla belirli bir bölgede kurulmuş olan kontrol, hukuka uygun eylemler aracılığı ile de gerçekleşebileceğinden sorumluluğun devlete atfedilmesi için yeterli olmayabilir.⁸⁴ Bu kontrolün eşliği AİHM içtihadında her bir karardaki olaylar

⁸¹ Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 107.

⁸² Al-Jedda v. the United Kingdom, p. 110.

⁸³ Köse, M. A. (2021). Uluslararası Hukukta Eylemin Devlete Atfedilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ülke Dışı Yetki Arasındaki İlişki. Public and private international law bulletin, 41(1), s. 277. Sari, s. 9-10. Milanovic, M. (2012). Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg. *European Journal of International Law*, 23(1), s. 134.

⁸⁴ Nitekim Tadic Davasında Eski Yugoslavya için Ceza Mahkemesi; karara uygulanacak insancıl hukuk kurallarının belirlenebilmesi için silahlı çatışmanın türünün belirlenmesi

özelinde nihai yetki ve kontrol, etkin kontrol ve genel kontrol şeklinde farklı derecelendirmelerde ortaya çıkmış, bu durum bazı yazarlarca AİHM'in kendi kontrol testini oluşturduğu şeklinde yorumlanmıştır.⁸⁵

Ülke dışı yetki meselesini incelediği Al-Jedda Kararında AİHM; ülke dışı yetki tartışmasının yanı sıra, normların çatışması, aynı eylemden kaynaklanan uluslararası örgütlerin ve devletlerin sorumluluğu, Avrupa İnsan Hakları Hukukunun genel uluslararası hukukla ilişkisi, Güvenlik Konseyi kararları ile insan hakları sözleşmelerinin BM Şartı m. 103 bağlamında ilişkisi gibi pek çok hukuki meseleye değinmiştir.

Bu kararda Mahkeme yargı yetkisini incelerken tarafların görüşlerini iki adımda ele almıştır. İlk olarak AİHS'nin 1. maddesini inceleyen AİHM; potansiyel sorumluluk tespiti için Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanıp kullanamayacağını araştırmıştır. İkinci adımda ise Al-Jedda'nın tutukluluğunun Birleşik Krallık'a mı yoksa BM'ye mi atfedilebilir olduğunu incelemiş, nihayetinde atfedilebilirliği tespit etmenin Mahkemenin yargı yetkisini tespit etmenin ön koşulu olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁸⁶ Bu kararda da Mahkeme yetki ve atfedilebilirlik incelemesini birbiriyle bağlantılı olduğundan beraber yapmayı tercih etmiştir.

Mahkeme, atfedilebilirliği incelerken *Behrami* Kararında kullandığı gerekçeden hareket etmiştir. Söz konusu kararda Kosova'daki askerler üzerinde BM Güvenlik Konseyi'nin nihai yetki ve kontrolünü koruduğundan KFOR askerlerine katkı sağlayan devletlerin sorumlu olmadığına karar vermiş, bu karar öğretilerde oldukça tartışılmıştır. Sadece ulaştığı sonuç nedeniyle değil, kullandığı metodoloji nedeniyle de eleştirilen karar Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelerde uluslararası örgütlerin diğer devletlerce kendi nezdinde görevlendirilen devlet organlarının eylemlerinden

sorununun öncelikli çözülmesi amacıyla ilk olarak Sırbistan'ın Bosna-Hersek'teki silahlı gruplar üzerinde genel bir kontrolünün var olduğunu tespit etmiş, bu çatışmanın uluslararası silahlı çatışma olduğu sonucuna ulaşmıştır. Eski Yugoslavya Mahkemesi etkin kontrol değil daha düşük bir eşik olan genel kontrolü yeterli görmüştür. Bu iki farklı yorum öğretilerde eleştirilere yol açsa da UAD, Soykırım Kararı'nda bu sonucun olağan olduğunu, zira Tadic'te uygulanan genel kontrol eşikinin silahlı çatışmanın türünün belirlenmesinde yeterli bir kriter olduğunu ifade etmiş, ancak devletin sorumlu tutulabilmesi için uygun bir kriter olmadığını dile getirmiştir. Akkutay, A. İ. (2016). Silahlı çatışmalar hukukunda iç silahlı çatışmaların uluslararasılaşması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(1), s. 45-46. Köse, s. 273.

⁸⁵ Miray, s. 280-281. Talmon, S. (2009). The responsibility of outside powers for acts of secessionist entities. *International & Comparative Law Quarterly*, 58(3), s. 509.

⁸⁶ Sari, s. 8.

sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan etkin kontrol eşliğini dikkate almamıştır.⁸⁷

Mahkeme'nin Behrami Kararından hareketle 1511 sayılı Güvenlik Konseyi kararının MNF'yi yetkilendirmesinin tek başına MNF'ye katkı sağlayan devlet askerlerinin eylemlerinin sorumluluğundan kurtarmayacağına ilişkin tespiti önemlidir. Zira bu karar ile AİHM'nin bir eylem nedeniyle hem devletlere hem de uluslararası örgütlere çifte sorumluluk yöneltebileceğini kabul ettiği şeklinde yorumlanmıştır.⁸⁸ Bu karar ile birlikte çok uluslu operasyonlar ve askeri müdahalelerde eylemin atfedilebilirliğinin münhasır olmadığı, eylemin hem devletlere hem de uluslararası örgütlere atfedilebileceği ihtimaline ışık tutulmuştur. Öte yandan Mahkeme'nin kararda; Birleşik Krallık'ın ne etkin ne de nihai yetki ve kontrole sahip olmadığı şeklindeki yorumu, Behrami Kararındaki eleştirileri cevapsız bırakmış ve AİHM ve Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelerde yer alan kontrol testlerinin açık ayrımı meselesini netliğe kavuşturmamıştır.⁸⁹

Ek olarak Mahkeme'nin BM Şartı'nın amaçları ışığında ön kabulün BM Güvenlik Konseyi kararlarının insan hakları belgelerine aykırı yükümlülükler getirmeyeceği, kararda yer verilen lafzın belirsiz olması durumunda Mahkeme'nin AİHS ile uyumlu yorum olan bu ön kabule göre yorum yapacağı tespiti de önemli bir gelişme olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira 1546 sayılı kararın ekinde göz altına alma tedbiri açıkça ifade edilmiş olsa da Mahkeme'nin kararı insan hakları lehine yorumu, Güvenlik Konseyi kararlarının yorumunda açık bir standart getirdiğini ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu kararın insan hakları aleyhine yükümlülükler öngörmesi durumunda bunun açık bir dille ifade edilmesi gerektiği şeklindeki çıkarımı gelecekteki muhtemel Güvenlik Konseyi kararlarının insan hakları yükümlülüklerine uygun kararlar almasını sağlayabilir. Aksi takdirde bu kararın çıkarımı ışığında Güvenlik Konseyi'nin bu şekildeki diğer insan hakları yükümlülükleri ile çatışan kararların lafzını kesin ve net bir şekilde ortaya koyması gerekecektir. Ancak Mahkeme'nin bu kaçamak yorumu açık bir dille ifade edilse dahi AİHS yükümlülükleri ile Güvenlik Konseyi kararlarının çatışması durumunda hangisinin öncelik taşıdığını açıklığa kavuşturmamış, 103. madde kapsamındaki öncelikli uygulanan kararlar kapsamına yetkilendirme kararlarının girip girmediği gibi öğretide tartışmalı olan meseleleri netleştirmemiştir.

⁸⁷ Milanovic, s. 134.

⁸⁸ Milanovic, s. 136. Sevda Keskin, "Uluslararası Örgütlerin Askeri Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu" (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2018), s. 384.

⁸⁹ Sari, 93.

KAYNAKLAR

- AKKUTAY, A. İ. (2016). Silahlı çatışmalar hukukunda iç silahlı çatışmaların uluslararasılaşması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(1), s. 1-62.
- ÇAĞLAYAN, S. (2021). BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonları Nedir, Nasıl Okunur? *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (46), s. 455-476.
- GÜNDÜZ, A., “Milletlerarası Hukuk”, in Reşat Volkan Günel (ed.), 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- KESKİN, S. “Uluslararası Örgütlerin Askeri Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu” (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2018).
- KOKOTT, J., & SOBOTTA, C. (2016). Kadı Davası-Temel Anayasal Değerler ve Milletlerarası Hukuk Arasında Bir Denge Sağlanabilir Mi?. *Ankara Barosu Dergisi*, (1), 333-348.
- KÖSE, M. A. (2021). Uluslararası Hukukta Eylemin Devlete Atfedilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ülke Dışı Yetki Arasındaki İlişki. *Public and private international law bulletin*, 41(1), s. 261-285.
- MİLANOVIĆ, M. (2012). Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg. *European Journal of International Law*, 23(1), s. 121-139.
- PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, 2020.
- REÇBER, S. (2008). Irak'a yönelik askeri müdahalenin uluslararası hukuk açısından geçerliliği. *Uluslararası Hukuk ve Politika*, (13), s. 55-75.
- SARİ, A. (2014). Al-Jedda V. United Kingdom, App. No. 27021/08, European Court of Human Rights, 7 July 2011. Ige Dekker, Cedric Ryngaert, Ramses Wessel, Jan Wouters (eds) *Leading Judicial Decisions of the Law of International Organizations*, 2015 Forthcoming. <https://ssrn.com/abstract=2529888> (E.T. 30.10.2023).
- TALMON, S. (2009). The responsibility of outside powers for acts of secessionist entities. *International & Comparative Law Quarterly*, 58(3), s. 493-517.
- TAŞDEMİR, F., *Terörizm ve Ülke Dışı Kuvvet Kullanma Hukuku*, 1. Basım,

Nobel Yayıncılık, 2020.

UZUN, E., Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.

YAMANER, B. M.; ÖKTEM, E.; KURTDARCAN, B. ve UZUN, C. (2009). 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42. (<https://dspace.ceid.org>). (E.T. 01.10.2023).

ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI

Al-Jedda v. the United Kingdom, European Court of Human Rights, Grand Chamber, Application no. 27021/08, Judgment, Strasbourg, 7 July 2011.

Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway, European Court of Human Rights, Grand Chamber, Application nos. 71412/01 and 78166/01, Judgment, Strasbourg, 2 May 2011.

Guzzardi v. Italy, European Court of Human Rights, Court (Plenary), Application no. 7367/76, Judgment, Strasbourg, 6 November 1980.

Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia European Court of Human Rights, Grand Chamber, Application no. 48787/99, Judgment, Strasbourg, 12 December 2004.

Ireland v. the United Kingdom, European Court of Human Rights, Court (Plenary), Application no. 5310/71, Judgment, Strasbourg, 18 January 1978.

Jėčius v. Lithuania, European Court of Human Rights, Court (Plenary), Application no. 34578/97, 1 December 1997;

Lawless v. Ireland (no. 3), European Court of Human Rights, Court (Chamber), Application no. 332/57, Judgment, Strasbourg, 1 July 1961.

ULUSLARARASI BELGELER VE DİĞER KAYNAKLAR

“Appellate Committee”, <https://www.supremecourt.uk/about/appellate-committee.html> (E.T. 28.10.2023).

Avrupa Konseyi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur (E.T. 30.10.2023).

Avrupa Konseyi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi*, 2022, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/admissibility_guide_tur .

Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hagueconv-iv-1907/regulations-art-43?activeTab=undefined> (E.T. 01.10.2023)

ICJ, Advisory Opinion (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)), 21 June 1971, p. 114.

International Law Commission, Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (A/66/10, para. 88), Yearbook of the International Law Commission, 2011, Vol. II, Part Two.

UN Security Council, Letter dated 8 May 2003 from the Permanent Representatives of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council, 8 May 2003, S/2003/538.

UN Security Council, Security Council Resolution 678, S/RES/678 (1990).

UN Security Council, Security Council Resolution 687, S/RES/687 (1991).

UN Security Council, Security Council Resolution 707, S/RES/707 (1991).

UN Security Council, Security Council Resolution 715, S/RES/715 (1991).

UN Security Council, Security Council Resolution 1154, S/RES/1154 (1998).

UN Security Council, Security Council Resolution 1194, S/RES/1194 (1998).

UN Security Council, Security Council Resolution 1205, S/RES/1205 (1998).

UN Security Council, Security Council Resolution 1441, S/RES/1441 (2002).

UN Security Council, Security Council Resolution 1483, S/RES/1483 (2003).

UN Security Council, Security Council Resolution 1511, S/RES/1511 (2003).

UN Security Council, Security Council Resolution 1546, S/RES/1546 (2004).