ISSN:1309-6826

TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Temmuz 2024 • Sayı 59 • Yıl:15

yayin.taa.gov.tr

59

TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

''Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim''

59

YIL: 15 - SAYI: 59 - TEMMUZ 2024
www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR
Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Oğuz Gökhan YILMAZ / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF
Saniye Gizem OKUTAN / Adalet Uzmanı

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Muhittin ÖZDEMİR
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Oğuz Gökhan YILMAZ
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Yasin SÖYLER
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN
Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER
Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA
Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01
E-posta: taa@gmail.com
Web: www.taad.taa.gov.tr

BASKI / PRINT
Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi yılda dört kez yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanacak makalelerin aşağıda belirtilen yazım ve yayım kurallarına uygun olması gerekmektedir.

1. Dergide Türkçe ulusal hakemli makalelere yer verilmektedir. En az iki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler yayımlanması talebi ile yayın kurulunun onayına sunulur.
2. Dergi, üç ayda bir (**Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim** aylarında) yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eğer başka bir yerde yayınlanmışsa da, telif hakkı yazara ait olmalıdır.
4. Dergide yayımlanan makalelerin dil, bilim ve ileri sürülen görüşler bakımından sorumluluğu yazarlara aittir.
5. Makalelerin **bilimselmakale@taa.gov.tr** adresine makale gönderim formu ve taahhütname ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Makale gönderim formu ve taahhütname "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden temin edilebilir.
6. Makaleler, uluslararası standartlardaki bilimsel yayın ve yazı formatlarına uygun olmalıdır.
7. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan "Başlık", **150-250** kelime arası "**Özet**" ve **5-8** kelime arası "Anahtar Kelimeler" bulunmalıdır. Makalelerde "**Başlık, Özet, Anahtar Kelimeler ile Giriş ve Sonuç**" kısımlarına numara verilmemelidir. "Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler"in yazılan yabancı dilin yanı sıra Türkçe ve İngilizce de yazılması zorunludur.
8. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için **OSCOLA kaynak stilinin 4. Edisyonu** kullanılmalı ve dipnot atıf sistemi tercih edilmelidir.
9. Makalelerin ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto ile yazılmalı, 1 satır aralığı ile "**Times New Roman**" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
10. Makaleler, kaynakça dâhil **3.000** kelimeden az, **12.000** kelimeden çok olmamalıdır.
11. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi, adı ve soyadına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
12. Makalelerin yayımlanıp yayımlanmayacağı, makale yazarına e-posta ile bildirilir.
13. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Türkiye Adalet Akademisine aittir. Yazarlar telif haklarını Akademiye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiş sayılır.
14. Hakemlere ödenecek inceleme ücreti; Türkiye Adalet Akademisi Yayın Yönetmeliği'nin 23. maddesi uyarınca, 23/8/2006 tarihli ve 2006/10932 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik'in 17. maddesine göre dergi yayınlandıktan sonra ödenir.
15. Dergide yazısı yayımlanmış yazarlara ücretsiz iki adet dergi gönderilmektedir.
16. Dergide yayımlanan tüm yazıların telif hakkı Türkiye Adalet Akademisine aittir. Makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
17. Dergilerin dijital versiyonuna "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden ulaşılabilir.

---

* Yazım ve yayım kuralları 04/06/2020 tarihli Yayın Kurulu Kararı ile güncellenmiştir. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ
İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Prof. Dr. Ayşe Füsun ARSAVA
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI
İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ
Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersan ÖZ
Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

** Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.*

Prof. Dr. Faruk TURHAN
Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN
TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER
Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR
Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA
TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat BATI
Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA
Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ
İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY
Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN
İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR
İBN Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK
Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU
İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

KAMU HUKUKU

Araştırma Makalesi/Research Article

ECOWAS MÜDAHALELERİNİN BM ŞARTI MADDE 53 KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of ECOWAS Interventions Under the Article 53 of the UN Charter

Naim DEMİREL ..... s. 1-20

Araştırma Makalesi/Research Article

ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI KAPSAMINDA BİLGİLENDİRİLME HAKKI (AİHS M. 5/2)

Right to be Informed within the Scope of the Right to Liberty and Security(Art. 5/2 ECHR)

Erdal YERDELEN; Dilek Özge ERDEM ..... s. 21-50

Araştırma Makalesi/Research Article

ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARLARININ YÜRÜRLÜĞÜNÜN ERTELENMESİ KURUMU VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNDE GÖRÜNÜMÜ

Constitutional Court's Authority on the Suspension of Annulment Decisions and Its Practice Regarding Presidential Decrees

Taylan BARIN; Muhammet Tayyib USLU ..... s. 51-90

Araştırma Makalesi/Research Article

YASAMA ORGANLARININ "BİLGİLENİM (HEARING)" YETKİSİ VE TBMM'NİN GÜÇLENDİRİLMESİ İÇİN YENİ ÖNERİLER

"Hearing" Power of Legislative Bodies and New Suggestions for Strengthening The GNAT

Şeref İBA; Sinem ŞİRİN ..... s. 91-114

Araştırma Makalesi/Research Article

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA 2547 SAYILI YÜKSEKÖĞRETİM KANUNU KAPSAMINDA YÜRÜTÜLEN CEZA SORUŞTURMALARINA İLİŞKİN UYGULAMADA GÖRÜLEN EKSİKLİKLER

Deficiencies of Criminal Investigations Under the Higher Education Law No. 2547 in the Light of Council of State Decisions

Kemal UÇACAK ..... s. 115-144

Araştırma Makalesi/Research Article

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN HAMAMATSU KARARI: YARGISAL AKTİVİZM AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME
Hamamatsu Judgement of the European Court of Justice: An Evaluation in Terms of Judicial Activism
Hamit YUMUK ..... s. 145-180

Araştırma Makalesi/Research Article

YENİ DEVLETLERİN ULUSLARARASI ÖRGÜT ÜYELİĞİNE HALEFİYETİ: TEORİK BİR DEĞERLENDİRME
Succession of New States to Membership in International Organizations: A Theoretical Assessment
Oğuz Kaan PEHLİVAN ..... s. 181-204

Araştırma Makalesi/Research Article

DÖNÜŞTÜRÜCÜ ANAYASACILIK: ORTAYA ÇIKIŞI VE EVRİMİ
Transformative Constitutionalism: Its Emergence and Evolution
Mehmet Nuri GÜZEL ..... s. 205-232

Araştırma Makalesi/Research Article

HAKİME YARDIMCI YAPAY ZEKÂ
Artificial Intelligence Assisting the Judge
Şermin BİRTANE ..... s. 233-272

Araştırma Makalesi/Research Article

ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇUNDA MAĞDURUN KİM OLDUĞU SORUNU VE CENİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ
The Problem of Who is the Victim in the Offence of Miscarriage and the Legal Nature of the Foetus
Fulya KORKMAZ ..... s. 273-298

ÖZEL HUKUK

Araştırma Makalesi/Research Article

BOŞANMADA ORTAK (BİRLİKTE) VELAYETİN KABULÜ SONRASI TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM ÜZERİNE ELEŞTİREL BİR DEĞERLENDİRME
A Critical Evaluation of the Situationin Turkish Law After the Acceptance of Joint Custody in Divorce
Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU ..... s. 301-344

Araştırma Makalesi/Research Article

DİPLOMATİK KORUMA VE KONSOLOSLUK YARDIMINDA ÇOKLU VATANDAŞLIK

Diplomatic Protection and Consular Assistance in Multiple Nationality

Bilge ERSON ASAR; Gizem ERSEN PERÇİN ..... s. 345-386

Araştırma Makalesi/Research Article

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARI DOĞRULTUSUNDA FİİLİ AYRILIK NEDENİYLE BOŞANMADA YASAL DÜZENLEME İHTİYACI

The Need for Legal Regulation in Divorce due to de Facto Separation in Accordance with the Annulment Decision of The Constitutional Court

Gamze TURAN BAŞARA ..... s. 387-406

Araştırma Makalesi/Research Article

DENİZ KAZALARINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIK VE TALEPLERDE ARABULUCULUK

Mediation In Disputes And Claims Arising From Marine Accidents

Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL ..... s. 407-438

Araştırma Makalesi/Research Article

LİMİTED ŞİRKETLERDE PAYIN MİRAS YOLUYLA GEÇİŞİNİN MİRAS HUKUKU VE ŞİRKETLER HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI

Consequences of Inheritance of Shares in Limited Liability Companies in Terms of Inheritance Law and Company Law

Aytekin ÇELİK ..... s. 439-470

Araştırma Makalesi/Research Article

SİYASİ PARTİLERİN İL VE İLÇE TEŞKİLAT KADEMELERİNDE ÇALIŞAN İŞÇİLERİN İŞVERENİNİN TESPİTİ VE İŞ HUKUKU BAKIMINDAN SONUÇLARI

Determination of the Employer of the Workers Employed in the Provincial and District Organisational Levels of Political Parties and the Consequences in Terms of Labour Law

Ayşegül EKİN ..... s. 471-492

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

KAMU HUKUKU

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1514101

ECOWAS MÜDAHALELERİNİN BM ŞARTI MADDE 53 KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of ECOWAS Interventions Under the Article 53 of the UN Charter

Naim DEMİREL*

Özet

Birleşmiş Milletler'in (BM) esas amaçlarından olan uluslararası barış ve güvenliğin korunması görevi, BM Şartı'nın 24. maddesi uyarınca öncelikli olarak Güvenlik Konseyi'ne verilmiştir. Ancak, Şart›ın 52. ve 53. maddeleri, bölgesel anlaşma ve örgütlere kendi bölgelerinde barış ve güvenliğin korunması konusunda birtakım yetkiler tanımaktadır. BM'nin barışı koruma operasyonlarının karmaşıklığı ve devletlerin içinde bulunduğu durumların farklılığı, operasyonların yürütülmesini zorlaştırmaktadır. Ruanda, Somali ve Yugoslavya'daki başarısız operasyonlar BM'ye duyulan güvenin sarsılmasına neden olmuş, bu da uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasında BM'nin kapasite eksikliğini ortaya çıkarmış ve bölgesel örgütlerin önemini artırmıştır.

ECOWAS (Economic Community of West African States), bölgesinde gerçekleştirdiği hiçbir müdahalede önceden BM Güvenlik Konseyi'nin onayını almamasına rağmen, BM birçok kararı ile ECOWAS'ın faaliyetlerine olumlu tepkiler göstermiştir. Konsey, ECOWAS'ın müdahalede bulunduğu bölgelerde operasyonları daha sonra kendi kurduğu misyon ile güçlendirerek bölgesel örgüt ile BM›nin iş birliğini öngörmüştür. Bu şekilde Konsey, ECOWAS'ın ilgili bölgelerde yürüttüğü operasyonlara sonradan dâhil olup uluslararası barışı ve güvenliği koruma misyonunu gözlemci sıfatıyla sürdürmüştür.

ECOWAS'ın gerçekleştirdiği müdahalelerin uluslararası hukuka uygun olup olmadığının cevabı açık değildir. BM'nin, müdahalelere ilişkin aldığı kararlarda yetki meselesine açıklık getirmesi ve gerekirse yorum yoluyla BM Şartı'nın ilgili maddesinin uygulamadaki birlik sebebiyle değiştiğini ifade etmesi gerekmektedir. Bu, BM'nin bölgesel örgütlerle iş birliğinde rolünü netleştirecektir.

Anahtar Kelimeler: ECOWAS, BM Şartı Madde 53, bölgesel örgütler, kuvvet kullanma, uluslararası barış ve güvenlik

Abstract

The task of maintaining international peace and security, which is one of the main objectives of the United Nations (UN), is given primarily to the Security Council in accordance with Article 24 of the UN Charter. However, articles 52 and 53 of the Charter grant certain powers to regional agreements and organizations to maintain peace and security in their regions. The complexity of UN peacekeeping operations and the diversity of situations in which states find themselves make it difficult to conduct operations. The unsuccessful operations of the UN in Rwanda, Somalia and Yugoslavia caused the trust in the UN to be shaken, which revealed the lack of capacity of the UN in ensuring international peace and security and increased the importance of regional organizations.

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 06.05.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Prof. Dr., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, ndemirel@fsm.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-3263-5348.

Although ECOWAS has not previously received the approval of the UN Security Council for any intervention it carries out in its region, the UN has shown positive reactions to ECOWAS's activities with many decisions. The Council envisaged the cooperation of the regional organization and the UN by strengthening the operations in the regions where ECOWAS intervened with the mission it established. In this way, the Council subsequently became involved in the operations carried out by ECOWAS in the relevant regions and continued its mission of maintaining international peace and security in an observer capacity.

It is not clear whether the interventions carried out by ECOWAS are in accordance with international law. The UN must clarify the issue of authority in its decisions regarding interventions and, if necessary, state through interpretation that the relevant article of the UN Charter has changed due to uniformity in practice. This will clarify the role of the UN in cooperation with regional organizations.

Key Words: ECOWAS, UN Charter Article 53, regional organizations, use of force, international peace and security

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler'in (BM) temel görevi olan uluslararası barış ve güvenliğin korunması görevi her ne kadar BM Şartı'nın (Şart) 24. maddesi uyarınca birincil olarak Güvenlik Konseyi'ne tevdi edilmiş olsa da Şart, 52. ve 53. maddelerinde bölgesel andlaşma ve örgütlere kendi bölgelerinde barış ve güvenliğin korunması hususunda birtakım yetkiler vermektedir. Benzer şekilde Şart'ın 33. maddesinde, süregitmesi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebilecek nitelikte bir uyuşmazlığa taraf olanlara sunulan çözüm önerilerinin arasında bölgesel kuruluşlara ve andlaşmalara başvurma hakkı da dile getirilmiştir. Böylece bölgesel örgütlerin BM'nin temel amacını gerçekleştirmek konusundaki önemi Şart'taki birçok maddede vurgulanmıştır.

BM çok sayıda barışı koruma operasyonu gerçekleştirmiştir. Ancak operasyonların zamanla hem niceliksel hem niteliksel olarak değişmesi BM'yi kaynaklar açısından zorlamıştır. Günümüzde gerçekleşen operasyonların yapısının karmaşık olmasının yanı sıra, ilgili devletin içinde bulunduğu durumların her olay nezdinde farklı özellikler arz etmesi operasyonların yürütülmesindeki zorluğu arttırmaktadır. Nitekim BM'nin Ruanda, Somali ve Yugoslavya'da gerçekleştirdiği başarısız faaliyetler, üye devletlerin ve bütüncül olarak uluslararası kamuoyunun kendisine olan güvenini temelden sarsmıştır. Uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması hususunda BM'nin belirginleşen kapasite eksikliğini giderebilecek olan bölgesel örgütlerin önemleri bu sebeple artmıştır.[1] Nitekim günümüzde birçok bölgesel örgüt aktif olarak faaliyetlerini sürdürmektedir.

Bu kapsamda günümüze kadar askerî operasyon düzenleyen bölgesel örgütler arasında Avrupa Birliği, NATO (North Atlantic Treaty Organization), Afrika Birliği, Pasifik Adaları Forumu, Batı Afrika Ekonomik Topluluğu (ECOWAS), Güney

[1] Ademola Abass, *Regional Organisations and the Development of Collective Security: Beyond Chapter VIII of the UN Charter* (Hart Pub 2004) 3 <http://site.ebrary.com/id/10273855> accessed 22 April 2024.

Afrika Kalkınma Topluluğu ve Hükümetlerarası Kalkınma Otoritesi bulunmaktadır.[2] BM, 1992'de yayınlamış olduğu Barış Gündemi'nde[3], 1995'te yayınlamış olduğu Ek'inde[4] ve 2000 yılında yayınlamış olduğu Brahimi Raporu'nda[5] barışı koruma misyonunda bölgesel örgütlerin önemini vurgulamıştır. Bu süreçte BM bünyesinde birçok toplantı gerçekleştirilmiştir. Bu toplantılar sonucunda BM Güvenlik Konseyi (Konsey) 2005 yılında, bölgesel örgütlerin BM ile iş birliğini vurgulayan bir karar yayınlamıştır.[6] Bunun üzerine BM Genel Sekreterliği 2006 yılında bir rapor yayınlamıştır.[7] Raporda Genel Sekreter'in Güvenlik Konseyi ile yakın iş birliği içinde çalışan ve her bir örgütün karşılaştırmalı üstünlüğünü yansıtan net bir iş bölümüne dayanan daha etkili bir ortaklığın kurulması için zamanın olgunlaştığı yönündeki inancı ifade edilmiştir.[8] Böylece Şart'taki maddeleri lafızlarının ötesinde uygulamaya geçirerek bölgesel örgütlerin ve onlar ile gerçekleştirilebilecek iş birliğinin öneminin altı çizilmiştir.

Bölgesel andlaşmalar ve kuruluşlar Şart'ın VIII. Bölümü'nde, 52. ve 54. maddeleri arasında ele alınmıştır. 52. madde açıkça bölgesel andlaşma ve kuruluşlara uluslararası barış ve güvenliği koruma imkânı getirmektedir. Buna göre üye devletler, bölgesel olarak var olan anlaşmazlıkları BM Güvenlik Konseyi'ne sunmadan önce ilgili anlaşmazlığı bölgesel andlaşmalar ve kuruluşlar yoluyla çözebilecektir. Yine aynı madde uyarınca Güvenlik Konseyi yerel uyuşmazlıkların bölgesel andlaşma veya kuruluşlar vasıtasıyla çözüme kavuşturulmasını teşvik eder. Günümüzde küçük çaplı çatışmaların niceliğindeki artış ve BM'nin gerçekleştirdiği başarısız operasyonlar, bu maddelerin önemini daha çok ortaya koymaktadır.

Bir diğer önemli madde ise 53. maddedir. İlgili madde uyarınca Güvenlik Konseyi, zorlayıcı önlemlerin uygulanması yetkisini kullanırken bölgesel andlaşmalardan ve kuruluşlardan yararlanabilecektir. Ancak bunun gerçekleştirilebilmesi için temel şart, Güvenlik Konseyi'nden izin alınmasıdır. Son olarak Şart'ın 54. maddesinde Güvenlik Konseyi'nin bölgesel andlaşmalar ve kuruluşlar yoluyla icra edilen her türlü eylemden haberdar edilmesi zorunluluğu ifade edilmiştir.

---

2 Tânia Felicio, 'The United Nations and Regional Organizations: The Need for Clarification and Cooperation' (2009) 62 Studia Diplomatica 13, 15.

3 UN, *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peacekeeping: Report of the Secretary-General pursuant to the Statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992,* ST/DP/1247.

4 UNGA/UNSC, *Supplement to an Agenda for Peace: Position Paper of the Secretary-General on the Occasion of the fiftieth Anniversary of the United Nations*, 25 January 1995, A/50/50-S/1991/1.

5 UNGA/UNSC, *Report of the Panel on United Nations Peace Operations,* 21 August 2000, A/55/305-S/2000/809.

6 UNSC, *Resolution 1631 (2005) Adopted by the Security Council at its 5282nd meeting, on 13 October 2005,* S/RES/1631.

7 UNGA/UNSC, *A regional-global security partnership: challenges and opportunities,* 28 July 2006, A/61/204-S/2006/590.

8 İbid.

Bölgesel örgütlerin önemini ortaya koyan ve hukuki gerekçesi halen tartışma konusu olan ilk operasyonlardan birisi 1990 yılında gerçekleşen ECOWAS'ın Liberya müdahalesidir. Öyle ki, BM bu gelişmeyi *"faaliyetleri Şart'ın Amaçları ve İlkeleriyle tutarlı bir şekilde yürütüldüğü ve Birleşmiş Milletlerle, özellikle de Güvenlik Konseyi ile ilişkileri Bölüm VIII'e göre düzenlendiği takdirde, bölgesel düzenlemelerin veya ajansların büyük hizmetlerde bulunabileceği*" yeni bir dönemin başlangıcı olarak değerlendirmiştir.[9] Ancak bölgesel örgütler tarafından yürütülen operasyonlar zaman zaman BM ilkelerine aykırı gerçekleşmiştir. BM'nin diğer örgütlerle iş birliği hususundaki kılavuz ilkelerinin eksikliği sebebiyle, bölgesel örgütler tarafından gerçekleştirilen operasyonlarda belirli bir usul takip edilmemiştir.[10] Bu ise bölgesel örgütlerin operasyonlarının hukuka uygunluğunun irdelenmesini gerekli kılmıştır.

İlgili çalışmada öncelikle bölgesel örgütlerin, BM Şartı VIII. Bölümünde düzenlenen 53. madde kapsamında kendilerine BM yetkisi altında tanınan kuvvet kullanma hakkı incelenecektir. Akabinde bu yetki kapsamında ECOWAS örgütünün günümüze kadar gerçekleşen faaliyetleri BM hukuku kapsamında değerlendirilecektir. Son olarak ECOWAS'ın Nijerya'da 26 Temmuz 2023 tarihinde gerçekleşen askerî darbede üstlendiği rol incelenecektir.

I. BM ŞARTI MADDE 53 KAPSAMINDA BÖLGESEL ÖRGÜTLERE TANINAN KUVVET KULLANMA YETKİSİ

BM Şartı'nın 53. maddesinde söz edilen bölgesel örgüt ve düzenlemelerin ne olduğuna ilişkin, Şart'ta yalnızca 52. maddede açıklama getirilmiştir. 52. madde bölgesel örgüt ve düzenlemeler açısından bir nevi tanım maddesi olarak kabul edilebilir. 52. madde uyarınca bölgesel örgüt ve düzenlemeler *"uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin bölgesel eylem için uygun olan konularla ilgilenmek üzere"* oluşturulmaktadır. [11] Bu maddede adı geçen "*bölgesel*" terimi, kuruluşun coğrafi sınırlanmasını ön plana çıkarmaktadır. Öyleyse ilgili kuruluşların, faaliyetlerini belirli bir coğrafi alanda sürdüren örgütler olduğu söylenebilecek olsa da[12], uygulamada NATO örneğinde görüldüğü üzere örgütler faaliyet alanlarını coğrafi sınırlarının ötesine taşımaktadır.

Bölgesel andlaşma ve kuruluşların faaliyetleri ise BM Şartı'nın 53 (1) maddesinin 2. cümlesi ile kısıtlanmıştır. Buna göre bölgesel kuruluşlar, bölgesel düzenlemeler

---

9 UNGA/UNSC, *An Agenda for Peace, Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-keeping, Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council (at the level of Heads of States and Government)*, 31 January 1992, A/47/277–S/24111.

10 Abass (n 1) 60 vd.

11 Christian Walter, *Vereinte Nationen und Regionalorganisationen: eine Untersuchung zu Kapitel VIII der Satzung der Vereinten Nationen = United Nations and regional organizations* (Springer 1996) 40 <http://swbplus.bsz-bw.de/bsz053816285cov.htm> accessed 24 April 2024.

12 ibid 276–277.

BM Güvenlik Konseyi'nin izni olmadan herhangi bir zorlama eylemi uygulayamayacaktır. Uluslararası Adalet Divanı'nın 1962 yılında vermiş olduğu *Certain Expenses* Danışma Görüşünde "zorlama eylemleri" Şart'ın VII. Bölümü kapsamında uygulanan eylemler olduğu ifade edilmiştir.[13] Öyleyse Güvenlik Konseyi'nin izni olmaksızın gerçekleştirilen bölgesel örgütlerin zorlama eylemleri *"özel bir gerekçe ya da hedef devletin eşzamanlı rızası veya muvafakati olmaksızın gerçekleştirildiği takdirde kendisi uluslararası hukukun ihlali anlamına gelecek her türlü eylem"* olarak tanımlanabilir.[14]

Yukarıda ifade edilen tanım ışığında BM Şartı'nın 53 (1) maddesinin yalnızca Güvenlik Konseyi'nin barışa yönelik bir tehdit, barışın ihlali ya da saldırı eylemi olduğuna dair önceden bir tespitte bulunması durumunda devreye gireceği anlaşılmaktadır. Zira maddenin lafzı amaca uygun bir bakış açısıyla yorumlandığı takdirde Konsey'in izni yasaklanmış eylemler meydana geldiğinde gerekmektedir. Yani onay esasında bir hukuka uygunluk sebebidir. Şart'ta ise yasaklanmış eylemler yalnızca kuvvet kullanımı içeren eylemlerdir. Ekonomik, diplomatik veya ticari yaptırım gibi önlemler ise böyle bir onayı gerektirmez.[15]

Diğer bir hukuka uygunluk sebebi BM Şartı'nın 51. maddesi kapsamında uygulanan meşru müdafaa hakkıdır. Bir diğeri ise etkilenen devletin rızasıyla başlatılan ve BM Şartı VI. Bölümü kapsamında olan barışı koruma operasyonlarıdır. Son olarak saldırıya uğrayan bir devletin diğer bir devlete askerî müdahalede bulunabilmesi için müdahaleye davet etmesi de hukuka uygunluk sebepleri arasındadır.[16] Ancak bu davet üzerine gerçekleştirilen eylemler, kolektif meşru müdafaa olarak da değerlendirilebilir.

Bu istisnaların yanı sıra bazı yazarlar, Güvenlik Konseyi'nin etkin olmadığı ağır ve sistematik insan hakları ihlallerinin yaşandığı durumlarda bölgesel örgütlerin askerî yaptırım gücü olduğunu savunmaktadır.[17] Zira bölgesel örgütlerin kendi

---

13 International Court of Justice (ICJ), *Certain Expenses of the United Nations (Art. 17, para. 2, of the Charter),* Advisory Opinion of 20 July 1962, ICJ Rep. 1962, 151 (166). *"…the operations known as UNEF and ONUC were not enforcement actions within the compass of Chapter VI1 of the Charter…"*

14 Jost Delbrück and Ursula E Heinz (eds), *Allocation of Law Enforcement Authority in the International System: Proceedings of an International Symposium of the Kiel Institute of International Law March 23 to 25, 1994* (1st edn, Duncker & Humblot 1995) 46 <https://elibrary.duncker-humblot.com/doi:10.3790/978-3-428-48335-8> accessed 24 April 2024; Inis L Claude, *The OAS, the UN, and the United States* (Carnegie Endowment for International Peace 1964) 548–553.

15 Ugo Villani, 'The Security Council's Authorization of Enforcement Action by Regional Organizations' 539–540.

16 Georg Nolte, *Restoring Peace by Regional Action: International Legal Aspects of the Liberian Conflict* (53 / 3 (1993), Verlag W Kohlhammer 1993) 635.

17 Walter (n 11) 262–264.; Daniel Thürer, Matthias Herdegen and Gerhard Hohloch, *Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: the failed state = The breakdown of effective government* (CF Müller 1996) 82 vd.

organları içerisinde kurumsal ve kolektif kontrolü sağlaması daha kolay olacaktır.[18] Bu görüşün insancıl müdahale doktrinin bölgesel örgütler çerçevesindeki yansıması olduğu söylenebilir. Ancak bu görüş uygulanırsa BM Şartı'nın 53. maddesinin açık lafzı ihlal edilmiş olacaktır, zira ilgili maddede bölgesel örgütlerin zorlama eyleminde bulunabilmesi için BM Güvenlik Konseyi'nin izni gerekmektedir.

Günümüze kadar çeşitli bölgesel örgütler gerçekleştirdikleri eylemleri BM Şartı'nın 53. maddesi kapsamında değerlendirilmesini talep etmişlerdir. 53. madde kapsamında zorlayıcı eylemler sorusu ilk olarak Soğuk Savaş döneminde ortaya çıkmıştır. Örneğin Küba Füze Krizi[19] sırasında Sovyet gemileri açık denizde Küba'ya füze taşıdıkları iddiasıyla Gizli Ordu Örgütü (OAS) tarafından durdurulmuştur. Bu olay üzerine ilgili tedbirin 53(1) maddesi kapsamında olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Bu kriz kapsamında Sovyetler Birliği her ne kadar ilgili girişimin 53(1) maddesinin ihlali olduğunu iddia etmiş olsa da Güvenlik Konseyi bu konuda herhangi bir duruş sergilememiştir.[20]

Buna karşılık 1960 yılında Sovyetler Birliği bu sefer; OAS, Dominik Cumhuriyeti'ne ekonomik yaptırımlar uyguladığında, Güvenlik Konseyi tarafından bu yaptırımın 53. madde kapsamında değerlendirilmesini talep etmiştir.[21] Ancak Güvenlik Konseyi yine daha önce sergilediği tutuma benzer şekilde bu talebi yanıtlamamıştır, yalnızca not etmiştir.[22] Görüldüğü üzere bölgesel örgütlerin eylemlerinin Şart'ın ilgili maddeleri uyarınca değerlendirilmesi hususunda BM Güvenlik Konseyi pasif davranmaktadır. Bu ise bu eylemlerin hukukiliği konusunda çeşitli görüşlerin ortaya konmasına sebep olmuştur.

Bölgesel örgütlerin BM ile iş birliğini ve bu örgütlerin gerçekleştirdiği ve kuvvet kullanımı içeren faaliyetlerin BM Şartı 53. maddesi kapsamında değerlendirilmesinin en önemli örneklerinden birisi; ECOWAS'ın sorumlu olduğu bölgede, özellikle Liberya ve Sierra Leone'de gerçekleştirdikleri operasyonlardır. ECOWAS'ın yapısının ve faaliyetlerinin incelenmesi, operasyonların hukukiliğinin değerlendirilmesinde yol gösterici olacaktır.

---

18 Walter (n 11) 262–264; Nolte (n 16) 635.; ND White and Özlem Ülgen, 'The Security Council and the Decentralised Military Option: Constitutionality and Function' (1997) 44 Netherlands International Law Review 378, 388, 406.

19 Bkz. Kaan Kutlu Ataç and Begüm Sezin Özcan, '1962 Küba Krizi: Amerikan Arşivleri Üzerinden Bir Okuma' (2021) 17 Güvenlik Stratejileri Dergisi 521.

20 Abass (n 1) 43–44.

21 UNSC, *Document S/4477* in: Official Records Fifteenth Year (1960), s.134-5. Ayrıca bkz. C Lloyd Brown-John, 'Economic Sanctions: The Case of the O.A.S. and the Dominican Republic, 1960-1962' (1975) 15 Caribbean Studies 73, 74 vd.

22 UNSC, *Resolution 156 (1960) Adopted by the Security Council at its 895th meeting, of 9 September 1960*, S/RES/156.

II. ECOWAS VE MÜDAHALELERİN BM ŞARTI 53. MADDE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

ECOWAS, 1975 yılında kurulmuştur.[23] Halihazırda 15 üye devletten oluşmaktadır.[24] Kuruluş amacı üye devletler arasında ekonomik iş birliğinin sağlanmasıdır. Ancak coğrafi olarak kurulduğu bölgede çatışmaların çoğalması ve bunun sonucu olarak ekonomik kalkınmanın gerilemesi sonucu ECOWAS barış ve güvenliği koruma görevi üstlenerek öncelikli hedefini değiştirmiş.[25] Bu amacı gerçekleştirmek üzere ilk olarak 22 Nisan 1978 tarihinde Saldırmazlık Andlaşması[26] imzalanmıştır. 1981 tarihinde ise Savunma Konusunda Karşılıklı Yardıma İlişkin Ek Protokol akdedilmiştir.[27] İlgili Ek Protokol olası saldırılarda Saldırmazlık Andlaşması çerçevesinde çözülemeyen anlaşmazlıkları önleme amacı gütmektedir. Bunun yanı sıra tüm bölgede barış ve güvenliği tehlikeye atacak gelişmelere yönelik ve dışarıdan tasarlanmış olası silahlı iç çatışmaları engellemek adına bir meşru müdafaa sistemi oluşturulmak istenmiştir.[28]

1975 tarihindeki ECOWAS örgütünün kurucu andlaşmasına ek olarak 1993 yılında bölgedeki barış, istikrar ve güvenliğin daha etkili korunması amacıyla eklemeler yapılmıştır.[29] İlgili Andlaşma'da üye devletler, devlet içi ve devletler arası çatışmaları önlemek için örgüt ile iş birliği yapmaya davet edilmektedir.[30] Son olarak 1999 yılında ECOWAS Barışı Koruma Protokolü ile bu amaç somutlaştırılmıştır ve iç çatışma durumlarında bölgede konuşlandırılacak barışı koruma güçleri ve ayrıntılı bir bölgesel barış ve güvenlik mekanizması ortaya konulmuştur.[31]

ECOWAS'ın kurduğu bu sistemde BM'nin rolü merkezî gözükmemektedir. Zira 1993 yılında revize edilen ECOWAS Andlaşması'nın yalnızca 83. maddesinde örgütün hedeflerine ulaşma yolunda BM sistemiyle iş birliği yapacağı öngörülmüştür. Bunun yanı sıra Barışı Koruma Protokolü'nün 52. maddesi uyarınca örgüt, BM

---

23 UNTS, *Treaty of the Economic Community of West African States (ECOWAS),* 28 May 1975, UNTS Vol.1010 No.14843, s.18 vd.

24 Bkz. https://www.mfa.gov.tr/ecowas.tr.mfa (Son Erişim Tarihi 09.12.2023).

25 Isaac Terwase Sampson, 'The Responsibility to Protect and ECOWAS Mechanisms on Peace and Security: Assessing Their Convergence and Divergence on Intervention' (2011) 16 Journal of Conflict and Security Law 507, 507–508.

26 UNTS, *Protocol on Non-Aggression* 22 April 1978, UNTS Vol. 1690 No.29135, s. 39 vd.

27 UNTS, *Protocol Relating to Mutual Assistance on Defence,* 29 May 1981, UNTS Vol. 1690 No. 29137, s. 51 vd.

28 Anthony Chukwuka Ofodile, 'The Legality of ECOWAS Intervention in Liberia' 411.

29 UNTS, *Revised Treaty of the Economic Community of West African States (ECOWAS),* 23 August 1995, UNTS Vol.2373 No.42835.

30 UNTS, *Revised Treaty of the Economic Community of West African States (ECOWAS),* 23 August 1995, UNTS Vol.2373 No.42835, s. 233 vd.

31 Bkz. https://amaniafrica-et.org/wp-content/uploads/2021/04/Protocol-Relating-to-the-Mechanism-for-Conflict-Prevention-Management-Resolution-Peace-Keeping-and-Security-1999.pdf (Son Erişim Tarihi: 10.12.2023).

Şartı'nın VII. ve VIII. bölümleri uyarınca ilgili Protokol'de kabul edilen mekanizmanın amaçları doğrultusunda girişilen her türlü askerî müdahale hakkında BM'yi bilgilendirecektir.[32]

Nitekim; henüz Barışı Koruma Protokol'ü imzalanmadan ECOWAS, 1990 yılında ilk operasyonunu, 1989 yılından başlayarak uzun yıllar sürecek bir iç savaşa giren Liberya'da gerçekleştirmiştir. Bunun üzerine ECOWAS, öncelikle Ateşkes İzleme Grubu olan ECOMOG (The Economic Community of West African States Monitoring Group) organizasyonunu kurmuştur.[33] İlgili grup, 27 Ağustos 1990 tarihinde Liberya'ya, BM Güvenlik Konseyi'nden izin almadan askerî operasyon düzenlemiştir.[34] İlgili müdahalenin hukuki dayanağı hâlâ tartışmalı olmakla birlikte, bu müdahale kapsamında BM Güvenlik Konseyi'nin izninin sonradan alınıp alınamayacağı da tartışma konusu olmuştur.

BM Güvenlik Konseyi'nin 53. madde kapsamında vereceği yetkinin, müdahaleden sonra da verilip verilemeyeceği (ex post facto) tartışmalıdır.[35] Teknik olarak yapılan bu müdahaleler BM Şartı'nın 2(4) ve 53(1) maddelerini ihlal etmekteydi. Güvenlik Konseyi'nin sonradan verilen onayını kabul eden görüşe göre Konsey'in, başlangıçta kendisinin izni olmadan yürütülen operasyonlara sonradan zımni onay vermesi mümkündür.[36] Bir diğer görüşe göre ise ECOWAS'ın eylemlerinin kınanmaması sebebiyle, esasında hukuka aykırı olan bir eylemin sonuçları hafiflemektedir.[37]

Tartışmalar devam ederken BM Güvenlik Konseyi, 22 Ocak 1991 ve 7 Mayıs 1992 tarihlerinde ECOMOG tarafından yapılan müdahaleyi tanımıştır.[38] Yine 19 Kasım 1992 tarihinde 788 sayılı Karar ile Liberya'daki iç karışıklığı tüm Batı Afrika için barışa ve güvenliğe bir tehdit olarak kabul etmiş ve BM Şartı'nın VII. Bölümü uyarınca Liberya'ya silah ambargosu uygulanmasına karar vermiştir. Bunun yanı sıra aynı Karar'da Güvenlik Konseyi ECOWAS'ı Liberya'da barış, güvenlik ve istikrarı yeniden tesis etmek adına verdiği çabalarını takdir etmiştir.[39] Daha sonra

---

32 Erika De Wet, 'The Evolving Role of ECOWAS and the SADC in Peace Operations: A Challenge to the Primacy of the United Nations Security Council in Matters of Peace and Security?' (2014) 27 Leiden Journal of International Law 353, 7.

33 Lansana Gberie, 'ECOMOG: The Story of an Heroic Failure' (2003) 102 African Affairs 147, 148 vd.

34 Chukwuka Ofodile (n 28) 411.

35 Bkz. *Abass,* s.54-57.

36 Bkz. Bruno Simma, 'Regional Enforcement of Community Objectives', *United Nations Sanctions and International Law* (Brill Nijhoff 2001) 117 vd <https://brill.com/display/book/edcoll/9789004502871/B9789004502871_s012.xml> accessed 22 April 2024.

37 Thomas M Franck, *Recourse to Force: State Action against Threats and Armed Attacks* (Cambridge University Press 2002) 139.

38 UNSC, *Note by the President of the Security Council 22 January 1991*, S/22133; UNSC, *Resolution 788 (1992) Adopted by the Security Council at its 3138th meeting, on 19 November 1992,* S/RES/788.

39 UNSC, *Resolution 788 (1992)*; UNSC, *Resolution 813 (1993) Adopted by the Security Council at its 3187th meeting, on 26 March 1993,* S/RES/813; UNSC, *Resolution 856 (1993) Adopted by the Security Council at its 3281st meeting, on 22 September 1993,* S/RES/856.

Güvenlik Konseyi, 1993 tarihinde ECOWAS Barış Andlaşması revizyonunun üzerine verdiği 866 sayılı Kararı'nda öncelikle ECOMOG'u Andlaşma uyarınca yerine getirilecek askeri operasyonu yürütmekten sorumlu tutarken, özel olarak bu operasyon için kurduğu Liberya'daki Birleşmiş Milletler Gözlemci Misyonu olan UNOMIL'i (The United Nations Observer Mission in Liberia) bu operasyonu denetlemekten sorumlu tutmuştur.[40] Bu Kararı önemli kılan bir diğer detay ise, UNOMIL'in bir başka örgüt tarafından başlatılan ve BM'nin sonradan dâhil olduğu ilk barışı koruma operasyonu olmasıdır.

İlgili Karar'da Güvenlik Konseyi'nin ECOMOG'a zorlama eyleminde bulunma hakkı verip vermediği hakkında görüş birliği yoktur. Zira Karar'da UNOMIL'e herhangi bir yetki tanınmadığından bu yetkinin ECOMOG'a münhasır olarak verilmiş olduğunu savunan görüşler vardır.[41] Kararda Konsey'in kullandığı dil oldukça muğlaktır; bu sebeple bir hukuki yorum getirmek zordur. Burada barışı korumadan kastın askerî bir yaptırım mı olduğu yoksa klasik bir barışı koruma operasyonu mu olduğu da tartışmalıdır.[42] Zira zorlama eylemine ilişkin herhangi bir açık yetkilendirme bulunmamaktadır. Nitekim Güvenlik Konseyi'nin Şart'ın VII. Bölümü uyarınca verdiği yetkilendirmelere bakıldığında, kararlarda mutlaka açık yetkilendirmeler olduğu görülmektedir.[43]

ECOWAS'ın kendisi, müdahalelerin hukuki zeminini Savunmada Karşılıklı Yardım Protokolü'nün 18. maddesine dayandırmıştır. İlgili madde, dışarıdan organize edilmiş ve bunun sonucunda ülkenin sınırları içerisinde gerçekleşen krizlerde ECOWAS ordusuna doğrudan müdahale yetkisi tanımaktadır. Liberya krizi özelinde ise bölgede gerçekleşen iç savaşta darbeci güç olan grubun Fildişi Sahili ve Burkina Faso tarafından desteklendiği bilinmekteydi.[44] Ancak her ne kadar ilgili madde, ECOWAS'a bu durumda doğrudan askerî müdahale yetkisi vermiş olsa da, bu maddenin ve dolayısıyla buna dayanarak gerçekleştirilen uygulamanın BM Şartı'nın iç işlerine müdahale yasağını düzenleyen 2(7) maddesine aykırılık teşkil ettiği tartışılagelmiştir.

Bunun yanı sıra ECOWAS, başlattığı müdahalede barışın sağlanmasının ön planda olduğunu vurgulamıştır.[45] ECOWAS gerçekleştirdiği müdahaleyi insancıl müdahale doktrinine dayanarak gerekçelendirseydi, bu durumda, her ne kadar ilgili doktrin

---

40 UNSC, *Resolution 866 (1993) Adopted by the Security Council at its 3281st meeting, on 22 September 1993,* S/RES/866.

41 Walter (n 11) 304.

42 ibid 298. Chukwuka Ofodile (n 28) 412.

43 Georg Nolte, *Eingreifen auf Einladung Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit des Einsatzes fremder Truppen im internen Konflikt auf Einladung der Regierung* (Springer Berlin 2013) 633–634 <http://deposit.d-nb.de/cgi-bin/dokserv?id=4390010&prov=M&dok_var=1&dok_ext=htm> accessed 22 April 2024.

44 Peter A Jenkins, 'The Economic Community of West African States and the Regional Use of Force' (2006) 35 Denver Journal of International Law and Policy 333, 344.

45 *Africa Watch Report*: Liberia Waging War to Keep the Peace: The ECOMOG Intervention and Human Rights, June 1993, Vol.5 Issue 6, s. 26.

konusunda uluslararası görüş birliği bulunmasa da, yoruma daha açık bir hukuki zeminin olacağı ve BM yetki tartışmalarının bu denli olmayacağı ifade edilebilirdi.[46]

ECOWAS'ın bölgedeki bir diğer tartışmalı müdahalesi ise Sierra Leone'ye gerçekleştirdiği operasyon olmuştur. 25 Mayıs 1997 tarihinde demokratik yollarla seçilmiş Devlet Başkanı Kabbah askerî bir darbe sonucu görevinden alınmıştır. Bu süreçte ülkede bir iç savaş durumunun hâkim olması sebebiyle ECOWAS, Afrika Birliği tarafından anayasal düzeni yeniden tesis etmek için görevlendirilmiştir.[47] 20 Haziran 1997 tarihinde ECOWAS üyelerinin dışişleri bakanları bu görevi kabul etmiştir. Çalışmanın içeriği ise diyalog, yaptırımlar ve güç kullanımından oluşmaktadır.[48]

Örgüt üyeleri, 11 Temmuz 1997 tarihinde Güvenlik Konseyi'nde yapılan müzakerelerde, Sierra Leone'deki anayasal düzenin tekrardan tesisi için öncelikle diyaloğun, sonrasında yaptırımların en sonunda ise güç kullanımın gerekli olduğunu ifade etmişlerdir.[49] Ancak ilk iki seçeneğin güç kullanmadan gerçekleştirilemeyeceğinden bahisle zorlama eylemlerini gerekçelendirmeye çalışmış ve Güvenlik Konseyi'nden bu hususta yetkilendirme talep etmişlerdir.

Gerekçelendirmelerine temel olarak, ECOWAS'ın Sierra Leone'deki yasadışı yetkililere karşı inandırıcı bir yaptırım rejimi uygulamasının, Sierra Leone'nin hava, kara ve deniz sınırlarının askerî olarak bloke edilmesini gerektirmesi gösterilmiştir. Bu sebeple müzakereler; güç gösterisi ve bölgede sürekli nitelikteki askerî unsurların mevcudiyetiyle desteklenmelidir. İleri sürülen bir diğer husus ise ECOWAS'ın bölgedeki anayasal düzeni yeniden tesis etme konusundaki tecrübesidir.[50] 29 Ağustos 1997 tarihinde ECOWAS'a üye ülkeler, Sierra Leone'ye karşı bir silah ambargosu kabul etmişlerdir.[51] Bu süreçte ambargoyu delmeye çalışanlar ile ECOMOG arasında şiddetli çatışmalar meydana gelmiştir.[52]

Bu müdahale kapsamında da Konsey, ECOWAS'ı kınayacak herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Aksine, tıpkı Liberya müdahalesinde olduğu gibi, ECOWAS'ın eylemlerini öven bir Karar yayınlamıştır ve Konsey'in müdahaleleri sonradan onayladığı gibi bir izlenim yaratmıştır.[53] Ancak esasında Güvenlik

---

46 Jenkins (n 44) 345.

47 Bkz. https://1997-2001.state.gov/global/human_rights/1997_hrp_report/sierrale.html (Son Erişim Tarihi: 09.12.2023).

48 UNSC, *Letter dated 27 June 1997 from the Permanent Representative of Nigeria to the United Nations Addressed to the President of the Security Council*, S/1997/499.

49 UNSC, *Fifty-second Year 3797th Meeting 11 July 1997*, S/PV.3797.

50 UNSC, *Fifty-second Year 3797th Meeting 11 July 1997*, S/PV.3797.

51 UNSC, *Letter dated 8 September 1997 from the Permanent Representative of Nigeria to the United Nations Addressed to the President of the Security Council*, S/1997/695.

52 Nolte (n 43) 428.

53 Thomas Franck, 'Chapter 2. Rethinking Collective Security', *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines* (Brill Nijhoff 2007) 25 <https://brill.com/display/book/edcoll/9789047421252/Bej.9789004154285.i-590_003.xml> accessed 22 April 2024; Villani (n 15) 555.

Konseyi herhangi bir yetkilendirmede bulunmamıştır. Konsey, yayınladığı bir bildiride ECOWAS tarafından yürütülen arabuluculuk çabalarını ve anayasal düzeni yeniden tesis etme amacını desteklemiştir ancak ECOWAS'a herhangi bir yaptırım hakkı tanımamıştır. 8 Ekim 1997 tarihinde Konsey, 1132 sayılı Kararı'nda öncelikle ECOWAS'ın bu krizi çözmek konusundaki çabalarını desteklediğini açıklamış ve anayasal düzenin tekrar sağlanmasına yönelik çalışmalarına devam etmesini teşvik etmiştir.[54] Sonra ise Şart'ın VII. Bölümü uyarınca yaptığı bir yetkilendirme ile Sierra Leone'ye karşı silah ve petrol ambargosunu kabul etmiştir. Bu amaçla ECOWAS'ı VIII. Bölüm kapsamında yalnızca ambargonun sıkı bir şekilde uygulanması için yetkilendirmiştir.[55] Böylelikle ECOWAS yalnızca bu sınırlı amaç için kuvvet kullanmaya yetkilendirilmiştir. 10 Mart 1998 tarihinde darbe ile yerinden edilen Devlet Başkanı görevine geri dönmüştür. Bunun üzerine Güvenlik Konseyi, 1156 sayılı ve 1171 sayılı Kararlar ile öncelikle petrol ambargosunu sonrasında ise silah ambargosunu sona erdirmiştir.[56] Daha sonra 13 Temmuz 1998 tarihinde Güvenlik Konseyi'nde gerçekleşen bir müzakerede başta Avusturya, Kenya, Gambiya, Japonya, Kosta Rika, Çin ve İsveç olmak üzere birçok devlet ECOWAS örgütünün Sierra Leone'deki faaliyetlerini destekleyen ve öven açıklamalarda bulunmuştur.[57]

ECOMOG, ambargo kapsamında uyguladığı yaptırımlarla sınırlı kalmamıştır. 2000'li yıllara kadar eylemlerine devam etmiştir. Bu süreçte Konsey, ECOMOG'un eylemlerini birçok kararında övmüştür. Bunlar çeşitli şekilde gerçekleşmiştir. Örneğin bu övgülerden birisi örgütün BM'nin askeri güçlerine gösterdiği destekten dolayı dile getirilmiştir.[58] Bir diğer kararında Konsey yine ECOMOG'un silahsızlanmada üstlendiği rolü dile getirip övmüştür.[59] Konsey bunun yanı sıra birçok kararında ECOMOG'un Sierra Leone'deki güvenlik ve istikrarın tesis edilmesi rolü üzerinde durup bu uğurda sivillerin korunması ve barışçıl çözümün teşvik edilmesini takdir etmiştir.[60] Özellikle 1270 sayılı Kararı'nda özellikle bu operasyon için

---

54 UNSC, *Resolution 1132 (1997) Adopted by the Security Council at its 3822nd meeting, on 8 October 1997,* R/RES/1132.

55 UNSC, *Resolution 1132 (1997) Adopted by the Security Council at its 3822nd meeting, on 8 October 1997,* R/RES/1132.

56 UNCS, *Resolution 1156 (1998) Adopted by the Security Council at its 3861st meeting, on 16 March 1998*, S/RES/1556; UNSC*, Resolution 1171 Adopted by the Security Council at its 3889th meeting, on 5 June 1998, S/RES/1171.*

57 UNSC, *Fifty-third Year 3902nd meeting 13 July 1998*, S/PV.3902.

58 UNSC, *Resolution 1162 (1998) Adopted by the Security Council at its 3872nd meeting, on 17 April 1998*, S/RES/1162.

59 UNSC, *Resolution 1181(1998) Adopted by the Security Council at its 3802nd meeting, on 13 July 1998*, S/RES/1181.

60 UNSC, *Resolution 1260 (1999) Adopted by the Security Council at its 4035th meeting, on 20 August 1999,* S/RES/1260; UNSC, *Resolution 1231 (1999) Adopted by the Security Council at its 3986th meeting, on 11 March 1999*, S/RES/1231; UNSC, *Resolution 1270 (1999) Adopted by the Security Council at its 4054th meeting, on 22 October 1999*, S/RES/1270; UNSC, *Resolution 1289 (2000) Adopted by the Security Council at its 4099th meeting, on 7 February 2000*, S/RES/1289.

kurmuş olduğu UNAMSIL misyonuna Bölüm VII kapsamında yetki vermiştir. Bu yetkilendirme BM tarihinde barış operasyonu olarak nitelendirilebilecek ilk görevlendirme olmuştur. İlgili yetkilendirmede Konsey, ECOWAS'ın UNAMSIL ile sıkı iş birliği içinde olmasını talep etmiştir ancak UNAMSIL'ı yetkilendirdiği gibi ECOWAS'a açık bir yetki sunmamıştır.[61]

Liberya müdahalesinden farklı olarak ECOWAS, Sierra Leone'de gerçekleştirdiği faaliyetleri insancıl müdahale zeminine oturtmuştur. Bir diğer sebep ise bizzat Başkan Kabbah'ın ECOWAS'tan yardım talep etmesidir.[62] Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, yardımın talep edildiği sırada Kabbah'ın sınır dışı edilmiş olması, yani ülke sınırları içerisinde bulunmamasıdır. Böylelikle ECOWAS'ın müdahaleye davet gerekçesi de tartışmalı hâle gelmiştir. Son olarak belirtilmelidir ki, BM tarafından kurulan misyon UNAMSIL dahi açıkça yetkilendirilmemişken, ECOWAS'ın müdahalesine örtülü bir onay verilmiş olma ihtimali zorlama bir yorum olacaktır.

Sonuç olarak; yukarıda açıklanmış müdahaleler özelinde, BM'nin bu müdahalelere karşı süren olumlu tepkileri sebebiyle, hem içişlerine müdahale yasağına dair konuda hem 53. madde kapsamında alınması gereken yetkiye dair hususta hem de müdahaleye davetin kabul edilip edilemeyeceği konusunda soruların ucu açık bırakılmıştır. BM'nin bu müdahalelerde olumsuz bir tepki vermemiş olması, bölgesel örgütlerin barış ve güvenliğin önemini vurgulamakla açıklanabilir. Ayrıca BM, Şart'ın 53. maddesinin açık lafzını çiğneyerek ECOWAS'ın müdahalelerine sonradan yetki vermiş olsaydı, bu durum önü alınamaz bir pratiğe dönüşebilirdi ve bölgesel örgütler tarafından suistimal edilebilirdi. BM, buna karşılık herhangi bir yorum yapmayarak hem bölgesel örgütlerin önemini vurgulamıştır hem de bu şekilde gerçekleşen müdahalelere kendi kurduğu misyonları da dâhil ederek BM Şartı'ndan kaynaklanan bir gözlemci ve denetici hakkı olduğunu dolaylı olarak göstermeye çalışmıştır.

ECOMOG'un nitelik olarak diğer iki müdahalesinden ayrılan bir diğer müdahalesi 1998 yılında devlet başkanı olan Bernardo Vieira'ya karşı bir isyan başlatılması ardından Gine-Bissau'a karşı gerçekleşmiştir. Ancak burada diğer müdahalelerden farklı olarak BM Güvenlik Konseyi 1216 sayılı Kararı ile ECOMOG'u müdahale gücü olarak görevlendirmiştir.[63] İlgili Karar'da Bölüm VIII kapsamında herhangi bir yetkilendirme verilmemiştir ancak müdahalenin hukuki gerekçesi BM barışı koruma operasyonu olarak açıklanmıştır. Ayrıca ECOMOG'un ülkedeki müdahaleleri devlet başkanı tarafından talep edildiğinden bu müdahaleler "müdahaleye

61 S/RES/1270.

62 Karsten Nowrot and Emily W Schebacker, 'The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone' (1998) 14 American University of International Law Review 321, 349–350.

63 UNCS, *Resolution 1216 (1998) Adopted by the Security Council at its 3958th meeting, on 21 December 1998*, S/RES/1216.

davet" olarak da gerekçelendirilebilir.[64]

Son olarak, ECOWAS'ın 2002 yılında Fildişi Sahili'ne gerçekleştirdiği müdahale de zamanın devlet başkanı olan ve darbe ile devrilen Laurent Gbagbo tarafından talep edilmiştir.[65] ECOWAS, bu misyonu Fildişi Sahili özelinde kurmuş olduğu birlik ECOMICI (ECOWAS Mission in Côte d'Ivoire) ile yürütmüştür. Bunun üzerine Güvenlik Konseyi 1464 sayılı Karar ile ilk defa Şart'ın VII. ve VIII. Bölümleri uyarınca müdahale yetkisi vermiştir.[66] Güvenlik Konseyi 13 Mayıs 2003 tarihinde 1479 sayılı Karar ile Fildişi Sahili BM Misyonu olan MINUCI'yi (The United Nations Mission in Côte d'Ivoire) kurmuştur.[67] Daha sonra ise BM Fildişi Sahili Operasyonu olan UNOCI (The United Nations Operation in Côte d'Ivoire) kurulmuştur ve 1528 sayılı Karar ile Bölüm VII kapsamında yetkilendirilmiştir.[68] Bu operasyon esasen ECOWAS ve BM'nin kurmuş olduğu misyonun Fransız güçleriyle birlikte yürüttüğü bir operasyon hâline gelmiştir.[69] 2011 yılında devlet başkanı olan Gbagbo, yeni başkan olan Quattara'ya koltuğunu devretmeyi reddedince, şiddet olaylarının başlamasıyla birlikte Güvenlik Konseyi, 1975 sayılı Karar ile Şart'ın VII. Bölümü kapsamında UNOCI'ye kuvvet kullanma yetkisi vermiştir.[70] İlgili operasyon 2011 yılına kadar sürmüş ve eski devlet başkanının yakalanmasıyla son bulmuştur.[71]

Günümüzde ise ECOWAS yine bir bölgesel kriz yönetimi ile karşı karşıyadır. 26 Temmuz 2023 tarihinde askeri bir cunta Nijer'de demokratik yollarla seçilmiş olan Başkan Mohamed Bazoum'a karşı bir darbe girişimi gerçekleştirip başarılı olmuştur. Bunun üzerine ECOWAS, öncelikle aynı tarihte askerî darbeyi kınamış,[72] ardından da Nijer ile olan sınırlarını kapatmakla birlikte finansal ve ticari ilişkilerini de durdurma kararı almıştır.[73] Son olarak 17 Ağustos 2023 tarihinde birçok üyesinin

---

64 Wet (n 32) 363.

65 Dossou David Zounmenou and Reine Sylvie Loua, *Confronting Complex Political Crises in West Africa: Analysis of ECOWAS Responses to Niger and Cote d'Ivoire* (Institute for Security Studies 2011) 10 <http://www.iss.co.za/uploads/Paper230.pdf> accessed 22 April 2024.

66 UNSC, *Resolution 1464 (2003) Adopted by the Security Council at its 4700th meeting, on 4 February 2003,* S/RES/1464).

67 UNSC, *Resolution 1479 (2003) Adopted by the Security Council at its 4754th meeting, on 13 May 2003,* S/RES/1479 (2003).

68 UNSC, *Resolution 1528 (2004) Adopted by the Security Council at its 4918th meeting, on 27 February 2004, S/RES/1528 (2004).*

69 Zounmenou and Loua (n 65) 10.

70 UNSC, *Resolution 1975 (2011), Adopted by the Security Council at its 6508th meeting, on 30 March 2011* S/RES/1975.

71 Zounmenou and Loua (n 65) 12–13.

72 Bkz. https://ecowas.int/ecowas-commission-condemns-the-attempted-coup-detat-in-niger/ (Son Erişim Tarihi: 15.12.2023).

73 Bkz. https://ecowas.int/final-communique-fifty-first-extraordinary-summit-of-the-ecowas-authority-of-heads-of-state-and-government-on-the-political-situation-in-niger/ (Son Erişim Tarihi: 15.12.2023).

de onayıyla bir askerî müdahaleye hazır olduklarını belirtmiştir.[74]

Uluslararası hukuk açısından ECOWAS örgütünün olası askerî müdahalesi birtakım sorunlar teşkil etmektedir. Öncelikle Nijer ECOWAS örgütünün bir üyesi olmakla birlikte 1999 tarihli Barış Protokolü'nde demokratik olarak seçilen bir hükümetin devrilmesi durumunda askerî müdahalenin, üyelerin 2/3'ünün kararıyla alınabileceği ifade edilmiştir. Burada tartışılan husus Nijer'in ECOWAS üyesi olması ve ilgili Protokol'ü imzalamış olması sebebiyle bu müdahaleye onay verip vermediğidir. Zira böyle bir durumda BM Güvenlik Konseyi'nin rızası gerekmemektedir.[75] Bunun yanı sıra her ne kadar ECOWAS önceki örneklerde olduğu gibi BM'nin onayını almadan askerî müdahale girişimlerinde bulunduysa da önceden onay almadan yaptığı müdahalelerin BM Şartı'na uygunluğu tartışmalıdır. BM ise 26 Temmuz tarihinde yaptığı bir açıklama ile yalnızca Nijer'de gerçekleşen darbeyi kınadığını dile getirmiştir. Günümüze kadar herhangi bir Güvenlik Konseyi kararı alınmamıştır. Bu sebeple ECOWAS'ın BM yetkilendirmesi gerekçesiyle müdahale etmesi de mümkün değildir.

SONUÇ

ECOWAS, BM ve bölgesel örgütlerin iş birliğinde gösterilebilecek örnekler arasında önemli bir rol oynamaktadır. ECOWAS, bölgesinde gerçekleştirdiği hiçbir müdahalede önceden BM Güvenlik Konseyi'nin onayını almamasına rağmen BM, henüz müdahaleler devam ederken birçok kararı ile ECOWAS'ın faaliyetlerine olumlu tepkiler göstermiştir. BM her ne kadar bu kararlarında ECOWAS'ı doğrudan yetkilendirmemiş olsa da bunu belirterek olumsuz bir intiba uyandıracak ifadelere açıklamalarında yer vermemiştir. Aksine, bölgede ECOWAS'ın varlığının önemini vurgulayıp gösterdiği çabayı takdir etmiştir. Konsey, ECOWAS'ın müdahalede bulunduğu her iki bölgede de operasyonları daha sonra kendi kurduğu misyon ile güçlendirerek bölgesel örgüt ile BM'nin iş birliğini öngörmüştür. Böylelikle Konsey, ECOWAS'ın ilgili bölgelerde yürüttüğü operasyonlara sonradan dâhil olup uluslararası barışı ve güvenliği koruma misyonunu gözlemci sıfatıyla bu bölgelerde sürdürmüştür. Bu anlamda BM'nin, uluslararası bir siyaset güderek barış ve güvenliğin sağlanmasında bölgesel örgütlerden faydalandığı, -her ne kadar müdahalelerin Şart'a uygunluğu tartışmalı olsa da- kendi misyonlarını ilgili müdahalelere yerleştirerek kendisini sürece dâhil ettiği görülmektedir.

Müdahalelerin uluslararası hukuka aykırı olup olmadığının cevabı ise açık değildir. Zira BM'nin günümüzün karmaşık yapılı krizlerine hızlıca cevap verebilecek bir mekanizması olmadığını kabul eden bir görüş, bölgesel örgütlerin hızlıca

---

74 Bkz. https://www.aljazeera.com/news/2023/8/17/most-ecowas-members-ready-to-join-standby-force-in-niger-commissioner (Son Erişim Tarihi: 15.12.2023).

75 Tartışmalar için bkz. Russell Buchan and Nicholas Tsagourias, 'Intervention by Invitation and the Scope of State Consent*' (2023) 10 Journal on the Use of Force and International Law 252, 252–270.

müdahalesinin daha uygun olduğunu ve BM'nin sonradan onayının alınmasının mümkün olduğunu ileri sürmekteyken, diğer bir görüş BM Şartı 53. maddenin açık lafzına atıfta bulunarak onayın önceden alınmaması sebebiyle müdahaleleri hukuka aykırı bulmaktadır. Pratikte BM'nin bu müdahalelere karşı herhangi bir karşı müdahalesinin olmadığının görülmesi, hukuka uygun olduğunu savunan görüşün iddialarını destekler niteliktedir. Nitekim faaliyetler Konsey'in kendisi ve birçok üye ülke tarafından takdir edilmiştir ve bu müdahalelerin izinsiz yapıldığı ve bu sebeple hukuka aykırı olduğu ne BM ne de üye ülkeler tarafından iddia edilmiştir. Ancak BM'nin onayı ile hareket edilmesi, bölgesel örgütlerin faaliyetleri üzerine yapılacak hukuka uygunluk tartışmalarına engel olacağı için daha uygun gözükmektedir.

Güvenlik Konseyi'nin zımni yetkilendirmesi görüşünün yanı sıra birçok görüş bu müdahalelerin müdahaleye davet şeklinde yorumlanabileceğini ileri sürmüşlerdir. Zira özellikle Liberya örneğinde ECOWAS müdahalesi, bizzat yerinden edilen meşru devlet başkanı tarafından talep edilmiştir. Ancak Şart'in 53. maddesi özelinde, her ne kadar ECOWAS tarafından BM yetkisi olmadan gerçekleştirilen faaliyetlerin gerekli ve takdir gören müdahaleler olduğu ileri sürülse de, böylesi müdahalelerin genel kabul görmesi bölgesel örgütler tarafından suiistimale açık hâle de gelebilir. Bölgesel örgütler böylelikle bölgelerinde mevcut olan krizlerin çözümünün aciliyet durumunu ve ECOWAS örneğinde olduğu gibi BM'nin sonradan gelen olumlu tepkilerini örnek göstererek keyfî bir şekilde askerî müdahalelerle hukuka aykırı eylemlerde bulunabilir. Bu sebeplerden ötürü BM'nin ilgili müdahalelere ilişkin aldığı kararlarda yetki meselesine açıklık getirmesi ve gerekirse yorum yoluyla Şart'ın ilgili maddesinin uygulamadaki birlik sebebiyle değiştiğini ifade etmesi gerekir.

KAYNAKÇA

Abass A, *Regional Organisations and the Development of Collective Security: Beyond Chapter VIII of the UN Charter* (Hart Pub 2004) <http://site.ebrary.com/id/10273855> accessed 22 April 2024

Africa Watch Report: Liberia Waging War to Keep the Peace: The ECOMOG Intervention and Human Rights, June 1993, Vol.5 Issue 6.

Ataç KK and Özcan BS, '1962 Küba Krizi: Amerikan Arşivleri Üzerinden Bir Okuma' (2021) 17 Güvenlik Stratejileri Dergisi 521

Brown-John CL, 'Economic Sanctions: The Case of the O.A.S. and the Dominican Republic, 1960-1962' (1975) 15 Caribbean Studies 73

Buchan R and Tsagourias N, 'Intervention by Invitation and the Scope of State Consent' (2023) 10 Journal on the Use of Force and International Law 252

Chukwuka Ofodile A, 'The Legality of ECOWAS Intervention in Liberia'

Claude IL, *The OAS, the UN, and the United States* (Carnegie Endowment for International Peace 1964)

Delbrück J and Heinz UE (eds), *Allocation of Law Enforcement Authority in the International System: Proceedings of an International Symposium of the Kiel Institute of International Law March 23 to 25, 1994* (1st edn, Duncker & Humblot 1995) <https://elibrary.duncker-humblot.com/doi:10.3790/978-3-428-48335-8> accessed 24 April 2024

Felicio T, 'The United Nations and Regional Organizations: The Need for Clarification and Cooperation' (2009) 62 Studia Diplomatica 13

Franck T, 'Chapter 2. Rethinking Collective Security', *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines* (Brill Nijhoff 2007) <https://brill.com/display/book/edcoll/9789047421252/Bej.9789004154285.i-590_003.xml> accessed 22 April 2024

Franck TM, *Recourse to Force: State Action against Threats and Armed Attacks* (Cambridge University Press 2002)

Gberie L, 'ECOMOG: The Story of an Heroic Failure' (2003) 102 African Affairs 147

International Court of Justice (ICJ), *Certain Expenses of the United Nations (Art. 17, para. 2, of the Charter),* Advisory Opinion of 20 July 1962, ICJ Rep. 1962, 151 (166).

Jenkins PA, 'The Economic Community of West African States and the Regional Use of Force' (2006) 35 Denver Journal of International Law and Policy 333

Nolte G, *Restoring Peace by Regional Action: International Legal Aspects of the Liberian Conflict* (53 / 3 (1993), Verlag W Kohlhammer 1993)

— —, *Eingreifen auf Einladung Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit des Einsatzes fremder Truppen im internen Konflikt auf Einladung der Regierung* (Springer Berlin 2013) <http://deposit.d-nb.de/cgi-bin/dokserv?id=4390010&prov=M&dok_var=1&dok_ext=htm> accessed 22 April 2024

Nowrot K and Schebacker EW, 'The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone' (1998) 14 American University of International Law Review 321

S/RES/1270.

Sampson IT, 'The Responsibility to Protect and ECOWAS Mechanisms on Peace and Security: Assessing Their Convergence and Divergence on Intervention' (2011) 16 Journal of Conflict and Security Law 507

Simma B, 'Regional Enforcement of Community Objectives', *United Nations Sanctions and International Law* (Brill Nijhoff 2001) <https://brill.com/display/book/edcoll/9789004502871/B9789004502871_s012.xml> accessed 22 April 2024

Thürer D, Herdegen M and Hohloch G, *Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: the failed state = The breakdown of effective government* (CF Müller 1996)

UN, *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peacekeeping: Report of the Secretary-General pursuant to the Statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992,* ST/DP/1247.

UNCS, *Resolution 1156 (1998) Adopted by the Security Council at its 3861st meeting, on 16 March 1998*, S/RES/1556; UNSC, *Resolution 1171 Adopted by the Security Council at its 3889th meeting, on 5 June 1998, S/RES/1171.*

UNCS, *Resolution 1216 (1998) Adopted by the Security Council at its 3958th meeting, on 21 December 1998*, S/RES/1216.

UNGA/UNSC, *A regional-global security partnership: challenges and opportunities,* 28 July 2006, A/61/204-S/2006/590.

UNGA/UNSC, *An Agenda for Peace, Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-keeping, Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council (at the level of Heads of States and Government)*, 31 January 1992, A/47/277–S/24111.

UNGA/UNSC, *Report of the Panel on United Nations Peace Operations,* 21 August 2000, A/55/305-S/2000/809.

UNGA/UNSC, *Supplement to an Agenda for Peace: Position Paper of the Secretary-General on the Occasion of the fiftieth Anniversary of the United Nations*, 25 January 1995, A/50/50-S/1991/1.

UNSC, *Document S/4477* in: Official Records Fifteenth Year (1960), s.134-5. Ayrıca bkz. *Brown-John,* C.Lloyd: Economic Sanctions: The Case of the OAS and the Dominican Republic, 1960-1962 in: Carribean Studies Vol.15 No.2 (1975).

UNSC, *Fifty-second Year 3797th Meeting 11 July 1997*, S/PV.3797.

UNSC, *Fifty-third Year 3902nd meeting 13 July 1998*, S/PV.3902.

UNSC, *Letter dated 27 June 1997 from the Permanent Representative of Nigeria to the United Nations Addressed to the President of the Security Council*, S/1997/499.

UNSC, *Letter dated 8 September 1997 from the Permanent Representative of Nigeria to the United Nations Addressed to the President of the Security Council*, S/1997/695.

UNSC, *Note by the President of the Security Council 22 January 1991*, S/22133; UNSC, *Resolution 788 (1992) Adopted by the Security Council at its 3138th meeting, on 19 November 1992,* S/RES/788.

UNSC, *Resolution 1132 (1997) Adopted by the Security Council at its 3822nd meeting, on 8 October 1997,* R/RES/1132.

UNSC, *Resolution 1162 (1998) Adopted by the Security Council at its 3872nd meeting, on 17 April 1998*, S/RES/1162.

UNSC, *Resolution 1181(1998) Adopted by the Security Council at its 3802nd meeting, on 13 July 1998*, S/RES/1181.

UNSC, *Resolution 1260 (1999) Adopted by the Security Council at its 4035th meeting, on 20 August 1999,* S/RES/1260; UNSC, *Resolution 1231 (1999) Adopted by the Security Council at its 3986th meeting, on 11 March 1999*, S/RES/1231; UNSC, *Resolution 1270 (1999) Adopted by the Security Council at its 4054th meeting, on 22 October 1999*, S/RES/1270; UNSC, *Resolution 1289 (2000) Adopted by the Security Council at its 4099th meeting, on 7 February 2000*, S/RES/1289.

UNSC, *Resolution 1464 (2003) Adopted by the Security Council at its 4700th meeting, on 4 February 2003,* S/RES/1464

UNSC, *Resolution 1479 (2003) Adopted by the Security Council at its 4754th meeting, on 13 May 2003,* S/RES/1479 (2003).

UNSC, *Resolution 1528 (2004) Adopted by the Security Council at its 4918th meeting, on 27 February 2004, S/RES/1528 (2004).*

UNSC, *Resolution 156 (1960) Adopted by the Security Council at its 895th meeting, of 9 September 1960*, S/RES/156.

UNSC, *Resolution 1631 (2005) Adopted by the Security Council at its 5282nd meeting, on 13 October 2005,* S/RES/1631.

UNSC, *Resolution 1975 (2011), Adopted by the Security Council at its 6508th meeting, on 30 March 2011* S/RES/1975

UNSC, *Resolution 788 (1992)*; UNSC, *Resolution 813 (1993) Adopted by the Security Council at its 3187th meeting, on 26 March 1993,* S/RES/813; UNSC, *Resolution 856 (1993) Adopted by the Security Council at its 3281st meeting, on 22 September 1993,* S/RES/856.

UNSC, *Resolution 866 (1993) Adopted by the Security Council at its 3281st meeting, on 22 September 1993,* S/RES/866.

UNTS, *Protocol on Non-Aggression* 22 April 1978, UNTS Vol. 1690 No.29135,

UNTS, *Protocol Relating to Mutual Assistance on Defence,* 29 May 1981, UNTS Vol. 1690 No. 29137.

UNTS, *Revised Treaty of the Economic Community of West African States (ECOWAS),* 23 August 1995, UNTS Vol.2373 No.42835.

UNTS, *Treaty of the Economic Community of West African States (ECOWAS),* 28 May 1975, UNTS Vol.1010 No.14843

Villani U, 'The Security Council's Authorization of Enforcement Action by Regional Organizations'

Walter C, *Vereinte Nationen und Regionalorganisationen: eine Untersuchung zu Kapitel VIII der Satzung der Vereinten Nationen = United Nations and regional organizations* (Springer 1996) <http://swbplus.bsz-bw.de/bsz053816285cov.htm> accessed 24 April 2024

Wet ED, 'The Evolving Role of ECOWAS and the SADC in Peace Operations: A Challenge to the Primacy of the United Nations Security Council in Matters of Peace and Security?' (2014) 27 Leiden Journal of International Law 353

White ND and Ülgen Ö, 'The Security Council and the Decentralised Military Option: Constitutionality and Function' (1997) 44 Netherlands International Law Review 378

Zounmenou DD and Loua RS, *Confronting Complex Political Crises in West Africa: Analysis of ECOWAS Responses to Niger and Cote d'Ivoire* (Institute for Security Studies 2011) <http://www.iss.co.za/uploads/Paper230.pdf> accessed 22 April 2024

İnternet Kaynakları

https://1997-2001.state.gov/global/human_rights/1997_hrp_report/sierrale.html

https://amaniafrica-et.org/wp-content/uploads/2021/04/Protocol-Relating-to-the-Mechanism-for-Conflict-Prevention-Management-Resolution-Peace-Keeping-and-Security-1999.pdf

https://ecowas.int/ecowas-commission-condemns-the-attempted-coup-detat-in-niger/ (Son Erişim Tarihi: 15.12.2023).

https://ecowas.int/final-communique-fifty-first-extraordinary-summit-of-the-ecowas-authority-of-heads-of-state-and-government-on-the-political-situation-in-niger/ (Son Erişim Tarihi: 15.12.2023)

https://www.aljazeera.com/news/2023/8/17/most-ecowas-members-ready-to-join-standby-force-in-niger-commissioner (Son Erişim Tarihi: 15.12.2023)

https://www.mfa.gov.tr/ecowas.tr.mfa

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1514772

ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI KAPSAMINDA BİLGİLENDİRİLME HAKKI (AİHS M. 5/2)

Right to be Informed within the Scope of the Right to Liberty and Security (Art. 5/2 ECHR)

Erdal YERDELEN*
Dilek Özge ERDEM**

Özet

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkını Sözleşme'nin belki de en yoğun ve kapsamlı haklarından biri olarak nitelendirebilmek mümkündür. Hükümle, bireyin özgürlüğünden her türlü devlet müdahalesiyle keyfi olarak yoksun bırakılmasına karşı korunması amaçlanmakta, özgürlüğe yapılacak müdahalenin hukuki gerekçesini oluşturan nedenler sınırlı (numerus clausus) olarak sayılmakta ve bu nitelikteki işlemlerin hukukiliğine ilişkin denetim ve hâkim güvencesi düzenlenmektedir. Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına neden olan müdahalelere karşı hukuki denetim güvencesinden yararlanabilmesinin ilk aşamasını ise, kendisine karşı uygulanan hukuki işlemin gerekçe ve esasları hakkında bilgilendirilmesi oluşturmaktadır. Nitekim, bireyin neden tutulduğunu ve kendisine karşı hangi işlemlerin yapıldığını bilmediği bir hal, distopik romanlarda resmedilen, temel insan haklarının özüyle bağdaşmayan bir uygulama niteliğindedir. İşte bu çalışmada kısaca AİHS m. 5 hükmü kapsamında özgürlük ve güvenlik hakkından ne anlaşılması gerektiğine ve bu hakka müdahale niteliğindeki işlemlerin, bir diğer deyişle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının şartlarına değinilecek ve m. 5/2 hükmünde düzenlenen kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına neden olan sebepler hakkında bilgilendirilme hakkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları esas alınarak, doktrinde belirtilen görüş ve değerlendirilmeler ışığında incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Özgürlük ve güvenlik hakkı, bilgilendirilme hakkı, özgürlüğün kısıtlanması, özgürlükten yoksun bırakılma, keyfi müdahale

Abstract

It is possible to characterize the right to liberty and security, which is regulated in Article 5 of the European Convention on Human Rights, as perhaps one of the most intense and comprehensive rights of the Convention. With the provision, it is aimed to protect the individual against arbitrary deprivation of their freedom by all kinds of state interventions, the reasons constituting the legal justification for the interference with freedom are counted as limited (numerus clausus) and the supervision and the judge's assurance regarding the legality of such transactions are regulated. The first stage of benefiting from the legal supervision guarantee against the interventions, that cause

➢ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
➢ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 12.05.2024*
➢ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Prof. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, erdal.yerdelen@asbu.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-8796-2186.
** Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ozge.erdem@asbu.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-2226-7369.

the person to be deprived of their freedom, is to be informed about the grounds and principles of the legal action against them. As a matter of fact, a situation where the individual does not know why they are being held and what actions are taken against them, is a practice depicted in dystopian novels, which is incompatible with the essence of basic human rights.

Here in this study, within the scope of Art. 5 ECHR, it will be examined what should be understood from the right to freedom and security and the conditions of actions that interfere with this right, in other words, the deprivation of liberty of the person will be mentioned. And the right to be informed about the reasons leading to the deprivation of liberty of the person regulated in the provision of 5/2 will be tried to be examined in the light of the opinions and evaluations specified in the doctrine, based on the case law of the European Court of Human Rights.

Key Words: Right to liberty and security, right to be informed, restriction of liberty, deprivation of liberty, arbitrary intervention

I. ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI GEREĞİNCE ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUN BIRAKILMA NEDENİNİ ÖĞRENME HAKKI (AİHS M. 5/2)

A. Özgürlük ve Güvenlik Kavramı

Özgürlük ve güvenlik hakkı pozitif hukuk düzenlemelerinde Justinian kanunlarına, *homine libero exhibendo* fermanına değin uzanan ve kaynağını İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3. ve 9. maddelerinden alan bir geçmişe sahiptir.[1] Özgürlük kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bugüne değin hukuk ve sair disiplinlerde farklı yaklaşımlarla tanımlamalar getirilmiştir. Ancak esas itibariyle doktrinde üzerinde uzlaşmaya varılmış bir tanımın bulunduğunu söylemek güçtür. Özellikle soyut ve genel düzenlemelerden meydana gelen pozitif hukuk metinlerinde "hak", "özgürlük", "güvenlik" gibi temel kavramların açıklamalarına yer verilmesi ise ne mümkün ne de isabetli bir yaklaşımdır. Yine temel bir metin olan AİHS'de de kavramlara ilişkin tanımlara yer verilmemiş, anlam ve uygulama alanlarının kısıtlanması yoluna gidilmemiştir.

Doktrinde bir görüşe göre AİHS m. 5 hükmünün koruma alanını münferit olarak bireyin kişi özgürlüğü oluşturmakta; her ne kadar madde hükmünde özgürlük ve güvenlik birlikte garanti edilmişse de 2. cümleden ve müdahale koşullarına yer veren izleyen fıkralardan yalnızca kişi özgürlüğünün garanti edildiği sonucuna varılmaktadır.[2] Bu anlamda güvenlik kavramı özgürlüğün yanında kendine özgü bir anlama sahip olmayıp[3] özgürlük kavramıyla bağlantılı olarak anlaşılmalı, güvenlikten ayrıca söz edilmiş olmasından devletin bireye koruma sağlama yükümlülüğünün olduğu sonucu çıkarılmamalıdır.[4] Devletin bireye koruma sağlama yükümlülüğünün kaynağı

---

1 William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights (Oxford University Press 2015) 220.*

2 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rıfat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı (Seçkin Yayıncılık 2019) 223.*

3 Jens Meyer-Ledewig, Stefan Harrendorf ve Stefan König, 'EMRK Art. 52 *in Jens Meyer-Ladewig, Martin Nettesheim ve Stefan von Raumer (eds), Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar* (Nomos 2017) Kn. 6.

4 Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok (n 2) 224.

AİHS m. 2 hükmünden çıkarılabilecek olup, güvenlik daha ziyade özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin içinde bulunduğu durumu ifade etmektedir.[5]

Daha isabetli ve mahkemenin içtihatlarıyla daha uyumlu görünen bir diğer görüşe göre Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan düzenlemede özgürlüğün yanı sıra güvenlik de bir hak olarak tanınmıştır. Bu anlamda hükümde özgürlük ve güvenlik hakkının kural olduğu belirtilmiş ve özgürlük hakkının kısıtlanabileceği istisnai hallere yer verilmiştir.[6] Hükmün düzenlemesinde güvenlik hakkı mutlak bir hak olarak tanınmış ve hiçbir kısıtlamaya tabi tutulmamışken, özgürlük hakkının m. 5/1/a-f bentlerinde sayılan nedenlere dayanarak kısıtlanabilmesine imkân tanınmıştır.[7] Mahkeme uygulamasında ise özgürlük hakkından anlaşılması gerekenin kişinin fiziksel özgürlüğü olduğu ve m. 5 hükmüyle amaçlanın, kimsenin keyfi bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını garanti altına almak olduğu belirtilmiştir.[8] Bunun yanı sıra mahkeme hükümde yer verilen her iki hak arasındaki ilişkiyi belirtir şekilde, Fransa'dan İsviçre'ye suçluların iadesini konu alan bir kararda açıkça *"olayda etkilenen yalnızca özgürlük hakkı değil fakat ayrıca kişinin güvenlik hakkının da etkilenmesi söz konusudur"*[9] diyerek bu iki hakkın bağımsız nitelikte olduğunu ortaya koymuş ve olayda her iki hakkın da ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Bu bağlamda özgürlük hakkından ayrı bir hak niteliğindeki güvenlik hakkından anlaşılması gereken, özgürlüğe yapılması söz konusu olan herhangi bir müdahaledeki, her türlü keyfiyetin engellenmesini sağlayan hukuki güvenlik, bireyin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamak yönündeki güvenliğidir.[10] AİHM ayrıca üye devletlerden birinin bir diğerinin egemenlik alanı içerisinde, mutabakatı olmaksızın gerçekleştirilen tutuklama işleminde de güvenlik hakkının etkileneceğini belirtmiştir.[11] Ancak bu hükümde geçen güvenlik hakkından, devletin ülkede hâkim genel bir güvenlik ortamı sağlamak gibi bir koruma yükümlülüğüne sahip olduğu anlaşılmamalıdır.[12] AİHS m. 5 hükmünde tanınan güvenlik hakkından, üye

---

5 Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok (n 2) 224.

6 Schabas (n 1) 226; Monica Macovei, 'The Right to Liberty and Security of the Person' in: *Human Rights Handbooks No. 5 (Council of Europe 2004) 8.*

7 Serhat Altınkök, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (Orio Yayınevi 2015) 51.*

8 Council of Europe, *Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights (Council of Europe 2020) 8.*

9 *Bozano v. Fransa 18.12.1987-9990/82 § 54; mahkeme her ne kadar bu kararda açıkça güvenlik hakkını özgürlük hakkından ayrı olarak ayrıca zikretmişse de bunun münferit bir hak olarak anlam ifade etmesine nasıl bir sonuç bağlanacağının açık olmadığı belirtilmiştir (bkz. Christoph Grabenwarter ve Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention (C. H. Beck 2019) § 21 Kn. 3 dn. 11).*

10 Walter Gollwitzer, *Menschenrechte im Strafverfahren (De Gruyter 2005) MRK Art. 5 Rn.7; Grabenwarter ve Pabel (n 9) § 21 Kn. 3; Giorgi Nikolaishvili v. Gürcistan 13.01.2009-37048/04 § 53; İbrahim Şahbaz, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği' (2004) 55 TBBD 208.*

11 *Öcalan v. Türkiye 12.05.2005-46221/99 § 85.*

12 Kärsten Gaede in: Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider (eds), *Münchener*

devletler tarafından ana vatanlarında güvenlikleri tehlikede olan kişilere karşı genel bir sığınma hakkı tanıdığı gibi sonuçlara ulaşılması mümkün değildir.[13]

AİHS m. 5/1 hükmüyle devlete yalnızca maddede sayılan haklara keyfi olarak müdahale etmeme yükümlülüğü yüklenmemekte ayrıca bu haklara yapılan hukuka aykırı müdahalelere (saldırılara) karşı koruma sağlamak için yetki sınırları içerisinde harekete geçme görevi yüklenmektedir.[14] Devlet, savunmasız konumda bulunan bireylerin etkin bir şekilde korunması için, yetkili kişilerin bildiği ya da bilmesi gerektiği özgürlükten yoksun bırakılma hallerini engellemek üzere makul adımlar atılması da dahil olmak üzere önlemler alma yükümlülüğü altındadır.[15] Bu anlamda örneğin, devlet özel psikiyatri kuruluşlarını düzenli olarak denetlemek ve kontrol etmekle yükümlüdür.[16]

Özgürlüğün anlam ifade edebilmesi, bunun güvencesinin bulunmasına bağlı olup kişi güvenliği kurumu bu güvencenin sağlanmasına hizmet eder.[17] Sözleşme'nin 5. maddesiyle korunma altına alınan güvenlik hakkı ise bireyin haksız olarak tutulmaması, özgürlüğüne karşı yapılabilecek olan tüm keyfi müdahalelere karşı korunabilmesini ifade eder.[18] Bu anlamda kişinin özgürlüğüne müdahale niteliğindeki her türlü işlemin kaynağını yasadan alması anlamına gelen kanunilik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olup özgürlüklere keyfi müdahalelerin engellenmesine ve kişi güvenliğinin sağlanmasına hizmet etmektedir. Türk anayasa koyucu da bu düşünceyle Any. m. 13 hükmünde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel kuralı belirlemiş ve temel hak ve özgürlüklerin yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlandırılabileceğini belirtmiş, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında nitelikli yasa kaydına yer vermiştir.[19] Maddenin 2001 yılında yapılan değişiklikten önceki halinde yer verilen genel sınırlandırma sebepleri olan "*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması"* amaçları kaldırılmış, 13. Madde temel hak ve özgürlüklerin tümü hakkında geçerli olacak

Kommentar zur StPO, C. H. Beck 2018) EMRK Art. 5 Kn. 3; Gollwitzer (n 10) MRK Art. 5 Kn. 7; Hajduová v. Slovenya 30.11.2010-2260/03 § 55.

13 Grabenwarter ve Pabel (n 9) § 21 Kn. 3.

14 *El-Masri v. (eski) Yugoslav Makedon Cumhuriyeti 13.12.2012-39630/09 § 239; Aksi yönde HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König (n 3) Art. 5 Kn. 7.*

15 *Storck v. Almanya 15.06.2005-61603/00 § 102.*

16 *Storck v. Almanya 15.06.2005-61603/00 § 103.*

17 Seyithan Güneş, 'Özgürlük ve Güvencesi Açısından Hukuk Devleti' (1997) 3 ABD 21.

18 Betül Kalyoncu, *Türk Pozitif Hukuku'nda ve Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nda Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, (Adalet Yayınları 2017) 12; Ali Tanju Sarıgül, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Kişiye Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (Seçkin Yayıncılık 2013) 33.*

19 Zafer Gören, 'Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları' (2007) 12 6 2 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 48.

sınırları belirleyen bir hüküm halini almıştır.[20] Özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin ise Any. m. 19 hükmünde herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliğine sahip olduğu belirtilmiş, kişinin özgürlüğünün kısıtlanabileceği haller buna ilişkin esaslar kanunda belirtilmek üzere sınırlı olarak sayılmıştır.

B. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Çerçevesinde Özgürlükten Yoksun Bırakılma Nedenini Öğrenme Hakkının Kapsamı ve Uygulanma Alanı

AİHS m. 5/1 hükmünde özgürlük ve güvenlik hakkı düzenlenmiş, özgürlüğün kısıtlanabileceği haller tahdidi olarak sayılmıştır. AİHS m. 5/2, 3, 4 hükümlerinde ise özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin sahip olduğu haklara yer verilmiş, f. 5 hükmünde ise m. 5 hükmüne aykırılık halinde mağdurun tazminat isteme hakkının bulunduğu belirtilerek özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali yaptırıma bağlanmıştır. Benzer şekilde Any. m. 19/5 hükmünde de yakalanan ya da tutuklanan kişilere, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yine iç hukukta yer alan diğer düzenlemelerden YGİY m. 6/4. ve PVSK m. 13/5 hükümlerinde AİHS'de ve Anayasa'da düzenlenen bilgilendirilme hakkı kanun ve yönetmelik düzeyinde de tekrarlanmıştır. Bu noktada belirtilmelidir ki yakalanan kişiye haklarının öğretileceğine[21] ilişkin CMK m. 90/4, YGİY m. 6 ve CMK m. 147 hükümlerinde öngörülen şüpheli veya sanığa ifadesinin alınmasında ya da sorguya çekilmesinde haklarının öğretileceğine ve bu anlamda kendisine yüklenen suçun bildirileceğine ilişkin düzenleme, bilgilendirilme hakkına yönelik olduğu izlenimi yaratsa da, esas itibariyle AİHS m. 6 hükmünde düzenlenen adil yargılanma hakkı ve bu anlamda şüpheli ya da sanığın savunma hakkı kapsamında değerlendirilmelidir.[22]

1. Özgürlükten Yoksunluk Kavramı

AİHS m. 5/2 hükmü gereğince kişinin bilgilendirilme hakkı, özgürlükten yoksun bırakılması halinde söz konusu olacaktır. Şu halde Sözleşme kapsamında kişinin ne zaman özgürlüğünden yoksun kılındığının belirlenmesi gerekmektedir. Madde kapsamında kişi özgürlüğüyle, esas itibariyle fiziksel özgürlük güvence altına alın-

---

20 Ozan Ergül, Ersoy Kontacı ve Deniz Polat, *Güncel ve Notlu 1982 Anayasası (Savaş Yayınları 2014) 7 dn. 9; ayrıca bkz. Zühtü Arslan, 'Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler' (2002) 19, Anayasa Yargısı 141 vd.; Kemal Gözler, 'Anayasa Değişikliği ve Temel Hak ve Özgürlükler' (2001) 4 ABD 54.*

21 Yakalanan kişiye haklarının bildirilmesi (CMK m. 90/4, YGİY m. 6/4) ve yakalanma sebebinin bildirilmesi hakkı (PVSK m. 13, Any. 19/5, YGİY m. 6) birbirinden farklı kavramlardır. Doktrinde *Miranda Rules (*Miranda Kuralları) olarak da anılan haklarını öğrenme hakkı gereğince, yakalanan kişiden hakları ve bu anlamda susma hakkına ve müdafiiden yararlanma hakkına sahip olduğu öğretilmeden elde edilecek beyan yargılamada delil olarak kullanılamayacaktır (*Miranda v. Arizona 384 U.S. 436 (1966); Fahri Gökçen Taner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği (Seçkin Yayıncılık 2019) 168).*

22 Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, München 2018, § 7 Kn. 117, s. 87; Taner (n 21)167-169; Aksi yönde bkz. Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok (n 2) 267.

maktadır.[23] Ancak m. 5 hükmü anlamında fiziksel özgürlük, kişinin herhangi bir yere gidip gelme, seyahat özgürlüğü olarak anlaşılmamalıdır; seyahat özgürlüğü ve bunun sınırlandırılması Sözleşmeye Ek 4 Numaralı Protokolde düzenlenmiştir.[24] Ek 4 Numaralı Protokol m. 2 hükmüyle koruma altına alınan hareket (seyahat) özgürlüğünün kısıtlanması *(restriction of liberty)* ve AİHS m. 5 hükmü kapsamında özgürlükten yoksun bırakılma *(deprivation of liberty)* arasındaki fark, nitelik ya da öz farkı değil fakat yoğunluk açısından söz konusu olan bir farktır.[25] AİHS m. 5 hükmü ancak özgürlükten yoksun bırakılma halinde, bir diğer deyişle kişinin alıkonularak özgürlüğünün tamamen kaldırılması halinde uygulanma alanı bulacaktır; kişinin salt belli bir yerde oturmaya mecbur kılınması ya da belli bir bölgeye girmesinin yasaklanması bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.[26]

AİHS m. 5 hükmü kişinin devlet organları tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılması halinde söz konusu olmaktadır.[27] Bir diğer deyişle, kişinin örneğin ebeveynlerinin sahip olduğu velayet hakkı kapsamında, yetkili doktor tavsiyesi üzerine tedavi amaçlı bir psikiyatri kliniğine kapatılması halinde, özgürlüğünden kamusal organların kararları doğrultusunda yoksun kılınması söz konusu olmadığından AİHS m. 5 hükmünün ihlali sorunu gündeme gelmeyecektir.[28]

Mahkeme, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmadığını belirlerken; başvuranın bireysel durumu ve tercihleri, ilgili ülkenin uygulanacak hukuki rejimi ve bunun amacı, özellikle bu amaç ve başvuranın gerçekleştirilecek işlemleri beklerken yararlandığı usuli koruma ışığında söz konusu olan süre ve başvuranın gerçekte maruz kaldığı ya da tecrübe ettiği kısıtlamaların mahiyeti ve derecesi gibi kriterlerden yola çıkmakta;[29] başlangıç noktası olarak kişinin somut durumunun kabul edilmesi gerektiğini, uygulanan tedbirin süresi, türü, etkileri ve uygulanma usulü gibi bir dizi kriterin bir bütün olarak dikkate alınarak belirleme yapılması gerektiğini belirtmektedir.[30]

2. Bilgilendirilme Hakkının Uygulanma Alanı

AİHS m. 5/2 hükmünde düzenlenen bilgilendirilme hakkı özgürlük ve güvenlik hakkının amacı olarak kişinin hukuka aykırı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasını, keyfi uygulamalara tâbi tutulmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Bu anlamda maddenin 4. fıkra hükmünde düzenlenen kişinin özgürlüğünden yoksun

---

23 *De Tommasso v. İtalya 23.02.2017-43395/09 § 80.*

24 *Engel ve diğerleri v. Hollanda 08.06.1976-5370/72 § 52; De Tommasso v. İtalya* 23.02.2017-43395/09 § 80.

25 *De Tommasso v. İtalya 23.02.2017-43395/09 § 80; Guzzardi v. Italya, 06.11.1980-7367/76 § 93.*

26 Sarıgül (n 18) 35.

27 Sarıgül (n 18) 37.

28 *Nielsen v. Danimarka 28.11.1988-10929/84 §§ 63-73.*

29 *Z. A. ve diğerleri v. Rusya 21.11.2019-* 61411/15 § 138.

30 *De Tommasso v. İtalya 23.02.2017-43395/09 § 80; Guzzardi v. Italya, 06.11.1980-7367/76 § 92.*

bırakılmasına karşın hukuki denetim mekanizmasına başvurma hakkının da gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir. Bir diğer deyişle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılma sebeplerinin kendisine açıklanması; bu sebeplerin hukuka uygun olup olmadığı konusundaki tereddütlerini yargı önüne taşıyabilmesi, AİHS m. 5/4 hükmüyle tanınan muhakeme güvencesinden yararlanması, işlemin hukuka uygunluk denetiminin sağlanabilmesi için de gereklidir.[31]

Doktrinde, mahkemenin bilgilendirme hakkını 4. fıkra hükmünde tanınan itiraz hakkıyla birlikte değerlendirmesi ve bu anlamda başvuranın hukuki çarelere başvurup başvurmamasından -savunmaya ilişkin davranışından- tutulma nedenlerine ilişkin yeterli bilgiye sahip olup olmadığına ilişkin sonuç çıkaran uygulaması eleştirilmiştir.[32] Bu anlayış, bilgilendirme hakkının ihlal edildiğinden söz edilebilmesi için hak sahibinin en başından yargı denetimi yoluna gitmemesi sonucuna yol açabilecektir ki böyle bir durum tereddütsüz m. 5/4 hükmüyle açık bir çelişki oluşturacaktır.[33] Mahkeme de açıkça kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının gerekçelerinin kendisine bildirilmediği halde, hukukilik denetimi için mahkemeye başvurma hakkının (AİHS m. 5/4) tüm etkisini yitireceğini[34], tek başına m. 5/2 hükmünün ihlalinin aynı zamanda AİHS m. 5/4 hükmünün tüm etkisinin ortadan kalkmasına yol açacağını[35] belirtmiştir. Bu anlamda mahkemenin değerlendirmesi kapsamında AİHS m. 5/2 hükmünün ihlalinin tek başına m. 5/4 hükmünün ihlal edildiğinin kabul edilmesi için yeterli gerekçe olarak görüldüğünü ifade etmek mümkündür. Öte yandan mahkemenin AİHS m. 5/2 hükmünün ihlal edilmesinin m. 5/4 hükmünün etkisinin ortadan kalkmasına yol açacağı yönündeki bu değerlendirmesinin yanı sıra, bunun tersi yönünde yargı denetimine başvurma hakkının kullanılmış olmasından bilgilendirilme hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılamayacağını kabul ettiği de görülmektedir. *Van der Leer v. Hollanda* kararı incelendiğinde gönüllü olarak yerleştirildiği psikiyatri hastanesinde daha sonradan çıkan mahkeme kararıyla artık zorunlu olarak kaldığını öğrenen başvuranın, tesadüfen bu bilgiyi edinmesi yeterli görülmemiş, başvuranın yargı denetimi yoluna başvurmuş olması bilgilendirme hakkının ihlal edilmediğinin kabulüne gerekçe alınmamıştır.[36]

---

31 *Van Der Leer v. Hollanda 21.02.1990-11509/85 § 28; Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık 27.03.1991-12248/86 § 40; Conka v. Belçika 05.02.2002-51564/99 § 50; Shamayev ve diğerleri v. Gürcistan ve Rusya 12.04.2005-36378/02 § 413; Z. H. v. Macaristan 08.11.2012-28973/11 § 41; Khalifa ve diğerleri v. Italya 15.12.2016-16483/12 § 132.*

32 Hans-Heiner Kühne ve Robert Esser, 'Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zur Untersuchungshaft' (2002) 383 StV 386.

33 Kühne ve Esser (n 32) 383 (386).

34 *Khlaifa ve diğerleri v. İtalya 15.12.2016-16483/12 § 132; Shamayev ve diğerleri v. Gürcistan 12.04.2005-36378/02 § 432; Moghaddas v. Türkiye 15.02.2011-46134/08 § 50.*

35 *Alimov v. Türkiye 06.09.2016-14344/13 § 51.*

36 *Van Der Leer v. Hollanda 21.02.1990-11509/85 § 28, 30, 31; kararda mahkeme AİHS m. 5/2 hükmünün ihlal edildiğini tespit ederek m. 5/4 kapsamında bu hükmü ayrıca incelememiş (§ 34), m. 5/4 hükmünün ise yargılama sürecinde yaşanan gecikmelerden dolayı ihlal edildiğine karar vermiştir.*

Bilgilendirme hakkının söz konusu olabilmesi, kişinin fiilen özgürlüğünden yoksun bırakılmış olmasına bağlıdır.[37] Kişi hakkında özgürlüğünden yoksun bırakılmasına yol açacak karar çıkarılmış ancak örneğin, failin yakalanamaması ya da kaçması gibi sebeplerle henüz ya da hiç yerine getirilememişse bilgilendirilme hakkı gündeme gelmeyecektir.[38] Bilgilendirilme hakkı her özgürlükten yoksun bırakma tedbiriyle tekrar söz konusu olacaktır. Bir kişinin serbest bırakılması durumunda yeniden tutulduğunda tekrar bilgilendirme yapılması gerekmektedir.[39]

AİHS m. 5/3 hükmünde özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye *bu işlemin nedenlerinin* ve *kendisine isnat edilen suçlamanın* derhal ve anlayabileceği bir dilde bildirileceği düzenlenmiştir. Hükümle m. 6/3/a hükmünden farklı olarak yalnızca bir suç isnadıyla karşı karşıya kalan kişilerin değil, yakalanan yahut herhangi bir sebeple özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının gerekçesinin bildirilmesi hakkı tanınmıştır. Bu hüküm sadece ceza hukuku anlamında değil, babalık davasında kan alınmasının sağlanması, psikiyatrik muayenenin yapılması gibi özel hukuk kapsamındaki özgürlükten yoksun bırakılma hallerinde de uygulanma alanı bulmaktadır.[40] AİHS m. 5/1 hükmünde de açıkça bir suç isnadı bulunmaksızın da kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının söz konusu olabileceği haller düzenlenmiştir. Buna göre Sözleşme'nin m. 5/1/d hükmü gereğince küçüklerin eğitimle ilgili gözetim ve denetim amacıyla tutulabileceği belirtilmiştir. Çocuk Koruma Kanununun da m. 3/(1)/a/1 hükmünde korunmaya ihtiyacı olan çocuk *"Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru"* çocuk olarak tanımlanmış, kanunun m. 5,7, 8 hükümlerinde bu çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirler alınması; bu kapsamda çocuğun eğitim, barınma veya tedavi amacıyla bir kuruma yerleştirilmesi düzenlenmiştir. Anayasa m. 19/2 hükmünde de küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi, Sözleşme hükmüyle benzer olarak özgürlükten yoksun bırakılma nedeni olarak düzenlenmiştir. Doktrinde her iki hüküm arasındaki farkın Anayasa'da "gözetim altında ıslah" ifadesine yer verilmişken Sözleşme'de "eğitimin izlenmesi amacıyla" ifadesinin kullanılması olduğu ve Anayasa'nın ifadesinin Sözleşme'ye uygun yorumlanarak, "gözetim altında ıslah" kavramının "eğitim amaçlı izleme"yi de içerir şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.[41] Ancak Sözleşme

---

37 Ulrich Karpenstein, Franz C. Mayer ve Björn Elberling, *'EMRK Art. 5' in: Ulrich Karpenstein ve Franz C. Mayer (eds), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (C. H. Beck 2015) Kn. 92.*

38 Tolga Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -1 (Avrupa Konseyi 2018) 153; Keus v. Hollanda 25.10.1990-12228/86 § 10, 22.*

39 *X v. Birleşik Krallık 05.11.1981-7215/75 § 64 vd.; KP/Karpenstein/Mayer/Elberling (n 37) EMRK Art. 5 Kn. 92.*

40 Sarıgül (n 18) 34; Coşkun Koç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Yakalama ve Gözaltı (Legal Yayıncılık 2020) 55.*

41 Şirin (n 38) 118, 119.

hükmünde açıkça çocuğun eğitimle ilgili gözetim ve denetim amacıyla tutulabileceğinden bahsedildiğinden, eğitim dışında kalan amaçların bu hüküm kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Bu anlamda, örneğin madde bağımlısı olan çocuğun rehabilitasyon merkezine yerleştirilmesi amacıyla tutulması ve burada tedavi amaçlı gözetim altında tutulması söz konusu olduğunda, ilgili müdahalenin Sözleşme'nin m. 5/1/e hükmü gereğince alkolik ve bağımlıların tutulması kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

Sözleşme'nin m. 5/1/e maddesinde kişinin bulaşıcı hastalık, akıl hastalığı, alkolizm veya madde bağımlılığı ya da serserilik nedeniyle tutulabileceği düzenlenmiştir.[42] Kişinin bir suç isnadı bulunmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakıldığı diğer bir durum olan bu halin anayasal dayanağına Any. m. 19/2 hükmünde, kanuni dayanağına ise Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmiştir. TMK m. 432- 437 hükümlerinde kişinin rızası bulunmaksızın koruma, tedavi eğitim veya ıslah amacıyla bir kuruma yerleştirilebileceği haller düzenlenmiştir. TMK m. 432 hükmü gereğince "*akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu Madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.*" TMK m. 436 hükmünde ise koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı verilirken ilgilinin bunun sebepleri hakkında bilgilendirilmesi ve karara karşı denetim makamına itiraz edebileceğine yazılı olarak dikkatinin çekilmesinin zorunlu olduğu, bu madde kapsamında alınan kararların icrası için gerektiğinde ilgili kişi hakkında zor kullanılabileceği ve sağlık görevlilerinden gerekli tıbbi yardım alınabileceği belirtilmiştir. Zor kullanma yetkisine ilişkin olarak da yine Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 5. maddesinde hastalık bulaştırabilecek kişilerin kolluk görevlilerince yakalanabileceği; Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m. 13/f hükmünde polisin serseri akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı, serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri, eylemin ve durumun niteliğine göre koruma altına alma, yakalama ya da uzaklaştırma ve gerekli kanuni işlemleri yapma yetkisine sahip olduğu; aynı kanunun m. 13/c hükmünde bağımlılık şartı aranmaksızın, halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk halinde başkalarına saldıranları eylemin veya durumun niteliğine göre koruma altına alacağı, uzaklaştıracağı ya da yakalayacağı ve gerekli kanuni işlemleri yapacağı, yakalanan kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde her türlü tedbirin alınabileceği düzenlenmiştir. PVSK m. 13/3 hükmünde bu şekilde "*yakalanan kişilere,*

[42] Sarhoşluk nedeniyle tehlike yarattığı net olarak ortaya konulamayan kişinin altı buçuk saat kadar özgürlüğünden yoksun bırakılmasının Sözleşme'nin m. 5/1/e hükmünü ihlal ettiğine yönelik bkz. *Witold Litwa v. Polonya 04.04.2000-26629/95 § 80.*

yakalama sebebi herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhal; toplu suçlarda ise en geç bu kişiler hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir" denilerek Sözleşme'ye ve Any. m. 19/5 hükmüne uygun olarak bilgilendirilme hakkı düzenlenmiştir. Yine AİHS m. 5/1/f hükmünde belirtilen ülkeye izinsiz olarak girmek isteyen kişilerin kanuna uygun olarak tutulması halinde[43] de kişinin bir suçun faili olduğu şüphesinin bulunmasına gerek yoktur.

Ceza muhakemesi hukuku kapsamında da kişinin bir suçun faili olduğu şüphesi bulunmaksızın yakalanması veya tutulması söz konusu olabilmektedir. Zorla getirme tedbirinin söz konusu olduğu hallerde kişiye bir suç isnat edilmesi, kişinin şüpheli ya da sanık konumunda olması zorunlu değildir. CMK m. 146/7 hükmü gereğince CMK m. 145'e göre ifade veya sorgu için çağırılıp da çağrıya rağmen gelmeyen tanık, bilirkişi, mağdur ve şikâyetçi ile ilgili olarak da zorla getirme kararı verilebilmesi mümkündür.

CMK m. 90, 98 hükümleri gereğince kişinin yakalama tedbirine konu olması ancak bir suçun şüphelisi ya da sanığı konumunda olması halinde söz konusu olabilmektedir. AİHM'nin AİHS m. 5 hükmünün uygulanmasında yakalama ve özgürlükten yoksun bırakılma kavramını yalnızca CMK gereğince teknik anlamda yakalama ve bunu izleyen gözaltı niteliğinde olan haller ile sınırlı olarak ele almadığı[44] düşünüldüğünde, hakkın süjesinin yalnız şüpheli veya sanık olmadığı, ceza muhakemesinde AİHS m. 6 hükmünden daha geniş bir uygulanma alanına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Maddede özgürlükten yoksun bırakılmanın hukuka uygun olduğu haller arasında kişinin yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla (m. 5/1/b) yakalanmasının veya tutulmasının sayıldığı göz önünde bulundurulduğunda soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi veya Cumhuriyet savcısı tarafından tanık veya bilirkişi hakkında verilmiş olan zorla getirme kararının uygulanması (CMK m. 43/5, 44, 62, 71, 145, 146) da m. 5 kapsamında değerlendirilmelidir. Zorla getirme kararının kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilebileceği düşünüldüğünde (CMK m. 43/5, 62) artık yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla kişinin tutulması değil fakat mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen karara uymama nedeniyle kişinin tutulması söz konusu olacaktır.

AİHM de kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması nedeni hakkında bilgilendirilmesi hakkının yalnızca bir suç şüphesinin varlığına bağlı olmadığını açıkça belirtmiştir. *Van Der Leer v. Hollanda* kararında eşinin başvurusu üzerine 6 ay süreyle akıl hastanesine yatırılan başvuranın mahkeme kararının kendisine bildirilmemesi ve kararın bir kopyasının verilmemesi nedeniyle, derhal bilgilendirilme hakkının ihlal

---

43 *Khlaifia ve diğerleri vs. Italya 15.12.2016-16483/12 § 86; Z. A. ve diğerleri v. Rusya 21.11.2019-*61411/15, 61420/15, 61427/15 ve 3028/16 § 162.

44 *Guzzardi v. Italya, 06.11.1980-7367/76, § 95.*

edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur.[45] Hükümet ise AİHS m. 5/2 hükmünde geçen yakalama ve suç isnadı ifadelerinden dolayı bilgilendirme hakkının ceza hukukundan kaynaklanan özgürlüğün sınırlandırılması hallerine ilişkin olduğunu ileri sürmüştür.[46] Ancak mahkeme hükümde geçen yakalama ve suçlama ifadelerinin özerk ve özellikle m. 5 hükmünün özgürlüğün her türlü keyfi sınırlandırılmasına karşı koruma amacına uygun olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yakalama ifadesinin ceza muhakemesi tedbirlerinden daha geniş ve bunu aşan bir kavram olarak anlaşılmasını gerektiğini ve "suçlamanın bildirilmesi" ifadesinin ise m. 5/2 hükmünün uygulanma şartı olarak değil fakat suç isnadı söz konusu olduğu bir durumda bunun hakkında da bilgilendirilmenin sağlanmasının gerektiğine işaret eden bir ifade olduğunu belirtmiş, olayda Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[47] Dolayısıyla m. 5/2 hükmünde geçen *"arrest"* ifadesini ceza muhakemesi hukuku anlamında teknik olarak yakalama işlemiyle sınırlı olmayacak şekilde anlamak gerekmektedir.[48] Hükümde yalnızca yakalamadan bahsedilmiş fakat diğer fıkralardan farklı olarak *"detention"* (tutuklama) ifadesine yer verilmemiş olmasına ilişkin mahkeme, Sözleşme'nin m. 5/4 hükmünde böyle bir ayrıma gidilmeksizin yargı yoluna başvurma hakkının tanındığına işaret ederek, tutuklama hallerinin maddenin kapsamı dışında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.[49]

Anayasa m. 19/5 hükmünde bilgilendirilme hakkına sahip olan kişileri belirtirken kullanılan "yakalanan veya tutuklanan" ifadeleri, AİHS ile uyumlu olarak ceza muhakemesi hukuku kavramlarıyla sınırlı olmayacak şekilde anlaşılmalıdır. Anayasa m. 19/5 hükmünün gerekçesinde de "*Maddenin dördüncü fıkrası*[50]*, her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişiye bu kısıtlama sebebinin hemen bildirilmesini emretmektedir. Bu bilgi ilgiliye mümkünse yazılı, imkân yoksa sözlü olarak verilecektir. Amaç, kişinin, iddialara karşı savunmasını mümkün kılmak, aynı zamanda, muhtemel maddî hataları (kimlik hatası gibi) önlemektir. Genel niteliği nedeniyle, bu hüküm, bu madde uyarınca özgürlüğü kısıtlanan herkese uygulanacaktır*."[51] denilerek bilgilendirilme hakkına *her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan* herkesin sahip olduğu belirtilmiştir.

---

45 *Van Der Leer v. Hollanda 21.02.1990-11509/85 §§ 10 vd., 19.*

46 *Van Der Leer v. Hollanda 21.02.1990-11509/85 § 26.*

47 *Van Der Leer v. Hollanda 21.02.1990-11509/85 § 28.*

48 *X v. Birleşik Krallık 05.11.1981-7215/75 § 65.*

49 *Van Der Leer v. Hollanda 21.02.1990-11509/85 §§27, 28.*

50 Anayasa m. 19 hükmünde yapılan değişiklikler sonrasında gerekçede 4. fıkra olarak anılan hüküm 5. fıkrada yer almıştır.

51 T.C. Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli) (Anayasa Mahkemesi 2019) 106.*

3. Bilgilendirilme Hakkının Kapsamı

Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması halinde bilgilendirilme hakkı gereğince özgürlüğünden yoksun bırakılmasının nedenleri ve hakkında bir suçlama söz konusuysa bu suçlamanın anladığı bir dilde, en kısa zamanda bildirilmesi gerekmektedir. Bilgilendirilme hakkı AİHS m. 5/1 hükmünde sayılan tüm hallerde söz konusu olup, özgürlükten yoksun kılınmanın hukuka uygun olup olmamasından bağımsızdır.[52]

a. Bilgilendirmenin Yapılacağı Kişiler

AİHS m. 5/2 hükmünde kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına dayanak olan sebeplerin kendisine bildirileceği düzenlenmiş, yakınlarına ya da temsilcilerine yapılacak bilgilendirme konusunda açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak mahkeme içtihatlarında yakalanan kişilerin yakınlarına haber verilmesinin iç hukukta kişinin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasından koruyucu nitelikte bir uygulama olduğuna işaret edilmiş;[53] devletin, bilgilendirmenin kişinin kendisine ya da temsilcisine yapılması yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmiştir.[54] Mahkeme kural olarak kişinin yasal temsilcisine yapılan bilgilendirmenin AİHS m. 5/2 hükmünün şartlarını sağlayacağını kabul etmekteyse de[55] bilgilendirmeyi yapma yükümlülüğünün yasal temsilciye değil devlete ait olduğunu belirtmektedir.[56] Başvuranın hazır bulunmadığı ve psikiyatri hastanesine yatırılmasına karar verildiği duruşmada avukatının hazır bulunması, fakat başvuranın ilk olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasının gerekçesine ilişkin birkaç gün sonra bilgi sahibi olduğu olayda mahkeme, bilgilendirme yükümlülüğünün yetkililere ait olduğunu ifade etmiş ve AİHS m. 5/2 hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir.[57] Şu halde, özgürlükten yoksun bırakılmanın nedenlerine ilişkin olarak kişinin temsilcisinin bilgilendirilmesinin ancak AİHS m. 5/2 kapsamında temsilci tarafından en kısa sürede kişinin kendisinin bilgilendirilmesinin kesin olduğu hallerde Sözleşme'nin şartlarını sağlayacağını söylemek mümkündür.[58]

İlgili kişinin bilgi alamayacak ya da verilen bilgiyi anlayamayacak durumda olması halinde özgürlükten yoksun bırakılmasına dayanak olan sebeplerin kişinin avukatı, velisi ya da vasisi gibi menfaatlerini koruyan kişilere bildirileceği kabul

---

52 Gollwitzer (n 10) MRK Art. 5 Kn. 90; Eva Unfried, *Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK (Duncker & Humblot 2006) 40.*

53 *Aksoy v. Türkiye 18.12.1996-21987/93 § 82.*

54 *Saadi v. Birleşik Krallık 29.01.2008-13229/03 §§ 83, 84.*

55 *Saadi v. Birleşik Krallık 29.01.2008-13229/03 § 84.*

56 *Malofeyeva v. Rusya 30.05.2013-36673/04 § 70.*

57 *Malofeyeva v. Rusya 30.05.2013-36673/04 § 70.*

58 MüKoStPO/Gaede (n 12) EMRK Art. 5 Kn. 73.

edilmiştir.[59] Ancak AİHS m. 5/2 hükmünde düzenlenen bilgilendirilme hakkı, genel anlamda bir avukat ile görüşme hakkını kapsamamaktadır.[60]

Kişinin yakınlarına haber verilmesini isteme hakkı, Any. m. 19/6 hükmünde *„kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.“* denilerek anayasal güvence altına alınmıştır. Hükmün 2001 yılında 4709 sayılı Kanun m. 4 ile yapılan değişiklikten önceki halinde yakalanan veya tutuklanan kişinin yakınlarına bildirim yapılması *„Yakalan veya tutuklanan kişilerin durumu…soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında…“* mümkündü. 2001 yılında yapılan değişiklikle birlikte bu şart kaldırılmış ve hak mutlak hale getirilmiştir.[61] Anayasa'da yer alan bu şartın kaldırılması aynı zamanda hükmün lafzının, yakınlara bildirim hakkının yalnızca ceza hukuku anlamında bir soruşturma yürütüldüğü hallerle sınırlı olduğu yönündeki izlenimini kaldırmıştır. Hükmün diğer fıkralarıyla ve AİHS ile uyumlu olarak her türlü yakalama ve tutulmada bu hakkın gündeme geleceğinin kabulüne lafzi olarak olanak sağlamıştır. Yakınların bilgilendirilmesi hakkı Anayasa dışında PVSK m. 13, CMK m. 95 ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 8 hükmünde de detaylarıyla tekrarlanmıştır.

b. Bildirimin Zamanı

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye, özgürlüğünden yoksun bırakılma sebepleri ve varsa kendisine yöneltilen suçlamaya ilişkin bildirim *olabildiğince en kısa sürede* yapılmalıdır. Sözleşme'de süreye ilişkin olarak *hemen, derhal* anlamına gelebilecek „*promptly*“ ifadesi kullanılmışsa da mahkeme içtihatları esas alınarak doktrinde bu kavramın „*en kısa süre*“ anlamında kullanıldığı ifade edilmektedir.[62] Sözleşme'nin fransızca nüshasında da „*en kısa sürede*“ anlamına gelen „*dans le plus court délai*“ ifadesinin kullanıldığı görülmektedir.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 9/2 hükmünde de yakalanan herkese yakalanma sebeplerinin *yakalanma anında (at the time of arrest, au moment des son arrestation)* ve hakkındaki suçlamaların en kısa sürede *(promptly, dans le plus court délai)* bildirileceği belirtmiştir. Medeni ve Siyasi Haklara İliş-

---

59 *X v. Birleşik Krallık 16.07.1980-6998/75, Komisyon Raporu § 106; Z. H. v. Macaristan 08.11.2012-28973/11 §§ 42, 43.*

60 *X v. Danimarka 05.10.1987-8828/79, s. 94; olayda başvuran omzundaki yaralanma nedeniyle doktoruyla görüşmeye giderken polis memurları tarafından banka soygununa teşebbüs yapılan olay mahali yakınında, suç şüphelisi olduğu düşünülerek yakalanmış ve 6 saat boyunca gözaltında tutulmuştur. Olayda polis memurları tarafından başvuranın bir avukat ile görüşme ve kendisiyle görüşmek üzere olduğu doktoruna haber verme yönündeki talepleri reddedilmiştir. AİHM, başvurana 6 saatten kısa süre içerisinde özgürlüğünden yoksun bırakılma nedeninin açıklandığı ve kendisine herhangi bir suçlamada bulunulmadığı gerekçeleriyle AİHS m. 5/2 hükmünün ihlal edilmediğini ve hükmün bir avukatla görüşme hakkını kapsamadığını ifade etmiştir.*

61 Şirin (n 38) 163.

62 Sarıgül (n 18) 88; Şirin (n 38) 154; MüKoStPO/Gaede (n 12) *EMRK Art. 5 Kn. 69.*

kin Uluslarası Sözleşme'de iki farklı ifadenin kullanılmış olması, doktrinde kişiye özgürlüğünden yoksun bırakılmasına dayanak sepelerin işlemin gerçekleştirilmesi anında bildirilmesi gerekirken, suçlamaların daha sonra açıklanabileceği anlamına geldiği şeklinde yorumlanmıştır.[63] Buna göre hüküm kapsamında yakalanan kişiye, yakalanmasına esas olan nedenlerin AİHS m. 5/2'de öngörüldüğü gibi en kısa sürede açıklanması gerekirken, hakkındaki suçlamaların bildirilmesi ifade ya da sorgu sırasında, yekili merci önünde kişinin dinlenilmesi sırasında gerçekleştirilebilir.[64]

AİHM ise bilgilendirmenin en kısa sürede yapılıp yapılmadığının somut olayın öznel koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiğini, işlemi gerçekleştiren kolluk görevlisinin, yakalama nedenlerinin bütünüyle, eksiksiz olarak „yakalanma anında" açıklanmasının gerekli olmadığını belirtmiştir.[65] Mahkeme kural olarak, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiyle yetkili merciin yaptığı görüşmenin bir diğer deyişle kollukla yapılan görüşmenin, ifade veya sorgu nedeniyle hâkim ya da savcı önüne çıkarılmanın m. 5/2 kapsamında bilgilendirilme hakkının şartlarını sağlayacağı görüşündedir.[66] Yakalanan kişiye yalnızca yakalanma emrinin bildirildiği fakat suçlamaların ve detaylı bilgilendirmenin ilk olarak yakalamadan birkaç saat sonra ifade alma sırasında gerçekleştiği olaylarda mahkeme bilgilendirilme hakkının ihlalinin söz konusu olmadığını belirtmiştir.[67] AİHM, başvuranın suçüstü yakalandığı ve polisle çatışma yaşadığı olayda, hükümetin itirazında belirttiği üzere yaklamanın suçüstü gerçekleşmesi ve başvuranın önce polis merkezine ardından aynı gün hastaneye götürüldüğü olayda hastanede kendisine farklı zamanlarda yakalama işleminin akşamında bildirim yapılmasının AİHS m. 5/2 hükmünün ihlali niteliğinde olmadığına hükmetmiştir.[68]

---

63 Gollwitzer (n 10) MRK Art. 5 Kn. 92.

64 Gollwitzer (n 10) MRK Art. 5 Kn. 92.

65 *Fox Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık 30.08.1990-12383/86 § 40; Murray v. Birleşik Krallık 28.10.1994-14310/88 § 72; Kerr v. Birleşik Krallık 07.12.1999-40451/98, s. 7; Kaboulov v. Ukrayna 19.11.2009-41015/04 § 143; Khalifa ve diğerleri v. İtalya 15.12.2016-16483/12 § 115.*

66 *Lamy v. Belçika 30.03.1989-10444/83 § 31; Lowry v. Portekiz 06/07/1999-42296/98.*

67 *Fox Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık 30.08.1990-12383/86 § 40; Murray v. Birleşik Krallık 28.10.1994-14310/88 § 72; Kerr v. Birleşik Krallık 07.12.1999-40451/98, s. 7; kararlara konu olayların tamamında IRA terör örgütüyle bağlantıları gerekçeleriyle yakalanan ve göz altına alınan başvuranlara, yakalanmaları sırasında işlemin hukuki dayanağı olarak kanun hükümleri bildirilmişse de maddi gerekçe açıklanmamıştır. Ancak mahkeme Fox Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık olayında başvuranların* yaklaşık 7 saat sonra ifade sırasında haklarında söz konusu olan isnada ilişkin bilgi sahibi olmasını, *Murray v. Birleşik Krallık* olayında da benzer şekilde yakalamadan birkaç saat sonra ifade sırasında suçlamaların öğrenilmesini, *Kerrl v. Birleşik Krallık* olayında da benzer şekilde başvuranın yakalanmasını ve polis merkezine getirilerek ifadesi sırasında hakkındaki suçlamaları öğrenmesini mahkeme AİHS m. 5/2 hükmünün ihlali niteliğinde değerlendirmemiştir.

68 *Egmez v. Kıbrıs 21.12.2000-30873/96 §§ 85, 86.*

Bilgilendirmenin yapıldığını kanıtlamak, taraf devletin yükümlülüğüdür.[69] Mahkeme, taraf devletin; bilgilendirmenin, yakalamadan 40 dakika sonra yapıldığını ifade ettiği fakat anılan zamanın, başvuranın alkol tüketimine bağlı durumu nedeniyle kendine gelmek üzere bir tesise yerleştirildiği ana denk geldiği ve devlet tarafından sunulan belgede tarih, saat ve başvuranın imzasının bulunmaması nedeniyle bilgilendirmenin en kısa sürede yapıldığının ortaya konulamadığı olayda, m. 5/2 hükmünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.[70]

Mahkeme, ingiliz vatandaşı olan başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin bilgilendirmenin avukatının da bulunduğu ve portekiz makamları önünde yapıldığı, başvuranın kararı anlamadığına dair bir itirazının bulunmadığı; hâkim önündeki sorgusunda yakalanmasından 48 saat geçtiği olayda bilgilendirilme hakkının ihlal edilmediğini belirtmiştir.[71] Mahkeme bir başka olayda bilgilendirmenin 76 saat sonra yapılmasını bilgilendirilme hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir; karara konu olayda sığınma talep eden başvurucuya gözaltında tutulma nedenlerine ilişkin bir belge verilmiş ancak verilen belgede geçici olarak sığınma sağlanan başvurucunun sığınma başvurusunun incelenmesine ilişkin usulün gereği olarak gözaltında tutulacağı belirtilmemiştir. Başvuran ilk olarak 76 saat sonra avukatı aracılığıyla özgürlüğünden yoksun bırakılmasının esas nedenini öğrenmiştir.[72] AİHM içtihatları incelendiğinde, mahkemenin somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak bilgilendirmenin yapılması gereken süreyi belirlediği, bilgilendirmenin birkaç saat içerisinde yapılması gerektiğini belirttiğini[73] ancak esas itibariyle ilk 24 saat içerisinde yapılmasını makul olarak değerlendirdiğini ifade etmek mümkündür.[74]

Doktrinde Dikme *v. Türkiye* kararına işaret edilerek, gecikmenin tutulan kişinin, kimliğinin tespiti hususunda kasıtlı olarak zorluk çıkarması gibi davranışlarından kaynaklandığı hallerde ihlalin oluşmayabileceği ifade edilmiştir.[75] Ancak anılan olayda mahkeme kişinin kimliğinin tespit edilememesiyle bilgilendirilmenin yapılması gereken zaman arasında bir bağlantı kurmamıştır. Başvuranın kasıtlı ve ceza gerektiren bir fiili üzerine özgürlüğünden yoksun bırakılması, ifadesini alan polis memurunun, başvurana belirli bir örgüte mensup olduğunun bilindiğini ve istediği bilgiyi vermeden polis merkezini terk edemeyeceğine yönelik açıklamalarda bulunması söz konusudur. Başvuranın bu şartlar altında kimliğini gizleme ihtiyacı hissetmesine neden olan sebeplere sahip olduğu göz önünde bulundurulduğunda başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılma sebeplerine ilişkin bilgiye sahip ol-

---

69 Şirin (n 38) 155; *Bashir ve diğerleri v. Bulgaristan 14.06.2207-65028/01 § 62.*

70 *Kaboulov v. Ukrayna 19.11.2009-41015/04 §§ 146-148.*

71 *Lowry v. Portekiz 06/07/1999-42296/98 ("The Law", § 2).*

72 *Saadi v. Birleşik Krallık 29.01.2008-132229/03 § 83 vd.; 10 gün sonra gerçekleştirilen bilgilendirmenin AİHS m. 5/2 hükmünü ihlal edeceğine ilişkin bkz. 02.10.2008-34082/02 § 43;*

73 *M. S. v. Slovakya 11.06.2020-17189/11 § 98; M. A. v. Kıbrıs 23.07.2013-41872/10 § 228.*

74 Gollwitzer (n 10) MRK Art. 5 Kn. 92.

75 Şirin (n 38) 155.

duğunun anlaşıldığı sonucuna ulaşmıştır. Buna dayanarak AİHS m. 5/2 hükmünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir.[76]

Sözleşme metni incelendiğinde metnin ingilizce nüshasında m. 5/2 ve m. 5/3 hükümlerinde aynı ifadenin (*promptly*) kullanıldığı görülmektedir; ancak fransızca nüshasında m. 5/2 hükmünde „*dans le plus court délai*" ifadesi (en kısa sürede) ve m. 5/3 hükmünde kullanılan „*aussitôt*" (derhal) ifadesi arasında ayrıma gidildiği fark edilmektedir.[77] Doktrinde kullanılan ifadeler arasındaki bu farklılığın, yakalama ile bilgilendirme arasındaki sürenin her halûkarda yakalama ile yetkili merci önüne çıkarılma arasındaki süreden daha kısa olması gerektiği anlamına geleceği şeklinde yorumlanmıştır.[78]

İç hukuktaki düzenlenmelerde Any. m. 19/5 ve PVSK m. 13/3 hükümlerinde *derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar…* bildirimin yapılacağı belirtilmiştir. CMK m. 90/4 hükmünde bildirimden bahsedilmeksizin kolluğun yakalanan kişiye kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, *kanunî haklarını derhal* bildirileceği; YGİY m. 6/4 hükmünde ise yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin *yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar* ile haklarının *derhal* bildirileceği düzenlenmiştir. İç hukuktaki düzenlemelere bakıldığında Sözleşme'nin gereklerini karşılamak ve bildirimin olabildiğince en kısa sürede yapılmasını sağlamak amacıyla *derhal* ifadesinin kullanıldığı görülmektedir.[79] Yakalama işlemini gerçekleştiren kişinin vatandaş olması halinde kuşkusuz kolluğun yerine getirmesi gereken bildirim ve hakların hatırlatılması yükümlülüklerini yerine getirmesi beklenemeyecektir.[80] CMK m. 91 hükmünde yakalanan kişilerin hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmak üzere gözaltına alınabileceği süreler; hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için en fazla 12 saat sürebilecek zorunlu süre hariç en fazla 24 saat (toplam 36 saat); toplu suçlarda ise 4 gün olarak belirlenmiştir. Yine aynı hükmün 4. fıkrasında yakalanan kişilerin en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en geç dört gün içerisinde hâkim önüne çıkarılacağı düzenlenmiştir. 3173 sayılı Terörle Mücadele Kanunu geçici m. 19/a ile yapılan değişiklikle üç yıl süreyle gözaltı süresi, TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren kırk sekiz saati, toplu olarak işlenen suçlarda ise dört günü geçemeyecek şekilde uygulanacaktır. Delillerin toplanmasındaki güçlük veya dosyanın kapsam-

[76] *Dikme v. Türkiye 11.07.2000-20869/92 §§ 54-56.*

[77] Unfried (n 52) 42, 43 dn. 85.

[78] Unfried (n 52) 42, 43 dn. 85.

[79] Şirin (n 38) 155.

[80] Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku (Beta Yayıncılık 2020) 381.*

lı olması nedeniyle gözaltı süresi belirtilen bu sürelere bağlı kalınmak şartıyla en fazla iki defa daha uzatılabilecektir, bu halde gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin karar Cumhuriyet savcısının istemi üzerine yakalanan kişi dinlenilmek suretiyle hâkim tarafından verilecektir.

Anayasa m. 19/5, PVSK m. 13/3 hükümleri gereğince toplu suçlarda özgürlükten yoksun bırakılma nedenlerinin bildirilmesi için "en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar" denilerek belirlenen dört günlük süre ve Terörle Mücadele Kanunu geçici m. 19/a kapsamına giren hallerde bireysel suçlarda 6, toplu işlenen suçlarda 12 güne çıkabilen gözaltı süreleri, AİHM'nin içtihatları karşısında -gözaltına ilişkin bu sürelerin Sözleşme'ye uygunluğu tereddütünün yanı sıra- bilgilendirilme hakkının ihlali niteliğinde değerlendirilebilecek uzunluktadır. Diğer suçlar bakımından bildirimin derhal yapılacağı, hâkim huzuruna çıkarılmanın esas alınmadığı görülse de uygulamada bu sürelerin geçirilmesi bilgilendirilme hakkının ihlaline yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle ideal olarak yakalanan kişiye en geç cumhuriyet savcısının gözaltı kararı vermesi halinde bu kararla yakalanma sebepleri ve hakkındaki suçlamalar bildirilmelidir. Savcı tarafından yazılı olarak verilecek gözaltına alma kararına itiraz hakkının (CMK m. 91/5) etkin bir şekilde kullanılabilmesi de kararın ve gerekçelerinin bildirilmesini gerektirmektedir.

c. Bildirimin Şekli

Sözleşmeye göre özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye, yakalama sebeplerinin belirli bir şekle bağlı olarak bildirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.[81] Bilgilendirmenin yazılı veya sözlü olarak gerçekleştirilmesi mümkündür.[82] Bu anlamda AİHM yakalanan kişiyle gerçekleştirilen ifade veya sorgu sırasında yeterli bilgilendirmenin yapıldığını kabul etmektedir.[83]

Tutulan kişinin, suç niteliğindeki bir fiili kasıtlı olarak gerçekleştirmesinden hemen sonra yakalandığı halde[84] veya kendisine isnad edilen suçların detayları hakkında daha önceki yakalama emirleri nedeniyle veya iade talepleri nedeniyle bilgi sahibi olduğu durumda[85] artık yakalamanın nedenlerinin anlaşılmadığı ileri sürülemeyecektir. Ancak mahkeme, duruşmalara katılmayan ve tebligatların kendisine ve müdafiine ulaşmadığını iddia eden sanık hakkında gıyabında tutuklama kararı verilen olayda devletin bildirim yükümlülüğünün devam ettiğini ifade etmiştir. Olayda hükümet, sanığın halihazırda hakkında yargılamaların devam ediyor olması ve başvuranın hakkındaki yargılamadan bilgi sahibi olması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılma nedenlerine ilişkin ayrıca bilgilendirme yapılmamış olması-

81 *X. v. Almanya 13.12.1978-8098/77, s. 111; Bordovskiy v. Rusya 08.02.2005-49491/99 § 56.*

82 *Lamy v. Belçika 30.03.1989-10444/83 § 31.*

83 *Lamy v. Belçika 30.03.1989-10444/83 § 31; Lowry v. Portekiz 06/07/1999-42296/98.*

84 *Dikme v. Türkiye 11.07.2000-20869/92 § 54.*

85 *Öcalan v. Türkiye 12.05.2005-46221/99 Article 5 § 2.*

nın AİHS m. 5/2 hükmünün ihlali niteliğinde olmadığını belirtmişse de mahkeme açıkça devletin bilgilendirme yükümlülüğün ortadan kalkmadığına ve ihlalin bulunduğuna hükmetmiştir.[86]

Mahkeme her ne kadar bilgilendirmenin yapılmasında belli bir şekli şartın sağlanmasını aramamaktaysa da hak sahibinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin gerekçeden tesadüfen bilgi sahibi olması yeterli değildir. *Van der Leer v. Hollanda* kararında, gönüllü olarak yerleştirildiği psikiyatrik merkezde daha sonra eşinin başvurusu üzerine zorunlu olarak kalan başvuranın, gönüllü olarak orada bulunduğunu düşünürken on gün sonra tecrit edildiğinde zorunlu olarak tutulduğunu fark ettiği olayda, mahkeme ne kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının dayanağı hakkında bilgi sahibi olma usulünün ne de zamanın AİHS m. 5/2 hükmüyle uyumlu olduğunu belirtmiştir.[87]

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin bilgilendirmenin içeriğini anlayamayacak durumda olması halinde, bilgilendirme kişinin çıkarlarını temsil eden velisi, vasisi ya da avukatına yapılmalıdır.[88] İç hukukta da bilgilendirmenin kural olarak yazılı gerçekleşeceği, bunun mümkün olmaması halinde sözlü olarak yapılabileceği öngörülmüştür (Any. m. 19/5, PVSK m. 13/3, YGİY m. 6/4). AİHM her ne kadar bildirimin yapılmasında şekil şartı öngörmemişse de bildirimin yapıldığının kanıtlanması taraf devletin yükümlülüğünde bulunduğundan[89], doktrinde iç hukuktaki düzenlemelere uygun olarak yazılı yapılmasının önemli olduğu belirtilmiştir.[90]

d. Bildirimin Kişinin Anlayacağı Bir Dilde Yapılması

Sözleşme'ye göre kişiye özgürlüğünden yoksun bırakılmasının nedenleri ve hukuki dayanağı basit, teknik olmayan ve anlaşılır bir dilde açıklanmalıdır.[91] İç hukukta ise Any. m. 19/5, PVSK m. 13/3 hükümlerinde kişiye yapılacak bildirimin anlayabileceği bir dilde yapılması koşuluna yer verilmediği görülmektedir. CMK m. 202/1, 3 hükümlerinde ise tanık, şüpheli, sanık veya mağdurun, meramını anla-

---

86 *Vakhitov ve diğerleri v. Rusya 31.01.2017-18232/11 §§ 58-64.*

87 *Van der Leer v. Hollanda 21.02.1990-11509/85 §§ 30, 31.*

88 *Z. H. v. Macaristan 08.11.2012-28973/11 §§ 42, 43.*

89 *Bashir ve diğerleri v. Bulgaristan 14.06.2007-65028/01 § 62; Kaboulov v. Ukrayna 19.11.2009-41015/04 §§ 146-148.*

90 Sarıgül (n 18) 87.

91 *Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık 30.08.1990-12383/86 § 40; Türkiye ile AB arasında mültecilerin Türkiye'ye iadesine ilişkin anlaşmanın imzalanmasının ertesi günü Yunanistan'a hukuka aykırı yollardan girerek yakalanan başvuruculara (mahkeme olayda başvurucuların anlaşma hakkında bilgilerinin bulunmayabileceğine dair şüphe duyulmadığını ifade etmiş) Yunanistan devleti tarafından verilen genel broşürde mahkeme, kullanılan dilin başvurucular bakımından basit ve kolay anlaşılır olmadığı gibi başvuranların özgürlüğünden yoksun bırakılmalarına dayanak gerekçeler hakkında yeterli hukuki ve maddi bilgi sağlanmamış olmasının AİHS m. 5/2 hükmünün ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir (J. R. ve diğerleri v. Yunanistan 25.01.2018-22696/16 §§ 123, 124).*

tabilecek ölçüde Türkçe bilmemesi halinde, kovuşturma evresinde mahkeme; soruşturma evresinde ise hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki ve hâkim ya da savcıyla görüşmedeki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktaların tercüme edileceği düzenlenmiştir. Anayasa ve PVSK'da açıkça bilgilendirmenin yapılacağı dile ilişkin bir şarta yer verilmemiş olması ve CMK'da yer alan düzenlemenin lafzından, tercüme faaliyetinden yararlanma hakkının kişinin savcı ya da hâkim önüne çıkarıldığı zaman yapılacak bilgilendirmeye ilişkin olduğu izlenimi uyanmaktadır. Mahkemenin özellikle bilgilendirmenin yapılması gereken süreye ilişkin içtihatlarına bakıldığında yakalanan kişiye, gözaltına alındığı süre boyunca bilgi verilmemesi ve ancak hâkim veya savcı önünde ifade verdiği sırada ya da duruşmada tercüman aracılığıyla bilgilendirmenin yapılması AİHS m. 5/2 hükmünün ihlali sonucunu doğuracaktır. Doktrinde de ifade edildiği üzere bu halde gecikmeli olarak yapılan bilgilendirme aynı zamanda Anayasa'nın bilgilendirmenin derhal yapılması şartına da aykırı olacaktır.[92]

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin kullanılan resmi dili anlamadığı halde, açıklamanın kişinin anladığı dilden yapılması ve bu anlamda gerektiğinde tercüme faaliyetinden yararlanılması gerekir. AİHM'nin *Ladent v. Polonya* kararına konu olayda fransız vatandaşı olan başvuran tutuklanmış ve hakkındaki bütün işlemler lehçe yapılmıştır. Mahkeme, 10 gün sonra başvuran özgür bırakılırken kendisine iddianamenin fransızca örneğinin verildiği olayda, yetkililerin başvuranın ülkenin resmi dilini anlamadığının farkında olduğu ve kendisine 10 gün boyunca anlayacağı bir dilde bilgi verilmediği ve AİHS m. 5/2 hükmünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[93]

Kişiyle iletişim kurulacak dilin körler alfadesi veya dilsizler alfabesi olması da mümkündür.[94] Ancak esas olan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının nedenini anlaması ve gerekli gördüğünde işleme karşı itirazda bulunma imkânının sağlanmasıdır, bu anlamda kişinin örneğin zihinsel engeli nedeniyle kendisine yapılan açıklamaları algılayamadığı halde, mahkeme artık sağır olan başvurucuyla işaret diliyle iletişim kurulmasının AİHS m. 5/2 hükmünün gerekleri bakımından yeterli olmadığını belirtmiş ve başvuranın vasisi ya da vekilinin bilgilendirilmemiş olmasını ihlal olarak değerlendirmiştir.[95] Kişinin anladığı dilin anadili olması gerekmemektedir; önemli olan, kişiye bilgilendirmenin anlayabileceği bir dilde yapılmış olmasıdır.[96] Bu amaca yönelik, tercüme faaliyetinden yararlanıldığı durumlarda, tercüme isteğinin titizlikle ve doğru bir biçimde yerine getirilmesini sağlamak yetkili makamların yükümlülüğündedir.[97]

---

92 Şirin (n 38) 162.

93 *Ladent v. Polonya 18.03.2008-11036/03 §§ 63-66.*

94 Altınkök (n 7) 310 dn. 63.

95 *Z. H. v. Macaristan 08.11.2012-28973/11 §§ 42-44.*

96 *Parlanti v. Almanya 26.05.2005-45097/04 (the law § 2).*

97 Shamayev ve diğerleri v. Gürcistan ve Rusya 12.04.2005-36378/02 § 425.

AİHS m. 5/2 hükmü gereğince kişinin anlayabileceği bir dilde kendisine bilgilendirmenin yapılması gereğinden mahkeme tarafından ülkenin resmi dilinde kaleme alınan yakalama emrinin veya tutuklama kararının çevirisinin karara eklenmesi gerekeceği sonucuna ulaşılmamalıdır.[98] NMahkemenin bilgilendirilmenin şekline ilişkin bir şart aramadığı göz önünde bulundurulduğunda, AİHS m. 5/2 hükmünden, yakalama veya tutuklama kararının çevirisinin veya suretinin kişiye verilmesi gerektiği sonucuna varılamamaktadır.

Mahkeme, kişinin, kendisine yöneltilen suçlamanın içeriğini ve tutulma nedenlerini anlaması halinde, bu nedenlerin kendisine ölüm tehdidi altında veya AİHS m. 3 hükmünün ihlali niteliğindeki muamelerle bildirilmiş olmasını AİHS m. 5/2 hükmünün ihlali niteliğinde değerlendirmemiştir.[99] Bu durum doktrinde bilgilendirmenin yapıldığı koşulların ve buna bağlı kişinin psikolojik durumunun artık AİHS m. 5/2 kapsamında gerçekleştirilmesi gereken objektif bir bilgilendirme olarak değerlendirilemeyeceği belirtilerek eleştirilmiş,[100] bu şekilde gerçekleştirilen bilgilendirmenin artık Sözleşme'nin aradığı „basit, teknik olmayan ve anlaşılır olma" şartını sağlamadığı ifade edilmiştir.[101]

e. Bildirimin İçeriği

AİHM, bilgilendirilme hakkı kapsamında kişiye sunulan bilgilerin, yeterli olup olmadığının her somut olayın öznel niteliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.[102] Kişi hakkında mahkeme kararı ya da yakalama emri gibi resmi bir karara dayanılarak müdahalenin gerçekleştirilmesi halinde, bu kararın bildirilmesi gereklidir.[103]

Kişiye, yalnızca özgürlüğünden yoksun bırakılmasının kanuni dayanağının bildirilmesi AİHS m. 5/2 hükmünün gerekleri açısından yeterli değildir.[104] Kişiye, müdahalenin hukuki ve fiili temellerinin ve somut olayın koşullarına göre müdahalenin hukuka uygunluğuna itiraz hakkını kullanabilmesine olanak verecek ölçüde delillerin açıklanması gerekir.[105] Mahkeme, AİHS m. 5/2 hükmünün soruşturma

98 Gollwitzer (n 10) MRK Art. 5 Kn. 97.

99 *Dikme v. Türkiye 11.07.2000-20869/92 § 56; olayda mahkeme AİHS m. 3 hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir.*

100 Gollwitzer (n 10) MRK Art. 5 Kn. 96; MüKoStPO/Gaede (n 12) *EMRK Art. 5 Kn. 73.*

101 Kühne ve Esser (n 32) 383 (386).

102 *Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık 27.03.1991-12248/86 § 40; Conka v. Belçika 05.02.2002-51564/99 § 50; Shamayev ve diğerleri v. Gürcistan ve Rusya 12.04.2005-36378/02 § 413; Z. H. v. Macaristan 08.11.2012-28973/11 § 41; Khalifa ve diğerleri v. Italya 15.12.2016-16483/12 § 132.*

103 Gollwitzer (n 10) MRK Art. 5 Kn. 99.

104 *Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık 27.03.1991-12248/86 § 41; Murray v. Birleşik Krallık 28.10.1994-14310/88 § 76;*

105 *Conka v. Belçika 05.02.2002-51564/99 § 50; Shamayev ve diğerleri v. Gürcistan ve Rusya 12.04.2005-36378/02 § 427.*

evresinde dosyanın tamamen incelemesi hakkına dayanak oluşturmadığını belirtmiş, fakat AİHS m. 5/4 gereğince hukukilik denetimi kapsamında gereken bilginin sağlanması lüzumunu ifade etmiştir.[106]

Kişinin tutulmaya devam ettiği süre içerisinde özgürlüğünden yoksun bırakılmasına dayanak yeni gerekçelerin oluşması halinde bunların da bildirilmesi gerekmektedir.[107] AİHS önce yasadışı yollardan ülkeyi terk etmek üzereyken yakalanan ve hakkında idari para cezasına hükmedilen kişi hakkında daha sonra tutukluluğun devamını haklı gösterecek ek suçlamalar bulunduğunu gösteren deliller bulunmamasına rağmen tutulmasının artık cezai kovuşturma nedeniyle değil, göç kontrolü kapsamında gerçekleştiğini belirtmiş, başvuranın buna ilişkin bilgisi bulunduğunu gösteren delillerin hükümetçe sunulmamış olmasından bilgilendirmenin yapılmadığı ve AİHS m. 5/2 hükmünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[108]

AİHS m. 5/2 hükmü gereğince, AİHS m. 5/1/c hükmüne göre suç işlediğine dair makul şüphenin bulunması nedeniyle yakalanan ve gözaltına alınan kişiye yöneltilen tüm suçların eksiksiz olarak listelenmesi gerekli değildir.[109] Kişinin iade edilmek üzere tutulduğu hallerde (AİHS m. 5/1/f) ise verilmesi gereken bilgi, bu amaçla yakalama, suçlamanın esasına ilişkin bir kararı gerektirmediğinden[110] AİHS m. 5/1/c hükmüne göre tutulma halinde verilmesi gereken bilgiden dahi daha azdır.[111] Doktrinde iade halinde kişiye yalnızca iade edileceği devlette aranıyor olduğunun bildirilmesinin yeterli olduğu belirtilmiştir.[112] Mahkeme de *Bordovskiy v. Rusya* kararında yakalanana kadar Belarus devletince arandığı hakkında bilgisi olmayan başvurana yapılan bilgilendirmede yalnızca ilgili devlet tarafından arandığının bildirilmesinin AİHS m. 5/2 kapsamında yeterli bilgilendirmeyi sağladığını belirtmiştir.[113]

Doktrinde kişinin sınırdışı edilmek üzere tutulduğu hallerde sebeplerin detaylı olarak bildirilmesi gerekmeksizin kişiye sınırdışı edilmek üzere tutulduğunun bildirilmesinin yeterli olduğu belirtilmiştir.[114] *Čonka v. Belçika* davasında başvurucular Eylül ayının sonunda sığınma talepleriyle ilgili işlemler için 1 Ekim'de polis mer-

---

106 *Shamayev ve diğerleri v. Gürcistan ve Rusya 12.04.2005-36378/02 § 427; HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König (n 3) Art. 5 Kn. 70.*

107 Gollwitzer (n 10) MRK Art. 5 Kn. 101.

108 *Moghaddas v. Türkiye 15.02.2011-46134/08 § 44-46.*

109 *Bordovskiy v. Rusya 08.02.2005-49491/99 § 56; Nowak v. Ukrayna 31.03.2011-60846/10 § 63; Suso Musa v. Malta 23.07.2013-42337/12 § 113.*

110 Guide on Article 5, s. 32 § 162.

111 *Bordovskiy v. Rusya 08.02.2005-49491/99 § 56; Nowak v. Ukrayna 31.03.2011-60846/10 § 63; Suso Musa v. Malta 23.07.2013-42337/12 § 113.*

112 Grabenwarter ve Pabel (n 9) § 21 Kn. 43.

113 *Bordovskiy v. Rusya 08.02.2005-49491/99 §§ 57, 58.*

114 Grabenwarter ve Pabel (n 9) § 21 Kn. 43; AİHM de *Caprino v. Birleşik Krallık 03.03.1978-6871/75 kararında sınırdışı edilmek üzere tutulan kişinin yalnızca bu nedenle tutulmasının AİHS m. 5/1 anlamında yeterli olduğunu kabul etmiş, kişiye sınırdışı edilmek üzere tutulduğunun bildirildiği olayda m. 5/2 hükmü yönünden bir ihlal tespit etmemiştir.*

kezine gelmek üzere çağırılmış, burada başvurucular, haklarındaki eski tarihli (29 Eylül) yakalama emri bildirilerek, sınırdışı edilmek üzere gözaltına alınmışlardır. Gözaltına alınma nedeni olarak başvuruculara, kararda yer alan nedenin sınırdışı edilmekten kaçmalarının önlenmesi olduğu bildirilmiştir. Polis merkezinde tutuldukları sırada yazılı ve sözlü olarak yapılan bildirimleri başvuruculara açıklamak üzere bir tercüman bulundurulmuştur. Mahkeme esas itibariyle yakalama emrinin bildirilmesinin başvurucular açısından ilgili komisyon dairesine gözaltı kararına karşı itiraz hakkının[115] kullanılabilmesi için yeterli olmadığını ama olayda m. 5/2 hükmünün gereklerinin yerine getirildiğini ifade etmiştir.[116] Tutuklanan kişi hakkında birden fazla soruşturmanın yürütülüyor olması ve yürütülen bu soruşturmaların tutuklamaya dayanak oluşturması halinde her birine ilişkin en azından minumum düzeyde bilgi sağlanması gerekmektedir.[117]

II. BİLGİLENDİRİLME HAKKININ ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE İSNADI ÖĞRENME HAKKI (AİHS M. 6/3/A) İLE İLİŞKİSİ

Sözlük anlamı itibariyle *isnat* kavramı, *"bir düşünceyi, bir konuyu bir kişi veya sebebe dayandırma, yükleme, atfetme; karacılık, iftira; dayandırmak; iftira etmek"* anlamlarına gelmektedir.[118] Ceza hukuku açısından ise isnat, ceza normunca suç olarak öngörülmüş olan bir fiilin bir kimse tarafından işlendiğinin iddia makamınca ileri sürülmesi, bu fiilin o kişiye bağlanması anlamına gelmektedir.[119] AİHM de benzer şekilde suç isnadını, kişiye resmi olarak yetkili makamlarca bir suçu işlediği iddiasının bildirilmesi veya kişinin (şüphelinin) durumunun önemli ölçüde etkilendiği durum olarak tanımlamaktadır.[120]

AİHM, m. 5/2 ve m. 6/3/a kapsamında hakkında kişiye bilgi verilmesi gereken *"suç"* kavramını, üye devletlerin iç hukuklarında yer alan düzenlemelerle sınırlı olarak tanımlamamakta, kavramın özerk bir niteliğe sahip olduğunu belirtmektedir.[121] Mahkeme, AİHS m. 6 hükmünün ceza hukuku yönünden kapsamını -muhakemenin cezai niteliğini- belirlerken *Engel ve diğerleri v. Hollanda* kararında belirlediği kriterler olan fiilin iç hukuktaki sınıflandırması, suçun niteliği ve ilgili kişinin karşılaşabileceği müeyyidenin ağırlığından[122] yola çıkmaktadır. İsnadın

---

115 *Čonka v. Belçika 05.02.2002-51564/99 § 51.*

116 *Čonka v. Belçika 05.02.2002-51564/99 § 52.*

117 *Leva v. Moldova 15.12.2009-12444/05 § 61; Lutsenko v. Ukrayna 03.07.2012-6492/11 § 77.*

118 Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük (Türk Dil Kurumu 2005) 984.

119 Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 1, İstanbul 2002, 267 (aktaran: Metin Feyzioğlu, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3/a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku' (2004) 55 TBBD 102).*

120 *Deweer v. Belçika 27.02.1980-6903/75 § 46.*

121 *Adolf v. Avusturya 26.03.1982-8269/78 § 30.*

122 *Engel ve diğerleri v. Hollanda 08.06.1976-5370/72 §§ 82, 83.*

bildirilmesi hakkı ise kişiye kendini savunma imkânının tanınması ve bu anlamda kişiye hangi fiili nerede ve ne zaman işlenmekle suçlandığının ve bu fiilin hukuki vasıflandırılmasının açıklanmasını ifade eder.[123]

AİHS m. 5/2 hükmünden farklı olarak m. 6 hükmünde düzenlenen isnadı öğrenme hakkının süjesinin haktan yararlanabilmesi için özgürlüğünden yoksun bırakılmış olmasına gerek yoktur, fakat bir suç isnadıyla karşı karşıya bulunmalıdır. AİHS m. 5/2 hükmünün korumasından yararlanabilecek kişi tanık, bilirkişi ve şikâyetçi olabilecekken, m. 6/3/a hükmü münhasıran şüpheli veya sanık niteliğindeki kişiye tanınmış bir haktır. Bir diğer deyişle AİHS m. 6/3/a hükmüne göre isnadı öğrenme hakkının söz konusu olabilmesi, kişi hakkında bir soruşturmanın varlığına bağlıdır ve kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasını gerektirmez. AİHS m. 5/2 hükmü gereğince bilgilendirilme hakkı ise bir soruşturmanın ve suç isnadının varlığından bağımsız olarak kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı her halde söz konusudur. Kişinin halihazırda yürütülen bir soruşturma kapsamında, hakkında bir suç isnadının varlığı halinde yakalanması ve özgürlüğünden yoksun bırakılması halinde de yakalanma nedenlerine ilişkin bilgilendirme AİHS m. 5/2 hükmü gereğince yapılacak, hakkındaki suç isnadına ilişkin verilmesi gereken bilginin AİHS m. 6/3/a gereğince sağlanması gereken bilgi düzeyinde detaylı olması gerekmeyecektir.[124] AİHS m. 5/2 gereğince yakalama üzerine yapılacak bilgilendirme çoğu zaman soruşturmanın ilk zamanlarında söz konusu olurken, AİHS m. 6/3/a gereğince yapılacak bilgilendirme daha ileriki aşamalarda söz konusu olabilmektedir ve her halûkarda soruşturmanın aşaması ve kapsamına göre belirlenmelidir.[125] AİHS m. 6/3/a kapsamında verilmesi gereken bilginin savunma hakkından faydalanılabilmesini sağlaması, isnat edilen suçu ve bunun dayanağı olan maddi olguları da bu kapsamda içermesi gerekir.[126] Ancak bu kapsamda kişiye ayrıca şüphenin dayanağını oluşturan delillerin bildirilmesi gerekmemektedir.[127] Yine her iki hükümde de bilgilendirmenin en kısa sürede yapılacağından söz edilmekle birlikte, isnadın bildirilmesi hakkı kapsamında bu ifade daha geniş yorumlanmalıdır.[128] Burada esas olan kişiye savunma için yeterli zamanın verilmesidir.[129]

---

123 *Pélissier ve Sassi v. Fransa 25.03.1999-25444/94 § 51; Sejdovic v. İtalya 01.03.2006-56581/00 § 90; Feyzioğlu (n 119) 103.*

124 *K v. Belçika 05.07.1984-10819/84, s. 231; Unfried (n 52) 41; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok (n 2) 265.*

125 Gollwitzer (n 10) MRK Art. 6 Kn. 168.

126 Gollwitzer (n 10) MRK Art. 6 Kn. 167.

127 *X v. Belçika 09.05.1977-7628/76, s.173; Gollwitzer (n 10) MRK Art. 6 Kn. 167; Brozicek v. İtalya 19.12.1989-10964/84 § 42 kararında mahkeme, kişiye isnat edilen suçların eksiksiz olarak sayılması, mağdurun isminin, suçların işlendikleri yer ve zamanın ve kanunun ilgili maddesinin bildirilmesinin AİHS m. 6/3/a kapsamında yapılan bilgilendirmenin şartlarını sağlamak bakımından yeterli olduğunu belirtmiştir.*

128 Taner (n 21)163.

129 *Pélissier ve Sassi v. Fransa 25.03.1999-25444/94 § 54; Unfried (n 52) 41.*

AİHS m. 5 hükmünde düzenlenen bilgilendirilme hakkı, özgürlüğe yapılan müdahalenin hukuka uygun olması, keyfi müdahalenin önlenmesi amacını taşımaktayken AİHS m. 6 hükmünde düzenlenen isnadın öğrenilmesi hakkı, savunma hakkının yerine getirilmesine[130] hizmet etmektedir. Ancak her iki hükmün koruma alanı ve kapsamı arasında birbirinden bağımsız ve kesin bir ayrım yapılması her zaman çok kolay olmadığı gibi çoğu zaman özgürlük ve güvenlik hakkının korunması aynı zamanda adil yargılanma hakkının gereklerinin yerine getirilmesini gerektirmekte ve bu anlamda adil yargılanma hakkının korunmasına hizmet etmektedir. *Lamy v. Belçika* kararında AİHM, mahkeme tutukluluğun devamına ilişkin karar verirken iddia makamı dosyaya erişim hakkına sahipken, savunmanın dosyaya erişim hakkının bulunmamasının silahların eşitliği ilkesinin ihlali niteliğinde olduğunu belirtmiş ve başvuranın AİHS m. 5/4 hükmünde tanınan itiraz hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir.[131] Olayda başvuranın yöneticisi olduğu şirket iflasını ilan etmiş ve mahkemece muflis olduğuna ilişkin karar çıkmıştır. Daha sonra şirketin en büyük hisseli ortağı olan başvuran hakkında hileli iflas nedeniyle soruşturma başlatılmış ve mahkeme tarafından isnat edilen suçların da bildirildiği yakalama kararı çıkarılmış, karar başvurana bildirilmiş ve tutuklanmıştır.[132] Ancak başvuran, hakkında yürütülen soruşturmaya dayanak olan raporun AİHS m. 5/2 hükmünde yer alan bilgilendirilme hakkına uygun olarak kendisine bildirilmediğini ve dolayısıyla etkili bir savunma hazırlayamadığını, yalnızca yöneltilen suçlamalar hakkında yüzeysel bilgiye sahip olduğunu, iddia makamının dosyanın detaylarına sahip olması karşısında silahların eşitliği ilkesinin[133] ve AİHS m. 5/4 hükmünde yer alan tutuklama kararına itiraz hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür.[134] Mahkeme, başvurana yakalama gününde yakalama işleminin gerekçesini ve isnat edilen suçların yakalama müzekkeresiyle bildirilmiş olmasının bilgilendirilme hakkı (m. 5/2) kapsamında yeterli olduğunu belirtmiştir.[135] Ancak mahkeme, tutuklama kararına etkili bir şekilde itiraz edilmesinin dosya içeriği hakkında bilgiye sahip olunmasına bağlı olduğunu kabul etmiş ve AİHS m. 5/4 hükmünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[136] Mahkeme bu içtihadını diğer kararlarında da sürdürmüş ve AİHS m. 5/4 gereğince tutuklamanın hukuka uygunluğu konusunda etkili olarak itiraz edilebilmesi için soruşturma dosyasına erişim imkânına sahip olmanın AİHS m. 6 hükmü gereğince silahların eşitliği ilkesinin gereği olduğunu belirtmiştir.[137]

---

130 *Pélissier ve Sassi v. Fransa 25.03.1999-25444/94 § 54; Unfried (n 52) 41.*

131 *Lamy v. Belçika 30.03.1989-10444/83 § 29.*

132 *Lamy v. Belçika 30.03.1989-10444/83 § 9 vd.*

133 *Lamy v. Belçika 30.03.1989-10444/83 § 27.*

134 *Lamy v. Belçika 30.03.1989-10444/83 § 29.*

135 *Lamy v. Belçika 30.03.1989-10444/83 § 32.*

136 *Lamy v. Belçika 30.03.1989-10444/83 § 29.*

137 *Schöps v. Almanya 13.02.2001-25116/94 §44 vd; Garcia Alva v. Almanya 13.02.2001-23541/94 § 39; Mooren v. Almanya 09.07.2009-11364/03 § 124, 125; Unfried (n 52) 40; Mahkeme, daha eski*

Doktrinde AİHS m. 6/3/a kapsamında verilmesi gereken detaylı bilginin ancak iddianamenin bildirilmesiyle mümkün olduğu ve bu nedenle AİHS m. 6/3/a hükmünde yer alan hakkın kamu davasının açılmasıyla devreye gireceği, bundan önce yapılacak bilgilendirmenin dayanağını m. 5/2 hükmünün teşkil ettiği belirtilmiştir.[138] Daha isabetli ve AİHM kararıyla uyumlu görünen diğer bir görüşe göre, isnat hakkında bilgilendirmenin yapılması gereken zaman ceza muhakemesi kanununa göre iddianamenin bildirilme anı olarak saptanmamalıdır.[139] AİHS m. 6/3/a hükmüyle etkin savunma imkânının daha önceki aşamalarda sağlanması amaçlanmaktadır.[140] Bu durum, soruşturmanın henüz tamamlanmadığı aşamada da geçerlidir. İsnadın türü ve kapsamının soruşturmanın yürütülmesi süresinde değişebilecek olması ihtimali bilgilendirmenin geciktirilmesini meşru kılmamaktadır.[141] AİHM'nin adil yargılanma hakkının muhakemenin her evresinde söz konusu olduğu yönündeki içtihatlarının[142] yanı sıra tutulmanın hukukiliği denetiminde silahların eşitliği ve bu anlamda adil yargılanma hakkına işaret ettiği göz önünde bulundurulduğunda mahkemenin her iki hüküm (m. 5/2 ve m. 6/3/a) arasındaki farkı muhakeme evresinden ziyade bilgilendirmenin kapsamına göre belirlediği anlaşılmaktadır. Mahkemenin *Lamy v. Belçika* kararında soruşturma evresinde açıkça AİHS m. 5/2 hükmünün ihlal edilmediğini fakat silahların eşitliği ilkesine aykırılık dolayısıyla AİHS m. 5/4 hükmünün ihlal edildiğini belirttiği kararı, mahkemenin soruşturma evresinde AİHS m. 6 hükmünü bilgilendirmenin dayanağı olarak değerlendirdiğini göstermektedir.[143] Bu anlamda AİHS m. 6/3/a hükmünde tanınan isnadı öğrenme hakkı özellikle, gizliliğin hâkim olduğu (CMK m. 157) soruşturma evresinde gizliliğin de sınırı olarak savunma hakkının ve silahların eşitliği güvencesinin sağlanması amacıyla kişinin veya müdafiinin dosyayı inceleme hakkı kapsamında gündeme gelmektedir. Mahkeme, *Lamy v. Belçika* kararında AİHS m. 5/2 hükmünün açıkça dosyayı inceleme yetkisine dayanak oluşturmayacağını da belirtmektedir. Mahkeme, AİHS m. 6 hükmü gereğince silahların eşitliğinin sağlanmaması halinde çelişmeli yargılamanın ihlali nedeniyle AİHS m. 5/4 hükmünün de ihlal edileceğini kabul etmektedir.[144] Öte yandan AİHS m. 5/2 hükmünün yalnızca kişinin özgürlüğün-

tarihli bir içtihadında AİHS m. 5/4 hükmü gereğince yapılacak incelemelerde silahların eşitliği hakkının ve bu anlamda m. 6 hükmünün uygulanma alanına sahip olmadığını belirtmiştir (Neumeister v. Avusturya 27.06.1968-1936/63 § 22).

138 Feyzioğlu (n 119) 103; Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -4- (Avrupa Konseyi 2018) 318.*

139 Gollwitzer (n 10) MRK Art. 6 Kn. 164.

140 Gollwitzer (n 10) MRK Art. 6 Kn. 164.

141 Gollwitzer (n 10) MRK Art. 6 Kn. 164.

142 *Imbrioscia v. İsviçre 24.11.1993-13972/88 § 36; Dvorski v. Hırvatistan 20.10.2015-25703/11 § 76; Beulke/Swoboda § 2 Kn. 28; Anne Peters ve Tilmann Altwicker, Europäische Menschenrechtskonvention (C. H. Beck 2012) § 19 Rn.15.*

143 *Lamy v. Belçika 30.03.1989-10444/83 § 29.*

144 *Garcia Alva v. Almanya 13.02.2001-23541/94 § 39.*

den yoksun bırakılması halinde söz konusu olacağı düşünüldüğünde, soruşturma evresinde AİHS m. 6/3/a hükmünün uygulanma alanı olmadığı kabul edildiğinde, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmadığı hallerde hakkında mevcut olan bir isnat hakkında bilgi almasının hukuki dayanağı belirsiz hale gelecektir. Bu nedenle AİHS m. 6/3/a hükmünün, mahkemenin içtihatlarıyla da uyumlu olarak soruşturma evresinde de uygulanma alanı bulduğunu kabul etmek gerekmektedir.

SONUÇ

AİHS m. 5 hükmü ile kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı korunmaktadır. Bu madde anlamında fiziksel özgürlük, kişinin herhangi bir yere gidip gelme, seyahat özgürlüğü olarak anlaşılmamalıdır; seyahat özgürlüğü ve bunun sınırlandırılması Sözleşme'ye Ek 4 Numaralı Protokolde düzenlenmiştir. Ek 4 Numaralı Protokol m. 2 hükmüyle koruma altına alınan hareket özgürlüğünün kısıtlanması ve AİHS m. 5 hükmü kapsamında özgürlükten yoksun bırakılma arasındaki fark, nitelik ya da öz farkı değil fakat yoğunluk açısından söz konusu olan bir farktır.

Hükmün ikinci fıkrasında özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin, bu işlemin nedenini ve hakkında bir suç isnadı söz konusu ise bu isnadı öğrenme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Kişinin, özgürlüğünden yoksun bırakılma sebepleri hakkında bilgilendirilmesi aynı zamanda maddenin 4. fıkra hükmünde düzenlenen, gerçekleştirilen işlemin hukukilik denetimine başvuru hakkının kullanılmasında da son derece önemli bir yer tutmaktadır. Neden tutulduğu hakkında bilgi sahibi olmayan bir kişinin, bu işleme ilişkin etkin bir şekilde hukuki denetim yoluna başvurabilmesi de mümkün değildir.

AİHS m. 5/2 hükmünde düzenlenen bilgilendirilme hakkı, Sözleşme'nin m. 6/3/a hükmünde düzenlenen isnadı öğrenme hakkından farklıdır. İsnadı öğrenme hakkı ancak kişi hakkında bir soruşturmanın varlığı halinde söz konusu olabilirken, bilgilendirilme hakkı ceza soruşturmasından bağımsız olarak kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı her halde, bir suç isnadının varlığından bağımsız olarak söz konusudur. Nihayet, bir ceza soruşturması kapsamında da kişinin herhangi bir suç isnadı olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılması mümkündür. Bu duruma CMK'nın tanık ve bilirkişilere ilişkin zorla getirme kararı verilmesini düzenleyen hükümleri örnek gösterilebilir. Yine, AİHS m. 5/2 hükmü kapsamında yapılması gereken bilgilendirme kapsamı itibariyle AİHS m. 6/3/a hükmü gereğince isnadı öğrenme hakkından daha dardır; bir diğer deyişle, bilgilendirilme hakkının yerine getirilmesi, isnadı öğrenme hakkının gerekleriyle aynı şekilde detaylı bilgilendirmenin yapılmasını gerektirmemektedir. Her iki hüküm arasındaki en temel farkı ise esas itibarıyla normların koruma alanı ortaya koymaktadır. AİHS m. 5 hükmüyle özgürlük ve güvenlik hakkının korunması amaçlanmaktayken, m. 6 hükmüyle savunma hakkının korunması amaçlanmaktadır.

AİHS m. 5/2 hükmü, bir suç isnadının varlığından bağımsız olarak kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı her halde söz konusu olacaktır. Bir suç isnadı-

nın varlığı halinde ise hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde bu hakkın uygulanma alanı bulması mümkündür. Benzer şekilde AİHS m. 6/3/a hükmünde düzenlenen isnadı öğrenme hakkı da -doktrinde aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte- AİHM'nin yerleşik uygulaması gereğince hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde söz konusu olabilir. Mahkemenin, soruşturma evresinde AİHS m. 5/4 hükmü gereğince yapılacak hukukilik denetimi kapsamında dosya incelenmesi hakkını açıkça silahların eşitliğine ve m. 6 hükmüne dayandıran içtihatları da bu yorumu desteklemektedir.

KAYNAKÇA

Altınkök S, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı* (OrioYayınevi 2015).

Arslan Z, 'Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler' (2002) 19, Anayasa Yargısı 139-155.

Beulke Wr/Swoboda S, Strafprozessrecht, München 2018.

Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta Yayıncılık 2020).

Council of Europe, *Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights* (Council of Europe 2020).

Ergül O, Kontacı E ve Polat D, *Güncel ve Notlu 1982 Anayasası* (Savaş Yayınları 2014).

Metin F, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3/a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku' (2004) 55 TBBD102-125.

Walter G, *Menschenrechte im Strafverfahren* (De Gruyter 2005).

Gören Z, 'Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları' (2007) 12 6 2 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 39-59.

Gözler K, 'Anayasa Değişikliği ve Temel Hak ve Özgürlükler' (2001) 4 53-67.

Grabenwarter C ve Katharina P, *Europäische Menschenrechtskonvention* (C. H. Beck 2019).

Güneş S, 'Özgürlük ve Güvencesi Açısından Hukuk Devleti' (1997) 3 ABD 21-35.

İnceoğlu S, *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -4-* (Avrupa Konseyi 2018).

Kalyoncu B, *Türk Pozitif Hukuku'nda ve Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nda Özgürlük ve Güvenlik Hakkı,* (Adalet Yayınları 2017).

Karpenstein U, Mayer FC ve Elberling B, 'EMRK Art. 5' in: Ulrich Karpenstein ve Franz C. Mayer (eds), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten* (C. H. Beck 2015). (KP/*yazar*)

Gaede K, Christoph K, Hans K ve Hartmut S (eds), *Münchener Kommentar zur StPO*, C. H. Beck 2018). (MüKoStPo)

Koç C, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Yakalama ve Gözaltı* (Legal Yayıncılık 2020).

Kühne HH ve Esser R, 'Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zur Untersuchungshaft' (2002) 383 StV 383-393.

Macovei M, 'The Right to Liberty and Security of the Person' in: *Human Rights Handbooks No. 5* (Council of Europe 2004).

Meyer-Ledewig J, Harrendorf S ve König S, 'EMRK Art. 52 in Jens Meyer-Ladewig, Martin Nettesheim ve Stefan von Raumer (eds), *Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar* (Nomos 2017) (HK-EMRK).

Peters A ve Altwicker T, *Europäische Menschenrechtskonvention* (C. H. Beck 2012).

Schabas WA, *The European Convention on Human Rights* (Oxford University Press 2015).

Sarıgül AT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Kişiye Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı* (Seçkin Yayıncılık 2013).

Şahbaz İ, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği' (2004) 55 201-225.

Şirin T. *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -1* (Avrupa Konseyi 2018).

Taner FG, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (Seçkin Yayıncılık 2019).

Tezcan D, Erdem MR, Sancakdar O ve Önok RM, *İnsan Hakları El Kitabı* (Seçkin Yayıncılık 2019)

T.C. Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)* (Anayasa Mahkemesi 2019).

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 2005.

Unfried E, *Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK* (Duncker & Humblot 2006).

AİHM Kararları

Adolf v. Avusturya 26.03.1982-8269/78

Aksoy v. Türkiye 18.12.1996-21987/93

Alimov v. Türkiye 06.09.2016-14344/13

Bashir ve diğerleri v. Bulgaristan 14.06.2207-65028/01

Brozicek v. İtalya 19.12.1989-10964/84

Bordovskiy v. Rusya 08.02.2005-49491/99

Bozano v. Fransa 18.12.1987-9990/82

Conka v. Belçika 05.02.2002-51564/99

De Tommasso v. İtalya 23.02.2017-43395/09

Deweer v. Belçika 27.02.1980-6903/75

Dikme v. Türkiye 11.07.2000-20869/92

Dvorski v. Hırvatistan 20.10.2015-25703/11

Egmez v. Kıbrıs 21.12.2000-30873/96

El-Masri v. (eski) Yugoslav Makedon Cumhuriyeti 13.12.2012-39630/09

Engel ve diğerleri v. Hollanda 08.06.1976-5370/72

Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık 27.03.1991-12248/86

Garcia Alva v. Almanya 13.02.2001-23541/94

Giorgi Nikolaishvili v. Gürcistan 13.01.2009-37048/04

Guzzardi v. Italya, 06.11.1980-7367/76

Hajduová v. Slovenya 30.11.2010-2260/03

Imbrioscia v. İsviçre 24.11.1993-13972/88

J. R. ve diğerleri v. Yunanistan 25.01.2018-22696/16

K v. Belçika 05.07.1984-10819/84

Kaboulov v. Ukrayna 19.11.2009-41015/04

Kerr v. Birleşik Krallık 07.12.1999-40451/98

Keus v. Hollanda 25.10.1990-12228/86

Khalifa ve diğerleri v. Italya 15.12.2016-16483/12

Ladent v. Polonya 18.03.2008-11036/03

Lamy v. Belçika 30.03.1989-10444/83

Leva v. Moldova 15.12.2009-12444/05

Lowry v. Portekiz 06/07/1999-42296/98

Lutsenko v. Ukrayna 03.07.2012-6492/11

M. A. v. Kıbrıs 23.07.2013-41872/10

Malofeyeva v. Rusya 30.05.2013-36673/04

Moghaddas v. Türkiye 15.02.2011-46134/08

Mooren v. Almanya 09.07.2009-11364/03

M. S. v. Slovakya 11.06.2020-17189/11

Murray v. Birleşik Krallık 28.10.1994-14310/88

Nielsen v. Danimarka 28.11.1988-10929/84

Neumeister v. Austria 27.06.1968-1936/63

Nowak v. Ukrayna 31.03.2011-60846/10

Öcalan v. Türkiye 12.05.2005-46221/99

Parlanti v. Almanya 26.05.2005-45097/04

Pélissier ve Sassi v. Fransa 25.03.1999-25444/94

Saadi v. Birleşik Krallık 29.01.2008-13229/03

Schöps v. Almanya 13.02.2001-25116/94

Shamayev ve diğerleri v. Gürcistan ve Rusya 12.04.2005-36378/02

Sejdovic v. İtalya 01.03.2006-56581/00

Storck v. Almanya 15.06.2005-61603/00

Suso Musa v. Malta 23.07.2013-42337/12

Vakhitov ve diğerleri v. Rusya 31.01.2017-18232/11

Van Der Leer v. Hollanda 21.02.1990-11509/85

Witold Litwa v. Polonya 04.04.2000-26629/95

X. v. Almanya 13.12.1978-8098/77

X v. Belçika 09.05.1977-7628/76

X v. Birleşik Krallık 05.11.1981-7215/75

X v. Birleşik Krallık 16.07.1980-6998/75

X v. Danimarka 05.10.1987-8828/79

Z. A. ve diğerleri v. Rusya 21.11.2019- 61411/15

Z. H. v. Macaristan 08.11.2012-28973/11

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1514775

ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARLARININ YÜRÜRLÜĞÜNÜN ERTELENMESİ KURUMU VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNDE GÖRÜNÜMÜ

Constitutional Court's Authority on the Suspension of Annulment Decisions and Its Practice Regarding Presidential Decrees

Taylan BARIN[*]
Muhammet Tayyib USLU[**]

Özet

Anayasa'nın 153. maddesine göre Anayasa Mahkemesi; Kanun, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü hükümlerini iptal etmesi halinde, iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasıyla iptal edilen hükümler yürürlükten kalkar. Anılan maddenin devamında Mahkemeye, gereken hallerde iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi iptal kararının yayımlandığı tarihten itibaren bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabilme yetkisi verilmiştir. Mahkeme'nin iptal kararları incelendiğinde iptal kararlarının yaklaşık yarısında iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırdığı/ertelediği görülmüştür. Mahkeme bu yetkisini Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine dair vermiş olduğu kararlarda daha yoğun kullanmaktadır. Ancak bu kararların hemen hepsi iptal edilen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kuralının konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle iptal edildiği kararlardır. Başka bir ifadeyle Mahkeme, Cumhurbaşkanının iptal edilen konuda düzenleme yetkisi olmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Bu ayrıksı durum, iptal kararlarının yürürlüğe girişinin ertelenmesine dair kanunlara ilişkin uygulamalardan farkını ortaya koymaktadır. Bu çalışmada genel olarak iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi kuralı tahlil edilecek, ardından Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine dair verilen iptal kararlarında erteleme kurumunun uygulanabilirliği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Norm Denetimi, İptal Kararları, İptal Kararlarının Yürürlüğünün Kararlaştırılması, İptal Kararının Yürürlüğünün Ertelenmesi

Abstract

According to Article 153 of the Constitution, if the Constitutional Court annuls provisions of a law, presidential decree, or the rules of procedure of the Grand National Assembly of Turkiye, the annulled provisions cease to be effective upon the publication of the annulment decision in the Official Gazette. The mentioned article grants the Court the authority to determine, if necessary, the date on which the annulled decision will come into effect, not exceeding one year from the date of publication of the annulment decision. Upon examination of the annulment decisions of

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 24.04.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

[*] Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, taylan.barin@hbv.edu.tr, https://orcid.org/0000-0001-8227-642X.

[**] Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuk Anabilim Dalı, muhammet.uslu@hbv.edu.tr, https://orcid.org/0000-0003-3742-0642.

the Court, it has been observed that in approximately half of the annulment decisions, the Court has additionally determined the date on which the annulment decision will come into effect.

The Court tends to use this authority more intensively in its decisions regarding Presidential Decrees. However, almost all of these decisions are those where the annulled Presidential Decree provision was annulled on the grounds of lack of authority regarding the subject matter. In other words, the Court annulled them on the grounds that the President has not have the authority to regulate the annulled issue. This exceptional situation highlights the difference in application from practices regarding laws concerning the suspension of the effectiveness of annulment decisions. In this study, the general rule of deferring the effectiveness of annulment decisions will be analyzed, followed by a discussion of the applicability of the deferral institution in annulment decisions regarding Presidential Decrees.

Key Words: Turkish Constitutional Court, Constitutionality Review, Annulment Decisions, Determination of the Effective Date of Annulment Decisions

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi (AYM); kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin (CBK) ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken bir kuralı iptal etmesi durumunda gerekli hallerde iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihi erteleyebilmektedir. AYM'nin ilk kez kurulduğu 1961 Anayasası'ndan bu yana olan bu yetki, Mahkemenin sık başvurduğu yetkilerinden biridir.

2017 Anayasa değişikliği yapılırken CBK'ların denetimi görevi de AYM'ye verilmiş, bununla birlikte iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi müessesesi CBK'ları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. İlk bakışta önemli bir farklılığı bulunmadığı düşünülebilirse de AYM'nin CBK iptal kararlarının önemli kısmının konu bakımından yetki yönünden iptal edilmesi karşısında erteleme müessesesinin farklı sonuçlar doğurduğu ortaya çıkmıştır.

İlki 10 Temmuz 2018 tarihinde yayımlanan 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinden 16/4/2024 tarihine kadar toplam 159 tane CBK yayımlanmıştır. CBK'lar ile ilgili AYM nezdinde mezkûr tarih itibariyle toplam 83 adet esas yönünden norm denetimi incelemesi yapılmış ve bunların 49'unda iptal kararı verilmiştir[1]. Bu iptal kararlarından 36 tanesinde (yaklaşık %73'ünde) hükmün ertelenmesine karar verilmiştir[2]. CBK'lar ile ilgili hükmün ertelenmesi yetkisi ilk kez 29/4/2021 tarih ve 2020/71 E. sayılı kararda kullanılmıştır[3].

Bu veriler ışığında AYM'nin iptal ettiği CBK'lara tekrar bakıldığında AYM'nin ağırlıklı olarak CBK'yı konu bakımından yetki yönünden iptal ettiği göze çarpmaktadır. Şu hâlde bu tür kararlar bakımından aslında Cumhurbaşkanının yetkisi

---

1 Bkz. Ekli tablo. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?NormunTurler_id=14 (E.T. 07.03.2024); https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?NormunTurler_id=14&IncelemeTuruKararSonuclar_id%5B%5D=2 (E.T. 07.03.2024)

2 https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KararinYururlugundeErteleme=1&NormunTurler_id=14&IncelemeTuruKararSonuclar_id%5B%5D=2 (E.T. 07.03.2024)

3 AYM, E.2020/71, K.2021/33, 29/04/2021.

olmayan bir alanı düzenlediği sonucuna varan AYM'nin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi neden ve nasıl ertelediği, bu tür kararlarda erteleme yetkisi kullanıp kullanamayacağı üzerinde durulmayı fazlasıyla hak eden bir konu görünümündedir.

Bu çalışmada sırasıyla iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi müessesesi incelenecek, ardından AYM'nin CBK'lara ilişkin verdiği kararların her biri istatistiki olarak gösterilerek iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi kurumunun kullanımı AYM kararlar ışığında tahlil edilecektir.

I. GENEL OLARAK İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞÜNÜN ERTELENMESİ

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun, 9/3/1961 tarihinde Temsilciler Meclisi Başkanlığına sunduğu Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu'nun 153. maddesi şöyledir:

> *Anayasa Mahkemesinin kararlan kesindir. Anayasa Mahkemesince, Anayasaya aykırı olduğundan iptaline karar verilen kanun veya İçtüzük veya bunların iptal edilen hükümleri, karar tarihinde yürürlükten kalkar. Gereken hallerde, Anayasa Mahkemesi, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın verildiği günden başlıyarak altı ayı geçemez.*[4]

Söz konusu maddenin gerekçesinde iptal kararlarının erga omnes niteliği vurgulanmış ve bir kanunun derhal ortadan kaldırılmasından doğacak sakıncaları engellemek ve yasama organının gereken tedbirleri almasını temin etmek için iptal hükmümün yürürlüğe girmesinin Mahkeme tarafından ertelenebileceğinden bahsedilmiştir[5].

Temsilciler Meclisi görüşmelerinde bir maddenin çıkarılması sonucunda numarası 152 olarak düzeltilen maddenin Meclisteki ilk görüşmesinde, Anayasaya aykırılığı sabit olan bir kanunun altı aylık süre boyunca vatandaşlara uygulanmasının doğru olmadığı; kanunun yürürlükten kalkacağı son gün ile yürürlükten kalktıktan bir gün sonra aynı durumda olan iki vatandaşa farklı muamele yapılacağından kanun önünde eşitlik ilkesinin ve dolayısıyla Anayasanın ihlal edileceği; iptal edilen kanunun altı ay yürürlükte kalmasının Anayasa dışı ve antidemokratik uygulamalara sebep olacağı ve Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargıyı bağlayacağından dolayı verilen kararların infazının gecikmemesi için "kararın yerine getirilmesi geciktirilemez." ibaresinin madde metnine eklenmesi gerektiği belirtilmiştir[6]. Bu iddialar Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu sözcüleri N. Arduçoğlu ve M. Aksoy tarafından cevaplandırılmıştır. Sözcüler, iptaline karar verilen bir kanunun yasama organınca yeniden hazırlanıncaya kadar geçen sürede meydana gelebilecek istisnai hallerdeki boşluğu doldurmak için böyle bir zamanın tanındığını; AYM'nin bu hakkı ihtiyari olarak kullanabileceği ve böylece yasama organının da ikaz edilmiş

---

4 Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 2, B. 34, 30.3.1961, S. Sayısı: 35, 83.

5 Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 2, B. 34, 30.3.1961, S. Sayısı: 35, 50.

6 Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 4, B. 53, 25.4.1961, 221-223.

olacağı; bu sürenin Avusturya'da bir sene olarak tanındığı; altı aylık sürenin azami had olduğu ve Mahkemenin on beş günlük süre ile de boşluğun doldurulmasına hükmedebileceği ve bu hükmün amacının Anayasaya aykırı kanunların vatandaşlara uygulanması olmadığından altı aylık süre içerisinde defi davasının gayet tabiî açılabileceği ifade edilmiş ve Komisyonun söz konusu önergelere katılmadığı bildirilmiştir[7]. 152. maddenin ikinci kez görüşüldüğü ve tasarı maddelerinin tek tek görüşüldüğü son birleşim olan 4/5/1961 tarihli 60. birleşimde söz konusu maddeyle ilgili herhangi bir tartışma gerçekleşmemiş ve 152. madde aynen kabul edilmiştir. Temsilciler Meclisi'nin kabul ettiği 152. madde, 15/5/1961 tarihinde Milli Birlik Komitesi tarafından 86. Birleşimde görüşülmüş ve madde aynen kabul edilmiştir[8].

Söz konusu Anayasa Tasarısı Kurucu Meclis tarafından 27/5/1961 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasası olarak kabul edilmiştir[9]. 9/7/1961 tarihinde halkoyuna sunulan Anayasa, %61,5 ile kabul edilmiş[10] ve ertesi gün de Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir[11]. Buna göre yürürlüğe giren 1961 Anayasası'nın 152. Maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> ***MADDE 152*** *— ...*
>
> *Anayasa Mahkemesince, Anayasaya aykırı olduğundan iptâline karar verilen kanun veya İçtüzük veya bunların iptâl edilen hükümleri, karar tarihinde yürürlükten kalkar. Gereken hallerde, Anayasa Mahkemesi, iptâl hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın verildiği günden başlıyarak altı ayı geçemez.....*[12]

1961 Anayasası'nın kabulünün ardından 22/4/1962 tarih ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun kabul edilmiş olup iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi Kanun'un 50. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede, iptal kararlarının altı ay süreyle yürürlüğünün ertelenebilmesi yetkisinin, bir kanunun, içtüzüğün veya bunların belirli hükümlerinin iptali halinde bir boşluğun meydana gelmesi ve bu boşluğun Mahkeme nezdinde kamu düzenini tehdit edici mahiyette görülmesi durumunda kullanılabileceğini ve boşluğun doldurulması için yasama meclisleri başkanlıklarının ve Başbakanlığın haberdar edileceğini hükme bağlamıştır[13].

---

7 Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 4, B. 53, 25.4.1961, 221, 224- 227.

8 Milli Birlik Komitesi Genel Kurul Toplantısı, C. 6, B. 86, 15.5.1961, 22-23.

9 Kurucu Meclis Tutanak Dergisi, C. 2, B. 15, 27.5.1961, 109.

10 Yüksek Seçim Kurulu'nun Anayasanın Halkoyuna Sunulmasının Kesin Sonuçlarına İlişkin Kararı (No. 106 – 19.7.1961) bkz. Server Feridun, *Anayasalar ve Siyasal Belgeler* (Aydın Güler Kitabevi İstanbul 1962) 151.

11 20.7.1961 tarih ve 10859 sayılı RG.

12 20.7.1961 tarih ve 10859 sayılı RG, 4653.

13 22.4.1962 tarih ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 50. maddesi, 25.4.1962 tarih ve 11091 sayılı RG.

A. 1961 Anayasası m. 152/2

1961 Anayasası'nın 152. ve 44 sayılı Kanun'un 50. maddesine göre AYM verdiği iptal hükmünün yürürlüğünü azami altı ay erteleyebilmektedir. Mahkeme, 1971 yılında yapılan anayasa değişikliğine kadar verdiği 120 iptal kararından 30 tanesinde hükmün yürürlük tarihini ertelemiştir.

Hükmün yürürlüğünün ertelenmesine dair verilen 30 karardan 26/10/1965 tarihli iptal kararına kadar olan 9 kararda, kararın yürürlüğe gireceği tarih, altı aylık sürenin verilmesiyle belirlenirken bu tarihten sonraki 21 iptal kararında, hükmün yürürlüğe gireceği tarihin belirtilmesi usulü benimsenmiştir. Hükmün yürürlüğe gireceği tarihin belirtildiği iptal kararlarında 18/12/1967 tarihinde yürürlük tarihinin sehven karar tarihinden önce belirlendiği anlaşılan karar[14] hariç olmak üzere yürürlük tarihi 8/2/1966 tarihli kararda 4 ay[15], 7/1/1969 tarihli kararda 1 ay 21 gün[16] ve 6/7/1971 tarihli kararda 5 ay[17] ertelenmiştir. Dolayısıyla AYM'nin hükmün ertelenmesine hükmettiği 30 karardan yalnızca 3 tanesinde azami süre olan 6 aydan farklı bir süre takdir edildiği görülmektedir. Ayrıca yine bu 30 karardan yalnızca 7 tanesinde hükmün ileri bir tarihe ertelenmesinin gerekçeleri belirtilmiştir. Bu gerekçelerde ise *"öğretimin geniş ölçüde aksayacağı ve bundan da çeşitli sakıncalar doğacağı"*[18], *"iptal yüzünden oluşacak boşluğun kamu düzenini tehdit etmesi olasılığı bulunduğu…"*[19], *kanunun … iptali… astsubay ve subayların atanmaları konusunda bir boşluk meydana getirecektir"*[20], *"… hükmünün iptali kararının derhal yürürlüğe girmesi halinde… mevzuatta bazı karışıklıklar ve hizmeti aksatacak boşluklar meydana geleceği anlaşıldığı…*[21], *"Hemen yürürlükten kalkması bir boşluk meydana getirecek ve yeni bir yasama işlemine kadar aksamalara yol açabilecektir"*[22], *"İptal hükmünün karar gününde yürürlüğe girmesi halinde… emeklilik konusunda karışık bir durum meydana gelecektir."*[23] ve *"iptal kararıyle ortaya bir boşluk çıkacağı ve bundan da bir takım sakıncaların doğacağı görülecektir."*[24] gibi ifadelere yer verilmiştir.

Hükmün erteleneceğine ilişkin gerekçeli iptal kararlarından birinde Avni Givda'nın tek başına, diğerinde ise Avni Givda ve Ahmet Akar'ın birlikte, o güne dek

14 AYM, E.1966/31, K.1967/45, 18/12/1967.
15 AYM, E.1965/38, K.1966/7, 08/02/1966.
16 AYM, E.1968/24, K.1969/4, 07/01/1969.
17 AYM, E.1971/16, K.1971/62, 06/07/1971.
18 AYM, E.1969/48, K.1971/5, 19/01/1971.
19 AYM, E.1967/40, K.1970/26, 14/05/1970.
20 AYM, E.1967/39, K.1968/41, 10/10/1968.
21 AYM, E.1968/24, K.1969/4, 07/01/1969.
22 AYM, E.1964/21, K.1967/11, 11/05/1967.
23 AYM, E.1971/16, K.1971/62, 06/07/1971.
24 AYM, E.1969/65, K.1970/16, 24/03/1970.

çeşitli kararlarda öngörülen yürürlük sürelerinin hiçbirinden ilgililerin yararlanmadığını ve iptal edilen bazı kanunlar dolayısıyla ortaya çıkan boşluğun iptal hükmünün yürürlük tarihinin geçmiş olmasına rağmen hala doldurulmaması üzerine Anayasa'ya aykırılığı saptanmış maddelerin bir süre daha yürürlükte bırakmanın yersiz ve yararsız olduğunu ileri sürmüşlerdir[25].

B. 1971 Anayasa Değişikliği

Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi (430) Üyesinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bâzı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Teklif'e göre Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının gerekçesiz açıklanmalarından dolayı yasama ve yürütme organlarınca kararın yerine getirilmesinde güçlükler ortaya çıkmıştır. Ayrıca yeniden çıkarılacak veya değiştirilecek kanunların gerek tasarı olarak hazırlanması gerekse Yasama Meclislerinde görüşülmesinin bazen altı ayı geçtiği ifade edilmiştir. Bu gerekçelerle 152. maddede düzenlenen altı aylık sürenin bir yıla çıkarılması teklif edilmiştir[26]. Anayasa ve Adalet Komisyonu'nun aynen kabul ettiği 152. maddenin iptal hükmünün ertelenmesiyle ilgili olarak, Millet Meclisi'nde teklifin tümü üzerindeki görüşmede[27], maddelerin ilk kez ayrı ayrı ele alındığı görüşmede[28] ve ikinci görüşmede[29] herhangi bir tartışmanın yaşanmadığı görülmüştür. Millet Meclisi'nde kabul edilerek Cumhuriyet Senatosu'na gelen teklifin 152. maddesiyle ilgili olarak yine teklifin tümü üzerindeki görüşmede[30], maddelerin tek tek tartışıldığı birinci görüşmede[31] ve ikinci görüşmede[32] herhangi bir önerge verilmemiş ve kimse söz almamıştır. Böylelikle süre bir yıla çıkarılmıştır.

AYM, bir yıla kadar erteleyebilme yetkisini, 1982 Anayasası dönemine kadar verdiği 75 iptal kararından yalnızca 18 tanesinde kullanmıştır. 18 karardan 4'ünde[33] hükmün yürürlük tarihi altı ay, birinde[34] ise 2 ay 20 gün ertelenmiştir. Ayrıca belirtilmelidir ki iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesine yönelik kararların hepsinin gerekçesi bulunmaktadır. Bu gerekçeler genel olarak *"bir boşluğun meydana gelmesi"* ve *"söz konusu boşluğun kamu düzenini tehlikeye düşürmesi"* çerçevesinde şekillenmekle birlikte bazı kararlarda *"yurttaşlar arasında eşit olmayan durumlar*

25 AYM, E.1969/48, K.1971/5, 19/01/1971, AYM, E.1967/39, K.1968/41, 10/10/1968.

26 Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 17, B. 156, 27.8.1971, 17.

27 Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 17, B. 156, 27.8.1971.

28 Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 17, B. 156, 27.8.1971, 518.

29 Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 17, B. 156, 27.8.1971, 744.

30 Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, C. 67, B. 113, 12.9.1971.

31 Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, C. 67, B. 115, 14.9.1971, 515.

32 Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, C. 67, B. 116, 20.9.1971, 630.

33 AYM, E.1975/179, K.1976/8, 05/02/1976; AYM, E.1971/58, K.1972/22, 09/05/1972; AYM, E.1971/31, K.1972/5, 16/02/1972; AYM, E.1976/1, K.1976/28, 25/05/1976.

34 AYM, E.1974/26, K.1974/48, 21/11/1974.

yaratılacağı"[35] ifadeleri kullanılmıştır. Hükmün yürürlük tarihinin ertelenmesiyle ilgili olarak kimi üyelerin verilen süreyi çok bulduğu[36], kimi üyelerin az bulduğu[37] veya hiç süre verilmemesi yönünde görüş bildiren üyelerin bulunduğu[38] örneklerle de karşılaşılmaktadır. Yine bir kararın karşı görüşünde Başkanvekili Avni Givda'nın, Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan bu yana vermiş olduğu iptal kararlarından oluşan boşlukların yasama yoluyla doldurulmadığına işaret etmesi önemlidir[39].

C. 1982 Anayasası m. 153/2

MGK tarafından çıkarılan 29 Haziran 1981 tarih ve 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanun'un birinci maddesine göre Danışma Meclisi ve Milli Güvenlik Konseyi'nden oluşan ve görevi yeni bir anayasa hazırlamak olan bir Kurucu Meclis kurulmuştur[40]. 23 Ekim 1981 tarihinde görevine başlayan Danışma Meclisi tarafından 23 Kasım 1981 tarihinde, on beş üyeden müteşekkil bir Anayasa Komisyonu oluşturulmasına karar verilmiştir[41]. Başkanlığını Orhan Aldıkaçtı'nın yürüttüğü Anayasa Komisyonu, ilk olarak çeşitli kurum ve kuruluşlardan anayasa önerileri içeren raporlar istemiş ve gelen raporlar doğrultusunda da çalışmalarına başlamıştır.

Anayasa Komisyonu'na verilen önerilerden Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının yürürlüğünü ertelemesi yetkisiyle ilgili olarak Ankara Üniversitesi Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakültelerince hazırlanan gerekçeli anayasa önerisinin 152. maddesinde *"Gereken hallerde, Anayasa Mahkemesi, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez."* hükmü bulunmaktadır. Madde gerekçesinde ise iptal kararları sonucu ortaya çıkan hukuk boşluklarının doldurulması noktasında yasama organının son derece pasif kaldığı, her ne kadar AYM, bu durumu önlemek üzere iptal hükmünün yürürlüğünü ertelese de Mahkemenin verdiği süre içerisinde hukuk boşluklarının doldurulamadığını ve hukuk düzeninin yıllarca bu boşlukların yarattığı sorunlarla karşı karşıya kaldığı ve bu durumun AYM'nin saygınlığını zedeleme yönünde kullanıldığı ifade edilmektedir. Bu sorunu çözmek amacıyla 152. maddenin ikinci fıkrasına *"Bu fıkra gereğince iptal hükmünün yürürlüğü Resmî Gazetede yayım tarihinden daha ileri bir tarih olarak belirlendiği hallerde, Türkiye Büyük Millet Meclisi, ortaya çıkan hukuk boşluğunu dolduracak yasa tasarı veya teklifini öncelikle gündeme alır ve verilen süre içinde görüşerek karara bağlar."*

---

35 AYM, E.1974/33, K.1975/1, 07/01/1975.

36 AYM, E.1980/27, K.1981/9, 27/01/1981; AYM, E.1971/58, K.1972/22, 09/05/1972; AYM, E.1970/48, K.1972/3, 09/02/1972; AYM, E.1971/31, K.1972/5, 16/02/1972;

37 AYM, E.1976/1, K.1976/28, 25/05/1976.

38 AYM, E.1980/27, K.1981/9, 27/01/1981; AYM, E.1973/33, K.1974/9, 14/03/1974.

39 AYM, E.1973/33, K.1974/9, 14/03/1974.

40 30.6.1981 tarih ve 17386 MÜKERRER sayılı RG.

41 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 1, B. 10, 23.11.1981.

hükmünün eklenmesi önerilmiştir[42].

İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi'nin anayasa görüşünde AYM tarafından iptal edilen kanunların, en çok bir yıl süreyle ve AYM'nin kararıyla yürürlükte kalabileceği ifade edilmiştir. Kanunların iptali sebebiyle ortaya çıkan boşluğun ise Bakanlar Kurulu tarafından geçmiş kanun hükümlerinin uygulanabileceği kararı verilmesi suretiyle giderilebileceği, böylece AYM'nin, geçmişe şartlı etkili olabilecek bir iptal kararı vereceği belirtilmektedir[43]. AYM ise belirttiği görüşünde birçok örneğiyle görüldüğü üzere, yürürlüğünün ertelendiği iptal kararlarında verilen süre içerisinde yasamanın kanun çıkarmadığını belirtmekle yetinmiş gözükmektedir[44]. Son olarak Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun iptal edilen kanunun, 1 yıl içinde yasama organı tarafından yenisi çıkarılıncaya kadar yürürlükte kalması gerektiğine ilişkin önerisi belirtilmelidir[45].

Kendisine gelen raporlar doğrultusunda çalışmalarını 17 Temmuz 1982 tarihinde tamamlayan Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu"nu 30 Temmuz 1982 tarihinde Danışma Meclisi'ne sunmuştur[46]. Anayasa Komisyonu'nun kabul ettiği 187. Maddenin ilgili kısmı şöyledir:

> ***9. Anayasa Mahkemesi kararları***
>
> ***MADDE 187. —*** *... Anayasa Mahkemesince, Anayasaya aykırı olduğundan iptaline karar verilen kanun, kamın hükmünde kararname veya İçtüzük veya bunların iptal edilen hükümleri, gerekçeli kararın Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde, Anayasa Mahkemesi iptal hükmümün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez. ....*[47]

Anayasa Komisyonu'nun kabul ettiği 187. maddenin gerekçesinde, iptal kararlarının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda ortaya çıkan kanun boşluğunun süratle doldurulmasını temin edici bir düzenleme yapıldığı belirtilmiştir[48].

---

42 *A.Ü. Siyasal Bilgiler ve Hukuk Fakültelerinin İlgili Öğretim Üyelerince Hazırlanan Gerekçeli Anayasa Önerisi*, (AÜSBF Yayınları No: 497 1982) 186-187.

43 Yaşar Gürbüz, *Anayasa; Görüşler-Taslak* (Araştırma Eğitim Ekin Yayınları İstanbul 1982) 158.

44 Gürbüz (n 43) 227.

45 ibid 78.

46 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 7, B. 120, 4.8.1982, 13; Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun 30.7.1982 tarihli 1/463 Esas No ve 434 Karar Nolu yazısı, bkz. Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 7, B. 120, S. Sayısı: 166'ya 1 inci Ek, 4.8.1982, 3.

47 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 7, B. 120, S. Sayısı: 166'ya 1 inci Ek, 4.8.1982, 46.

48 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 7, B. 120, S. Sayısı: 166'ya 1 inci Ek, 4.8.1982, 62.

Komisyonca kabul edilen Anayasa Tasarısı, Danışma Meclisi'nin 4 Ağustos 1982 tarihli 120. Birleşiminde görüşülmeye başlanmıştır[49]. 187. madde ilk olarak 11 Eylül 1982 tarihli 149. Birleşimde görüşülmüş ve iptal hükmünün yürürlüğünün ertelenmesiyle ilgili bir önerge verilmemiştir[50]. Söz konusu maddenin ikinci kez görüşüldüğü 22 Eylül 1982 tarihli 155. Birleşimde ise tasarıdaki 187. maddenin 162. madde olarak güncellendiği görülmektedir. Bu birleşimde de iptal hükmünün yürürlüğünün ertelenmesiyle ilgili herhangi bir tartışma yaşanmamıştır ancak maddede değişiklikler yapılmıştır. 162. maddenin ilgili kısmı Danışma Meclisince kabul edildiği haliyle şu şekildedir:

> ***9. Anayasa Mahkemesinin kararları***
>
> ***MADDE 162. —*** *....*
> *Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüğü ya da bunların hükümleri, kesinleşen iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*
>
> ...[51]

162. maddenin gerekçesinde iptal kararlarının bazen hukuk boşluğu yaratabildiği ifade edilmiş ve bu boşluğun süratle doldurulması amacıyla kanun yapımı sürecine bir istisna getirilerek iptal kararlarının yürürlüğünün ertelendiği durumlarda görüşmenin öncelikle yapılacağı hususunun kabul edildiği belirtilmiştir[52].

Danışma Meclisi'nin kabul ettiği anayasa tasarısı, 24 Eylül 1982 tarihinde Milli Güvenlik Konseyi Genel Sekreterliği'ne sunulmuş[53] ve sonrasında Genel Sekreterlik Hukuk İşleri, Kanunlar ve Kararlar Dairesi bünyesinde, başkanı Hâkim Tümgeneral Muzaffer Başkaynak'tan müteşekkil 6 kişilik bir Anayasa Komisyonu kurulmuş ve Milli Güvenlik Konseyi Genel Sekreteri Orgeneral Necdet Üruğ'unda katılımıyla Komisyon, çalışmalarına başlamıştır[54].

---

49 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 7, B. 120, 4.8.1982.

50 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 10, B. 149, 11.9.1982, 231- 235.

51 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 10, B. 156, 23.9.1982, S. Sayısı: 182, 39.

52 Milli Güvenlik Konseyi Tutanakları C. 7, B. 118, 18.10.1982, Milli Güvenlik Konseyi S. Sayısı. 450, 56.

53 Milli Güvenlik Konseyi Tutanakları C. 7, B. 118, 18.10.1982, Milli Güvenlik Konseyi S. Sayısı. 450, 1.

54 Milli Güvenlik Konseyi Tutanakları C. 7, B. 118, 18.10.1982, Milli Güvenlik Konseyi S. Sayısı. 450, 65, 93.

Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu, Danışma Meclisi'nin kabul ettiği Anayasa Tasarısı üzerinde değişiklikler yaparak tasarıyı bu haliyle Milli Güvenlik Konseyi'ne göndermiştir. Danışma Meclisi'nin kabul ettiği 162. madde, Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nun kabul ettiği metinde 153. madde olarak düzenlenmiştir. Danışma Meclisi'nin kabul ettiği metnin ilk fıkrası yerine Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun kabul ettiği metindeki *"Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz."* ifadesi eklenmiş, *"Yürürlükten kaldırılan hükümlerin iptallerine karar verilemez."* ve *"Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilir."* hükümleri ise madde metninden çıkarılmıştır[55]. Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nun kabul ettiği maddenin gerekçesinde ise iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesiyle ilgili bir bahis bulunmamaktadır[56].

Son şeklini alan Anayasa Tasarısı, 17 Ekim 1982 tarihinde Milli Güvenlik Konseyi Başkanlığı'na sunulmuştur[57]. 18 Ekim 1982 tarihinde Milli Güvenlik Konseyi'nde başlanan Anayasa Tasarısı görüşmeleri, aynı gün içinde hem tasarının tümü hem de maddeler üzerindeki müzakerelerin tamamlanmasıyla son bulmuştur. Milli Güvenlik Konseyi görüşmelerinde 187. maddenin metinden çıkarılması üzerine 152. madde olarak düzenlenen eski 153. maddeyle ilgili tüm bu süreçte herhangi bir tartışma yaşanmamış olup Milli Güvenlik Konseyince kabul edilen Anayasa, 7 Kasım 1982 tarihli referandum sonucunda kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir[58].

II. İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞÜNÜN ERTELENMESİ İÇİN ÖN ŞART "GEREKEN HALLER"

A. "Gereken Haller" nelerdir?

Anayasa 153. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi kural olarak AYM'nin iptal kararlarının resmî gazetede yayımlandığı gün hüküm ve sonuç doğuracağını; iptal edilen kuralların yayım tarihinde yürürlükten kalkacağını düzenlemiştir. Mezkûr fıkranın devam eden cümlelerinde ise Mahkemenin "gereken hallerde" iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi erteleyebileceğini, ancak erteleme süresinin bir yılı geçemeyeceğini hüküm altına almıştır.

Anayasal düzenleme "gereken haller" demekle yetinmişse de gereken hallerin ne olduğu kanun veya Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde ayrıca belirtilmemiştir.

---

55 Milli Güvenlik Konseyi Tutanakları C. 7, B. 118, 18.10.1982, Milli Güvenlik Konseyi S. Sayısı. 450, 175-177.

56 Milli Güvenlik Konseyi Tutanakları C. 7, B. 118, 18.10.1982, Milli Güvenlik Konseyi S. Sayısı. 450, 87.

57 Milli Güvenlik Konseyi Tutanakları C. 7, B. 118, 18.10.1982, Milli Güvenlik Konseyi S. Sayısı. 450, 65

58 Milli Güvenlik Konseyi Tutanakları C. 7, B. 118, 18.10.1982, Milli Güvenlik Konseyi S. Sayısı. 450, 90; 9.11.1982 tarih ve 17863 MÜKERRER sayılı RG.

Aslında Anayasa'daki düzenlemenin takip eden m. 153/4 fıkrası gereken hallere dair "*... iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak ...*" ifadesiyle biraz daha somutlaştırmaktadır.

Konu mülga 10/11/1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin 4. fıkrasında "*... Anayasa Mahkemesi bir kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli hükümlerinin iptali halinde meydana gelecek olan hukuki boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici mahiyette görürse, yukarıdaki fıkra hükmünü uygular ve boşluğun doldurulması için Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı ile Başbakanlığa bilgi verir.*" demek suretiyle daha somut bir şekilde düzenlenmekteydi. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin 3. fıkrasında ise "*...Mahkeme gerekli gördüğü hâllerde, Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabilir.*" ifadesiyle konu düzenlenmiştir. 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin gerekçesinde "*Maddede, Mahkeme kararlarının içeriği, gerekçeli olarak yazılması, niteliği, yayımı, kesin olduğu, etkisi ve İçtüzükte düzenlenecek hususlar açıklanmıştır.*" denilerek ertelemeyle ilgili ilave bir açıklamaya yer verilmemiştir.

B. Uygulamada Gereken Haller:

1. Kanunlarda Düzenlenen Kuralların İptalinde Erteleme

16/4/2024 tarihi itibariyle kanunlarla ilgili verilen 1091 iptal kararından 404'ünde hükmün yürürlük tarihinin ertelendiği görülmektedir (yaklaşık %37)[59]. Bu kararlar incelendiğinde ise genel olarak "*bir boşluğun oluşacağı"*[60], *"kamu hizmetinin aksamasına sebep olacağı"*[61], *"kamu yararını olumsuz yönde etkileyecek bir hukuksal boşluğun doğacağı"*[62] ve *"kamu düzeniyle kamu yararını doğrudan etkileyecek nitelikte olacağı"*[63] gibi hallerde hükmün yürürlük tarihinin ertelenmesi müessesesinin kullanıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca tespit edilebildiğimiz kadarıyla AYM ortaya çıkacak boşluğun en çok kamu yararını olumsuz yönde etkilediğini belirttiği hallerde hükmün ertelenmesi yetkisine başvurmaktadır.

---

59 Listedeki bazı kararlar incelendiğinde hükmün yürürlüğünün ertelenmediği görülmektedir. Bkz. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?NormunTurler_id=4&IncelemeTuruKararSonuclar_id%5B%5D=2 (E.T.02.03.2024); https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KararinYururlugundeErteleme=1&NormunTurler_id=4&IncelemeTuruKararSonuclar_id%5B%5D=2 (E.T. 02.03.2024)

60 AYM, E.1985/1, K.1986/4, 25/02/1986.

61 AYM, E.1986/20, K.1987/9, 31/03/1987.

62 AYM, E.1996/15, K.1996/34, 23/09/1996. Daha güncel kararlarda doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden şeklinde ifade edilmektedir. (AYM, E.2023/63, K.2024/15, 23/01/2024, § 49).

63 AYM, E.1988/19, K.1988/33, 26/10/1988.

2. KHK'larda Düzenlenen Kuralların İptalinde Erteleme

16/4/2024 tarihi itibariyle kanun hükmüne kararnamelerle ilgili olarak toplam 165 iptal kararı verilmiş olup bunlardan 107 tanesinde iptal hükmünün ertelenmesi kararı verilmiştir (yaklaşık %65)[64]. Bu kararlarda da istikrarlı bir şekilde ortaya çıkacak hukuki boşluğun kamu yararını bozucu nitelikte olduğu vurgulanarak hükmün ertelenmesi yetkine başvurulduğu görülmektedir.

III. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞÜNÜN ERTELENMESİ KURUMUNUN CBK'LARDA GÖRÜNÜMÜ

Türk hukuk düzenine 1982 Anayasası ile giren ve ilk şekliyle Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği bir düzenleyici işlem olarak yalnızca Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşunu düzenlemek üzere çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi[65], 21/1/2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yürütme organının birçok alanda aslî düzenleme yetkisi olarak kullanabildiği önemli bir düzenleme aracı haline getirilmiştir[66]. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya aykırılığı iki durumda söz konusu olabilmektedir:

i. Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasına aykırı olma,

ii. Anayasanın diğer maddelerine içerik bakımından aykırı olma[67].

Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının ilk dört cümlesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu yönünden yetki sınırları düzenlenmiştir[68]: "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cum-*

---

64 https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?NormunTurler_id=5&IncelemeTuruKararSonuclar_id%5B%5D=2 (E.T.02.03.2024); https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KararinYururlugundeErteleme=1&NormunTurler_id=5&IncelemeTuruKararSonuclar_id%5B%5D=2 (E.T. 02.03.2024)

65 1982 Anayasası'nın mülga 107. maddesi konuyu şu şekilde düzenlenmekteydi: "*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.*"

66 Taylan Barın, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi* (On İki Levha Yayınları 1. Baskı İstanbul 2020) 1.

67 Murat Azaklı, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi" (2019) 36(1) Anayasa Yargısı Dergisi 82.

68 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin Yayınevi 4. Baskı Bursa 2021) 994; Lokman Yeniay, Gülden Yeniay, "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" (2019) 36(1) Anayasa Yargısı Dergisi 122; Mehmet Boztepe, "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi" (2018) 5(1) *İstanbul* Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17; Mehtap Demirörs, *Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu* (Astana Yayınları 1. Baskı Ankara 2020) 145; Murat Açıl, "Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" (2018) 76(2) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 742.

hurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz."

A. CBK'nın Yetki Yönünden Anayasa'ya Aykırı Olduğu Durumlar

Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının birinci cümlesine göre "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*". Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmesinin yanı sıra Anayasanın bazı maddelerinde de CBK ile düzenlenecek konular ayrıca belirtilmiştir. Anayasa'nın m. 104/9'da üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106/son'da bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108/4'te Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118/6'da Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı hüküm altına alınmıştır[69].

1) Anayasanın 104. Maddesinin 17. Fıkrasının Birinci Cümlesine Aykırı Durumlar

AYM, bir CBK kuralının Kanun veya KHK'larda değişiklik yapması durumunda veya yargıya ilişkin bir hususu düzenlemesi halinde, ilgili düzenlemenin Anayasa m. 104/17 birinci cümleye aykırı olduğuna karar vermektedir.

(91) Numaralı CBK'nın 1. maddesiyle ekli (1) Sayılı Listede yer alan Hâkimler ve Savcılar Kuruluna ilişkin kadroların ihdas edilerek (2) Numaralı CBK'nın eki (II) Sayılı Cetvelin ilgili bölümüne eklenmesinde AYM, dava konusu kuralla HSK'nın merkez teşkilatı içinde Kurul müfettişi ve tetkik hâkimi kadrolarının ihdas edilmesini ve bu kadroların ekli cetvelin HSK bölümüne eklenmesini yürütme yetkisi dışında kalan bir konu olarak değerlendirdiğinden söz konusu düzenlemeyi Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının 1. cümlesine aykırı bularak iptal etmiş ve hükmün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[70].

(111) Numaralı CBK'nın 2. maddesiyle ekli listede yer alan Anayasa Mahkemesine ilişkin kadroların ihdas edilerek (2) Numaralı CBK'nın eki (II) Sayılı Cetvel'in ilgili bölümüne eklenmesinin incelenmesinde AYM, dava konusu kuralla Anayasa Mahkemesi Başkanlığının merkez teşkilatı için raportör kadrolarının ihdas edilmesi ve bu kadroların (2) Numaralı CBK'nın eki (II) Sayılı Cetvel'in ilgili bölümüne eklenmesini raportörlerin, yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinden olmalarından dolayı bu meseleyi yürütme yetkisi dışında kalan bir konu olarak değerlendir-

69 AYM, E.2020/71, K.2021/33, 29/04/2021, § 5, 6.

70 AYM, E.2022/36, K.2023/84, 04/05/2023, § 21, 22, 24,25, 26, 27, 28, 30.

diğinden söz konusu düzenlemeyi Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının 1. cümlesine aykırı bularak iptal etmiş ve hükmün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[71].

2) Anayasanın 104. Maddesinin 17. Fıkrasının İkinci Cümlesine Aykırı Durumlar

AYM'nin Anayasa'nın m. 104/17 2. cümlesine aykırı bulduğu ve iptal ederek hükmün ertelenmesine karar verdiği kuralları içeren CBK sayısı bugün itibariyle 27'dir ve tamamında bu süre dokuz ay olarak tayin edilmiştir. Yirmi beş kararda "mülkiyet hakkı", altı kararda "kişisel verilen korunması hakkı", iki kararda "kamu hizmetine girme hakkı" ve birer kararda "dernek kurma özgürlüğü" ve "dilekçe ve bilgi edinme hakkı" ile ilişki kurularak ilgili hükümler Anayasa m. 104/17'in 2. cümlesine aykırı bulunmuştur. Bu incelemeler arasında aynı CBK içerisinde yer alan aynı veya farklı hükümlerin farklı haklarla ilişkilendirilmesi de söz konusu olabilmektedir. Örneğin kişisel verilen korunması hakkı kapsamında incelenen 5 CBK, aynı zamanda mülkiyet hakkı kapsamında da değerlendirilmiş; 5 CBK'nın birer tanesi ise kamu hizmetine girme hakkı ve dernek kurma özgürlüğü kapsamında incelenmiştir.

Mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilerek iptal edilen hükümleri içeren 25 CBK incelenmesinde huzur hakkı[72]; emeklilik ve yaşlılık aylıkları[73]; ücret, mali ve sosyal hak[74]; ek ödeme, ikramiye ve fazla mesai ücreti[75]; sözleşme ücreti[76]; tazminat ödenmesi[77] ve çevre, imar ve yapılaşma[78] gibi konularda düzenlemeler yapıldığı gerekçesiyle ilgili hükümler iptal edilerek yürürlükleri dokuz ay ertelenmiştir. Örneğin:

---

71 AYM, E.2022/139, K.2023/158, 28/09/2023, § 31, 32, 33, 34, 35.

72 AYM, E.2021/6, K.2022/166, 29/12/2022, § 23, 24; AYM, E.2018/123, K.2022/138, 09/11/2022, § 160, 161, 162, 164, 166, 167; AYM, E.2020/4, K.2022/147, 30/11/2022, § 100, 106, 107; AYM, E.2019/38, K.2022/148, 30/11/2022, § 8, 9, 81, 82, 83, 84, 87, 88, 89, 90; AYM, E.2019/87, K.2022/158, 13/12/2022, § 153, 155, 156; AYM, E.2020/89, K.2023/85, 04/05/2023, § 18, 19, 20, 22; AYM, E.2020/54, K.2022/165, 29/12/2022, § 49, 50, 52; AYM, E.2021/25, K.2023/104, 31/05/2023, § 22, 25, 26, 29, 30, 31; AYM, E.2018/128, K.2023/159, 28/09/2023, § 122, 123, 124.

73 AYM, E.2019/12, K.2022/164, 29/12/2022, § 20, 21, 26, 27; AYM, E.2018/149, K.2022/163, 29/12/2022, § 144, 145, 146, 147, 148.

74 AYM, E.2018/123, K.2022/138, 09/11/2022, § 75, 76, 77, 109, 110, 160, 161, 162, 164, 166, 167, 178, 179, 180, 333, 334, 335; AYM, E.2019/39, K.2023/67, 05/04/2023, § 10, 11; AYM, E.2020/4, K.2022/147, 30/11/2022, § 61, 62; AYM, E.2020/7, K.2022/146, 30/11/2022, § 48, 49; AYM, E.2022/114, K.2023/83, 04/05/2023, § 18, 19, 20; AYM, E.2023/72, K.2023/75, 04/05/2023, § 20, 21, 22, 23, 24; AYM, E.2020/54, K.2022/165, 29/12/2022, § 6, 7, 8, 9; AYM, E.2020/48, K.2023/11, 25/01/2023, § 93, 94, 95, 96; AYM, E.2020/48, K.2023/11, 25/01/2023, § 114, 115, 116; AYM, E.2023/7, K.2023/150, 13/09/2023, § 46, 47, 48, 49, 50, 51; AYM, E.2022/139, K.2023/158, 28/09/2023, § 18, 19, 20, 21, 22; AYM, E.2020/66, K.2023/199, 30/11/2023, § 29, 35, 36, 37.

75 AYM, E.2018/123, K.2022/138, 09/11/2022, § 184, 185, 186, 187; AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 162, 163, 164, 165.

76 AYM, E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023, § 71, 72; AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 129, 130, 131, 132, 133, 134.

77 AYM, E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023, § 75, 76, 77, 78.

78 AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 208, 209, 210, 230, 231; AYM, E.2020/52, K.2023/223, 27/12/2023, § 65, 66, 67, 68.

- (24) Numaralı CBK'nın 1. maddesiyle (1) Numaralı CBK'nın 503. maddesine eklenen 3. fıkranın ve 504. maddesinin 4. fıkrasına eklenen cümlenin incelemesinde, Cumhurbaşkanı yardımcısı, bakan veya bakan yardımcısı olarak atanan kişilerin bu göreve atandıkları tarih itibarıyla veya bu görevlere atandıktan sonra hak ettikleri emeklilik ve yaşlılık aylıklarıyla ilgili düzenlemeler, mülkiyet hakkı kapsamında olduğu[79];
- (4) Numaralı CBK'nın 63. maddesinin 3. fıkrasının incelenmesinde, dava konusu kuralın Avrupa Birliği nezdinde daimî temsilci yardımcısı olarak atananlara mali ve sosyal haklar kapsamında yapılacak ödemelerin kişilere ekonomik menfaat temin etmeyi içerdiğinin ifade edilerek söz konusu düzenlemenin mülkiyet hakkı kapsamında olduğu[80];
- (30) Numaralı CBK'nın 28. maddesiyle (4) Numaralı CBK'nın 586. maddesine eklenen 4. fıkranın incelenmesinde TÜBİTAK Yönetim Kurulu üyelerine huzur hakkı ödenmesini ilişkin kuralın mülkiyet hakkı kapsamında olduğu[81] ve
- (1) Numaralı CBK'nın 102. maddesinin 1. fıkrasının (g) ve (k) bentlerinin incelenmesinde, dava konusu kuralla çevre, imar ve yapılaşmaya ilişkin olarak harita, etüt, plan, parselasyon planı, kamulaştırma, arazi ve arsa düzenlemesi gibi hususların düzenlenmesinin mülkiyet hakkı kapsamında olduğu[82] ifade edilmiştir.

Kişisel verilen korunması hakkıyla ilişki kurularak iptal edilen hükümleri içeren 6 CBK'nın incelenmesinde her türlü bilgi ve belge isteme[83]; her türlü bilgi, veri ve istatistik toplama[84] ve kayıt tutma[85] gibi konularda düzenleme yapıldığı gerekçesiyle ilgili hükümler iptal edilerek yürürlükleri dokuz ay ertelenmiştir. Örnek olarak;

- (43) Numaralı CBK'nın 17. maddesiyle (1) Numaralı CBK'nın değiştirilen 231. maddesinin 1. fıkrasının (m) bendinin incelenmesinde, MASAK'a her türlü bilgi ve belge isteme yetkisi verilmesinin kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında değerlendirilmesi[86];
- (58) numaralı CBK'nın 7. maddesiyle 4 numaralı CBK'nın 234. maddesinin 1. fıkrasının değiştirilen (t) bendinin "…kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden işletme ve girişimcilere ait bu hususlara ilişkin her türlü bilgi

79 AYM, E.2019/12, K.2022/164, 29/12/2022, § 20, 21, 26, 27.

80 AYM, E.2018/123, K.2022/138, 09/11/2022, § 109, 110.

81 AYM, E.2019/38, K.2022/148, 30/11/2022, § 81, 82, 83, 84, 87, 88, 89, 90.

82 AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 230, 231.

83 AYM, E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022, § 78, 79; AYM, E.2018/123, K.2022/138, 09/11/2022, § 304, 305, 306, 307, 308.

84 AYM, E.2018/123, K.2022/138, 09/11/2022, § 123, 124, 125; AYM, E.2020/48, K.2023/11, 25/01/2023, § 48, 49, 50, 51, 52.

85 AYM, E.2018/149, K.2022/163, 29/12/2022, § 9, 11, 12, 13, 14, 29, 30, 31, 32, 112, 113, 114.

86 AYM, E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022, § 78, 79.

ve veriyi almak ve analiz etmek, raporlamak,…" bölümünün incelenmesinde, dava konusu kuralla KOSGEB'e verilen yetkinin kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında değerlendirilmesi[87] ve

- (17) Numaralı CBK'nın 1. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendiyle (1) Numaralı CBK'nın başlığı ile birlikte değiştirilen 263. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde yer alan "…kayıtlarını tutmak,…" ibaresinin incelenmesinde, İçişleri Bakanlığı Sivil Toplumla İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne dava konusu kuralla verilen dernek, vakıf ve kâr amacı gütmeyen kuruluşların kayıtlarının tutulmasına ilişkin yetkinin kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında değerlendirilmesi[88] verilebilir.

Kamu hizmetine girme hakkıyla ilişki kurularak iptal edilen hükümleri içeren 2 CBK'nın incelenmesinde AYM, (4) Numaralı CBK'nın 799. maddesiyle (1) numaralı CBK'ya eklenen 274/A maddesinde kamu görevi niteliğinde olan kaymakam adaylığına atanmak için aranan şartlara ilişkin bir düzenleme yapıldığından hareketle kamu hizmetine girme hakkının uygulanmasıyla ilgili bir kural olduğunu tespit etmiştir[89]. (1) Numaralı CBK'nın 13. maddesinin 7. fıkrasının incelenmesinde ise Mahkeme, dava konusu kuralla Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatında görev yapacak olan sözleşmeli personelin 657 sayılı Kanun ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına dair düzenlemelerine bağlı kalınmaksızın, (1) numaralı CBK hükümlerine ve akdedilecek sözleşmeye göre personelin istihdam edileceğinin düzenlenmesini, kamu görevlisi niteliğindeki sözleşmeli personelin kamu hizmetine giriş şart ve koşulları ile ilişkili bir düzenleme olduğu gerekçesiyle kamu hizmetine girme hakkı kapsamında değerlendirmiştir[90]. İki hükmü de iptal eden AYM, hükümlerin yürürlük tarihlerini dokuz ay ertelemiştir.

Dernek kurma özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek iptal edilen hükümleri içeren (17) Numaralı CBK'nın incelenmesinde AYM, CBK'nın 1. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde dava konusu kuralla İçişleri Bakanlığı Sivil Toplumla İlişkiler Genel Müdürlüğe verilen dernekler ve şubelerinin, derneklerin ve vakıfların üst kuruluşlarının, 3335 sayılı Kanuna göre kurulan teşekküllerin, yabancı dernek, vakıf ve kâr amacı gütmeyen kuruluşların Türkiye'deki şube ve temsilciliklerinin, yabancı derneklerin her türlü izin ve faaliyetlerinin denetiminin yapılması yetkisini dernek kurma özgürlüğü ile ilişkilendirmiştir[91]. Aynı fıkranın (g) bendinde yaptığı incelemede ise Mahkeme, Genel Müdürlüğe verilen Türk vatandaşları tarafından yurt dışında kurulan dernek ve benzeri kuruluşların faaliyetlerini izlemek, değerlendirmek ve gerekli işlemlerin yapılmasını sağlamak yetkisini de dernek kurma

87 AYM, E.2020/48, K.2023/11, 25/01/2023, § 48, 49, 50, 51, 52.

88 AYM, E.2018/149, K.2022/163, 29/12/2022, § 9, 11, 12, 13, 14.

89 AYM, E.2022/71, K.2023/65, 05/04/2023, § 17, 18.

90 AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 116, 119, 120, 121, 122, 123, 124.

91 AYM, E.2018/149, K.2022/163, 29/12/2022, § 89, 90.

özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir[92]. İki hükmü de iptal eden AYM, hükümlerin yürürlük tarihini dokuz ay ertelemiştir.

Dilekçe ve bilgi edinme hakkıyla ilişki kurularak iptal edilen hükümleri içeren (101) Numaralı CBK'nın 1. maddesiyle (14) Numaralı CBK'nın 3. maddesine eklenen 3. fıkranın incelenmesinde AYM, dava konusu kuralla kişilerin talep, görüş ve önerilerini kamu kurum ve kuruluşlarına daha kolay iletilebilmesini ve başvurular hakkında daha etkili ve hızlı sonuç alınabilmesini sağlamak amacıyla CİMER'in kurulması ve çalışma usul ve esaslarının Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesinin düzenlenmesini dilekçe ve bilgi edinme hakkı kapsamında değerlendirerek iptal etmiş ve hükmün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[93].

3) Anayasanın 104. Maddesinin 17. Fıkrasının Üçüncü Cümlesine Aykırı Durumlar

AYM'nin Anayasa m. 104/17'nin üçüncü cümlesine aykırı bulduğu ve iptal ederek hükmün ertelenmesine karar verdiği hükümleri içeren CBK sayısı bugün itibariyle 26'dır ve tamamında süre dokuz ay olarak tayin edilmiştir. 19 CBK'nın incelemesinde ilişki kurulan Anayasa'nın 128. maddesi, 3. cümle kapsamında en çok değerlendirilen madde olarak ön plana çıkmaktadır. 128. maddeyi, 4 CBK incelemesi ile Anayasa'nın 123. maddesi, 3 CBK incelemesi ile Anayasa'nın 161. maddesi, 2'şer CBK incelemesi ile Anayasa'nın 140. ve 130. maddesi ve 1'er CBK incelemesi ile Anayasa'nın 127., 135., 126., ve 47. maddeleri takip etmektedir. Bu incelemeler arasında aynı CBK içerisinde yer alan aynı veya farklı hükümlerin farklı maddelerle ilişkilendirilmesi de söz konusu olabilmektedir. Örneğin Anayasa'nın 128. madde kapsamında incelenen (1) Numaralı CBK, aynı zamanda Anayasa'nın 123., 140., 127., 135. ve 126. maddeleri kapsamında da değerlendirilmiştir.

Anayasa'nın kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümlerin "Genel ilkeler" başlıklı 128. maddesi kapsamında değerlendirilerek iptal edilen hükümleri içeren 19 CBK incelenmesinde, memur ve diğer kamu görevlisi statüsündekilerle ilgili düzenlemeler yapıldığı gerekçesiyle ilgili CBK hükümleri iptal edilmiş ve hükümlerin yürürlükleri dokuz ay ertelenmiştir[94]. Örneğin:

---

92 AYM, E.2018/149, K.2022/163, 29/12/2022, § 93, 94.

93 AYM, E.2022/93, K.2024/9, 18/01/2024, § 24, 25, 26, 27.

94 AYM, E.2021/90, K.2022/108, 28/09/2022, § 62, 64, 66; AYM, E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022, § 57, 60, 61, 62; AYM, E.2018/123, K.2022/138, 09/11/2022, § 78, 79, 80, 103, 104; AYM, E.2019/39, K.2023/67, 05/04/2023, § 10, 11; AYM, E.2020/4, K.2022/147, 30/11/2022, § 61, 62; AYM, E.2020/7, K.2022/146, 30/11/2022, § 48, 49; AYM, E.2022/114, K.2023/83, 04/05/2023, § 18, 19, 20; AYM, E.2023/72, K.2023/75, 04/05/2023, § 20, 21, 22, 23, 24; AYM, E.2020/54, K.2022/165, 29/12/2022, § 6, 7, 8, 9, 81, 82, 83, 84, 85; AYM, E.2018/149, K.2022/163, 29/12/2022, § 202, 203, 206, 207; AYM, E.2021/115, K.2023/133, 26/07/2023, § 10, 11, 12, 13, 14, 15; AYM, E.2023/120, K.2023/128, 26/07/2023, § 6, 7, 8, 9; AYM, E.2020/48, K.2023/11, 25/01/2023, § 93, 94, 95, 96; AYM, E.2023/7, K.2023/150, 13/09/2023, § 46, 47, 48, 49, 50, 51; AYM, E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023, § 55, 56, 57; AYM, E.2018/128, K.2023/159, 28/09/2023, § 90, 91, 92, 93, 112, 113, 114, 115; AYM, E.2022/139, K.2023/158, 28/09/2023, § 18, 19, 20, 21, 22; AYM,

- (43) Numaralı CBK'nın 14. maddesiyle (1) Numaralı CBK'ya eklenen "hazine ve maliye başmüfettişleri, müfettişleri ve müfettiş yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları ile…" ibaresinin incelenmesinde, bahsi geçen personelin, memur ve diğer kamu görevlisi statüsünde bulundukları[95];
- (3) Numaralı CBK'nın 3. maddesinin 3. fıkrasının ikinci cümlesinin incelenmesinde, dava konusu kuralın yurt dışı sürekli görevlere atanan ancak üst kademe kamu yöneticisi sıfatını haiz olmayan kamu görevlilerini ilgilendirdiği[96] ve
- (4) Numaralı CBK'nın 55. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesinin incelenmesinde, AFAD'da görevli denetçi ve denetçi yardımcılarına tanınan özlük haklarına yönelik düzenlemenin memur ve diğer kamu görevlisi statüsündekilerin özlük işleri olduğu[97] belirtilmiştir.

Anayasa'nın "İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzel kişiliği" başlıklı 123. maddesi kapsamında değerlendirilerek iptal edilen hükümleri içeren 4 CBK bulunmaktadır[98]. Anayasa Mahkemesinin ilgili hükümleri Anayasa'nın 123. maddesi kapsamında değerlendirdiği ve 104. maddenin 17. fıkrasının 3. cümlesine aykırı bularak iptal ettiği kararlarıyla ilgili örnek olarak (4) Numaralı CBK'nın 619. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin incelenmesinde dava konusu kuralla İŞKUR'un organlarından olan Genel Kurula kamu kurum ve kuruluşlarını temsilen bakan tarafından belirlenecek üyelerin temsilci olarak katılacağının düzenlendiği; bununla birlikte kuralda hangi kamu kurum ve kuruluşların Genel Kurulda temsil edileceğinin, temsilci sayısı ve temsilcilerin nitelikleri hususlarının belirtilmediği gerekçesiyle ilgili hükmün iptal edilmesi gösterilebilir[99].

Anayasa'nın "Bütçe ve kesinhesap" başlıklı 161. maddesi kapsamında bütçenin uygulanması yönüyle değerlendirilerek iptal edilen hükümleri içeren 3 CBK bulunmaktadır[100]. Bu 3 CBK ile ilgili iptal kararlarına örnek olarak (59) Numaralı CBK'nın 9. maddesiyle (1) Numaralı CBK'ya eklenen 388/A maddesinin (m)

E.2020/66, K.2023/199, 30/11/2023, § 29, 35, 36, 37, 53, 54, 55, 56, 57, 58; AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 71, 72, 73, 74, 75, 80, 81, 82, 83, 110, 111, 112, 113, 114, 126, 127, 128, 319, 320, 321, 322; AYM, E.2019/113, K.2023/198, 30/11/2023, § 47, 50, 51, 52, 54, 55.

95 AYM, E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022, § 57, 60, 61, 62.

96 AYM, E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023, § 55, 56, 57.

97 AYM, E.2018/123, K.2022/138, 09/11/2022, § 78, 79, 80. Ayrıca bu son karar Mahkemenin ilk defa aynı düzenlemeyi Anayasanın 104. maddenin 17. fıkrasındaki ikinci ve üçüncü cümleye birlikte aykırı bulması bakımından önemlidir.

98 AYM, E.2019/87, K.2022/158, 13/12/2022, § 139, 140; AYM, E.2020/48, K.2023/11, 25/01/2023, § 74, 77, 78, 79; AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 311, 312, 313, 314, 315; AYM, E.2020/52, K.2023/223, 27/12/2023, § 31, 32, 33, 34, 35.

99 AYM, E.2018/123, K.2022/138, 09/11/2022, § 275, 276.

100 AYM, E.2021/25, K.2023/104, 31/05/2023, § 17, 18, 19; AYM, E.2020/46, K.2023/149, 13/09/2023, § 28, 29, 30, 31, 32, 33; AYM, E.2020/52, K.2023/223, 27/12/2023, § 44, 45, 46, 47, 48, 51, 52, 53, 76, 77, 78, 79.

bendinde yer alan "…usul ve esasları belirlemek," ibaresinin incelenmesinde, dava konusu kuralla Milli Teknoloji Genel Müdürlüğüne, Türkiye'de bilimsel ve teknolojik araştırma, geliştirme, tasarım ve yenilikçilik faaliyetlerini ve girişimlerini teşvik etme ve bu faaliyetler sonucu ortaya çıkan ürünlerin patenti, yatırımı ve pazarlanması konusunda gerçek ve tüzel kişilere destek verme görevinin düzenlenmesinin bütçenin uygulanmasına ilişkin bir düzenleme olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi gösterilebilir[101].

Anayasa'nın "Hakimlik ve savcılık mesleği" başlıklı 140. maddesi kapsamında değerlendirilerek iptal edilen hükümleri içeren 2 CBK bulunmaktadır[102]. (1) Numaralı CBK'nın 58. maddesinin 2., 3., 4. ve 5. fıkralarının incelenmesinde Mahkeme, dava konusu kurallar ile Bakanlığın yurt dışı teşkilatında yer alan adalet müşavirliği kadrolarına atanma şartlarının, bu kadroda görev yapan personelin sicillerinin nasıl ve kim tarafından verileceğinin, yurt dışı sürekli görev süresinin ve yurt dışı teşkilatına atanan hâkim ve savcılara yapılacak ödemelerin düzenlemesini iptal etmiş ve hükmünün yürürlüğü dokuz ay ertelemiştir[103]. (63) Numaralı CBK'nın 17. maddesiyle ekli listede yer alan Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanı ile tetkik hâkimleri kadrolarının ihdas edilerek (2) Numaralı CBK'nın eki (II) Sayılı Cetvelin ilgili bölümüne eklenmesinin incelenmesinde ise Mahkeme, Adalet Bakanlığı merkez teşkilatında görev yapan adli ve idari yargı mensuplarının idari bir görev yürüttükleri açık olmakla birlikte hâkim ve savcı sıfatlarını korumaya devam ettiklerinden hareketle söz konusu hükmü iptal etmiş ve iptal hükmünün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[104].

Anayasa'nın "Yükseköğretim kurumları" başlıklı 130. maddesi kapsamında değerlendirilerek iptal edilen hükümleri içeren 2 CBK bulunmaktadır[105]. Anayasa Mahkemesi, CBK lar ile ilgili iptal hükmünün ertelenmesi yetkisini ilk defa kullandığı (65) Numaralı CBK'nın 1. maddesinin incelenmesinde, dava konusu kuralda yer alan listedeki kadroların ihdas edilerek (2) Numaralı CBK'nın eki olan (III) Sayılı Cetvele eklenmesini öğretim elemanlarının görev ve yetkileriyle özellikle özlük haklarını etkilediği gerekçesiyle iptal etmiş ve hükmün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[106]. Mahkeme, (63) Numaralı CBK'nın 9. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinin incelenmesinde ise dava konusu kuralla Adalet Bakanlığının talebi üzerine üniversiteler tarafından cinsel suç mağdurlarına yönelik hizmet vermek amacıyla merkezler kurulmasının düzenlenmesini iptal etmiş ve hükmün yürürlü-

101 AYM, E.2020/52, K.2023/223, 27/12/2023, § 44, 45, 46, 47, 48, 51, 52, 53.

102 AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 110, 111, 112, 113, 114, 195, 196, 197, 198, 199, 200; AYM, E.2020/65, K.2023/187, 08/11/2023, § 88, 89, 90.

103 AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 195, 196, 197, 198, 199, 200.

104 AYM, E.2020/65, K.2023/187, 08/11/2023, § 88, 89, 90.

105 AYM, E.2020/71, K.2021/33, 29/04/2021, § 19, 20, 21; AYM, E.2020/65, K.2023/187, 08/11/2023, § 41, 42, 43.

106 AYM, E.2020/71, K.2021/33, 29/04/2021, § 19, 20, 21.

günü dokuz ay ertelemiştir[107].

Anayasa'nın "Devletleştirme ve Özelleştirme" başlıklı 47. maddesiyle ilişki kurulan (59) Numaralı CBK'nın 6. maddesiyle (1) Numaralı CBK'nın değiştirilen 385. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde yer alan "…veya denetlemek;…" ibaresinin incelenmesinde AYM, dava konusu kuralla Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının sanayi ürünlerine yönelik olarak hazırlamış olduğu idari ve teknik düzenlemelerin Türk standartlarına uygunluğunun kendisi tarafından denetlenebileceği gibi üçüncü kişilere de denetlettirilmesinin düzenlenmesini iptal etmiş ve hükmün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[108].

Anayasa'nın "Merkezi idare" başlıklı 126. maddesiyle ilişki kurulan (1) Numaralı CBK'nın 254. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinin incelenmesinde AYM, dava konusu kuralla merkezî idare bakımından ülkenin idari bölümlere ayrılmasının, ülkenin idari bölümlerinden olan il ve ilçelerin genel idarelerinin düzenlenmesinin İçişleri Bakanlığınca gerçekleştirileceğinin düzenlenmesini münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuyla ilgili olduğu sebebiyle iptal etmiş ve hükmün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[109].

Anayasa'nın "Mahalli idareler" başlıklı 127. maddesiyle ilişki kurulan (1) Numaralı CBK'nın 97. maddesinin 1. fıkrasının (o) bendinin incelenmesinde Mahkeme, dava konusu kuralla mahallî idareler ve bunların merkezî idare ile alaka ve münasebetlerinin düzenlenmesini münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuyla ilgili olduğu sebebiyle iptal etmiş ve hükmün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[110].

Anayasa'nın "Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları" başlıklı 135. maddesiyle ilişki kurulan (1) Numaralı CBK'nın 107. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinin incelenmesinde AYM, dava konusu kuralla yerleşme, çevre, yapılaşma ve imar konularıyla ilgili olarak mimarlık ve mühendislik meslek kuruluşlarına ilişkin mevzuat hazırlamak ve anılan konularla ilgili mimarlık ve mühendislik kuruluşlarını denetlenmesinin düzenlenmesini kanunla düzenlenmesi gereken bir konuyla ilgili olduğu sebebiyle iptal etmiş ve hükmün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[111].

4) Anayasanın 104. Maddesinin 17. Fıkrasının Dördüncü Cümlesine Aykırı Durumlar

Bu cümle bağlamında verilen iptal kararlarında yürürlüğün ertelenmesi Anayasa'nın kurduğu düzen bağlamında tam bir tezata işaret etmektedir. Çünkü AYM burada kanunda açıkça düzenlenen bir konu olduğu tespitinden dolayı CBK kuralını iptal etmektedir. Oysa Anayasa m. 104/17'nin beşinci cümlesine göre zaten anılan

[107] AYM, E.2020/65, K.2023/187, 08/11/2023, § 41, 42, 43.

[108] AYM, E.2020/52, K.2023/223, 27/12/2023, § 24, 25, 26, 27, 28.

[109] AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 311, 312, 313, 314, 315.

[110] AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 220, 224, 225, 226.

[111] AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 240, 244, 245, 246, 247, 248.

CBK'nın uygulama kabiliyeti olmaması gerekir. Öte yandan olduğu varsayımında dahi ilgili CBK kuralının iptalinin bir hukuk boşluğu oluşturmadığını AYM karar gerekçesi zaten ortaya koymaktadır. Bu cümle bakımından iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi kanaatimizce erteleme kurumunun özensiz kullanıldığına açık bir örneklik teşkil etmektedir.

- (50) Numaralı CBK'nın 5. maddesiyle (4) Numaralı CBK'nın 637 maddesine eklenen 2. fıkranın incelenmesinde AYM, 375 sayılı KHK'nın ek 26 ve 27. maddeleri uyarınca istihdam edilen personelin sigortalılık statüsünün 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine tabi olacağını ifade ederken söz konusu hüküm ile bu statünün aynı fıkranın (c) bendi ile ilişkilendirilebileceğini belirterek KHK'nın açıkça düzenlediği bir konuda düzenlenen ilgili CBK hükümlerini Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının 4. cümlesine aykırı bularak iptal etmiş ve hükmün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[112].
- (54) Numaralı CBK'nın 2. maddesiyle (2) Numaralı CBK'ya eklenen ek 3. maddenin incelenmesinde AYM, dava konusu kural ile 375 sayılı KHK'nın ek 26. maddesi kapsamında istihdam edilecek sözleşmeli personelin pozisyonlarının ihdasına ve istihdam süresine ilişkin usul ve esaslar belirlendiğinden hareketle kanunun açıkça düzenlediği bir konuda düzenleme yapıldığını belirterek düzenlenen ilgili CBK hükmünü Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının 4. cümlesine aykırı bularak iptal etmiş ve hükmün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[113].
- (55) Numaralı CBK'nın 2. maddesiyle (4) Numaralı CBK'nın 235. maddesinin 1. fıkrasına eklenen ikinci cümlenin incelenmesinde AYM, KOSGEB personelinin 375 sayılı KHK'nın ek 27. maddesine göre 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacağını hükme bağlarken dava konusu kural ile sözü edilen personelin aynı kanunun (c) bendine tabi olduğunun düzenlenmesini Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının 4. cümlesine aykırı bularak iptal etmiş ve hükmün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[114].
- (17) Numaralı CBK'nın 1. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendiyle (1) Numaralı CBK'nın başlığı ile birlikte değiştirilen 263. maddesinin 1. fıkrasının (ğ) bendinin incelenmesinde AYM, dava konusu kuralın atıf yaptığı (a) bendindeki derneklerin ve şubelerin, derneklerin ve vakıfların üst kuruluşlarının, yabancı dernek, vakıf ve kâr amacı gütmeyen kuruluşların Türkiye'deki şubeleri ile temsilciliklerinin yönetici veya üyeleri ile (b) bendindeki teşekküllerin yönetici veya üyelerinin yasalara aykırı faaliyetleri hakkında İçişleri Bakanlığı Sivil Toplumla İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne verilen ilgili kuruluşlarla işbirliği içinde çalışarak gerekli işlemleri yapma yetkisinin 5253 sayılı Kanunla düzenlendiğini belirterek söz

112 AYM, E.2020/5, K.2022/115, 13/10/2022, § 26, 27, 28.

113 AYM, E.2020/28, K.2022/156, 13/12/2022, § 20, 21, 22.

114 AYM, E.2020/29, K.2022/155, 13/12/2022, § 13, 14, 16.

konusu düzenlemeyi Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının 4. cümlesine aykırı bularak iptal etmiş ve hükmün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[115].

(1) Numaralı CBK'nın 328. maddesinin 2. fıkrasının incelenmesinde AYM, dava konusu kuralla Millî Eğitim Bakanlığının Türkiye'deki veya Yükseköğretim Kurulu tarafından denkliği kabul edilen yurt dışındaki üniversitelerin eğitim fakültelerinin ilgili bölümlerinden lisans düzeyinde eğitimini başarıyla bitirenlerin ilgili ülke vatandaşlıklarına sahip olanlarla süresiz oturma ve çalışma izni bulunanlardan, Bakanlığın mahallinden sözleşmeli statüde öğretmen olarak hizmet alınabileceğinin düzenlenmesini Anayasanın 128. maddesi, kamu hizmetlerine girme hakkı ve aynı konunun düzenlenmesinden bahisle 652 sayılı KHK kapsamında değerlendirerek söz konusu düzenlemeyi Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının 2. ve 4. cümlesine aykırı bularak iptal etmiş ve hükmün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[116].

B. CBK'nın İçerik Yönünden Anayasa'ya Aykırı Olduğu Durumlar

Kanaatimizce AYM'nin CBK denetiminde iptal kararlarının yürürlüğünü ertelemesi kurumunu kullanabileceği yegâne karar türü CBK'nın içerik yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu hallerdir. AYM'nin bu şekilde verdiği beş adet karar bulunmaktadır. Bunlar:

- (79) Numaralı CBK'nın 12. maddesiyle (1) Numaralı CBK'ya eklenen 458/B maddesinin (ğ) bendinde yer alan "…işlettirmek…" ibaresinin incelenmesinde AYM, dava konusu kuralla Destek Hizmetleri, Tasfiye İşleri ve Döner Sermaye Genel Müdürlüğünün 4458 sayılı Kanun gereğince tasfiyesi gereken eşya için açılacak depo, mağaza ve satış reyonları işlettirmesinin mümkün kılınmasıyla birlikte tasfiyelik eşya için açılacak depo, mağaza ve satış reyonlarının hangi usullerle işletileceğine, işletmecinin yetki ve sorumluluklarına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden söz konusu yerleri "işlettirmek" hususunda yürütmeye yetki veren düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında belirlilik ilkesine aykırı olduğunu ve bu durumun Anayasanın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime de engel teşkil ettiğini ifade ederek söz konusu düzenlemeyi iptal etmiş ve iptal hükmünün yürürlüğü dokuz ay ertelenmiştir[117].
- (4) Numaralı CBK'nın 54. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinin "…personelinin görev ve yetkileri, görevlendirme, çalışma usul ve esasları ile bu müdürlük personeline ilişkin diğer hususlar Başkanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir." bölümünün incelenmesinde AYM, dava konusu

[115] AYM, E.2018/149, K.2022/163, 29/12/2022, § 97, 98, 99, 100, 101.

[116] AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 366, 367, 368, 369, 370. Bu kararla Mahkeme, ilk defa bir düzenlemeyi Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının 4. cümlesiyle birlikte 2. cümlesi yönünden de iptal etmiştir.

[117] AYM, E.2021/90, K.2022/108, 28/09/2022, § 34, 35, 36, 40, 41, 42, 43, 44.

kuralın yer aldığı CBK ile AFAD personelinin görev ve yetkileri, görevlendirilmesi, çalışma usul ve esasları ile personele ilişkin diğer hususlar konusunda düzenleme yapılmamasını ve bu konuya ilişkin genel çerçeve ve temel kuralların CBK ile belirlenmeksizin dava konusu kuralla düzenleme yetkisinin yönetmeliğe bırakılmasını Anayasanın 106. maddesine aykırı bularak söz konusu düzenlemeyi iptal etmiş ve iptal hükmünün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[118]. Aynı CBK'nın 619. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin incelenmesinde ise Mahkeme, dava konusu kuralla İŞKUR'un organlarından olan Genel Kurula kamu kurum ve kuruluşlarını temsilen bakan tarafından belirlenecek üyelerin temsilci olarak katılacağının düzenlendiğini; bununla birlikte kuralda hangi kamu kurum ve kuruluşlarının Genel Kurulda temsil edileceği, temsilci sayısı ve temsilcilerin nitelikleri hususları belirtilmediğini ifade ederek söz konusu kuralı Anayasanın 123. maddesine aykırılıktan iptal etmiş ve iptal hükmünün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[119].

- (30) Numaralı CBK'nın 13. maddesiyle (4) Numaralı CBK'nın 451. maddesine eklenen 2. fıkranın incelenmesinde AYM, dava konusu kuralla Spor Toto Teşkilat Başkanlığının yönetim kurulunun teşkiline ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle belirlenmesinin öngörülmekle birlikte yönetim kurulunun teşkiline ilişkin genel çerçeve ve temel kuralların CBK ile belirlenmeksizin Bakanlığa sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verildiğini ve yürütme organına tanınan asli düzenleme yetkisinin idareye devredildiğini ifade ederek söz konusu kuralı Anayasanın 123. maddesine aykırılıktan iptal etmiş ve iptal hükmünün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[120].
- (3) Numaralı CBK'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "... (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı onayı ile ..." ibaresinin incelenmesinde AYM, ekli (II) Sayılı Cetvelde yer alan "I. Hukuk Müşavirleri (Bakanlık Bağlı, İlgili, İlişkili Kuruluşları)" ve "Spor Müşavirleri" ibaresi haricindeki kısım için üst kademe kamu yöneticilerinin yanında Sayıştay savcıları, müfettişler, hazine kontrolörleri ve daimi temsilci yardımcıları gibi üst kademe kamu yöneticisi olmayan kadro, pozisyon ve görevlere de yer verilmesini Anayasanın 2. maddesine; ekli listede yer alan üst kademe kamu yöneticilerinin atamasının Cumhurbaşkanı onayı ile yapılmasının öngörülmesini ise Anayasanın 104. maddesinin 9. fıkrasına aykırı bularak iptal etmiş ve iptal hükmünün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[121].

- (63) Numaralı CBK'nın 9. maddesinin 2. fıkrasının incelenmesinde AYM,

118 AYM, E.2018/123, K.2022/138, 09/11/2022, § 39, 40, 41, 42, 43, 44.

119 AYM, E.2018/123, K.2022/138, 09/11/2022, § 275, 276.

120 AYM, E.2019/38, K.2022/148, 30/11/2022, § 23, 24, 25, 26.

121 AYM, E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023, § 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46.

dava konusu kuralın yer aldığı CBK'da Sağlık Bakanlığı bünyesinde cinsel suç mağdurlarına hizmet veren merkezlerin kurulmasına, işleyişine ve denetimine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesiyle ilgili herhangi bir kuralın yer almadığını ifade etmiş, konuya ilişkin genel çerçeve ve temel kuralların CBK ile belirlenmeksizin dava konusu kuralla düzenleme yetkisinin yönetmeliğe bırakılmasını Anayasanın 106. maddesine aykırı bularak iptal etmiş ve iptal hükmünün yürürlüğünü dokuz ay ertelemiştir[122].

SONUÇ YERİNE: AYM İPTAL ETTİĞİ CBK KURALLARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ TARİHİ ERTELEYEBİLİR Mİ?

Başlıktaki soruya Anayasa ve Cumhurbaşkanlığı Hükûmet sisteminin gerekleri düşünülerek kısaca; CBK'ların konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu durumlarda iptal kararlarının yürürlüğe girmesi ertelenemez şeklinde cevap verilmelidir.

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında Anayasa Mahkemesinin "gereken hallerde" iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi erteleyebileceği düzenlenmiştir. Ancak "gereken haller"in ne olduğu Anayasa, kanun veya Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde ayrıca belirtilmemiştir. Aslında Anayasa'daki düzenlemeyi takip eden cümle gereken halleri "*...iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu doldura-cak ...*" ifadesiyle biraz daha somutlaştırmaktadır. "Gereken haller" ifadesi mülga 10/11/1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü fıkrasında "*...iptali halinde meydana gelecek olan hukuki boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici mahiyette görürse...*" şeklinde daha açık bir şekilde düzenlenmekteydi. Mevcut 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun 'un 66. maddesinin üçüncü fıkrasında ise "*... Mahkeme gerekli gördüğü hâllerde...*" denilmekle yetinilmiştir. AYM tarafından yalnızca Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'da yer alan ertelemeye ilişkin hükme atıf yapılarak verilen iptal hükümlerinin yürürlüğünün ertelenmesi kararları ile "*doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edecek nitelikte görüldüğünden*" ve "*kararın derhâl uygulanması kamu düzenini ihlal edici nitelikte görüldüğünden*" şeklindeki gerekçelerle verilen erteleme kararları arasında gerekçesiz olma bakımından bir fark bulunmadığı söylenebilir[123].

Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrası "*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*" hükmünün çalışmamıza konu erteleme kararlarını da kapsadığı açıktır. Gerekçeli karar hakkı prensip olarak davanın taraflarının uyuşmazlıkları hakkında verilen karar hakkında mutmain olmasına yönelik güçlü

---

122 AYM, E.2020/65, K.2023/187, 08/11/2023, § 53, 54, 55, 56.

123 Kübra Cemre Özveri "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Zaman Yönünden Uygulanması", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020 63- 64.

bir güvencedir ve bu yönüyle adil yargılanma hakkının da en önemli alt ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Soyut norm ile somut uyuşmazlık arasında köprü işlevi gören gerekçe, pozitif hukukun adil çıktılar üretmesinde eşsiz bir işleve sahiptir. Ancak gerekçenin işlevi bunlarla sınırlı değildir. Kararların gerekçeli olması, mahkemeyi işi daha esaslı incelemeye, konu hakkında daha fazla düşünmeye, kararları verirken ve kaleme alırken titiz olmaya da sevk etmektedir[124]. Kanaatimizce AYM'nin erteleme kararlarının formül gerekçelerden arındırılarak gerçek anlamda gerekçeye kavuşturulması Mahkemeyi bu konuda bir kez daha düşünmeye sevk edecektir.

Bu aşamada AYM'nin öncelikle sorması gereken soru, iptal üzerine verdiği yürürlüğün ertelenmesindeki süreyi gerçek anlamda hangi organa verdiği olmalıdır. CBK'ların konu bakımından yetki yönünden iptali kararlarında Mahkeme aslında Cumhurbaşkanına CBK ile düzenlediği konuyu düzenleme yetkisinin olmadığına karar vermektedir. Mahkeme bu tespiti neticesinde iptal kararı verdiğinde, Cumhurbaşkanının bu Anayasa'ya aykırılığı ortadan kaldırabilmesinin mümkün olmadığını da ifade etmektedir. Daha açık bir ifadeyle Cumhurbaşkanı'nın yeni bir CBK ile iptal edilen CBK'yı Anayasa'ya uygun hale getirme şansının olmadığına hükmetmektedir.

Tıpkı diğer başkanlık sistemi örneklerinde olduğu gibi kuvvetlerin sert ayrılığı sistemini benimseyen Cumhurbaşkanlığı Hükûmet sisteminde de CBK'nın konu bakımından yetki yönünden iptali üzerine TBMM'ye süre verilmesi dolaylı yoldan yürütme organına yasama alanında yer açmaktadır. Doğrudan bir kanun teklifi vermek gibi nitelendirilemese de AYM'nin bu uygulaması yürütme organının yetkisiz bir şekilde düzenlediği konuda yasama organının kanun çıkarması külfeti yüklediği söylenebilir.

AYM bu çalışmanın kaleme alındığı tarihe kadar CBK'larla ilgili yapılan norm denetimi kararlarının 49 tanesinde iptal karar vermiş, bunların 36 tanesinde iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ertelemiştir (yaklaşık %73). Ertelenen kararların tamamında konu bakımından yetki yönünden iptal edilen kurallar bulunmaktadır

AYM'nin iptal ederek yürürlüğün ertelenmesine karar verdiği 36 CBK incelemesinin 22'sinde "*İptal Kararının Yürürlüğe Gireceği Gün Sorunu*" başlıklı karar bölümünde açıkça "*hukuki boşluğun doldurulabilmesi amacıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gerekli düzenlemelerin yapılması için*" süre verildiği ifade edilmektedir. İptal hükmünün ertelenmesine karar verildiği durumlardan yalnızca 09/11/2022 tarih 2018/123 esas numaralı kararda gerekli düzenlemelerin yapılması için TBMM'nin yanında Cumhurbaşkanına da süre verildiği belirtilmiştir.

Görev (fonksiyon) gaspı, literatürde idarenin görev alanına girmeyen bir konuyla ilgili idare adına işlem tesis etmeye yetkili olanlardan birinin karar alma hali olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla görev gaspının olduğu hallerde devlet organları arasındaki başta Anayasa ile belirlenmiş olan görev dağılımına riayet edilmeyerek

[124] Hilal Albal Ulaş, "Yargı Kararlarının Gerekçeli Olması Üzerine Bir Değerlendirme" (2021) 11(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 1250.

işlem tesis edilmesi söz konusu olmaktadır. Bu durumun kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu da ifade edilmektedir[125]. AYM'nin Cumhurbaşkanının düzenlediği bir normla ilgili olarak TBMM'ye süre vermesi bu bakımdan düşünülmeye değer durmaktadır. Gerçekten Anayasa Mahkemesi bu tercihiyle yürütmenin düzenlediği bir konuyla ilgili yasamaya süre vermesi Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemindeki yasama-yürütme arasındaki görev ayrımına aykırıdır. Bu yönüyle Anayasa Mahkemesinin CBK normunu iptal ederek hükmün ertelenmesi kararı verdiği hallerde hukukî boşluğun doldurulması için TBMM'ye değil Cumhurbaşkanına süre verilmesi gerektiği açıktır. Ancak bu halde de Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının 1., 2., 3. ve 4. cümleleri bağlamında bu durumun incelenmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce AYM iptal kararlarının yürürlüğünün ertelemesi kurumunu daha özenli kullansa, yürürlüğün ertelenmesi kararlarında ayrıca bir gerekçe yazmayı tercih etse hem bu yetkisini daha titiz kullanacak hem de hükûmet sisteminin özüne aykırı olan bu tercihinden vazgeçebilecektir. Gerçekten Mahkemenin verdiği erteleme kararlarındaki formül gerekçeler her zaman somut durumla uyuşmamaktadır.[126] Örneğin Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlığa atananların emeklilik ve yaşlılık aylıklarının kesilmeyeceğine ilişkin düzenlemenin Anayasa m. 104/17'nin 2. cümlesi bağlamında değerlendirilerek 9 ay ertelenmesindeki hukuki yararın Mahkemece daha doyurucu gerekçelerle ifade edilmesi beklenmektedir[127]. Yine TÜRKPATENT Yönetim Kurulu Başkanı ve üyelerine huzur hakkı adı altında yapılacak ödemeyle ilgili düzenlemenin 9 ay ertelenmesinde de benzer bir durum söz konusudur[128]. Bu kararlardaki olaylar değerlendirildiğinde iptal hükmünün ertelenmemesi halinde kamu yararını ihlal edici nitelikte nasıl bir hukuksal boşluk doğacağı Mahkeme tarafından gerekçelendirilmeliydi. Oysa verilen bu iki örnekte iptal edilen hükümden faydalananların sayısı iki elin parmaklarını geçmemektedir. Örneğin TÜRKPATENT yönetim kurulu 5 kişiden oluşmaktadır ve iptal edilen düzenleme beş üyeye toplantı başı 9000 ek gösterge rakamı (bugün itibarıyla 6.840 TL) ödenmesini öngörmektedir. Kanaatimizce AYM, iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesine dair kararı gerekçeli olarak yazmayı tercih etse idi, beş kişiye ödenecek bu huzur hakkının ödenmemesi durumunun kamu düzenini bozmayacağını fark edebilirdi.

Öte yandan AYM tarafından verilen yürürlüğün ertelenmesi kararlarındaki en ayrıksı durum açıkça Anayasa m. 104/17'nin 4. cümlesi bağlamında verdiği kararlarda görülmektedir. Mezkûr düzenlemede kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı, takip eden cümlede ise CBK ile kanunlarda aynı konuda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre Mahkeme tarafından m. 104/17'nin 4. cümlesine aykırı bu-

---

125 Ender Ethem Atay, İdare Hukuku (Turhan Kitabevi 6. Baskı Ankara 2018) 496.

126 Ömer Anayurt, "İptal Kararlarının Yürürlüğünün Ertelenmesi Amaca Uygun İşlemekte Midir?" Cilt 2 Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan (2024) 1142.

127 AYM, E.2019/12, K.2022/164, 29/12/2022, § 16, 19, 20, 21.

128 AYM, E.2021/6, K.2022/166, 29/12/2022, § 23, 24, 25.

lunarak iptal edilen düzenlemelerin yürürlük tarihlerinin ertelenmesinin maksadı anlaşılamamıştır. AYM'nin m. 104/17'nin 4. cümlesi bağlamında iptal ettiği hükümlerin bulunduğu CBK sayısı 14 iken erteleme kararı verdiği hükümlerin bulunduğu CBK sayısı 5'tir[129]. Örneğin Mahkeme, 375 sayılı KHK'da düzenlenen kişilerin ücret miktarı ve her türlü ödemelerinin düzenlendiği CBK hükmünü erteleme kararı vermeksizin iptal ederken aynı KHK'da düzenlenen kişilerin sigortalılık statüsünün değiştirilmesini düzenleyen CBK hükmünü iptal ederek 9 ay hükmün ertelenmesine karar vermiştir[130]. Yine Cumhurbaşkanınca atananlar hakkında 5434 sayılı Kanunun uygulanmayacağı ve emeklilik veya yaşlılık aylığı alanların aylıklarının kesilmeyeceğinin düzenlendiği hükmün ertelenmesiyle ilgili kararda da hukuki yarar anlaşılamamaktadır[131]. Zira aynı konuda düzenlenmiş bir kanun bulunmakta iken Anayasa'ya aykırı bir şekilde çıkarılan CBK ile ilgili erteleme kararı verilmesiyle ne amaçlandığı bilinmemektedir. Bu örneklerde erteleme kararının kendisi, iptal kararının gerekçesiyle çelişmektedir.

Öte yandan, aynı konuda düzenlenen bir kanunun bulunduğu durumlarda iptal edilen CBK'lar ile ilgili verilen erteleme kararı sonrasında ne olacağı sorusuna bir cevap bulmak da zor görünmektedir. Anayasa'ya göre CBK ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağı açıkken iptal edilip erteleme kararı verilen CBK'lar ile durumun AYM eliyle karışık bir vaziyete sürüklendiği görülmektedir. Zira daha Mahkeme tarafından incelenmeyen CBK hükümlerinin bile aynı konuyu düzenleyen kanun karşısında uygulanmayacağı belirtilirken Mahkemenin iptal edip erteleme kararı verdiği durumlarda uygulanmayacak bir CBK hükmünün Mahkeme tarafından uygulanması gerektiği mi savunulmaktadır sorusu cevap beklemektedir.

Son olarak CBK'lar ile ilgili Anayasa m. 104/17'nin iki cümlesine birlikte aykırı görülerek iptal edilen durumlara işaret etmek yerinde olacaktır. AYM bu konuda en çok 2. ve 3. cümlelere birlikte aykırılık kararı vermiştir. Gerçekten de Mahkeme, huzur hakkı gibi ödemelerle birlikte memurların özlük haklarının düzenlendiği birçok hükmü mülkiyet hakkı ve kamu görevlisi olmanın düzenlendiği Anayasa'nın 128. maddesi ile değerlendirmiştir. Mahkemenin bu tercihinde kanaatimizce bir tutarsızlık görülmemektedir. Ancak her ne kadar erteleme kararı verilmese dahi 3. ve 4. cümlelere birlikte aykırı bulunan durumlar için ayrı bir parantez açmak gerekmektedir. Şöyle ki Anayasa m. 104/17'nin 3. cümlesine göre münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda CBK çıkarılamazken 4. cümlesine göre kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz. Dolayısıyla 3. ve 4. cümleye birlikte aykırılığın söz konusu olabilmesi için CBK'da düzenlenen bir konunun hem kanunda düzenlenmesi öngörülmüş olması hem de kanunda açıkça düzenlenmesi

[129] Bkz. Ekli tablo

[130] AYM, E.2018/134, K.2021/13, 03/03/2021, § 51, 52, 53, 54; AYM, E.2020/5, K.2022/115, 13/10/2022, § 25, 26, 27, 28.

[131] AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023, § 99, 100.

gerekmektedir. Örneğin Mahkeme, adli ve idari yargı mensuplarının Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı içerisinde İdari İşler Başkanlığı kadrolarında üç yıl süreyle görevlendirilmelerine ilişkin düzenlemeyi, Anayasa'nın 140. maddesi bağlamında resmî ve özel görev almaları, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici olarak değiştirilmesi ile diğer özlük işlerinin kanunla yapılması gerektiğinden 3. cümle ile ilişkilendirmiştir. Aynı konunun 2879 sayılı Kanun'da da düzenlendiği- ni belirten Mahkeme, aynı hükmü bu sefer 4. cümle bağlamında değerlendirerek iptal etmiştir131. Görüldüğü üzere Mahkemenin bu konudaki tutumu eleştiriye açık olarak göze çarpmaktadır.

Netice itibarıyla AYM'nin kurulduğu 1962 yılından beri değişmeyen en temel görevi Anayasa'nın üstünlüğünü teminat altına almaktır. Negatif kanun koyucu olarak işlev gören AYM, Anayasa'ya aykırı normları iptal ederek kanunların ve CBK'ların Anayasa'ya uygunluğu sağlamaktadır. Çok istisnai durumlarda AYM, bir normun Anayasa'ya aykırı olduğunu tespit ettikten sonra normu belirli bir süre daha geçerli tutmaktadır. AYM'nin temel vazifesi olan Anayasa'ya aykırı normları sistemden ayıklama ile çelişir gibi duran bu yetki, ancak çok geçerli ve üstün bir kamu yararı olması durumunda kullanılabilir niteliktedir. Bu çalışmada incelenen CBK kararlarında AYM tarafından özensizce kullanıldığını tespit ettiğimiz iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi yetkisi, AYM'nin konu üzerine gerekçeli karar yazarak düşünmesi halinde kolayca aşılabilecek niteliktedir. Dolayısıyla AYM bilhassa iptal ettiği CBK kurallarına ilişkin kararlarında yürürlüğün ertelenmesine gerçekten gerek olup olmadığı bir kez tartışsa, Anayasa'ya ve Cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminin özüne aykırı olan ve bir kısmı gerçekten anlaşılmaz olan erteleme kararlarından vazgeçecektir.

AYM Norm Denetimi CBK Tablosu (16/04/2024 itibarıyla 83 Karar)

1. Cümle: Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.

2. Cümle: Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.

3. Cümle: Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.

4. Cümle: Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.

No	Karar Esas No	İnceleme Sonucu	İptal Dayanağı	104/17 Kaçıncı Cümle	Erteleme var mı	Konu
1	2023/154	Ret (İtiraz)				
2	2023/150	Ret (İtiraz)				

No	Karar Esas No	İnceleme Sonucu	İptal Dayanağı	104/17 Kaçıncı Cümle	Erteleme var mı	Konu
3	2018/125	Ret				
4	2019/31	İptal	Konu Bakımından Yetki	4. cümle	YOK	Bakan onayı ile bütçe dışı avans ödemesi
5	2019/78	Ret				
6	2018/155	İptal	Konu Bakımından Yetki	1. cümle	YOK	Kanuna ekli cetvele bazı eklemeler yaparak kanun metninde değişiklik yapılması
7	2018/126	Ret				
8	2019/105	Ret				
9	2018/119	Ret				
10	2018/124	Ret				
11	2019/77	Ret				
12	2019/71	İptal	İçerik	104. madde	YOK	Anadolu Ajansının yönetimi üzerinde İletişim Başkanlığına çerçevesi çizilmeden denetim yetkisi verilmesi
13	2018/162	Ret				
14	2020/8	Ret				
15	2020/71[132]	İptal	Konu Bakımından Yetki	3. cümle	9 ay	Öğretim elemanı m. 130
16	2018/134	İptal	Konu Bakımından Yetki	4. cümle	YOK	375 sayılı KHK'da düzenlenen kişilerin ücret miktarı ve her çeşit ödemeleri
17	2018/127	Ret				
18	2020/58	İptal	Konu Bakımından Yetki	3. cümle	YOK	Öğretim üyesinin merkez bankasında görevlendirilmesi
19	2018/133	Ret				
20	2021/88	İptal	Konu Bakımından Yetki	3. cümle	YOK	Ekonomi Koordinasyon Kurulunun Görev ve Yetkileri
21	2021/50	Ret				
22	2018/121	İptal	Konu Bakımından Yetki	2. cümle	YOK	DDK yetkileri
23	2021/91	Ret				
24	2019/96	İptal	Konu Bakımından Yetki	i. 3. cümle ii. 2. cümle	9 ay	i. Memur görev ve yetkileri ii. MASAK veri toplama
25	2020/94	İptal	Konu Bakımından Yetki	3. cümle	YOK	SAİK Kurulu Yetkileri

[132] İlk erteleme 29/4/2021,
Par. 19: Dava konusu kuralda da öğretim üyesi kadroları düzenlendiğinden kuralın kadro düzenlemesiyle birlikte öğretim elemanlarının görev ve yetkileriyle özellikle özlük haklarını etkilediği, bu çerçevede Anayasa'nın 130. maddesi bağlamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuda düzenleme yaptığı açıktır.

No	Karar Esas No	İnceleme Sonucu	İptal Dayanağı	104/17 Kaçıncı Cümle	Erteleme var mı	Konu
26	2021/85	İptal	Konu Bakımından Yetki	3. cümle	YOK	Fiyat İstikrarı Komitesi
27	2020/5	İptal	Konu Bakımından Yetki	4. cümle	9 ay	375 sayılı KHK'da düzenlenen kişilerin sigortalılık statüsünün değiştirilmesi
28	2021/90	İptal	i. İçerik ii. Konu Bakımından Yetki	i. 2. madde ii. 3. cümle	i. 6 ay ii. 6 ay	i. Kamuya ait mağazanın özel şirkete işlettirilmesi. Belirlilike aykırı ii. Memurların unvan değişikliği
29	2021/99	İptal	Konu Bakımından Yetki	4. cümle	YOK	Kalkınma ajansı toplantısında vali ve belediye başkanının vekil ile temsilinin yasaklanması
30	2021/95	Ret				
31	2022/98	Ret				
32	2021/6	İptal	Konu Bakımından Yetki	2. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş	Türkpatent yönetim kurulu başkan ve üyelerinin huzur hakkı
33	2019/12	İptal	Konu Bakımından Yetki	2. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş	Bakanlığa atananların emeklilik aylığı
34	2023/21	Ret				
35	2018/123[133]	İptal	i., xi. İçerik Konu Bakımından Yetki	i. 106. madde ii. 2. ve 3. cümle iii. 3. cümle iv. 2. cümle v. 2. cümle vi. 3. cümle vii. 2. cümle viii. 2. ve 3. cümle ix. 2. cümle x. 2. cümle xi. 123. madde xii. 3. cümle xiii. 2. cümle xiv. 2. cümle xv. 2. ve 3. cümle	i., ii., iv., v., vii., viii., ix., x., xi., xiii., xv., 9 ay Cumhurbaşkanına (içerik iptali) ve TBMM'ye süre verilmiş	i. Yönetmeliğe bırakılan yer sınırları belli değil ii. AFAD personelinin mali ve sosyal hakları ile özlük işleri iii. Memur özlüğü iv. Memurların mali ve sosyal hakları v. Başkanlığa her türlü bilgi ve belgeyi toplama yetkisinin verilmesi vi. GİB uzman personelinin müdür olarak atanması vii. Huzur hakkı ödemesi viii. Memurların mali ve sosyal hakları ile özlük işleri ix. Ek ödeme, ikramiye ve fazla mesai ücretinin ödenmesi x. TÜBİTAK personelinin ücret cetvelinin ve performans değerlendirme kriterlerinin düzenlenmesi xi. İŞKUR Genel Kuruluyla ilgili bakana bırakılan yetkinin kapsamının belirsizliği

[133] İlk defa iki cümleye aykırılık.

No	Karar Esas No	İnceleme Sonucu	İptal Dayanağı	104/17 Kaçıncı Cümle	Erteleme var mı	Konu
						xii. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması xiii. TÜSEB'in her türlü bilgi ve belgeyi isteme yetkisi xiv. Yurtdışı Vatandaşlar Daire Başkanlığının her türlü bilgi ve belgeyi toplama yetkisi xv. Memurların mali ve sosyal hakları ile özlük işleri
36	2022/71[134]	İptal (İtiraz)	Konu Bakımından Yetki	2. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş	Kaymakam adayları atanma şartları
37	2019/39	İptal	Konu Bakımından Yetki	2. ve 3. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş	Memur özlüğü mülkiyet + 128
38	2020/28	İptal	Konu Bakımından Yetki	4. cümle	YOK	Sözleşmeli personel istihdamında stratejiye yetki verilmesi. KHK'da açıkça düzenleniyor
39	2020/4	İptal	Konu Bakımından Yetki	i. 2. ve 3. cümle ii. 3. cümle iii. 2. Cümle iv. 4. Cümle v. 2. cümle	i., ii., v. 9 ay Güvenlik soruşturmasında erteleme yok TBMM'ye süre verilmiş	i. Mali ve sosyal hak ile özlük ii. Kendine özgü birim iii. Güvenlik soruşturması iv. Kurumun bütçesi v. Huzur hakkı ödemesi
40	2023/39	Ret				
41	2021/86	Ret				
42	2020/7	İptal	Konu Bakımından Yetki	3. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş	Uzay ajansı uzman istihdamı
43	2020/29	İptal	Konu Bakımından Yetki	4. cümle	9 ay	Kosgeb Personelin sigortalılık durumu
44	2019/38	İptal	i. içerik ii., iii., iv. Konu Bakımından Yetki	i. 123. madde ii. 2. cümle iii. 2. cümle iv. 2. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş	i. Yönetmeliğe bırakılacak alan belli değil ii. Helal akreditasyon huzur hakkı iii. Tapu kadastro huzur hakkı iv. TSE huzur hakkı
45	2022/37	Ret				
46	2022/35	Ret				

[134] İlk defa somut norm denetiminde iptal kararı verilmesi

No	Karar Esas No	İnceleme Sonucu	İptal Dayanağı	104/17 Kaçıncı Cümle	Erteleme var mı	Konu
47	2020/34	İptal	Konu bakımından yetki	4. cümle	YOK	i. Karayolları Genel Müdürlüğünün ulaşım ve taşıma hizmetlerinden alınan ücretlerin taban ve tavan sınırlarını belirlemesi ii. Denizcilik Genel Müdürlüğünün liman, iskele ve kıyı yapılarının kullanım ücretlerinin taban ve tavan tutarını tespit etmesi iii. Liman başkanlıklarının idari yetki sahasının belirlenmesi
48	2019/87	İptal	Konu bakımından yetki	i. 2. cümle ii. 2. cümle iii. 2. cümle iv. 2. cümle v. 3. cümle vi. 2. cümle	v. ve vi. 9 ay TBMM'ye süre verilmiş	i. Kapadokya Alan Başkanlığının sit alanı tespit yetkisi ii. Kapadokya Alan Başkanlığının kamulaştırma yapma yetkisi iii. Kapadokya Alan Başkanlığının idari para cezası gerektiren fiillerin tespiti yetkisi iv. Atanacak başkan yardımcılarının niteliklerinin belirlenmesi v. Kapadokya Alan Başkanlığının gelir kalemleri iv. Huzur hakkı ödemesi
49	2023/38	Ret				
50	2022/114	İptal	Konu bakımından yetki	2. ve 3. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş	Tarihi Alsancak tekel fabrikası müdürünün özlük hakları
51	2022/94	Ret				
52	2022/92	Ret				
53	2022/38	Ret				
54	2023/72	İptal	Konu bakımından yetki	2. ve 3. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş	Ekli listedekilerin özlük hakları
55	2020/89	İptal	Konu bakımından yetki	i. 4. cümle ii. 2. cümle	ii. 9 ay TBMM'ye süre verilmiş	i. Bütçe ii. Huzur ödemesi
56	2020/54	İptal	Konu bakımından yetki	i. 2. ve 3. cümle ii. 2. ve 3. cümle iii. 2. cümle iv. 2. cümle v. 3. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş kişisel veriyi ertelemiş	i. Özlük ii. Özlük iii. Kişisel veri iv. Huzur hakkı ödemesi v. Özlük atanma şartı
57	2021/25	İptal	Konu bakımından yetki	i. 3. cümle ii. 2. cümle iii. 2. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş	i. Bütçe kanunu ii., iii. TSE huzur hakkı

No	Karar Esas No	İnceleme Sonucu	İptal Dayanağı	104/17 Kaçıncı Cümle	Erteleme var mı	Konu
58	2018/149	İptal	Konu Bakımından Yetki	i. 2. cümle ii. 2. cümle iii. 4. cümle iv. 2. cümle v. 3. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş	i. Kişisel veri vakıf kaydı tutmak ii. Dernek kurma özgürlüğü yurt dışı dernek iii. Aykırı faaliyetlerin gözetimi iv. Bakanların emekli maaşı v. Memurların atanma şartı
59	2022/115	Ret				
60	2021/115	İptal (İtiraz)	Konu Bakımından Yetki	3. cümle	9 ay	Memurların atanmalarına ilişkin
61	2022/113	Ret				
62	2022/36	İptal	Konu Bakımından Yetki	1. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş	HSK kurul müfettişi ve tetkik hâkim kadrosu ihdası
63	2023/120	İptal	Konu Bakımından Yetki	3. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş	Memur özlüğü
64	2023/146	Ret				
65	2023/144	Ret				
66	2023/121	Ret				
67	2020/48	İptal	Konu Bakımından Yetki	i. 2. cümle ii. 3. cümle iii. 2. ve 3. cümle iv. 2. ve 3. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş	i. Kişisel Veri KOSGEB başkanlığının görevleri ii. Kamu tüzel kişiliğinin gelirlerinin belirlenmesi iii. Memur özlüğü mülkiyet + 128 iv. Memur özlüğü mülkiyet + 128
68	2023/7	İptal	Konu Bakımından Yetki	i. 4. cümle ii. 4. cümle iii. 2. ve 3. cümle	iii. 9 ay	i. Milli Saraylar İdaresi Başkanlığına arkeolojik kazı yapma yetkisi ii. Araştırma, sondaj ve kazı yapma yetkisi iii. Memur özlüğü mülkiyet + 128
69	2020/46	İptal	Konu Bakımından Yetki	i. 3. cümle ii. 3. cümle iii. 2. cümle iv. 3. cümle v. 2. cümle	9 ay TBMM'ye süre verilmiş	i. Kurum bütçesi ii. Kurum bütçesi iii. Kuruma ücret, burs, ödül verme yetkisi (mülkiyet) iv. Kamu tüzel kişiliğinin gelirlerinin düzenlenmesi v. Üst kademe kamu yöneticilerinin emekli aylığı ve ikramiye (mülkiyet)

No	Karar Esas No	İnceleme Sonucu	İptal Dayanağı	104/17 Kaçıncı Cümle	Erteleme var mı	Konu
70	2018/120	İptal	i., iii., iv., v., vi., vii., viii. Konu Bakımından Yetki ii. İçerik Bakımından Yetki	i. 4. cümle ii. m.104/9 ve 2. madde iii. 3. cümle iv. 4. cümle v. 2. cümle vi. 2. cümle vii. 1. cümle viii. 4. cümle	ii. iii. v. ve vi. 9 ay TBMM'ye süre verilmiş	i. Memurların atanmasına ilişkin ii. Üst kademe yöneticilerin atama yetkisinin başka bir makamın teklifine bağlanması iii. Memurların atanması ve özlük iv. KHK var v. Sözleşme ücretleri (mülkiyet) vi. Üst kademe yöneticilerin görevleri sona erenlerin tazminatına ilişkin (mülkiyet) vii. Yasama organınca çıkarılacak kanunların uygulanmasının durdurulmasına ilişkin viii. BİO ların başkan ve üyelerinin görev süreleri
71	2018/128	İptal	Konu Bakımından Yetki	i. 4. cümle ii. 3. ve 4. cümle iii. 3. cümle iv. 3. cümle v. 4. cümle vi. 3. cümle vii. 2. cümle	iii. iv. vi. ve vii. 9 ay	i. Personel istihdamı ii. Zanaatkârlarda ustalık vb. belge aranması (3. cümle Çalışma ve Söz. Hür.) iii., iv., vi. Memur atanması v. Memur atanması ve görevlendirilme süreleri vii. Huzur hakkı ödemesi
72	2022/139	İptal	Konu Bakımından Yetki	i. 2. ve 3. cümle ii. 1. cümle	9 ay	i. Memur özlüğü + mülkiyet ii. Yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerine (raportör) kadro ihdası ve iptali
73	2020/66	İptal	Konu Bakımından Yetki	i. 2. ve 3. cümle ii. 3. cümle	9 ay	i. Memur özlüğü + mülkiyet ii. Memur atanması
74	2018/118	İptal	Konu Bakımından Yetki	i. 2. cümle ii. 3. cümle iii. 3. cümle iv. 2. ve 4. cümle v. 3. ve 4. cümle vi. 3. cümle vii.2. cümle viii. 2. ve 3. cümle ix.2. cümle x. 2. cümle xi. 3. cümle xii. 2. cümle xiii. 2. cümle xiv. 3. cümle xv. 2. ve 3. cümle xvi. 2. cümle xvii. 2. cümle	ii. iii. iv. vii. viii. ix. x. xi. xii. xv. xvii. xviii. xix. xx. xxi. xxii. xxiii. xxiv. xxv. xxvii. 9 ay TBMM'ye süre verilmiş	i., xii., xxv. Üst derece kamu yöneticilerinin atanmasını incelemek ve sicil özetleri ve biyografi tutma yetkisi (kişisel veri) ii. Memur atanması ve göreve son verme iii. Cumhurbaşkanlığı idari işler başkanı, özel kalem müdürü vs atanma koşulları iv., xiii. Emeklilik ve yaşlılık aylığı (4. cümle), memur aylığı (2. cümle mülkiyet) v., xi., xv. Adli ve idari yargı mensuplarının Cumhurbaşkanlığı idari işler baş. görevlendirilmesi (3. cümle), Adli ve idari yargı mensuplarının görevlendirilmesi (4. cümle) vi., xxiii. Memur özlüğü ve hakim savcılar hk.

No	Karar Esas No	İnceleme Sonucu	İptal Dayanağı	104/17 Kaçıncı Cümle	Erteleme var mı	Konu
				xviii. 3. cümle xix. 2. cümle xx. 3. cümle xxi. 2. cümle xxii. 3. cümle xxiii. 3. cümle xxiv. 2. ve 4. cümle xxv. 2. cümle xxvi. 2. cümle xxvii. 2. cümle xxviii. 2. cümle		vii, viii, x., xxi., xxiv. Kamu görevlisi niteliğindeki söz. per. kamu hizmetine giriş ve şartlar hk. (siyasi haklar ve ödevler) ix. Sözleşmeli personele ödenecek ücret xiv. Ad. Bak. bağlı Teftiş Kur. Baş. adalet müf. görev ve yetkilerine ilişkin xv. Bakanlık yurt dışı kadrolarına atanan hakim ve savcılar yapılacak ödeme (2. cümle) xvi., xvii., xix. İmar ve yapılaşmaya ilişkin (mülkiyet) xviii. Mahallî idareler ile merkezî idarenin ilişkileriyle ilgili xx. Kamu kurumuna mimarlık ve mühendislik meslek kuruluşlarına ilişkin mevzuat hazırlama, denetleme yetkisi verme xxii. ülkenin idari bölümlere ayrılması, il ve ilçe idarelerinin düzenlenmesi xxvi., xxvii. Vergi benzeri mali yükümlülük xxviii. Ofislerde istihdam edilecek personele ödenecek ücret
75	2022/93	İptal	Konu Bakımından Yetki	2. cümle	9 ay	CİMER'in kurulması ve yönetmelik çıkarılması (Dilekçe ve bilgi edinme)
76	2019/113	İptal	Konu Bakımından Yetki	i. 3. cümle ii. 3. cümle iii.3. cümle	ii. ve iii. 9 ay TBMM'ye süre verilmiş	i. CİB'de istihdam edilen Sözleşmeli personelin diğer kurumlara atanması ii. Ofis personelinin yetiştirilmek, eğitilmek, vs. için yurt dışına gönderilmesi iii. Ofis personelinin yırt içi dil eğitim programlarına gönderilmesi
77	2020/65	İptal	i., ii., iv., v. Konu Bakımından Yetki iii. İçerik	i. 1. cümle ii. 3. cümle iii. 106. madde iv. 2. cümle v. 3. cümle	ii., iii., v. 9 ay TBMM'ye süre verilmiş	i. Yargılama usulüne ilişkin düzenleme ii. Ad. Bak. talebi üzerine Üni. tarafından merkezler kurulması iii. Genel çerçeve CBK ile belirlenmeksizin düzenlemenin yönetmeliğe bırakılması iv. CBK kapsamındaki mağdurlara sağlanacak hizmetlerin sunulmasına ilişkin usul ve esasların yön. ile belirlenmesi (maddi ve manevi varlığı koruma, mülkiyet) v. Hâkim ve savcılara idari kadro ihdası

No	Karar Esas No	İnceleme Sonucu	İptal Dayanağı	104/17 Kaçıncı Cümle	Erteleme var mı	Konu
78	2023/199	Ret				
79	2023/198	Ret				
80	2019/72[135]	İptal	Konu Bakımından Yetki	3. cümle	1 yıl	Adalet Akademisinin kuruluş, görev ve teşkilatının düzenlenmesi
81	2020/52	İptal	Konu Bakımından Yetki	i. 3. cümle ii. 3. cümle iii. 3. cümle iv. 3. cümle v. 2. cümle vi. 2. cümle vii. 3. cümle viii. 3. cümle ix. 2. cümle	9 ay	i., iii. Kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılması veya devredilmesi ii. İdari vesayet yetkisinin kullanılması iv., vii. Bütçenin uygulanması v. Stratejik Araştırmalar Gnl. Mdr. bilgi ve veri alma yetkisi (kişisel veri) vi. İmar planı hazırlama ve onaylama yetkisi (mülkiyet)
						viii. Döner sermaye işletmelerinden kamu geliri elde edildiğinden bunların kuruluşu, sermayesi vs si kanunla düzenlenmeli x. üst kademe kamu yöneticilerinden görevi sona erenlerin emekli ikramiyeleri ve tazminatları (mülkiyet)
82	2023/61	Ret (İtiraz)				
83	2021/87	İptal	Konu Bakımından Yetki	i. 2. cümle ii. 3. cümle	ii. 9 ay	i. TÜİK bünyesindeki danışma kurullarında görev alanlara huzur hakkı ödenmesi ii. TÜİK'in gelirine ilişkin düzenleme

KAYNAKÇA

A.Ü. Siyasal Bilgiler ve Hukuk Fakültelerinin İlgili Öğretim Üyelerince Hazırlanan Gerekçeli Anayasa Önerisi (AÜSBF Yayınları No: 497 1982).

Açıl M, "Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" (2018) 76(2), İstanbul Hukuk Mecmuası, 725-756.

Albal Ulaş H, "Yargı Kararlarının Gerekçeli Olması Üzerine Bir Değerlendirme" (2021) 11(2), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1243-1283.

Anayurt Ö, "İptal Kararlarının Yürürlüğünün Ertelenmesi Amaca Uygun İşlemekte Midir?" (2024) Cilt 2, Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan, 1111-1145.

Azaklı M, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi" (2019) 36(1), Anayasa Yargısı Dergisi, 73-103.

[135] Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bulunduğu listede bu karar bulunmamaktadır. Bkz. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?NormunTurler_id=14&page=2 (E. T. 16.04.2024)

Barın T, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, (1. Baskı On İki Levha Yayınları 2020).

Boztepe M, "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi" (2018) 5(1), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5-30

Demirörs M, *Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu* (1. Baskı Astana Yayınları 2020).

Feridun S, *Anayasalar ve Siyasal Belgeler* (Aydın Güler Kitabevi 1962).

Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (4. Baskı Ekin Yayınları 2021).

Gürbüz Y, *Anayasa; Görüşler-Taslak* (Araştırma Eğitim Ekin Yayınları 1982).

Özveri K C, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Zaman Yönünden Uygulanması", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020.

Yeniay L, Yeniay G, "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" (2019) 36(1), Anayasa Yargısı Dergisi, 105-138.

Meclis Tutanakları ve Resmî Gazete

10.07.2018 tarih ve 30474 Sayılı RG.

20.7.1961 tarih ve 10859 sayılı RG.

25.4.1962 tarih ve 11091 sayılı RG.

30.6.1981 tarih ve 17386 MÜKERRER sayılı RG.

9.11.1982 tarih ve 17863 MÜKERRER sayılı RG.

Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, C. 67, B. 113, 12.9.1971.

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 1, B. 10, 23.11.1981.

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 10, B. 149, 11.9.1982.

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 10, B. 156, 23.9.1982, S. Sayısı: 182.

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 7, B. 120, 4.8.1982.

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 7, B. 120, S. Sayısı: 166'ya 1 inci Ek.

Kurucu Meclis Tutanak Dergisi, C. 2, B. 15, 27.5.1961.

Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 17, B. 156, 27.8.1971.

Milli Birlik Komitesi Genel Kurul Toplantısı, C. 6, B. 86, 15.5.1961.

Milli Güvenlik Konseyi Tutanakları C. 7, B. 118, 18.10.1982, Milli Güvenlik Konseyi S. Sayısı. 450.

Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 2, B. 34, 30.3.1961, S. Sayısı: 35.

Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 4, B. 53, 25.4.1961.

İnternet Kaynakları

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?NormunTurler_id=14 (E.T. 07.03.2024); https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?NormunTurler_id=14&IncelemeTuruKararSonuclar_id%5B%5D=2 (E.T. 07.03.2024).

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KararinYururlugundeErteleme=1&NormunTurler_id=14&IncelemeTuruKararSonuclar_id%5B%5D=2 (E.T. 07.03.2024).

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?NormunTurler_id=4&IncelemeTuruKararSonuclar_id%5B%5D=2 (E.T.02.03.2024).

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KararinYururlugundeErteleme=1&NormunTurler_id=4&IncelemeTuruKararSonuclar_id%5B%5D=2 (E.T. 02.03.2024).

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?NormunTurler_id=5&IncelemeTuruKararSonuclar_id%5B%5D=2 (E.T.02.03.2024).

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KararinYururlugundeErteleme=1&NormunTurler_id=5&IncelemeTuruKararSonuclar_id%5B%5D=2 (E.T. 02.03.2024).

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?NormunTurler_id=14&page=2 (E. T. 16.04.2024).

Mahkeme Kararları

AYM, E.1965/38, K.1966/7, 08/02/1966.

AYM, E.1964/21, K.1967/11, 11/05/1967.

AYM, E.1966/31, K.1967/45, 18/12/1967.

AYM, E.1967/39, K.1968/41, 10/10/1968.

AYM, E.1968/24, K.1969/4, 07/01/1969.

AYM, E.1969/65, K.1970/16, 24/03/1970.

AYM, E.1967/40, K.1970/26, 14/05/1970.

AYM, E.1969/48, K.1971/5, 19/01/1971.

AYM, E.1971/16, K.1971/62, 06/07/1971.

AYM, E.1970/48, K.1972/3, 09/02/1972.

AYM, E.1971/31, K.1972/5, 16/02/1972.

AYM, E.1971/58, K.1972/22, 09/05/1972.

AYM, E.1973/33, K.1974/9, 14/03/1974.

AYM, E.1974/26, K.1974/48, 21/11/1974.

AYM, E.1974/33, K.1975/1, 07/01/1975.

AYM, E.1975/179, K.1976/8, 05/02/1976.

AYM, E.1976/1, K.1976/28, 25/05/1976.

AYM, E.1980/27, K.1981/9, 27/01/1981.

AYM, E.1985/1, K.1986/4, 25/02/1986.

AYM, E.1986/20, K.1987/9, 31/03/1987.

AYM, E.1988/19, K.1988/33, 26/10/1988.

AYM, E.1996/15, K.1996/34, 23/09/1996.

AYM, E.2020/71, K.2021/33, 29/04/2021.

AYM, E.2019/96, K.2022/17, 24/02/2022.

AYM, E.2021/90, K.2022/108, 28/09/2022.

AYM, E.2020/5, K.2022/115, 13/10/2022.

AYM, E.2018/123, K.2022/138, 09/11/2022.

AYM, E.2020/4, K.2022/147, 30/11/2022.

AYM, E.2019/87, K.2022/158, 13/12/2022.

AYM, E.2021/6, K.2022/166, 29/12/2022.

AYM, E.2020/48, K.2023/11, 25/01/2023.

AYM, E.2019/39, K.2023/67, 05/04/2023.

AYM, E.2022/36, K.2023/84, 04/05/2023.

AYM, E.2021/25, K.2023/104, 31/05/2023.

AYM, E.2021/115, K.2023/133, 26/07/2023.

AYM, E.2023/7, K.2023/150, 13/09/2023.

AYM, E.2022/139, K.2023/158, 28/09/2023.

AYM, E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023.

AYM, E.2018/118, K.2023/180, 26/10/2023.

AYM, E.2020/65, K.2023/187, 08/11/2023,

AYM, E.2020/66, K.2023/199, 30/11/2023.

AYM, E.2020/52, K.2023/223, 27/12/2023.

AYM, E.2022/93, K.2024/9, 18/01/2024.

AYM, E.2023/63, K.2024/15, 23/01/2024.

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1515025

YASAMA ORGANLARININ "BİLGİLENİM (HEARING)" YETKİSİ VE TBMM'NİN GÜÇLENDİRİLMESİ İÇİN YENİ ÖNERİLER

"Hearing" Power of Legislative Bodies and New Suggestions for Strengthening The GNAT

Şeref İBA *
Sinem ŞİRİN

Özet

Yasama ve yürütme organı arasındaki ilişkiler ve etkileşim açısından Anayasada "kuvvetler ayrılığı" ilkesinin ne şekilde benimsendiği ve uygulandığı belirleyici bir nitelik taşır. Katı veya belirgin kuvvetler ayrılığının esas alındığı başkanlık sistemlerinde denge ve denetleme mekanizmalarının işlerliği ve güncellenmesi daha önemli hale gelmektedir. Güçlü yürütme karşısında kaçınılmaz olarak parlamentonun da güçlendirilmesi hedefi doğrultusunda Anayasa, TBMM İçtüzüğü ve parlamenter hayatla ilgili diğer kanunların reforma tabi tutulması gerekmektedir. Bu bağlamda, anayasa değişikliği gerektirmeyen sadece TBMM İçtüzüğüne eklenebilecek yeni maddelerle, dünya parlamentolarında başarıyla uygulanmakta olan "hearing" yetkisinin getirilmesi gerekmektedir.

Bu gereklilikten hareketle bu çalışmada hükümet sistemi fark etmeksizin neredeyse tüm yasama organlarında kullanılan bu önemli aracın TBMM'de de uygulanması için bir model geliştirilmesi amaçlanmıştır. İngiltere, ABD, Almanya, Fransa, Macaristan, İspanya, Polonya ve Avrupa Parlamentosu olmak üzere farklı sistemlerdeki hukuki dayanağını ve yerleşik uygulamalarını karşılaştırmalı biçimde inceleyerek Türkiye'ye özgü nasıl bir İçtüzük değişikliği gerektiği konusunda öneri hazırlanmıştır.

Çalışmanın Sonuç Kısmında, üç maddeden ibaret bir İçtüzük Değişikliği Teklifi taslağı hazırlanmıştır. İçtüzük Değişikliği Teklifi taslağında, TBMM için üç türlü "bilgilenim" yetkisi önerilmektedir. Bunların ilki ABD başkanlık sistemi de dahil tüm hükümet sistemlerinde görülen yürütme organının üst kademe kamu yöneticilerini ataması süreciyle ilgilidir; ikincisi, daimi komisyonların kendi görev alanlarıyla ilgili sürekli "bilgilenim" yetkisidir. Üçüncüsü ise, en az yılda bir defa ilgili daimi komisyonlarda düzenlenecek "dinleme ve izleme" amaçlı bilgilenimdir. Kanunların uygulamasını izleme anlamında parlamento çatısı altında gerçekleştirilecek bilgilenim, fiilen başarıyla uygulandığı takdirde, ülkemizden dünya parlamentolarına örnek uygulama modeli olabilecek bir mekanizma ortaya çıkabilir.

Anahtar Sözcükler: Bilgi alma, denetim, gözetim, yasama, "hearing" yetkisi, bilgilenim

---

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 20.05.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Doç. Dr., Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (k.z) Öğretim Üyesi ve TBMM Başkan Müşaviri, serefiba@hotmail.com, https://orcid.org/0000-0003-3803-5770.

** Dr. Öğr. Üyesi, Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, sinem.sirin@okan.edu.tr, https://orcid.org/0000-0003-1350-1317.

Abstract

In terms of the relations and interaction between the legislative and executive branches, the way in which the principle of "separation of Powers" is adopted and implemented in the Constitution is decisive. In presidential systems based on a strict separation of powers, the functioning and updating of balancing and control mechanisms become more important. In line with the inevitable goal of strengthening the parliament in the face of a strong executive, the constitution, the rules of procedure of the GNAT and other laws related to parliamentary life need to be reformed. In this context, the power of "hearing", which has been successfully implemented in parliaments around the world, needs to be introduced with new articles that do not require a constitutional amendment and can only be added to the GNAT Rules of Procedure.

Based on this requirement, this study aims to develop a model for the application of the "hearing" method, which exists in most legislative bodies regardless of the system of government, in the Turkish Grand National Assembly. Through a comparative study of the legal basis and established practices of the "hearing" method in different systems, such as the UK, the US, Germany, France, Hungary, Spain, Poland and the European Parliament, a proposal has been prepared on what kind of amendment to the Rules of Procedure specific to Turkey is required.

In the concluding part of the study, a draft proposal for the Rules of Procedure, consisting of three articles was prepared. The draft RP proposes three types of "hearing" powers for the Turkish Grand National Assembly. The first is related to the process of appointment of top-level public administrators by the executive branch, which can be found in almost all systems of government, including the US presidential system; the second is the permanent "hearing" power of the standing commissions in relation to their areas of responsibility. The third is a hearing for the purpose of "listening and monitoring" to be held at least once a year in the relevant standing commissions. The hearing to be held under the roof of the Parliament in terms of monitoring the implementation of laws, if successfully implemented, can become a mechanism that can be a good practice model from our country to the world parliaments.

Key Words: Information, supervision, oversight, legislation, hearing power, hearing

GİRİŞ

Demokratik anayasal sistemlerde yürütme organının artan gücü karşısında yasama organının yürütme organı üzerindeki gözetim ve denetim yetkisini geliştirmeye yönelik araçlar ve uygulamalar önem kazanmaktadır. Diğer taraftan, yasama organlarının var olan klasik yasama ve denetim araçlarının daha etkin ve verimli işlemesini sağlayacak gelişmeler yaşanmaktadır. Bunlar içerisinde yasama organı genel kurulları ve/veya yasama komisyonları aracılığıyla kullanılan "hearing" yetkisi hem çok yaygın hem de etkili bir araç niteliği kazanmıştır. Bu anlamda, Dünya parlamentolarındaki farklı model ve uygulamaların ortak noktasında, yasama organının gücüne güç katan bir bilgi edinme, gözetim ve denetim aracı olarak "hearing" hayli yaygın ve dikkat çeken bir mekanizma durumundadır.

Hükümet şeklinden bağımsız olarak çoğu yasama organının yetkileri arasında bulunan "hearing" yetkisi, 1982 Anayasası'nda ve 1973 tarihli TBMM İçtüzüğü'nde Türkiye Büyük Millet Meclisine tanınan bilgi edinme ve denetleme araçları arasında bulunmamaktadır. Bunun temel nedenleri arasında TBMM'nin çalışma düzeninin genel kurula dayalı olması şeklindeki eski ve klasik anlayış sayılabilir. Nitekim TBMM komisyonlarının yetkilerinin niteliği, etkisi ve verimliliği uzun süredir tartışma konusu olmaktadır. Genel olarak yeni hükümet sistemi sonrası gerek yasama gerekse denetim anlamında komisyon merkezli/ağırlıklı bir sisteme

geçilmesi için TBMM İçtüzüğü'nde reform ihtiyacı hakkında genel bir görüş birliğinden söz edilebilir. Bu çerçevede, Meclisin yürütmeyi denetleme işlevini etkili biçimde yapabilmesi için komisyonların güçlendirilmesine yönelik dikkate değer öneriler arasında hearing yetkisi ön plana çıkmaktadır.

Yumuşak (ılımlı) kuvvetler ayrılığına dayanan parlamenter sistemlerde yürütme, yasama organının içinden çıkmakta ve yasama faaliyetine katılmaktadır. Başkanlık sisteminde ise kuvvetlerin katı (sert) ayrılığı ilkesi geçerlidir. Fakat hangi hükümet rejimi tercihi yapılırsa yapılsın tarihsel süreçte temsili rejimlerde, yasama organının sahip olamadığı hareket kabiliyetine sahip olan yürütme organının güçlendirilmesi eğilimi öne çıkmıştır. Modern yaklaşımın bir sonucu olarak birçok anayasal sistemde yürütme organını güçlendirmeyi sağlayacak düzenlemeler gerçekleştirilmiştir ve bu eğilim hâlâ devam etmektedir. Buradaki önemli nokta yürütme organına, düzenleme yapma yetkisi de dâhil tanınan yetkiler karşısında yasama organının özgül ağırlığının aşınmaya ve gerilemeye başladığı gerçeğidir.

2017 Anayasa Değişikliği, Türkiye'de anayasa tarihi bakımından bir milat oluşturmuş, yeni bir hükümet sistemi uygulanmaya başlamıştır. "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi" olarak anılan bu kendine özgü hükümet sistemine geçilmesini öngören Anayasa değişikliği hakkındaki kanun teklifinin genel gerekçesinde, yasama ve yürütme organları arasında belirgin (katı) kuvvetler ayrılığını gerçekleştirme ve siyasi istikrarı temin etme hedefi vurgulanmıştır.[1] Bu amaçla yürütme organının yapısında değişikliğe gidilmiş ve tek yapılı yürütme anlayışı benimsenmiş; yürütme organı, başta düzenleme yapma yetkisi olmak üzere aşırı düzeyde güçlendirilmiştir. Fakat bu güçlendirme karşısında Meclisin bilgi edinme ve denetleme yetkileri sayısal olarak azaltılmış ve aynı zamanda mevcut bilgi edinme ve denetleme yetkileri uygulamada etkisiz kalmıştır. Güçlü yürütme karşısında güçlü meclis ihtiyacını karşılamak üzere dünyadaki çoğu parlamentonun kullandığı "hearing" yetkisinin, TBMM için yeni ve hayli elverişli bir araç olacağı ortadadır. Bu çalışmada "hearing" yönteminin hangi parlamentolarda, nasıl ve hangi amaçlarla kullanıldığına ve TBMM'de kullanılabilirliğine ilişkin inceleme yapmak, ardından TBMM'de bu aracın kullanılmasına ilişkin özgün bir model geliştirmek ve önermek amaçlanmıştır. Bu arada, Yasama dilimizdeki "birleşim" ve "oturum" örneklerinden yola çıkarak "hearing"e tam karşılık olarak "bilgilenim" sözcüğünün yerleşmesi önerilmiştir.

I. YASAMA ORGANLARINDA "HEARING" YETKİSİ

A. "Hearing" Kavramı ve "Bilgilenim" Olarak Türkçeleştirme Önerisi

1. Kavramsal Çerçeve ve Tanım

Komisyonların yürütme temsilcilerini, çıkar gruplarını, bağımsız uzmanları veya kendi yetkisi kapsamındaki konuyla ilgili herhangi birini çağırıp dinlemesi

[1] Anayasa Komisyonu Raporu (S. Sayısı: 447), https://acikerisim.tbmm.gov.tr/server/api/core/bitstreams/f435c218-afb8-410f-9b8f-797ffabcfedf/content Erişim Tarihi 20 Mayıs 2024.

veya ifadelerini alması şeklinde uygulanan "hearing"in temel işlevi komisyon üyelerinin bilgi toplamasıdır. Fakat bu temel işlev aynı zamanda özellikle halka açık uygulandığında kamuoyunun dikkatini çekme, kamuoyu oluşturma rolünü de üstlenmektedir.[2] Genel olarak "hearing" sistemi, yasama organının yürütmenin kendisinden bilgi edinmesini veya yürütme dışı kaynaklardan bilgi edinmesini, bu bilgiler doğrultusunda gerektiğinde başkaca yasama ve denetim çalışmaları yapabilmesini sağlayan bir yoldur; ancak önemli boyutu bu işlemlerin basına ve kamuya açık biçimde yapılmasıdır.[3] Bu yöntemin temel amacı, yürütme organının, idarenin, diğer kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerinin takip edilip denetlenmesi, bu kurum ve kurullarda çalışan yetkili kişilerin belli bir konuyla ilgili görüş ve fikirlerinin alınması veya bunların kendi görev alanlarıyla ilgili icraatları hakkında haberdar olunmasıdır. Bu değerlendirmeler ışığında kısaca, parlamentoda gözetim, denetim ve yasalaştırma çalışmalarına katkı sunmak veya destek sağlamak üzere yürütme temsilcilerinin kamuoyuna açık bir şekilde dinlenmesi ve bilgi edinilmesi amacıyla yapılan toplantılar, "hearing" şeklinde tanımlanabilir.

Yasama organlarının, klasik çerçevede yürütmeyi denetleme ve bilgi alma araçlarının güncellenmesi ve dinamizme kavuşturulması elzemdir. Dijital gelişmelerin dönüştürücü etkisi, parlamento hayatında da görülmektedir. Bu anlamda, klasik resmi süreç ve yazışmalarla yürüyen soru önergesi, genel görüşme ve Meclis araştırması yöntemlerinin işleyişini düzenleyen İçtüzük hükümlerinin günün şartlarına göre yeniden ele alınması gerekmektedir. Anayasa ve İçtüzükte yasama organına tanınan denetim ve gözetim yetkilerinin ve araçlarının işlerliği, parlamentonun konumunun ve gücünün göstergesidir. Yasama organının gücü, yasama organı bünyesinde yer alan bütün organ ve alt kurumların güçlenmesine bağlıdır. Bu anlamda, parlamento komisyonları en başta gelmektedir.

Ülkemizde Meclis çalışmalarında Genel Kurulun aşırı yükünün, komisyon ekseninde yeniden ele alınması ve daimi komisyonların etkili bir yasama aktörü konumuna kavuşturulması için "hearing" yöntemi, düzenli ve kolayca işletilebilen itici bir güç şeklinde düzenlenmelidir.

2. "Bilgilenim" Olarak Türkçeleştirme Önerisi

"Hearing", Türkçe'ye "açıklama, dinleme, duyma, duruşma-celse, görüşme, mahkeme, oturum, sorgu-sorgulama, soruşturma, söz hakkı, yargılama"[4] "bilgi alma" veya "görüş alma"[5] gibi birçok anlama gelecek biçimde çevrilebilmektedir.

---

2 Kaare Strom, "Parliamentary Committees in European Democracies", Lawrence D. Longley, Roger H. Davidson (Eds.), in The New Roles of Parliamentary Committees, (Frank Cass & Co. Ltd, London 1998, Digital Print 2005) 57.

3 Hironori Yamamoto, Tools For Parliamentary Oversight, A Comparative Study of 88 National Parliaments (Inter-Parliamentary Union 2007) 29.

4 https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/public%20hearing

5 Fahri Bakırcı, "2017 Anayasa Değişikliklerinin İçtüzüğe Uyarlanması Bağlamında İçtüzük Değişiklikleri Üzerine", Av. Bülent Dağsalı, Doç. Dr. Fahri Bakırcı (eds.), Anayasa Değişikliği Sonrası TBMM İçtüzüğü Paneli, (Ankara Barosu 2021), 45.

Bunların çoğu hukuk ve yargılama alanında kullanılan terimlerdir ve bunun dışında yasama organlarınca kullanılan bilgi edinme ve denetleme yetkisi bağlamında "hearing" kelimesi, söz hakkı, dinleme, görüşme, bilgi alma, sorgulama anlamında kullanılmaktadır. "Hearing" karşılığı olarak "bilgilenim" kelimesi, farklı anlamları ve bu amaçla yapılan toplantıları da kapsayacak biçimde tarafımızca "bilgilenmek" fiilinden türetilmiş ve yasama dilimize yerleşmesi için öneride bulunulmuştur.[6]

Parlamento tarihimizde "inikat" yerine "birleşim", "celse" yerine "oturum" sözcüklerinin üretilmesine benzer biçimde, "belirli bir konuda bilgilenilmesi için yapılan toplantı" anlamında "bilgilenim" sözcüğünün benimsenmesi mümkündür. Böylelikle, ayrıca "toplantı" ifadesinin kullanılmasına gerek kalmadan tek bir kelime yeterli olacaktır. Toplantı türü olarak kullanılan "birleşim" ve "oturum" kökünden yola çıkarak başka özel bir toplantı türü olan "hearing" karşılığında "bilgilenim" sözcüğü kanımızca isabetli olacaktır.

Bu nedenle Türkiye'de bu yönde yapılacak bir İçtüzük değişikliğinde "hearing" karşılığı olarak toplantı türünü de kapsayacak şekilde "bilgilenim" kelimesinin tercih edilmesi uygun olacaktır. Çünkü kanun yapım süreçlerinde uzmanların dinlenmesi sürecinden ayrı olarak yasama organının bilgi edinme, gözetim ve denetim faaliyeti bakımından bu sistemin kabul edilmesinin önemli olduğunu düşünmekteyiz ve "bilgilenim" tam da böylesine bir usule uygun düşmekte, esasen görüş almanın[7] ötesinde bir amaca hizmet etmektedir. Çünkü, "bilgilenim" mekanizması sayesinde yasama ve denetim süreçlerinde işlevsel ve pratik yeni katılım ya da katkı kanalları içselleştirilmiş olacaktır. Böylece, parlamento ile sivil topum arasındaki bağ sıkı ve sürdürülebilir biçimde güç kazanacaktır.

Katılımcı anlayışa dayalı yasama süreçlerinin güçlenmesi ile "güçlü parlamento" olgusu arasında doğru orantılı bir ilişki bulunmaktadır. Bu doğrultuda, parlamento idari teşkilatı bünyesinde ancak bilimsel özerklik esaslarına uygun olarak bir "yasama akademisi"[8] kurulduğu takdirde, yasama eğitimleri yoluyla ilgili bütün kamu görevlilerinin ve sivil toplum kuruluşlarının etkinliği olumlu yönde gelişeceğinden "bilgilenim" mekanizmasının işlerliği daha da artacaktır.

---

6 Türkçe karşılık türetilirken, TDK uzmanları ve alandaki çalışmalarıyla tanınan TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku öğretim üyesi Prof. Dr. Fahri Bakırcı ile istişarelerden istifade edilmiştir.

7 Bu konuda önemli bir öneri de Bakırcı tarafından geliştirilmiştir. Yazar, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmekle artık hükümet tasarılarının ortadan kaldırılması ve sadece kanun teklifleri ile kanun önerisinde bulunulmasına dikkat çekerek sistem değişmeden önceki hükümet tasarılarının oluşum sürecindeki sivil toplum kuruluşlarının katılımını hatırlatmaktadır. Aynı sistemin "hearing" yoluyla yine TBMM'ye aktarılmasını gerektiğini belirten yazar, TBMM tarafından çıkarılacak bir yönetmelikte yeni baştan bir düzenleme yapılarak STK'ların bu süreçlere dahil edilmesinin kanun yapım süreci bakımından önemli olduğunu vurgulamaktadır. Bu konuda örnek alınacak sistemin ise ABD'deki "hearing" mekanizması olduğunu belirtmektedir. Bkz. Bakırcı (n 5) 45 ve 47.

8 Sivil toplum kuruluşları ve yetkililerle yapılan görüşmelerde, 2011 Yılında, TBMM idari teşkilatınca MATRA Programı çerçevesinde yürütülen "*Yasama Sürecinin Güçlendirilmesi Projesi*" kapsamında hazırlanan bilgi notları ve kanun teklifinde de benzer değerlendirmelerin yer aldığı ifade edilmiştir.

B. Ülke Örnekleri

Bilgilenim (*hearing)*, hükümet sistemi fark etmeksizin birçok yasama organında uygulanan araçlardandır. Örneğin başkanlık sisteminin uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri Kongresinin, parlamenter sistemin uygulandığı Federal Almanya Parlamentosunun veya yarı-başkanlık sisteminin uygulandığı Fransa'da Ulusal Meclisin bilgi edinme ve denetleme yetkilerine dayanarak kullandığı araçlar arasında bilgilenim (*hearing)* mekanizması bulunmaktadır.

Her yasama organında "bilgilenim (hearing)" uygulamasının kim tarafından kullanılacağı, amacı, usulü ve sonuçları değişebilmekte veya bu açılardan farklılık gösteren birden fazla "bilgilenim (hearing)" tipi söz konusu olabilmektedir. Bazı sistemlerde herhangi bir konuyla ilgili çıkarılacak bir kanunun hazırlık süreçlerinde uzman kişilerin veya çıkarılacak kanunun muhataplarının, sivil toplum kuruluşlarının ve çıkar gruplarının da "bilgilenim (hearing)" toplantısında dinlenilmesi mümkündür. Komisyonun istişare ve araştırma amacına bağlı olarak bilgilenim oturumlarının sadece özel oluşturulan araştırma komisyonlarına tanınması mümkün olabildiği gibi daimî komisyonlara sürekli biçimde sadece yürütme temsilcileriyle sınırlı olarak verilmesi de mümkündür. Bu bağlamda elde edilen bilgilerin niteliği, etkisi ve bilgilenimin usulü de değişebilmektedir.[9] Bir görüşe göre yasama organı komisyonlarının gözetim ve denetim faaliyeti, yürütmenin faaliyetlerinin hangi yönünün araştırılacağına ancak kendileri tarafından karar verebildiğinde etkili biçimde gerçekleşebilir.[10] Başka bir ifadeyle bir yasama organı, ancak belirli bir konuda kendisi doğrudan bilgi edinebiliyorsa eli güçlenmiş demektir ve bu yürütme bünyesinde hazırlanma telaşı ve ürperti oluşturur.[11]

Yapılan bir araştırmada ortaya konulduğu üzere yasama komisyonlarının hangi kişileri hangi konularda ifade vermeye zorlayabileceği duruma bağlı olarak değişmektedir. Bu tür yetkiler bakımından en güçlü olan parlamento komisyonlarının, Danimarka ve İspanya örneğinde olduğu gibi sadece yürütmeyle sınırlı çağrıda bulunabilenler değil herhangi bir vatandaşın bile bilgi veya ifade vermeye çağrılabildiği Avusturya'daki komisyonlar olduğu belirtilmektedir.

---

9 Bu konuda yapılan bir araştırmada ortaya konan verilere göre bazı daimî komisyonlar, delil toplamak amacıyla kamuya açık veya kamera önünde duruşma yapılması kararını kendisi alabilmekteyken bazılarında duruşmalarını kamuya açabilmeleri için Meclisten yetki almaları gerekmektedir. Bazılarında araştırma sonucunda elde edilen bilgilerin bir delil niteliği taşıması, meclisin vereceği karara bağlı olmaktadır. Örnekler için bkz. Yamamoto (n 3) 30.

10 Örneğin, Filipinler Temsilciler Meclisinde bu yetki komisyon üyelerinin çoğunluğu tarafından karar verilerek kullanılmaktadır. Norveç Parlamentosunda ise "İnceleme ve Anayasal İşler Daimi Komitesi" üyelerinin üçte birince kullanılabileceği yakın zamanda yapılan değişikliklerdendir. Bu düzenlemenin Parlamentodaki azınlıkların korunması için önemli olduğu düşünülmektedir; bkz. David Beetham, Parliament and Democracy In The Twenty-First Century, A Guide To Good Practice, (Inter-Parliamentary Union, 2006) 129.

11 Erdal Onar, Meclis Araştırması, (Sevinç Matbaası, 1977) 4-5.

Bazı komisyonlar kanun yapım sürecinde uzman veya ilgili tanıkları davet edebiliyorken zor kullanma yetkisine sahip değildir. Fakat bir komisyon huzuruna çıkmak zorunlu olmasa da davetli tanıkların bu araştırmaya konu ülkelerde çağrıya uymayı genelde kabul ettikleri gözlemlenmiştir.[12] Kanımızca bu yetkinin genel kurullarla komisyonlara da tanınması, komisyonların oluşum ve yetkilerinin demokratik yasama faaliyetini etkinleştirecek şekilde düzenlenmesi gerekir.

Amerika Birleşik Devletleri

Öncelikle komisyon temelli[13] bir çalışma esasını benimseyen ABD Kongresi'nin bilgilenim (*hearing)* yetkisine değinmek gereklidir; çünkü Kongre'nin bilgi edinme ve denetleme yetkileri güçlü ve etkin, araçları da çok çeşitlidir. Kongre'de adeta küçük bir yasama organı gibi[14] çalışan komisyonlar[15] yasama, denetim, soruşturma ve onaylama olmak üzere dört farklı amaç için bilgilenim (*hearing)* gerçekleştirmektedir. Temel amacı Kongre'nin faaliyetlerinde kullanılmak üzere bilgi toplamak olan bu toplantılardan en çok kullanılanı bir kanunun çıkarılmasıyla ilgili gerçekleştirilen yasama amaçlı bilgilenimlerdir. Çıkarılması düşünülen veya hali hazırda hakkında bir teklif sunulmuş kanun önerileri hakkında ilgili komisyonlar bilgilenme toplantısı (bilgilenim) gerçekleştirmektedirler. Denetleme için yapılan (oversight) *hearing* ise Kongre'nin yürütme organı üzerindeki gözetim ve denetim yetkisini gerçekleştirmek üzere kullandığı bir yoldur.[16] Kamu politikalarının izlenmesi, incelenmesi ve denetlenmesi amacıyla komisyonlar yürütmeye bağlı birimleri dinlemek üzere bu yetkisini kullanabilir. Bir üçüncü türü ise kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili suç iddialarını araştırmak üzere yapılan soruşturma (investigate) *hearing* yoludur. Bir diğer bilgilenim (*hearing)* yolu ise sadece Senato düzeyinde gerçekleştirilen ve başkanın yargı ve yürütme alanındaki kamu görevlilerini atama yetkisini kullanması üzerine Senato'nun bu atamaları onaylaması için bu kişileri dinlemek üzere gerçekleştirdiği toplantılardır.[17]

Kongre'deki komisyonların bilgilenim (*hearing*) yetkisini kullanırken davet üzerine katılmayanları zorla getirme yetkisi de vardır. Bilgilenimin ne şekilde gerçekleştirileceğine de komisyon karar vermektedir. Ayrıca komisyonların bilgilenim (*hearing)* toplantıları genelde canlı bağlantı ile yayımlanmakta ve kayıt altına alınan bu toplantılar Kongrenin resmi internet sitesinde kamuoyuna açık şekilde tutulmaktadır.[18]

---

12 Strom (n 2) 58.

13 Komisyon temelli yasama organları, çoğu yasama işinin komisyonlarda gerçekleştiği, kanun tekliflerinin kanunlara dönüştürüldüğü, *hearings* toplantılarının yapıldığı ve yürütmenin denetlendiği yasama organlarıdır. Rod Hague, Martin Harrop, John McCormick, Comparative Government and Politics, (11th Edition, Red Globe Press 2019) 145.

14 Hague, Harrop ve McCormick (n 13) 145.

15 https://www.congress.gov/committees

16 https://www.congress.gov/committee/house-oversight-and-accountability/hsgo00

17 https://www.congress.gov/help/committee-materials#committee-hearings

18 https://www.congress.gov/committees/video/house-oversight-and-accountability/hsgo00/mSVT-HVEubbM

Almanya

Almanya'da Federal Yasama Meclisi (Bundestag), bilgi edinme ve denetim yetkisine sahiptir ve bu yetkisini doğrudan kullanabildiği araçların yanı sıra komisyonların işlettiği mekanizma ve usullerin de bu sürece önemli katkısı olmaktadır. Bu amaçla oluşturulan Daimi Denetim Kurulları arasında "Parlamenter Denetim Kurulu" da yer almaktadır.[19] Parlamenter Denetim Kurulu, istihbarat kuruluşlarının federal düzeydeki çalışmalarını denetlemekle yükümlüdür ve Federal Hükümetten istihbarat servislerinin genel ve özel faaliyetleri hakkında ayrıntılı bilgi vermesini isteyebilmektedir. Bu çerçevede istihbarat servislerine ait dosyaları ve verileri incelemek dışında istihbarat mensuplarını dinlemekle de yetkilidir. Bu özel yetkilendirme dışında genel olarak komisyonlar, Federal Meclisin hükümetin icraatlarıyla ilgili denetim ve gözetim yetkisi çerçevesinde kullandığı hükümet yetkililerini dinleme yetkisini (bilgilenim) de kullanabilmektedir.

Her komisyonun hem olağan toplantılarında hem de yapabileceği herhangi bir kamuya açık toplantıda (*public hearing*) bir Federal Hükümet üyesinin bulunmasını talep etme hakkı vardır. Başbakan veya konuyla ilgili herhangi bir bakan, kendi görev alanıyla ilgili bilgi vermek üzere siyasi parti grupları veya meclis üyelerinin yüzde beşinin talebiyle Meclis Genel Kurulunda dinlenilmek üzere çağrılabilmekte veya komisyonlarda çağrı üzerine dinlenebilmektedir. Uygulamada ise bir komisyonun çağrı yetkisini kullanmasından ziyade genelde önemli sorunlar veya konular olduğunda ilgili bakanın kendisi komisyonun görüşmelerine katılmaktadır veya kendisi katılamazsa yerine katılmak üzere birini görevlendirmektedir.[20]

Komisyonlar, tartışılan bir konu hakkında bilgi edinmek amacıyla ilgili alanda Parlamento dışından uzmanların katılacağı kamuya açık oturumlar da düzenleyebilmektedir. Bu tür toplantıları komisyonların sıklıkla yaptığı bilinmektedir. Belirli bir konu hakkında kamuoyunu derinlemesine bilgilendirmek için de bir araç olarak kullanılan bu toplantılar, ilgili konunun muhataplarına ve çıkar gruplarına kendilerini Federal Mecliste kamuya açıklama fırsatı sunmaktadır.[21] Bu toplantıların özellikle seçim dönemlerinde yoğun biçimde gerçekleştirildiği bilinmektedir.[22]

Komisyonların yetkileri, *hearing* toplantılarının (bilgilenim) çeşitleri, usul ve esasları, Bundestag İçtüzüğünde çok ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.[23]

---

19 https://www.bundestag.de/en/committees/bodies/scrutiny

20 Susanne Linn, Frank Sobolewski, The German Bundestag Functions And Procedures, 18th Electoral Terms, Organisation and Working Methods The legislation of the Federation, (Kürschners Politikkontakte 2015) 39.

21 Linn ve Sobolewski (n 20) 40.

22 ibid 111-112.

23 https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80060000.pdf Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024.

Fransa

Fransa'da da Ulusal Meclisin bilgi edinme ve denetim yolları arasında hearing'e yer verilmektedir. Meclis hükümeti denetlerken Daimi Komisyonları kullanabilmektedir. Bu komisyonlar *hearing* toplantısı düzenleme yetkisine sahiptir.[24] Bilgi toplama faaliyeti kapsamında komisyonlar ve geçici komisyonlar da dinlenmesini gerekli gördüğü herhangi birine çağrıda bulunabilmektedir. Komisyonun çağrısına uymayanlar hakkında para cezası bir yaptırım olarak düzenlenmiştir.[25] Komisyonlar, hükümet üyelerini hükümetin faaliyetleriyle ilgili dinleyebildiği gibi bir kanunun yapım sürecinde gerekli olan bilgileri toplamak üzere ilgili kişileri dinleyebilmektedir. Bunun dışında bir konuyla ilgili uzman kişileri, sivil toplum kuruluşlarını da dinleyebilirler. Bazı komisyonlar ise görev alanlarıyla ilgili kamu idarelerinin faaliyetlerini takip ederek denetleme yetkisini kullanırlar. Örneğin, Kamu Politikalarının Denetlenmesi, Değerlendirme ve İzleme Kurulu, kamu fonlarının nasıl kullandığını araştırmak ve sorgulamak üzere kurulmuştur. Sosyal Güvenlik Finansmanı Kanunlarını Değerlendirme ve Denetim Kurulu da kendi yetkisi çerçevesinde Sayıştay üyelerinin de katıldığı "hearing" toplantıları düzenleyebilmektedir.[26] Özellikle komisyonların toplantılarının 2009 İçtüzük değişikliği ile basına ve halka açılması uygulamasına geçilmesi parlamenter denetimin etki ve işlerliği açısından önemli bir gelişmedir.[27]

İngiltere

Birleşik Krallık Parlamentosu, bilgi edinme ve denetleme yetkisi ve bunu sağlayacak araçlar bakımından donanımlı ve etkin bir parlamentodur. Hem Avam hem de Lordlar Kamarasının klasik (geleneksel) bilgi edinme ve denetleme araçları dışında Daimî Denetim Komisyonları (Select Committees) aracılığıyla da benzer yetkiler kullanmaktadır.[28] Hükümetin faaliyetlerini denetlemekle görevli bu komisyonların her birinin görev alanı, her bir bakanlığın çalışma alanıyla ilgili olarak oluşturulmuştur. Komisyonlar bu çerçevede ilgili bakanlığın politikalarını, harcamalarını ve alt idari birimlerini denetleyebilmektedir. Komisyonlar yazılı veya sözlü delil toplayabilmekte ve bu bağlamda da konuyla ilgili kimseleri ve bakanları bilgi vermek üzere toplantıya çağırabilmektedir. Bu toplantılara (hearings) katılanların sözlü ifadeleri alınmakta ve sonuçlar bir rapor halinde hem Avam Kamarasına gönderil-

---

24 https://www2.assemblee-nationale.fr/langues/welcome-to-the-english-website-of-the-french-national-assembly#chap10 Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024.

25 The National Assembly In The French Institutions, (M. Declan Mc Cavanas, Servıce Des Affaires Internationales Et De Défense, 2011) 164.

26 ibid 476-477. Ayrıca bkz. Fransa Ulusal Meclisinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri, (Hz. Fatih Çağrı Ocaklı, Hakan Palabıyık, Mehmet Solak, Ayşen Atlay, Mert Can Sever, TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı 2019) 37 vd.

27 The National Assembly In The French Institutions, (n 25) 248.

28 https://www.parliament.uk/about/how/committees/select/ Erişim Tarihi 15 Mayıs 2024.

mekte hem de resmi internet sitesinde yayımlanmaktadır.[29]

Amerika Birleşik Devletleri Kongresinin uyguladığı bilgilenim (*hearing)* biçimlerinden başkanın atama yetkisi üzerine yapılan onaylama sürecindeki bilgilenim (*hearing)* uygulamasına benzer bir usul Birleşik Krallık Parlamentosunda da uygulanmaktadır."Pre-Appointment Hearings" toplantıları, daimî denetim komisyonlarının belirli bir kamu görevine atanacak kişiler hakkında bilgi toplaması amacıyla yapılır. Komisyon bu toplantılar sonucunda bir rapor hazırlayıp yayımlayarak adayların göreve uygunluğu konusundaki görüşünü açıklamaktadır. Bu görüş, ilgili atamayı yapacak olan bakanlık tarafından dikkate alınmaktadır.[30]

Polonya

Polonya Parlamentosunun (SEJM) denetim yetkisi, komisyonlarca kullanılabilen araçlarla da sağlanmaktadır ve bu çerçevede komisyonlar "hearings" toplantısı (bilgilenim) düzenleyebilmektedir. Komisyonlar, bilgi talep etmek dışında hükümet üyelerini kendi görev alanlarıyla ilgili konularda gerçekleştirilen komisyon toplantılarına davet edebilmektedirler. Bu toplantılar, hükümetin politikalarının denetimini sağlamaktadır.[31] Benzer bir yetki Danimarka Parlamentosunca da kullanılabilmektedir. Yirmi daimi komisyonun yetkileri arasında bilgilenim (*hearings)* de vardır ve geçici komisyonlar da bu yetkiyi kullanabilmektedir. Komisyonlar, hükümeti bu toplantılara davet edip dinlemeye yetkilidirler. Kamuya açık bir toplantı olup olmayacağını da ilgili komisyonun kendisi karar vermektedir.[32]

Macaristan

Macaristan Ulusal Meclisinde komisyonlar, bakan adaylarının atanmasından önce onları dinlemek üzere "bilgilenim" yapmaktadır. Ayrıca bakanlıkların görevleriyle ilgili performanslarını takip etmek üzere bakanların bireysel olarak katılıp açıklamalarda bulunduğu yıllık "bilgilenim"ler gerçekleştirilmektedir.[33] Komisyonların karar alması üzerine kamu yönetiminin merkezi kurumlarının başkanlarını da dinlemesi mümkündür.[34] Bunun dışında özel bir atama bilgilenimi de yapılmaktadır. Avrupa Birliği'nin ilgili birimlerine atanmak üzere hükümet tarafından aday

---

29 Etkinlikler ve raporlar, şu resmi kanaldan izlenebilmektedir: https://www.parliamentlive.tv/Committees Erişim Tarihi 15 Mayıs 2024

30 https://www.parliament.uk/about/how/committees/select/ Erişim Tarihi 15 Mayıs 2024

31 Parlamentolar ve Parlamenter Gözetim ve Denetim, Seçili Avrupa Ülkesi Tecrübelerinin Karşılaştırılması Sigma Raporu Çevirisi, (Çev. Muhammed Emin Güzel, Abdussamed Sığırtmaç, TBMM Basımevi, 2016) 45 vd. https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Yayinlar/Dosya/e791d904-a1a8-4a-8e-86f6-ef883ec10f75.pdf Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2024

32 Standing Orders of the Danish Parliament, 2021, Bölüm 8, Madde (9), https://www.ft.dk/-/media/sites/ft/pdf/publikationer/engelske-publikationer-pdf/forretningsorden_engelsk_2018_samlet_web.ashx Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2024.

33 Act XXXVI of 2012 on the National Assembly (as in force on 1 March 2024), House Committee, Section 11, 1 (k), https://njt.hu/jogszabaly/en/2012-36-00-00

34 https://www.parlament.hu/web/house-of-the-national-assembly/the-committees

gösterilen kişiler, Meclisin Avrupa Birliği Komisyonu ve Avrupa Birliği'ndeki pozisyonun faaliyetiyle ilgili daimi komisyonu tarafından dinlenmektedir.[35] Komisyonların bilgilenim dahil tüm oturumları kural olarak basına ve ilgili herkese açık gerçekleştirilmektedir. Devlet sırrı içeren, resmi veya özel verilerin açıklanacağı toplantıların kapalı yapılmasına komisyon kendisi karar verebilmektedir. Komisyon toplantılarının tutanakları Ulusal Meclisin internet sitesinde kamuya açık olarak yayımlanmaktadır.[36]

İspanya

İspanya'da da yasama organının yürütme üzerindeki denetim yetkisi (Anayasa Madde 66-2) çok çeşitli araçlarla gerçekleştirilmektedir. Bu anlamda "bilgilenim (hearings)" mekanizması da önemli bir yer tutmaktadır. Çift meclisli yasama organının (Congreso de los Diputados ve Senado) her ikisinin de *bilgilenim* düzenleme yetkisi vardır. Anayasa'nın 109. maddesi (Right to information of the Houses) her iki meclise ve komisyonlarına hükümet ve tüm merkezi ve bölge idarelerinin yetkili birimlerinden her türlü bilgiyi isteyebilme yetkisini tanımaktadır. Anayasa'nın 110. maddesine (Government in the Houses) göre de her iki Meclisin ve komisyonlarının hükümet üyelerini çağırması ve bu çağrı üzerine bakanların bu toplantılara katılma ve dinlenilme hakkı vardır.[37]

Hükümet üyeleri kendi görev alanlarında çalışmakta olan görevlilerin Meclislere açıklama yapmalarına izin verilmesini isteyebilir. İçtüzük Madde 44'e göre Komisyonlar Meclis Başkanı aracılığıyla "hükümetten ve diğer idari organlardan kendilerini ilgilendiren konularda bilgi vermelerini" ve hükümet üyelerinin kendilerini ilgilendiren konularda bilgi vermek üzere "komisyon toplantısına katılmasını", "devlet memurları veya makamlarının uzman oldukları konularda bilgi vermek üzere komisyona çağrılmasını", "tartışılan konu üzerinde uzman olan şahısların, komisyona tavsiyede bulunmak veya bilgi vermek için çağrılmasını" isteyebilirler.[38] 202. maddede de hükümetin kendiliğinden veya istem üzerine bilgi vermek üzere komisyon huzuruna çıkacağı ve dinleneceği, bunun nasıl yapılacağına ilişkin usul düzenlenmektedir. Fakat bu ve devam eden maddedeki bilgi talebi ve üzerine konuşma daha çok genel görüşme usulüne benzemektedir; çünkü diğer parlamento grupları kendi görüşlerini bildirmek üzere söz alabilmektedir.[39]

---

35 https://www.parlament.hu/documents/125505/138409/Resolution+on+certain+provisions+of+the+Rules+of+Procedure/968f2e08-f740-4241-a87b-28e6dc390407

36 https://www.parlament.hu/web/house-of-the-national-assembly/the-operation-and-sitting-of-committees

37 The Spanish Constitution https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html?lang=en#:~:text=The%20Constitution%20is%20based%20on,the%20solidarity%20among%20them%20all. Erişim Tarihi 15 Mayıs 2024

38 Standing Orders Of The Congress Of Deputies, https://www.congreso.es/webpublica/ficherosportal/standing_orders_02.pdf Erişim Tarihi: 15 Mayıs 2024

39 İbid, Madde 203.

Bu uygulamalar dışında Anayasa'da düzenlenen daha çok yasama organının yargısal nitelikteki denetleme yetkisine benzer bir usul de bulunmaktadır (m. 76: Fact-finding committees-soruşturma kurulu). Bu maddeye göre her iki Meclis "kamu çıkarını ilgilendiren herhangi bir konuda ortaklaşa bilgi toplama komiteleri atayabilir. Soruşturma sonuçları gerektiğinde gerekli tedbirleri alması için Cumhuriyet Savcısına havale edilebilecek olsa da vardıkları sonuçlar mahkemeler için bağlayıcı olmayacağı gibi adli kararları da etkilemeyecektir." Ancak 2. fıkraya göre "Meclisler tarafından çağrıldığında hazır bulunmak zorunludur. Bu yükümlülüğe uyulmaması halinde verilebilecek cezalar kanunla belirlenir." Bu uygulama bir suç iddiasının araştırılmasıyla ilgili Meclisin soruşturma yetkisini düzenlemektedir. Amerika'daki soruşturma dinlemeleri (*investigation hearings*) gibi bir uygulamayı andırmaktadır.

C. Avrupa Parlamentosu Örneği

Avrupa Birliği'ne üye devletlerde kendi yasama organlarınca kullanılan "hearing" yetkisinin yanı sıra üye devlet vatandaşlarının siyasi görüş ve menfaatlerinin temsil edilmesi amacıyla oluşturulan Avrupa Parlamentosu'nda da bilgilenim mekanizması bulunmaktadır. Avrupa Birliği kurumları üzerinde siyasi denetim yetkisini haiz Avrupa Parlamentosu, Birliğin müktesebatını, bütçesini ve programları uygulamakla yetkili yürütme organı olan Avrupa Komisyonuna sözlü, yazılı soru sorabildiği gibi soruşturma komiteleri kurarak da Birliğin kurumları üzerindeki denetim yetkisini kullanmaktadır. Avrupa Parlamentosu komitelerinin yetkileri arasında da AB kurumlarının faaliyetlerini inceleme ve uzmanları dinleme yetkisi bulunmaktadır.[40] Bununla birlikte ABD ve Almanya yasama organlarında görülen atama süreçlerinde *hearing* uygulaması (bilgilenim) benzeri bir usul de vardır. Avrupa Parlamentosu İçtüzüğü'ne Ek VII'de Avrupa Komiserlerinin atanması sürecinde uygulanan *hearing* yetkisi (bilgilenim) detaylı olarak düzenlenmektedir. Buna göre her bir komiser adayı donanım ve yetkinliği bakımından kendi alanıyla ilgili komite tarafından göreve başlamadan önce dinlenmekte ve değerlendirilmektedir.[41]

II. KOMİSYON MERKEZLİ ÇALIŞMA SİSTEMİ VE "BİLGİLENİM"

Yasama organlarının hükümet üyelerini çağırma ve dinleme yetkisi bakımından güncel bir bilgi, Inter-Parliamentary Union tarafından oluşturulan veri tabanından elde edilebilmektedir. Bu verilere göre içinde Türkiye'nin de bulunduğu on dört ülke

---

[40] Komiteler ve yetkileri hakkında bkz. Rules of Procedure of the European Parliament, 9th Parliamentary Term - November 2023, "Annex VI: Powers and Responsibilities of Standing Committees" https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RULES-9-2023-11-01_EN.pdf ve https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/236967/About-committees-booklet-EN.pdf Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024.

[41] Bu konudaki usul de belirlenmiştir. Komiserler görevlendirileceği alandan sorumlu AP komitelerinin önünde çevrimiçi olarak canlı yayınlanan üç saatlik bir *hearing* toplantısına davet edilir. Burada en fazla 15 dakikalık bir açılış konuşması yaptıktan sonra kendisine yöneltilen soruları yanıtlar. Sorumlu komite, bu toplantıdan sonra değerlendirme yapıp bir rapor hazırlayarak ilgili birimlere ve oylanmak üzere genel kurula gönderir. Ayrıntılı usul için bkz. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RULES-9-2023-11-01-ANN-07_EN.html Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024.

dışında diğer tüm yasama organları hükümet üyelerini çağırıp dinleyebilme yetkisine sahiptir. Çift meclisli kimi yasama organlarının bazıları sadece bir kanada bu yetkiyi tanımış olsa da hükümet sisteminden bağımsız biçimde yasama organlarının yaklaşık yüzde doksan ikisinin bu yetkiyi haiz olması demokratik yasama organlarının denetim ve gözetim yetkisi bakımından kanımızca oldukça önemli bir veridir.

Birçok yasama organının hükümet üyelerini bizzat çağırıp dinleyebilmesi dışında yine üst düzey kamu görevlilerini de çağırıp dinleyebilmesi mümkündür. Bu yetkiyle ilgili güncel verilere göre Türkiye'nin de içinde bulunduğu yirmi bir ülke dışında yasama organları üst düzey kamu görevlilerini bizzat çağırıp dinleyebilmektedir. Bu çerçevede yasama organının farklı düzeylerde, şekillerde sahip olduğu dinleme yetkisinin yürütme organı üzerinde önemli bir gözetim ve denetim aracı olduğu anlaşılmaktadır. Bu verilerden anlaşıldığı üzere Türkiye, genel kabul görmüş modellere uygun şekilde bilgilenim yetkisinin olmadığı çok az sayıdaki ülkeler içerisinde yer almaktadır.

Üst düzey kamu görevlilerinin atanması usulü ülkeden ülkeye değişmekle birlikte ABD'de Başkanın üst düzey kamu yöneticilerini ataması yukarıda değinildiği gibi yasama organının onayına bağlı olup bu aşamada öncelikli olarak komisyonlar devreye girmektedir. Üst düzey kamu yöneticilerinin uzun bir adaylık sürecinden geçtikten sonra karşılaştıkları ikinci aşama, Senato'dur. Senato'nun atamayla ilgili tutumu, atama yapılacak kamu görevinin önemine, mevcut siyasi koşullara ve politika sonuçlarına bağlı olarak değişmektedir. Birçok başkan ataması, kamuoyunda tartışma olmadan Senato tarafından rutin olarak onaylansa da Senato, adayların görüşleri ve kamu politikasını nasıl etkileyebilecekleriyle özellikle ilgilenmektedir. Bu nedenle de ayrıntılı bir araştırma ve dinleme (hearing) sürecinden sonra onaylama gerçekleşmektedir. Bu süreçler ilgili komisyonun yürüttüğü süreçlerdir. Komisyon, kendi alanına giren pozisyona aday kişi hakkında hem Başkanlıktan bilgi talep edebilmekte hem de kendisi araştırma yapabilmektedir.[42] Çünkü bazen yürütme organı talep edilen bilgiyi sağlamamaktadır. Komisyon, sadece mesleki deneyime ilişkin değil mali, kişisel bilgileri de araştırır ve hatta bazen FBI kayıtlarına kadar bilgi edinir. Genelde komisyonlar bu ayrıntılı bilgiler elde edilene kadar da diğer süreçleri işletmemektedir.[43] Araştırma aşamasından sonra ise komisyonda bilgilenim aşaması başlar ve aday, kamuoyuna açık biçimde gerçekleştirilen bu toplantılarda sözlü açıklamalar yapıp kendisine yöneltilen sorulara yanıt verir. Bu aşamadan sonra hazırlanan rapor üzerine adayın atanması, Senato tarafından onaylanır veya onaylanmaz.[44] Bu

---

42 Henry B. Hogue, Maeve P. Carey, Appointment and Confirmation of Executive Branch Leadership: An Overview (Congressional Research Service 2021) 4 vd.

43 Maeve P. Carey, Presidential Appointments, the Senate's Confirmation Process, and Changes Made in the 112th Congress, (Congressional Research Service 2012) 5 vd.

44 Komisyonlar ve Senato'nun üst düzey kamu yöneticilerini atama süreci, geçmişte bazı durumlarda ilgili komisyon veya Senato'nun bilinçli eylemsizliği sebebiyle uzun sürmüştür; çünkü önlerine gelen adaylık sürecini işletmek konusunda bir zorlayıcı kural yoktur. Bu konudaki uygulamaların

bağlamda komisyonların yürütme organını kendi huzuruna çağırıp sorduğu sorulara yanıt vermesini isteyebilmesi, yürütmeden belge talep edebilmesi bilgiye erişimin en etkili yoludur. Hatta gizli bilgilere erişimin de sağlanması gerekir ki yürütmenin hesap verebilirliği sağlanabilsin. Bu konuda -kapalı oturum gibi- özel düzenlemelerle gizlilik konusundaki sınırlamaların aşılabileceği düşünülmektedir.[45]Bu çok çeşitli uygulamalar arasında TBMM bakımından özellikle önemli olduğunu düşündüğümüz iki usul vardır. Bunlardan ilki üst düzey kamu yöneticilerinin atanması sürecinin Meclisin bilgi edinme faaliyeti çerçevesinde "bilgilenim" yetkisi kapsamında olmasıdır. İkinci ise genel olarak her bir daimi komisyonun kendi görev alanıyla ilgili bakanı ve cumhurbaşkanı yardımcısını rutin biçimde dinleyebilmesi amaçlı bilgilenim tipidir. Üçüncüsü ise yasaların uygulanmasının izlenmesi ve bilgi alma amaçlı bilgilenimdir. Bu önerileri sunmadan önce kısaca komisyonların yetkilendirilmesi ve komisyon uygulamaları konusunda hükümet değişikliği öncesinde de yapılmış tartışma ve önerilere değinmek gerektiği kanısındayız.

Türkiye'de yürütme organının güçlenmesi ihtiyacı ve gerçeği karşısında diğer temsili demokrasilerdeki gibi yasama organının gücü, yetkileri, etkinliği ve kurumsal değeri hakkındaki tartışmalar uzun yıllardan beri varlığını sürdürmektedir. En son 2017 Anayasa Değişikliği Kanunuyla getirilen yeni hükümet sistemi, bu tartışmalarda başka bir boyutu gündeme taşımıştır. Çünkü artık salt normatif düzeyde dahi TBMM ile yürütme organı arasındaki ilişkilerin kuvvetler ayrılığı bakımından sorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum, hükümet sistemi değişikliği öncesi var olan tartışmalara yeni eklenen sorun alanlarına kaynaklık etmektedir. Yürütmenin tek başlılığı esasına dayanan "güçlü yürütme"nin, "güçlü Meclis" olgusu ile dengelenmesi gerekmektedir. Meclisin kurumsal ve işlevsel bakımdan güçlendirilmesi hedefi doğrultusunda, yasama süreçlerinde dijital mekanizmaların sürekli güncellenerek şeffaf işleyişin sağlanması ve çok-sesli sivil toplum katılım yollarının açık tutulması elzemdir.

TBMM İçtüzüğünün "Komisyonlarda Yürütmenin temsili ve uzman çağrılması" başlıklı 30. maddesine göre "Komisyon toplantılarına Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar, bakan yardımcıları ve üst kademe kamu yöneticileri katılabilir." Aynı maddeye göre komisyonlar bir konuyla ilgili uzmanları da fikirlerini almak üzere komisyona çağırabilir. Meclis üyeleri dışında Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar, bakan yardımcıları ve üst kademe kamu yöneticilerine açık olan komisyon toplantılarında bu kişiler oy hakkı olmaksızın söz alabilmektedir.[46] Ayrıca, normalde söz sırasına bağlı şekilde konuşulan komisyon toplantılarında bu kişilere söz sırasına bağlı olmadan söz hakkı verilmektedir. Çağrı üzerine katılan uzmanlar

engellemelere sebep olması karşısında atama süreçleriyle ilgili daha ayrıntılı kurallar belirlenerek hangi atamaların hangi hallerde bu sürece tabi olmayacağı ve olacağı ayrıca düzenlemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Carey (n 43) 19 vd.

45 Beetham (n 10) 129-130.

46 Komisyon toplantılarına girebilecek olanlar TBMM İçtüzüğü'nün 31. maddesinde düzenlenmektedir.

ise komisyon başkanının söz verdiği zamanlarda konuşabilmektedir.[47] Bu hükümlerin kaleme alınış biçiminden anlaşılan, yürütme organının temsilcilerinin ve üst kademe yöneticilerinin çağrı üzerine Meclis komisyonlarına katılıp bilgi vermesinin ihtiyari olduğudur. Yürütme temsilcileri, komisyon toplantılarına ancak "katılabilir"; bu konuda komisyonların zorlayıcı bir yetkisi olmayıp maddeden çağrıda bulunabileceklerine dair bir çıkarımda bulunmak da zordur. Çünkü tek taraflı ve dilediğinde yürütmenin komisyona katılabileceği anlaşılmaktadır. Komisyonların yetkileri arasında da yürütme ve temsilcilerine çağrıda bulunabileceğine dair bir ifade yer almamaktadır.[48] Bununla birlikte bakanlıklardan yazışma ile bilgi talep edebilecekleri açıkça tanınan bir yetkidir.[49] Ancak bir yaptırım açıkça öngörülmemiştir. Uygulamada da bu yolun kullanılmadığı bilinmektedir.[50] Oysa sert kuvvetler ayrılığının uygulandığı ABD'de yürütmenin ne komisyonlarda ne de meclislerde temsili, burada gerçekleştirilecek toplantılara ve faaliyetlere katılma, görüş bildirme, öneri sunma hak ve yetkisi vardır; ancak davet üzerine katılıp görüş bildirebilirler.[51] Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin kuvvetler ayrılığı sistemi olduğu gerekçesiyle yürütme temsilcilerinin bilgi vermesinin ancak ihtiyari ve yürütme istediğinde olabileceği ileri sürülebilirse de ne normatif açıdan ne de uygulamada bu savunulabilir. Yasama organlarının bilgi edinme ve denetleme faaliyeti kapsamında yürütmeden bilgi toplayabilmesi, çağırabilmesi sert kuvvetler ayrılığında da mümkündür. Bu nedenle TBMM'nin yürütme organından bilgi edinebilmesi yolunu açacak kurumların geliştirilip uygulanması gerekmektedir.

Komisyonların yetkilerinin sınırlarının belirlenmesi hem yasama organının genel kurulu ile komisyonlar arasındaki hem de komisyonların kendi aralarındaki

---

47 Bkz. TBMM İçtüzüğü'nün "Komisyonlarda söz alma" başlıklı 29. Maddesi.

48 TBMM İçtüzüğü, "Komisyonların yetkisi, toplantı yeri ve zamanı", MADDE 35- "*Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi binasında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca kendilerine ayrılan salonlarda toplanırlar. Ancak, komisyonlar, kanun teklif edemezler, kendilerine havale edilenler dışında kalan işlerle uğraşamazlar, Başkanlık Divanının kararı olmaksızın Genel Kurulun toplantı saatlerinde görüşme yapamazlar ve kanun tekliflerini bölerek ayrı ayrı metinler halinde Genel Kurula sunamazlar. Komisyonlar, Cumhurbaşkanınca yayımlanması kısmen uygun bulunmayan ve bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderilen kanunların sadece uygun bulunmayan maddelerini görüşebilir. Bu durumda, sadece uygun bulunmayan maddelerle ilgili görüşme açılır.*"

49 TBMM İçtüzüğü, "Bakanlıklarla yazışma", Madde 41: "*Komisyonlar, bütün bakanlıklarla doğrudan doğruya yazışabilirler ve kendilerine havale edilen işlerin sonuçlandırılması için gerekli bilgileri bakanlıklardan isteyebilirler.*"

50 Günal Seyit, "2017 Anayasa Değişikliği Sonrasında Parlamenter Denetim: Sorun Alanları ve Olanaklar", in Av. Bülent Dağsalı, Doç. Dr. Fahri Bakırcı (Eds.), Anayasa Değişikliği Sonrası TBMM İçtüzüğü Paneli, (Ankara Barosu 2021) 121.

51 Bu konudaki kuralların karşılaştırmalı bir tablosu için bkz. "ABD, Güney Kore ve Fransa Parlamentoları Komisyon ve Genel Kurularında Yürütmenin Temsili, Konuşma, Önerge Verme ve Görüş Bildirme Hakları", in Fatih Çağrı Ocaklı, Duygu Öksüz, Şeyma Seçilmiş (Hz.), Karşılaştırmalı İçtüzük Çalışmaları, (TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı 2018) 40-42.

iş bölümü açısından önemli bir sorundur ve yetkilerin sınırının ne olacağı meselesi öteden beri bir tartışma konusudur. Aslında bilgi edinme ve denetleme, kanun yapım süreci gibi yasama organının temel işlevleri çerçevesinde ona yardımcı olmak üzere komisyonlar kurulur. Yasama organı genel kurullarının "siyasal yönden bölümlere ayrılması" olarak görülen komisyonlar, yasama organına bağlı, yasama organından doğan ve onun bir iç organı sayılabilecek mini parlamentolar konumundadır. Şu halde, komisyonların gücü yasama kuvvetinin gücünü belirleyen temel bileşenlerin başında gelmektedir.

A. TBMM'nin Güçlendirilmesi için "Bilgilenim" Model Önerisi

TBMM, genel kurul merkezli çalışan bir yasama organıdır. TBMM'nin bu niteliği komisyonların yetkilerinin sınırı üzerinde önemli bir etken oluşturmaktadır. Komisyon yapısının ve işleyişinin genel kurulun işlerine destek olacak şekilde yeniden düzenlenmesi mümkündür. Nitekim TBMM komisyonlarının statüsü, oluşumu, yetkileri ve bunların çalışma biçimi bakımından Meclis çalışmalarını kolaylaştırıcı ve katılımcı bir süreç izlenemediği yapılan eleştiriler arasındadır. Komisyonların kendi yetkileri bakımından nihai karar verme yetkisine sahip olmaması sebebiyle yasama işlemlerinin ayrıca Genel Kurulda tekrar edilmesi sorunların başında gelmektedir. Ayrıca komisyonların oluşumunun ve idaresinin çoğunluk partisinin hakimiyetinde olacak şekilde kurgulanması ve siyasi parti grubu olmayan üyelerin faaliyetlere dahil olamaması, bu sebeple komisyonların uzmanlığını kaybetmesi ve nihayet komisyonlara sivil toplumun katılımının sınırlandırılması da önemli diğer temel sorun alanları arasında sayılmaktadır.[52] Bu temel oluşum ve işleyişle ilgili sorunların çözümü için komisyonlara Meclis yetkilerinin devri zorunlu değildir. Aslında komisyonların yaptığı işin Genel Kurulda tekrarlanmasının yarattığı sorunlardan kurtulmanın bir yolu olarak İspanya ve İngiltere'de olduğu gibi Genel Kurulun yetkisini komisyonlara devretmeksizin komite ile Genel Kurul arasında işbirliği esasına dayalı bir çalışma yönteminin belirlenmesi mümkündür.[53] Diğer sorunlar ise demokratik, katılımcı ve müzakereci bir yasama faaliyetine ilişkin ilke ve usullerin hayata geçirilmesiyle aşılabilir. Öte yandan mevcut sistemde meclis araştırma komisyonları da bilgi toplama faaliyetini gerçekleştirmektedir. Ancak komisyonların bilgi talepleri devlet sırrı, ticaret sırrı gibi gerekçelerle reddedilmekte veya taleplere yanıt verilmemektedir. Bu konuda yaptırım olmaması bilgi edinme faaliyetini olumsuz etkilemektedir.[54] Ayrıca komisyonların edindiği bilgiler bir rapor haline getirilmektedir; fakat bu raporlar Genel Kurul gündeminde görüşülmeden

---

52 Fahri Bakırcı, "The Committees in the Turkish Parliament: Existing Problems and Solutions after 2017 Constitutional Reform", (2018) 11, The Eurasia Proceedings of Educational & Social Sciences (EPESS) 199.

53 ibid 199.

54 Bu konudaki bazı örnekler için bkz. Salih Sağlam, "Meclis Araştırması ve Genel Görüşmede İşleyiş ve Uygulamadaki Sorunlar", in Hasan Erikli, Bahadır Yeşilırmak (Eds.), Parlamenter Denetim Sempozyumu (TBMM 2012) 98 vd.

beklemekte ve nihayet kadük olmaktadır. Meclisi bu konuda zorlayıcı bir süre sınırlaması bulunmamaktadır.[55] Bunun yanı sıra denetim işlevi bağlamında İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu gibi komisyonların kendi yetki alanlarını belirleyen kanunlar hem yıllık faaliyetlerini hem de görev alanlarına ilişkin gelişmeleri raporlamalarını emretmekte, bunların Genel Kurul gündemine alınmasını düzenlemektedir. Fakat görev alanına giren konuları izleme raporlarının komisyon faaliyet raporu gibi görülmesi, uygulamada bunların tüm komisyonca değil uzman üyelerce hazırlanıp komisyonda görüşülmeden TBMM Başkanlığına sunulması, Genel Kurula bilgi verilmemesi ve nihayet bu süreç sebebiyle Genel Kurulda da görüşülmeden rafa kaldırılması gibi çok önemli sorunlara işaret edilmektedir.[56] Aynı sorun idarenin işleyişiyle ilgili halktan gelen şikâyetlerin iletildiği Kamu Denetçiliği Kurumunun "ivedilikle görüşülmesi" kanunda açıkça belirtilen yıllık raporları bakımından da söz konusudur.[57]

Görüldüğü gibi TBMM'nin Anayasa'nın tanıdığı bilgi edinme ve denetim yetkilerini Genel Kurul ve komisyonlar aracılığıyla etkin biçimde kullanması, değişen hükümet sisteminden sonra daha acil hale gelmiştir. Meclisin bilgi edinme ve denetleme faaliyeti, yürütme organının ve idarelerin işlem ve eylemlerinin keyfiyetini ve hukuka aykırı kullanılmasını engellemeyi, kaynakların ve kamu harcamalarının uygun kullanımını, yürütmenin politikalarını ne derece yerine getirip getirmediğinin ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Dolayısıyla sadece temel hak ve özgürlüklerin korunması ve demokrasiye katkı sunulması amacıyla değil yürütmenin de halkın güvenini kazanması veya sürdürmesi bakımından güçlü meclise ihtiyaç vardır.

1. Daimi Komisyonların Kendi Görev Alanlarıyla İlgili Yıllık "Bilgilenim"

TBMM İçtüzüğünün yenilenmesi çalışmalarında, daimi komisyonların görev alanlarıyla ilgili olarak yürütmenin icraatları hakkında genel gözetim ve bilgilenme amaçlı yıllık toplantı düzenleme yetkisi tanınması, yasama organı bünyesinde komisyonları güçlendirecektir. Böylece komisyonların, sadece kendilerine havale edilen sınırlı işleri görüşen edilgen parlamento-içi kuruluşlar niteliği dönüşüme uğrayacak ve komisyonlar pro-aktif parlamento aktörü konumu kazanacaktır.

Bu amaçla, yılda bir defa Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanların çağrıldığı bilgilenim yapmaları isabetli olacaktır. Bilgilenim faaliyetlerinin ikincil bir çalışma niteliğinde görülmemesi için kamuoyuna açık olması ve geleneksel yasama ve denetim çalışmaları gibi TBMM TV veya web portal üzerinden yayımlanması gerekir. Bu anlamda, ihtisas komisyonları ve bakanlıklar arasında görev ve yetki karmaşasını önlemek üzere "Komisyon Başkanları Kurulu" na yetki verilmelidir.

55 Seyit (n 50) 121.

56 ibid 127-128.

57 ibid 128-129.

TBMM İdari Teşkilatında teknik düzeyde yasama uzmanları tarafından gerçekleştirilen "*2019 İçtüzük Çalışması Taslak Metinde*"[58] de bu yönde çıkabilecek ihtilafların çözüm yeri olarak "Komisyon Başkanları Kurulu'nun görüşü üzerine TBMM Başkanı" modeli önerilmiştir.

2. Bilgi alma ve İzleme Amaçlı Sürekli "Bilgilenim"

TBMM komisyonları, bilgi alma ve izleme amaçlı bilgilenim yetkisi bakımından merkeze alınmalıdır. Daimi Komisyonlar, görev alanlarına giren konularda veya kendilerine havale edilen işlerle ilgili bilgi edinmek; kanunların uygulamalarını izlemek, mevcut kanunlarda yapılacak değişiklik veya yeni kanuni düzenleme ihtiyaçlarını tespit ve değerlendirmek üzere kamu idareleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, sendikalar, sivil toplum kuruluşları ve özel kişileri davet ederek bilgi alma ve izleme toplantıları düzenleyebilmelidir.

Komisyonlar, kanunların uygulanması izlemek ve genel olarak belirli bir konuda bilgi almaya yönelik bilgilenim yetkisine kavuştuğunda, kendilerine havale edilen kanun tekliflerinin öncesinde ve sonrasında da önemli bir yasama aktörü konumu kazanabilir.

İzleme ve bilgi alma amaçlı bilgilenime ilişkin raporlar yayımlanması kamuoyu denetiminin harekete geçmesine de katkı sunabilir. Kanunların uygulanmasını izleme amaçlı bilgilenimde, daimi komisyonlar süreç içerisinde esas komisyon olarak görüştükten sonra kanunlaşan ve yürürlüğe giren kanunların uygulamasını izleme ve gerektiğinde yeni girişimler başlatma yetkisiyle donatılmış olacaktır.

3. Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanması Sürecinde "Bilgilenim"

Yürütme organının sürekli biçimde yasama organının gözetim ve denetimi bakımından en sistematik ve etkili yöntem olarak yürütmenin kendi iç görev paylaşımına göre ayrılan ilgili bakanlıkların, idari birimlerin çalışmalarının ve politika yönetim süreçlerinin özel bilgi edinme ve denetleme usulleri ile yasama organı komisyonlarınca izlenmesidir. Zaman, uzmanlık ve ayrıntılı teknik araçların gerekliliği sebebiyle çoğu yasama organı bu amaca hizmet edecek biçimde komisyonlarını yeniden şekillendirmeye başlamıştır.[59]

Bu çerçevede 2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına üst kademe yöneticilerini ataması hakkında tanınan önemli yeni bir yetki vardır. Anayasa'nın 104. maddesinin 9. fıkrasına göre Cumhurbaşkanı, "*Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.*" Bu yetki, görüldüğü gibi Anaya-

58 TBMM İçtüzük Teklifi olarak resmen sunulmadığından atıf yapılmamıştır.

59 Örneğin İsveç'teki eğilim yürütmenin genel hedefleri ve bu hedeflere nasıl ve ne kadar ulaştığı, talepleri karşılayıp karşılanmadığını kontrol etme düzleminde *Riksdag* komisyonlarının çalışmalarını desteklemek şeklinde olmuştur. Her yasama organı gereksinimlerine göre bunu şekillendirmektedir. Bkz. Beetham, (n 10) 128-129.

sa'nın doğrudan cumhurbaşkanına tanıdığı bir yetki olup başka bir işleme gerek kalmaksızın cumhurbaşkanının kullanabileceği bir yetkidir. 2017 Anayasa Değişikliği öncesinde de 128. maddede üst kademe yöneticilerinden bahsedilmekteydi ve fakat üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu veya bunların belirlenmesiyle ilgili ölçütler belirtilmemişti. 2017 Anayasa değişikliği ile üst kademe yöneticilerinin sadece atanması ve görevden alınması değil CBK ile üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisi de Cumhurbaşkanına tanınmıştır. Bu doğrultuda 10 Temmuz 2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile üst düzey kamu yöneticileri ve atanmalarına ilişkin esaslar belirlenmiştir. Daha sonra 3 Sayılı CBK, Anayasa Mahkemesinin denetimine konu edilmiş ve 2023/171 sayılı Kararı ile AYM, üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu, cumhurbaşkanının atama yetkisi ve bu düzenlemeye ilişkin bir tartışma yaparak CBK'nin birçok kuralını iptal etmiştir.[60] Bu kararda Anayasa Mahkemesi üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu ve bunların belirlenmesine dair esasların belirsizliği tartışmasını, 1982 Anayasası'nın ilk yıllarında verdiği kararından[61] hareketle yürütmüş ve bazı kriterler belirleyerek bu yeni anayasal kavramı açıklamaya çalışmıştır.[62] Bu Kararda Mahkemenin 3 sayılı CBK'ya ekli I ve II Sayılı Cetvellerdeki kadroların üst kademe kamu yöneticisi olup olmadığı, atanmaları ve özlük hakları gibi birçok meseleyi tartışmasının yanında konumuz açısından önemli görülen husus, üst kademe kamu yöneticilerini atama ve görevden alma yetkisinin, Anayasa ile münhasıran Cumhurbaşkanına verildiğini ve bunların atanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesinin de özel olarak CBK ile düzenlenebilecek konular arasında öngörüldüğünü ifade etmesidir. Mahkemeye göre üst kademe yöneticileri "*…anayasal düzeyde kavramsal olarak üst kademe kamu yöneticileri diğer kamu görevlilerinden ayrılmıştır. Bu çerçevede bunların gerek atanmaları ve görevden alınmaları gerekse atanmalarına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi yönünden tabi oldukları anayasal ilkeler üst kademe kamu yöneticisi olmayan kamu görevlilerinden farklıdır.*"[63]Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanına tanı-

---

60 AYM, E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023, RG. 1.12.2023-32386.

61 AYM, E.1985/3, K.1985/8, 18/06/1985.

62 AYM, E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023, § 35. "*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 (AYM, E.2019/111, K.2023/63, 05/04/2023, § 81).*

§ 36. Bu itibarla kurum içinde klasik anlamda belirli bir sevk ve idare, başka bir deyişle yönetim yetkisine sahip olmakla birlikte kurumun görev ve yetkileri 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 (AYM, E.2019/111, K.2023/63, 05/04/2023, § 82)."

63 AYM, E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023, § 32.

nan önemli bir yetkiyi inceleyen bu kararın kamu hukuku açısından değerlendirilmesi gereken birçok yönü olmakla birlikte bizim çalışmamız açısından iki noktası önemlidir. Birincisi üst kademe kamu yöneticilerinin statüsüdür. Mahkemeye göre "…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 kişiler*" üst kademe kamu yöneticisi sayılmaktadır.[64] İkincisi ise üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasının münhasıran cumhurbaşkanına tanınmış bir yetki olduğunun ifade edilmesidir. Bu iki esastan şu sonuç çıkmaktadır: Üst kademe kamu yöneticileri kamu politikalarının belirlenmesinde, uygulanmasında etkili aktör konumundaki kişilerdir; bu bağlamda yetki ve sorumlulukları vardır. Fakat bu yetki ve sorumluluktaki kişilerin atanması münhasıran Cumhurbaşkanına aittir. Dolayısıyla bu önemli kamusal statüdeki kişilerin doğrudan doğruya Cumhurbaşkanınca belirlenmesi sürecinde bir başka makamın teklifi veya onayı, başka bir şekilde dahli mümkün değildir.[65] Ancak, üst kademe kamu yöneticisi adaylarının parlamentoda bilgilenim faaliyetine katılma zorunluluğu getirilmesi, bu anlamda bir engel teşkil etmeyeceği gibi atama işleminin demokratik görünümünü güçlendirecektir. Bu çerçevede, bilgilenim mekanizmasının, parlamento komisyonlarında ve kulislerinde konuşulan bilgiler sayesinde sivil toplumun süreçlere aktif şekilde dahil olmasına ve kamuoyu oluşuma ciddi katkı sağlayacağı ortadadır. Böylece bilgilenim, diğer denetim ve yasama araçlarını sürekli olarak besleyen hayli etkili güncel bir mekanizma niteliğine bürünecektir.

SONUÇ

Ülkemizde Meclis komisyonlarının, kurumsal ve işlevsel yönden güçlendirilmesi özellikle denetim ve gözetim görevleriyle donatılması anlamında İçtüzük reformuna acil ihtiyaç vardır. İncelenen ülke örneklerinde yasama organının yürütme organını gözetim işlevini "bilgilenim (hearing)" yönteminin işlerliği sayesinde etkili biçimde gerçekleştirebildiği görülmektedir.

Türk parlamento hukukunda, yasama ve denetim faaliyetlerinde genel kurul merkezli klasik anlayış egemendir. Bu kapsamda, yasama ve denetim süreçlerinin, şeffaf bilgi akışının ve sivil toplum katılımının geliştirilmesine yönelik olarak genel eğilime uygun adımlarla güçlendirilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, kurumsal kapasiteye güç katacak bir yenilik anlamında "yasama akademisi" kurulması, uzmanlaşma ve komisyon ağırlıklı çalışmalara bilimsel destek sağlayabilir. Daha önceki İçtüzüklerimizde ve halen yürürlükte bulunan 1973 tarihli İçtüzüğün 59. maddesinde var olan yürütmenin (Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar) gündem dışı söz istemi ile "*Komisyonlarda Yürütmenin Temsili ve Uzman*

[64] Vurgular yazarlara aittir.

[65] Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku (Ekin Yayınevi, 3. Baskı, 2019) 822; AYM, E.2018/120, K.2023/171, 11/10/2023, §45.

Çağrılması" başlıklı 30. maddeye dayanılarak yapılan çalışmalar, "hearing" uygulamalarını andırmaktadır. Ancak, hearing, genel olarak komisyon odaklı bir çalışma ekseninin öne çıkması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, ülkemiz için bilgilenim (hearing) kavramı, komisyon ağırlıklı çalışma mantığına uygun şekilde ve bütünlük içerisinde gerek kurumsal gerekse işlevsel yönden TBMM'yi güçlendirecek fonksiyonel bir yenilik olarak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, daha evvel yapılmış olan teknik seviyedeki çalışmaları da dikkate alarak hazırlamış olduğumuz TBMM İçtüzük değişikliği teklif taslağı metni aşağıda sunulmuştur:

"Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların dinlenmesi amaçlı bilgilenim

MADDE 1- (1) Daimi komisyonlar yılda bir defa Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanları, çalışma alanları ile ilgili dinlemek üzere toplantıya çağırırlar. Komisyon üyesi olmayan milletvekilleri toplantıya katılamazlar. Komisyon üyeleri Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanlara soru sorabilirler.

(2) Bilgilenme toplantıları, Başkanlıkça uygun iletişim kanalları ile yayınlatılır.

(3) Hangi komisyonların hangi Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanları dinleyeceği Komisyon Başkanları Kurulunun görüşü üzerine Başkan tarafından belirlenir.

Bilgi alma ve izleme amaçlı bilgilenim

MADDE 2- (1) Komisyonlar görev alanlarına giren konularda veya kendilerine havale edilen işlerle ilgili bilgi edinmek; kanunların uygulamalarını izlemek, mevcut kanunlarda yapılacak değişiklik veya yeni kanuni düzenleme ihtiyaçlarını tespit ve değerlendirmek üzere kamu idareleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, sendikalar, sivil toplum kuruluşları ve özel kişileri davet ederek bilgi alma ve izleme toplantıları düzenleyebilirler.

(2) Komisyon Başkanı toplantı gününden en az üç gün önce toplantının gün ve saatini, gündemini, usulünü ve çağırılan kişileri belirler ve aynı gün resmi internet sitesinde ve elektronik ilan panosunda yayımlatır.

(3) Çağrılan kişilere toplantının amacı, konusu, konuya dair aktarmaları beklenen hususlar ve konuşma süreleri bildirilir.

(4) Bu toplantılarda toplantı yeter sayısına ilişkin hüküm uygulanmaz ve üye olmayan milletvekilleri de komisyon başkanının izin vermesi halinde söz alabilirler.

(5) Komisyonlar bu toplantılara ilişkin görüşmeler sonucunda değerlendirmelerini ve kanuni düzenleme önerilerini içeren raporlar hazırlayabilirler. Bu raporlar Başkanlığa gönderilir ve resmi internet sitesinde yayımlanır. Genel Kurulda bu raporlar üzerine ayrıca bir görüşme açılmaz.

Üst Kademe Komu yöneticilerinin dinlenmesi amaçlı bilgilenim

MADDE 3-(1) Üst kademe kamu yöneticilerinin atanma işlemi tamamlanmadan önce ilgili daimi komisyonda bilgilenime katılması zorunludur. TBMM Başkanı, Komisyon Başkanları Kurulu'nun görüşü üzerine gerekli düzenlemeleri yapar."

KAYNAKÇA

Act XXXVI of 2012 on the National Assembly (as in force on 1 March 2024), House Committee, Section 11, 1 (k), https://njt.hu/jogszabaly/en/2012-36-00-00

"ABD, Güney Kore ve Fransa Parlamentoları Komisyon ve Genel Kurularında Yürütmenin Temsili, Konuşma, Önerge Verme ve Görüş Bildirme Hakları", in Fatih Çağrı Ocaklı, Duygu Öksüz, Şeyma Seçilmiş (Hz.) in Karşılaştırmalı İçtüzük Çalışmaları, (TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı 2018)

Bakırcı F, "2017 Anayasa Değişikliklerinin İçtüzüğe Uyarlanması Bağlamında İçtüzük Değişiklikleri Üzerine", in Ed. Av. Bülent Dağsalı, Doç. Dr. Fahri Bakırcı (Eds.), Anayasa Değişikliği Sonrası TBMM İçtüzüğü Paneli, (Ankara Barosu 2021) 3-53

Bakırcı F, "The Committees in the Turkish Parliament: Existing Problems and Solutions after 2017 Constitutional Reform", (2018) 11, The Eurasia Proceedings of Educational & Social Sciences (EPESS) 198-227

Beetham D, Parliament and Democracy In The Twenty-First Century, A Guide To Good Practice, (Inter-Parliamentary Union, 2006)

Carey M P, Presidential Appointments, the Senate's Confirmation Process, and Changes Made in the 112th Congress, (Congressional Research Service 2012)

Fransa Ulusal Meclisinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri, Fatih Çağrı Ocaklı, Hakan Palabıyık, Mehmet Solak, Ayşen Atlay, Mert Can Sever (Hz.) (TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı 2019)

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku (Ekin Yayınevi, 2019)

Hogue H B, Carey M P, Appointment and Confirmation of Executive Branch Leadership: An Overview (Congressional Research Service 2021)

Hague R, Harrop M, McCormick J, Comparative Government and Politics, (11th Edition, Red Globe Press 2019)

Karamustafaoğlu T, Yasama Meclisinde Komisyonlar (Ajans Türk Matbaası, 1965)

Linn S, Sobolewski F, The German Bundestag Functions And Procedures, 18th Electoral Terms, Organisation and Working Methods The legislation of the Federation, (Kürschners Politikkontakte 2015)

Onar E, Meclis Araştırması (Sevinç Matbaası, 1977)

Parlamentolar ve Parlamenter Gözetim ve Denetim, Seçili Avrupa Ülkesi Tecrübelerinin Karşılaştırılması Sigma Raporu Çevirisi, Muhammed Emin Güzel, Abdussamed Sığırtmaç (çev.), (TBMM Basımevi 2016) https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Yayinlar/Dosya/e791d904-a1a8-4a8e-86f6-ef883ec10f75.pdf

Sağlam S, "Meclis Araştırması ve Genel Görüşmede İşleyiş ve Uygulamadaki Sorunlar", in Hasan Erikli, Bahadır Yeşilırmak (Eds.), Parlamenter Denetim Sempozyumu (TBMM 2012) 95-100

Seyit G, "2017 Anayasa Değişikliği Sonrasında Parlamenter Denetim: Sorun Alanları ve Olanaklar", in Av. Bülent Dağsalı, Doç. Dr. Fahri Bakırcı (Eds.), Anayasa Değişikliği Sonrası TBMM İçtüzüğü Paneli, (Ankara Barosu 2021) 111-132

Strom K, "Parliamentary Committees in European Democracies", in Lawrence D. Longley, Roger H. Davidson (Eds.), The New Roles of Parliamentary Committees, (Frank Cass & Co. Ltd, London 1998, Digital Printing 2005) 26-64

Yamamoto H, Tools For Parliamentary Oversight, A Comparative Study of 88 National Parliaments (Inter-Parliamentary Union 2007)

The National Assembly In The French Institutions, (M. Declan Mc Cavanas, Servıce Des Affaires Internationales Et De Défense, 2011)

The Standing Orders of the Danish Parliament, 2021, https://www.ft.dk/-/media/sites/ft/pdf/publikationer/engelske-publikationer-pdf/forretningsorden_engelsk_2018_samlet_web.ashx

The Spanish Constitution https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html?lang=en#:~:text=The%20Constitution%20is%20based%20on,the%20solidarity%20among%20them%20all.

The Standing Orders Of The Congress Of Deputies, https://www.congreso.es/webpublica/ficherosportal/standing_orders_02.pdf

Rules of Procedure of the European Parliament, 9th Parliamentary Term - November 2023, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RULES-9-2023-11-01_EN.pdf

İnternet Siteleri:

ABD Kongresi Resmi İnternet Sitesi https://www.congress.gov

Almanya Federal Meclisi Resmi İnternet Sitesi https://www.bundestag.de/en/

Anayasa Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi

Avrupa Parlamentosu Resmi İnternet Sitesi

Birleşik Krallık Parlamentosu Resmi İnternet Sitesi

Macaristan Ulusal Meclisi Resmi İnternet Sitesi

TBMM Kütüphanesi Açık Erişim Sistemi, https://acikerisim.tbmm.gov.tr/

TBMM Resmi İnternet Sitesi

Fransa Ulusal Meclisi İnternet Sitesi

https://tureng.com/

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article
DOI: 10.54049/taad.1513823

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA 2547 SAYILI YÜKSEKÖĞRETİM KANUNU KAPSAMINDA YÜRÜTÜLEN CEZA SORUŞTURMALARINA İLİŞKİN UYGULAMADA GÖRÜLEN EKSİKLİKLER

Deficiencies of Criminal Investigations Under the Higher Education Law No. 2547 in the Light of Council of State Decisions

Kemal UÇACAK*

Özet

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamında görev suçlarıyla ilgili ceza soruşturmaları üniversiteler ve Yükseköğretim Kurulu (YÖK) tarafından yürütülmektedir. Soruşturma sonucunda men-i muhakeme kararları resen, lüzum-u muhakeme kararları ise itiraz edildiği takdirde Danıştay tarafından incelenmektedir. Danıştay tarafından dosya onandığı takdirde ceza yargılaması başlamaktadır. Bozma kararı verildiği takdirde ise dosya, eksikliklerin tamamlanması için soruşturmayı yürüten üniversiteye veya YÖK'e iade edilmektedir. 2547 sayılı Kanun kapsamındaki ceza soruşturmalarını çoğunlukla çok farklı bilim alanlarından akademisyenler yürütmektedir. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı olmadıkları halde Cumhuriyet savcısı yetkilerini haiz şekilde ceza soruşturması yürüten kişilerin yürüttükleri ceza soruşturmalarında usul hataları yapılmaktadır. Çalışmanın amacı, 2547 sayılı Kanun çerçevesinde yürütülen ceza soruşturmalarında Danıştay tarafından tespit edilen eksiklikleri ortaya çıkarmaktır. Çalışma kapsamında yapılan araştırmada içerik analizi yöntemi kullanılmış, 2018, 2019 ve 2020 yıllarına ait 193 Danıştay kararı analiz edilmiştir. Analiz sonucunda, Danıştay kararlarında en sık karşılaşılan bozma nedeninin, bilirkişi raporu alınmaması veya alınan bilirkişi raporunun yetersiz/eksik olmasından kaynaklandığı anlaşılmıştır. En sık karşılaşılan bozma nedenlerinden ikincisi ise, bilgi ve belge temininde eksiklik veya eksik incelemedir. Araştırma bulguları, 2547 sayılı Kanun kapsamında ceza soruşturmalarını yürüten yükseköğretim kurumları için rehber mahiyetindedir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Görevlisi, Ceza Soruşturması, Yükseköğretim, Danıştay

Abstract

Criminal investigations into offences committed by university staff are carried out by the Council of Universities and Higher Education (YÖK). Decisions not to grant permission to prosecute as a result of the investigation are reviewed by the Council of State on its own initiative, and decisions to grant permission to prosecute are reviewed by the Council of State following an appeal. If the Council of State upholds the decision, criminal proceedings are initiated; if the decision is overturned, the case is returned to the university or the YÖK to complete the deficiencies. In criminal investigations under the Higher Education Act, academics from a wide range of disciplines often have to take on the task of conducting criminal investigations. Persons who are not prosecutors but who conduct criminal investigations with the powers of prosecutors may commit procedural errors in criminal investigations. The aim of the research is to identify the shortcomings identified by the Council of State in the criminal investigations carried out within the framework of the

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 13.02.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Dr. Öğretim Görevlisi, Gazi Üniversitesi, Rektörlük, kemalucacak@outlook.com, https://orcid.org/0000-0002-4813-8207.

Higher Education Act No. 2547. Content analysis, one of the methods of qualitative analysis, was used in the research. 193 decisions of the Council of State for the years 2018, 2019 and 2020 were analysed. As a result of the analysis, it is understood that the most common reason for reversal in the decisions of the Council of State is the failure to obtain an expert opinion or the inadequacy/incompleteness of the expert opinion. The second most frequent reason for reversal is the failure to obtain information and documents or an incomplete investigation. In fact, if the necessary information/documents are not collected and evaluated, the Council of State issues a reversal decision. The results of the research serve as a guide for higher education institutions conducting criminal investigations within the scope of the Higher Education Act No. 2547.

Key Words: Public Official, Criminal Proceedings, Higher Education, Council of State

GİRİŞ

Ceza soruşturmasını yapma görevi esasen Cumhuriyet Başsavcılıklarına aittir. Bununla birlikte 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu (2547 sayılı Kanun) kapsamındaki "görev suçları" ile ilgili ceza soruşturmaları, yükseköğretim personelinin disiplin amiri tarafından yürütülmektedir. 2547 sayılı Kanuna istinaden yürütülen ceza soruşturmalarında soruşturmacı Cumhuriyet savcısı olmamasına rağmen, Cumhuriyet savcısı gibi hareket ederek ve savcı yetkilerini kullanarak soruşturmayı yürütmektedir. Türk kamu yönetiminde bu durum yalnızca 2547 sayılı Kanun kapsamındaki görev suçlarına özel bir uygulamadır.

2547 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ceza soruşturmalarında çoğunlukla çok farklı bilim alanlarından akademisyenler ceza soruşturması yürütme görevini üstlenmektedir. Bu durum ise ceza soruşturmalarında usul hatalarına sebebiyet vermektedir. Ceza soruşturmasını hatasız ve eksiksiz şekilde yürütmek; hukukun temel kavramlarını, ceza hukukunu, idare hukukunu ve medeni hukuku bilmeyi zaruri kılan ziyadesiyle teknik bir konudur. Ayrıca soruşturmacı ceza muhakemesi hukukunu, bilhassa delil toplama yöntemlerini, ifade alma tekniklerini ve ceza soruşturması raporu (başka bir ifadeyle fezleke) yazım usulünü bilmelidir. Aksi takdirde yükseköğretim kurumlarındaki ceza soruşturmalarında yapılan usul hataları ve eksik incelemeler nedeniyle ceza soruşturması sonucu verilen kararlar Danıştay tarafından bozulmaktadır. Nitekim mevzuata göre ceza soruşturması sonucunda men-i muhakeme kararları kendiliğinden, lüzum-u muhakeme kararları ise itiraz edildiği takdirde Danıştay tarafından incelenmektedir. Dosya, Danıştay tarafından onandığı takdirde ceza yargılaması süreci başlamakta, bozma kararı verildiği takdirde ise eksikliklerin tamamlanması için soruşturmayı yürüten üniversiteye (veya YÖK'e) iade edilmektedir. Soruşturmanın yeniden yürütülmesi zaruretinin ortaya çıkmasıyla soruşturma süreci uzamaktadır. Bu nedenle hem soruşturma dosyasındaki kişiler açısından mağduriyet ortaya çıkmakta hem de Danıştay'ın ve yükseköğretim kurumlarının üzerinde yoğun bir iş yükü oluşmaktadır. Bu sorunları çözebilmek için 2547 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ceza soruşturmalarında yapılan usul hatalarının ve eksikliklerin muhtevasının ortaya çıkarılması önem arz etmektedir. Zira Danıştay tarafından tespit edilen eksikliklerin ortaya çıkarılması sayesinde aynı hataların tekrarlanmasının önüne geçilebilecektir.

Esasen yüksek mahkemeler tarafından yapılan temyiz incelemesi sonucunda bozma kararı verilmesi normal bir durumdur. Ancak 2547 sayılı Kanun kapsamındaki ceza soruşturması usulü standart dışı bir uygulamadır. Nitekim esasen hukuk sisteminde ceza soruşturması Cumhuriyet savcıları tarafından yürütülür. Bununla birlikte 2547 sayılı Kanuna istinaden yürütülen ceza soruşturmaları Cumhuriyet savcısı olmayan kişiler eliyle yürütülmektedir. Bu kişiler, Cumhuriyet savcısı olmamasına rağmen, Cumhuriyet savcısı gibi hareket ederek ve savcı yetkilerini kullanarak soruşturmayı yürütmektedir. Söz konusu uygulama, 2547 sayılı Kanun kapsamındaki görev suçlarına özgü bir uygulamadır. Bu çalışma kapsamında analiz edilen Danıştay kararlarının %70,47'sinin tamamen %3,11'inin ise kısmen bozulmuş olması dikkate alındığında dosyaların büyük çoğunluğu hakkında bozma kararı verildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla standart dışı bir uygulama olması ve bozma kararlarının çokluğu nedeniyle, uygulamadaki eksikliklerin ortaya çıkarılması bu soruşturmaların hukuka uygun şekilde yürütülmesine katkı sağlaması bakımından önem arz etmektedir.

Çalışmanın amacı, 2547 sayılı Kanun çerçevesinde yürütülen ceza soruşturmalarında, Danıştay tarafından tespit edilen eksiklikleri ortaya çıkarmaktır. Bu kapsamda 2018, 2019 ve 2020 yıllarına ait 193 Danıştay kararı analiz edilmiştir. Çalışmada şu sorulara cevap bulmak amaçlanmaktadır:

Araştırma Sorusu 1: 2547 sayılı Kanun çerçevesinde yürütülen ceza soruşturmalarında karşılaşılan suç tipleri nelerdir?

Araştırma Sorusu 2: 2547 sayılı Kanun çerçevesinde yürütülen ceza soruşturmalarında Danıştay tarafından tespit edilen eksiklikler nelerdir?

Araştırmada ilk olarak kamu görevlilerinin yargılanması ve memur güvencesi konusu incelenmiştir. Daha sonra genel olarak Türk kamu yönetiminde görev suçlarının soruşturulması ve özellikle 2547 sayılı Kanun kapsamında görev suçlarının soruşturulması hakkında bilgi verilmiştir. Üçüncü olarak araştırmanın yöntemi açıklanmıştır. Akabinde araştırmanın bulguları hakkında bilgi verilmiştir. Son olarak tartışma ve sonuç bölümünde araştırma bulguları tartışılmış ve öneriler yapılmıştır.

A. KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMASI VE MEMUR GÜVENCESİ

Memur, görevi gereği çeşitli eylem ve işlemler gerçekleştirmekte ve birçok kişi ile temas kurmaktadır. Teorik olarak, memurların kendi menfaatleri yerine kamu yararını ön planda tutarak hareket ettikleri kabul edilir. Kamu yararı ise özel kişilerin menfaatleriyle çatışabilmektedir. Memurun eylem ve işlemleri kişisel çıkarlara uymayabilir. Şahsi menfaatlerini korumak isteyen kötü niyetli kişiler, kamu yararını korumaya çalışan memur hakkında asılsız şikâyetlerde bulunarak onu rahatsız etmek ve korkutmak isteyebilirler. Memurlar hakkında kolay bir şekilde dava açılması mümkün olursa bu kişiler birçok dava ile karşı karşıya kalabilir ve böylelikle memurun görev ve yetkilerini kullanmaktan çekinmesi ve kamunun zarar görmesi tehlikesi söz konusu olabilir. Bu nedenle, memur hakkında kötü niyetli kişilerin

şikâyeti üzerine gereksiz dava açılmaması için bazı önlemler alınması zaruridir. Dolayısıyla her hukuk sisteminde memurlar için çeşitli şekillerle ve yöntemlerle özel koruma sağlamak yolu tercih edilmektedir.[1]

"Memur güvencesi", memurun kamu hizmetinin yararı için hükümet ve yürütme faaliyetlerinin tamamı bakımından idareye ve üçüncü kişilere karşı korunmasıdır. Memur güvencesi kavramının içerisinde memurlar için tanınan gerek mali gerekse görevle ilgili diğer birçok özlük hakları yer almaktadır.[2] Bunlardan en önemlisi memurların görev suçlarıyla ilgili olarak özel bir soruşturma yöntemine tabi olmasıdır.[3] Söz konusu güvence kamu hizmetinin daha iyi sunulması ve muhafazası için getirilmiştir. Kamu hizmetinin korunması o hizmeti sunan memurun da korunmasını gerektirmektedir. Bu itibarla söz konusu güvence memurun kişiliğine tanınan bir ayrıcalık değil kamu hizmetinin daha iyi sunulması için getirilmiş bir güvencedir.[4] Başka bir ifadeyle, kamu görevlisinin soruşturma ve yargılanmasına ilişkin "izin" sistemi ayrıcalık değil güvence mahiyetindedir.[5]

Danıştay'a göre memurların görev suçlarının özel soruşturma yöntemlerine tabi tutulmasının esas nedeni, onların görevlerini ifa ederken her tür korku ve endişeden uzak tutulmaları suretiyle kamu hizmetinin sağlıklı şekilde yürütülmesini sağlamaktır. Bu durum memuriyet görevi açısından bir çeşit teminat mahiyetindedir. Danıştay'a göre memurun eyleminin kamu hizmetinin gereklerine uygun bir davranış olup olmadığının ve suç teşkil edip etmediğinin tespit edilmesinde uzmanlık ve yetki sahibi idari mercilerin söz sahibi olmaları zaruridir. Dolayısıyla memurlar için özel soruşturma yöntemi bir imtiyaz tanımak yerine kamu hizmetinin sağlıklı şekilde yürütülmesine yönelik yasal önlem niteliğindedir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) suçun memuriyet esnasında işlenmesinin ağırlaştırıcı neden sayılması bu durumu kanıtlar mahiyettedir.[6] Ceza hukukunda memura karşı işlenen suçlar için diğer kişilere karşı işlenen suçlara kıyasla daha ağır cezalar belirlenmiştir. Bununla birlikte, memurlar için de görev suçlarıyla ilgili olarak daha ağır cezalar belirlenmiştir. Başka bir ifadeyle, ceza hukuku açısından memurluk ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul edilmektedir.[7] Diğer taraftan Anayasa Mahkemesinin (AYM) 14.11.1967 tarihli ve E.1967/14, K.1967/36 sayılı kararında, memur güvencesinin

---

1 Cahit Tutum, Türkiye'de Memur Güvenliği (1. bs, TODAİE Yayını 1972) s. 59; Metin Günday, İdare Hukuku (10. bs, İmaj Yayınevi 2014) s. 551; Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt II (3. bs, Ekin Yayınevi, 2019) s. 828.

2 TODAİE Kamu Yönetimi Sözlüğü, 'Memur Güvencesi' in Ömer Bozkurt, Turgay Ergun, Seriye Sezen (eds), (TODAİE Yayınları 2014) s. 166.

3 Onur Ender Arslan, "Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Yasa Üzerine Düşünceler" (2000) 33 (1) Amme İdaresi Dergisi, 59, s. 61.

4 Tutum (n 1) 7.

5 Arslan (n 3) 75.

6 Danıştay, "Memurin Muhakematı Hakkında Danıştay'ın Görüşü" (1983) 13 (48-49), 3, s. 4-5.

7 Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku (33. bs, Turhan Kitabevi 2015) 244; Turgut Tan, İdare Hukuku (7. bs, Turhan Kitabevi 2018) 555.

memurlara bir ayrıcalık tanımadığı belirtilmiştir. Danıştay'ın görüşüne benzer şekilde, Anayasa Mahkemesine göre de söz konusu güvence kanunun sağlamış olduğu teminat niteliğindedir. Bu güvence, kamu hizmetinin niteliğinin korunması için tesis edilmiştir. Zira memur yürüttüğü kamu hizmeti nedeniyle sıklıkla isnat ve iftiralara maruz kalabilir. Kendisine yürüttüğü görevle ilgili suç isnat edilen memurların hemen adli makamlara gönderilmesi memurları korkutur ve kamu hizmetini aksatır. Dolayısıyla kamu görevlisi hakkındaki suç isnatlarının öncelikle kamu hizmetinin mahiyetini ve memurluk psikolojisini iyi bilen kişilerin inceleme ve soruşturmasından geçirilmesi ve sonrasında kovuşturma aşamasına geçilmesi gereken bir eylem olduğu takdirde işin adli makamlara havale edilmesi kamu yararına bir tedbirdir.[8]

Hem Danıştay hem de Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen görüşlerinden, kamu görevlilerinin soruşturma ve kovuşturmasına ilişkin izin sisteminin amacının, kamu yararı olduğu anlaşılmaktadır. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun (4483 sayılı Kanun) Tasarısında da kamu görevlilerinin yargılanmasında özel düzenlemelerin gerekliliği benzer şekilde gerekçelendirilmiştir. Nitekim 4483 sayılı Kanun Tasarısında memurlar ve diğer kamu görevlilerini asılsız isnat ve iftiralar karşısında korumak için bunların görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında adlî makamların kovuşturma yapmasından önce idarenin bir inceleme yapmasını ve bu incelemenin sonucuna göre olayın yetkili ve görevli adlî mercie intikal ettirilmesini öngören sistemler geliştirildiği belirtilmiştir.[9] 6764 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

---

8 Anayasa Mahkemesi, E.1967/14, K.1967/36, 14.11.1967.

9 4483 sayılı Kanun gerekçesindeki ilgili kısım şu şekildedir: "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre bir suç işlendiğinde önce Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlık soruşturması yapılır. Bu aşamadan sonra mahkeme önünde yapılan son soruşturmaya geçilir. Suçun ortaya çıkmasından hükmün kesinleşmesine kadar, sanık hakkında yapılacak bütün işlemlerin adlî makamların görev ve yetkisi içinde bulunması genel kuraldır. Ancak, etkili, verimli, sür'atli ve saygın bir kamu yönetimi de toplumun vazgeçemeyeceği bir olgudur. Kamu yönetiminin hizmet görürken bunu memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yapacağı tabiîdir. Bu noktada, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri kamusal yetki ve usuller kullanmak suretiyle ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tâbi tutulmaları, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açabilir. Bu sakıncaları gidermek, memurlar ve diğer kamu görevlilerini asılsız isnat ve iftiralar karşısında korumak için bunların görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında adlî makamların kovuşturma yapmasından önce idarenin bir inceleme yapmasını ve bu incelemenin sonucuna göre olayın yetkili ve görevli adlî mercie intikal ettirilmesini öngören sistemler geliştirilmiştir. Nitekim Anayasamızın 129 uncu maddesinin son fıkrasında da 'Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır' hükmüne yer verilmek suretiyle sözü edilen sistem, Anayasal güvence altına alınmıştır. (…) Kamu yönetimini zaafa uğratmadan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri iddia olunan suçlarda yargılama aşamasına geçilmeden yapılacak soruşturmanın basit, etkili ve sür'atli biçimde işlemesini sağlamak ve suçların cezasız kalmasını engellemek amacıyla bu Tasarı hazırlanmıştır." Bkz. 4483 sayılı Kanun Gerekçesi <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-711e-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=4483#step-2 > Erişim Tarihi: 01 Temmuz 2023.

Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yükseköğretim personeli hakkında soruşturma başlatılmadan önce konuyla ilgili inceleme yapılabilmesine imkân tanınmıştır. Söz konusu değişiklik ile somut bilgi ve belge olmadan yapılan başvuruların soruşturma aşamasına geçilmeden ön inceleme aşamasında sonuçlandırılması amaçlanmıştır.[10]

Türk kamu yönetiminde, kamu görevlilerinin görevleri esnasında veya görevleri nedeniyle işledikleri suçlarla ilgili olarak soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi ve keza dava açılabilmesi özel hükümlere bağlanmıştır.[11]

B. TÜRK KAMU YÖNETİMİNDE GÖREV SUÇLARININ SORUŞTURULMASI

1982 Anayasası'nın 129'uncu maddesine göre, kamu görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlar nedeniyle kovuşturma aşamasına geçilmesi, yasayla belirlenen istisnalar dışında, görevli ve yetkili idari makamın iznine bağlıdır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (657 sayılı Kanun) "Kovuşturma ve yargılama" başlıklı 24'üncü maddesine göre, memurların "görev suçları" nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yapılması yasayla belirlenmiş bazı özel hükümlere bağlıdır. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili makamları tespit etmek ve takip edilecek yöntemi açıklığa kavuşturmak için 4483 sayılı Kanun hayata geçirilmiştir. Anılan Kanun, Türk kamu yönetiminde kamu görevlilerinin görev suçlarından dolayı soruşturulması ve yargılanması hususunda genel çerçeveyi çizmektedir. Bununla birlikte, anılan Kanun'un 2'nci maddesindeki "görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlar" ifadesinden bazı görev ve meslek mensuplarının soruşturma ve kovuşturma işlemleri bakımından yasayla getirilmiş özel düzenlemeler bulunabileceği anlaşılmaktadır. Bu durumda soruşturma ve kovuşturma işlemleri için yasayla getirilen özel düzenlemelerin tatbik edilmesi gerekmektedir. Nitekim yükseköğretim üst kuruluşlarının başkan ve üyeleri, yükseköğretim kurumlarının yöneticileri, öğretim elemanları, yükseköğretim üst kuruluşları ve yükseköğretim kurumlarının 657 sayılı Kanuna tabi memurları için, 2547 sayılı Kanunda özel soruşturma ve kovuşturma usulü belirlenmiştir. Başka bir ifadeyle, yükseköğretim personelinin görev suçlarının soruşturulması hususu 2547 sayılı Kanunda düzenlenmiştir.

---

[10] 6764 sayılı Kanun'un 27'nci madde gerekçesinde, yükseköğretim personelinin görev suçlarıyla ilgili şikâyet başvurusunun somut ve inandırıcı nitelikte bilgi/belge olmadan yapılması halinde veya suçun işlenmediğinin kısa bir inceleme ile açıkça görülebildiği diğer durumlarda inceleme yapılması akabinde ceza soruşturması açılmasına yer olmadığına karar verilebilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Bkz. 6764 sayılı Kanun m. 27 gerekçesi < https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c0-3f0a-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6764#step-2> Erişim Tarihi: 01 Temmuz 2023.

[11] Tortop vd. İnsan Kaynakları Yönetimi (4. bs Nobel Yayınevi, 2010) s. 350; Bilal Eryılmaz, Kamu Yönetimi (10. bs, Umuttepe Yayıncılık 2017) s. 337.

C. YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİNİN GÖREV SUÇLARININ SORUŞTURULMASI

2547 sayılı Kanuna göre, YÖK başkanı ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları personelinin görevleri nedeniyle ya da görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlar hakkında inceleme ve/veya (gerekirse) ceza soruşturması yürütme yetkisi anılan Kanun'da belirtilen yetkili kurullar veya disiplin amirlerindedir. Kanun'da "ilk soruşturma" ve "son soruşturma" olmak üzere iki aşamadan oluşan bir ceza soruşturması usulü düzenlenmiştir. İlk soruşturma sonucunda son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verilmektedir. Son soruşturma sonucunda da şüpheliler hakkında soruşturma makamı tarafından kovuşturma aşamasına geçilmesine gerek olup olmadığı hususunda karar verilmektedir.

2547 sayılı Kanunda "görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında" ifadesi kullanılmıştır. Ancak anılan Kanun'da görev dolayısıyla işlenen ya da görev esnasında işlenen suçun ne olduğu hususu tahdidi olarak belirlenmemiştir. Dolayısıyla görev suçunun sınırları bilimsel çalışmalar, içtihat ve uygulamada ortaya konulmaktadır. Diğer bir deyişle, uygulamada soruşturma makamı ile Danıştay tarafından, somut olayın özellikleri ve mahiyeti incelenerek işlendiği iddia edilen suçun görev suçu kapsamına girip girmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.[12] Danıştay içtihatlarına göre; ceza soruşturması sonucunda (son soruşturma sonucunda) isnat edilen suçu işlediği kanaatine ulaşılan şüpheliler hakkında "lüzum-u muhakeme", isnat edilen suçu işlemediği kanaatine ulaşılanlar hakkında "men-i muhakeme", şüphelinin aynı suçla ilgili olarak daha önce hakkında soruşturma yapılmış olması durumunda veya suçla illiyet bağı bulunmayan şüpheliler hakkında "karar verilmesine yer olmadığı", suçlarla illiyet bağı olmayan, sonradan illiyet bağı kesilen veya soruşturma şartı bulunmayan şüpheliler hakkında "kovuşturmaya yer olmadığı" kararı verilmesi gerekmektedir.[13]

2547 sayılı Kanun'un 53/c-4 maddesine göre, men-i muhakeme kararları resen, lüzum-u muhakeme kararları ise ilgililerin itirazı üzerine Danıştay tarafından incelenmektedir. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 42'nci maddesinin (k) fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yargılanmalarına ilişkin işlerin Danıştay Birinci Dairesi tarafından incelenip karara bağlanacağı belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle, 2547 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan ceza soruşturması sonucu alınan kararlar Danıştay Birinci Dairesi tarafından incelenmektedir.

Yasal süreç ve Danıştay incelemesi sonucunda, hakkında verilen lüzum-u muhakeme kararı kesinleşen kişiler için yargılama süreci, diğer bir ifadeyle kovuşturma aşaması başlamaktadır. 2547 sayılı Kanun'un 53/c-4 maddesine göre, lüzum-u

---

12 Berkan Ayturan, "Yükseköğretim Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Soruşturulması" (2018) (35), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 429, s. 439.

13 Karar türleriyle ilgili örnek olarak bakılabilecek Danıştay 1. Dairesi Kararları: 15.12.2020 tarihli ve E. No: 2020/1776, K. No: 2020/1667 sayılı Karar; 18.09.2019 tarihli ve E. No: 2019/1160, K. No: 2020/1139 sayılı Karar.

muhakemesi kesinleşen YÖK ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu başkan ve üyelerinin yargılanması Yargıtay ilgili ceza dairesi, temyiz incelemesi ise Yargıtay Ceza Genel Kurulunda yapılmaktadır. Diğer görevlilerin kovuşturması ise, suçun işlendiği yerdeki adliye mahkemelerinde yapılmaktadır. Kanuna göre, hiyerarşik olarak farklı konumdaki kişilerin birlikte suç işledikleri iddia edilirse, soruşturma usulü görev itibarıyla (hiyerarşik olarak) üst dereceliye göre belirlenmelidir. Örneğin aynı dosya kapsamında ileri sürülen iddialar içerisinde, rektörün yanı sıra aynı üniversitede görev yapan başka üniversite personeli de varsa soruşturma, rektörün disiplin amiri olan YÖK Başkanlığı tarafından yürütülmelidir.

2547 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ceza soruşturması sonucu verilen lüzum-u muhakeme kararı hukuken iddianame yerine geçen bir belge mahiyetindedir. Nitekim Yargıtay'ın çeşitli kararlarında, "lüzum-u muhakeme" kararı ile "men-i muhakeme" kararına yönelik denetim üzerine "lüzum-u muhakemeye" dair Danıştay 1. Dairesinin kararının iddianame yerine geçeceği ifade edilmiştir.[14] Kesinleşen lüzum-u muhakeme kararı sonrasında Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ayrıca iddianame düzenlenmez.[15] Lüzum-u muhakeme kararının iddianame niteliğini haiz olması nedeniyle, iddianamede yer alması gereken (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 170'inci maddesinde belirtilen) unsurlar lüzum-u muhakeme kararında bulunmalıdır.[16] Adli yargıda genel hükümlere göre yürütülen bir ceza soruşturmasında iddianamede bulunması gereken unsurların eksikliği iddianamenin iade edilmesine neden olmaktadır. Benzer şekilde, iddianame yerine geçen belgelerde de iddianamede bulunması zorunlu unsurların eksikliği Danıştay tarafından söz konusu belgenin iade edilmesiyle sonuçlanmaktadır. Başka bir ifadeyle, soruşturma sonucu alınan karar Danıştay tarafından bozulmaktadır.

CMK'nın 174'üncü maddesinde iddianamenin iade sebepleri şu şekilde sayılmıştır:

a) CMK'nın 170'inci maddesine aykırılık.

b) Suçun sübûtuna doğrudan etki edecek mevcut bir delilin toplanmaması.

c) Önödemeye veya uzlaştırmaya ya da seri muhakeme usulüne tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde önödeme veya uzlaştırma ya da seri muhakeme usulü uygulanmaksızın iddianame düzenlenmesi

---

14 Yargıtay 5.CD, E.2014/4759, K.2016/5144, 23.05.2016; Yargıtay 5.CD, E.2016/2468, K.2017/1141, 23.03.2017; Yargıtay 5.CD, E.2015/38237, K.2017/10555, 09.10.2017.

15 Lütfi Gürgen, "2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Soruşturma Usulü" (2018), s.166.

16 Hatice Mesci ve Vahdettin Aydın, "Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturma Usûlü" (2017), 7 (2), 1, s. 81; Gürgen (n 15), 166; Bahattin Duman, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması Yönetici-Personel-Öğrenci (7. bs, Seçkin Yayıncılık, 2021) s.119; Yakup Duranoğlu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Özel Soruşturma Usulleri Sonucunda Düzenlenen İddianame ve İddianame Yerine Geçen Belgelerin İadesi" (2022), 30 (1), 1, s. 34-35.

d) Soruşturma veya kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı olan suçlarda izin alınmaksızın veya talep olmaksızın iddianame düzenlenmesi.

Diğer taraftan CMK'nın 170'inci maddesine göre iddianamede; şüphelinin, müdafi, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği, mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi, açıklanmasında sakınca bulunmaması durumunda ihbarda bulunan kişinin kimliği, şikayetçinin kimliği, şikâyetin yapıldığı tarih, isnat edilen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri, isnat edilen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, suçun delilleri, şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri, bilgilerine yer verilmelidir. Ayrıca iddianamede, isnat edilen suçu teşkil eden olaylar mevcut delillerle ilişkilendirilmek suretiyle açıklanmalıdır. Suçu oluşturan olaylarla ve delillerle ilgisi olmayan bilgiler iddianamede yer almamalıdır. İddianamenin sonuç bölümünde şüphelinin aleyhine ve lehine olan bütün deliller tartışılmalıdır. Başka bir ifadeyle, iddianamede şüphelinin sadece aleyhine olan deliller değil lehine olanlar da belirtilmelidir. Son olarak, iddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç nedeniyle kanunda belirtilen cezalardan hangilerinin uygulanmasına karar verilmesinin istendiği açıkça ifade edilmelidir.

2547 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ceza soruşturması sonucu düzenlenen raporun diğer adı fezlekedir. Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilât, Görev ve Çalışma Usulleri Yönetmeliğinin 28'inci maddesine göre fezlekede; soruşturma onayı, soruşturmaya başlanan tarih, *"sanığın"* sıfatı ve kimliği, suç konuları, soruşturmanın aşamaları ve deliller, sanığın savunması bilgilerinin yer alması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca her suç maddesinin ayrı ayrı analiz edilerek delillere göre suçun sabit olup olmadığının tartışılacağı ve sonuç olarak elde edilen delillere göre *"sanığın"* yargılanmasının gerekip gerekmediği, gerekiyor ise uygulanacak kanun maddesi veya maddelerine yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Anılan madde incelendiğinde, fezlekede yer alması gereken unsurların sayılmasında bazı önemli bilgilere yer verilmediği görülmektedir. Örneğin, "suçun işlendiği tarih" bilgisi yer almamaktadır. Ayrıca anılan maddede "sanığın sıfatı ve kimliği" bilgisinin fezlekede yer alması gerektiği belirtilmiştir. Oysaki CMK'da yapılan tanıma göre, ceza soruşturması aşamasında hakkında soruşturma yürütülen, başka bir ifadeyle suç şüphesi altında olan kişi "şüpheli" olarak nitelendirilmelidir. "Sanık" ise kovuşturma aşamasında suç şüphesi altında olan kişiyi ifade etmektedir. Dolayısıyla Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilât, Görev ve Çalışma Usulleri Yönetmeliğinde değişiklik yapılarak TCK ve CMK ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

D. YÖNTEM

1. Veri Toplama Süreci

Analiz edilen Danıştay Kararlarına 11.06.2023 tarihinde www.lexpera.com.tr adresi vasıtasıyla erişilmiştir. Filtreleme işleminde Danıştay 1. Daire kararları işaretlenmiş ve mevzuat sekmesinde de 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu seçilmiş-

tir. Böylelikle Danıştay 1. Dairesi kararları arasından 2547 sayılı Kanunun 53'üncü maddesi kapsamında yürütülen ceza soruşturmalarına ilişkin kararlar listelenmiştir. Filtreleme işlemi sonucunda toplam 1.701 karar listelenmiştir. Listelenen kararlar arasında YÖK veya üniversiteler tarafından verilmeyen, lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme kararlarından birini içermeyen kararlar ayıklanarak analiz dışında bırakılmıştır. Sonuç olarak 2018, 2019 ve 2020 yıllarına ait toplam 193 karar analiz edilmiştir. Örneklem sayısı nitel araştırmaların doğasına uygun şekilde belirlenmiştir.

Nitel araştırmalarda örneklem büyüklüğü için belirli bir kural yoktur. Örneklem büyüklüğü; öğrenilmek istenen şeyin ne olduğuna, onun niçin öğrenilmek istendiğine, bulguların ne şekilde kullanılacağına ve çalışma için sahip olunan kaynaklara bağlıdır.[17] Nitel araştırmalar genellikle amaçlı bir şekilde seçilmiş az sayıda örnekleme dayanır.[18] Nitel araştırmanın doğası dikkate alındığında 193 kararın araştırma sorusunun cevaplanmasında yeterli olduğu değerlendirilmiştir. Nitekim yapılan incelemede az sayıda kararın incelenmesi sonrasında gerekçelerin birbirini tekrar etmeye başladığı görülmüştür.

2. Verilerin Analizi

Bu araştırmada içerik analizi yöntemi kullanılmıştır. İçerik analizi metinlerden tekrarlanabilir ve geçerli çıkarımlar yapmak için kullanılan bir araştırma tekniğidir.[19] Nitel içerik analizinin esası, kodlama çerçevesi geliştirmek ve kodlama yapmaktır.[20] Kodlama işleminde verilerin bir kelime ya da kısa bir ifade kullanılarak etiketlendiği[21] betimsel kodlama yöntemi kullanılmıştır. Kodlama işleminin uygulanmasında Maxqda Analytics Pro 2022 programından faydalanılmıştır.

Bu çalışmada temadan ana koda ana koddan ise alt koda gidilmiştir. Diğer bir deyişle çalışma tümdengelimsel model kullanılarak tasarlanmıştır. Çalışmanın teması, yükseköğretim personeli hakkında yürütülen ceza soruşturması sonucu alınan yetkili kurul kararlarının bozulmasına ve dosyanın iade edilmesine neden olan usul eksiklikleridir. Usul eksikliklerinin neler olduğu CMK'nın 174'üncü maddesinde sayılmıştır. Bu kategoriler araştırmanın ana kodlarını oluşturmaktadır. Bunlardan; birincisi CMK'nın 170'inci maddesine aykırılık, ikincisi suçun sübûtuna doğrudan etki edecek mevcut bir delilin toplanmaması, üçüncüsü önödemeye veya uzlaştırmaya ya da seri muhakeme usulüne tâbi olduğu soruşturma dosyasın-

---

17 Michael Quinn Patton, Nitel Araştırma ve Değerlendirme Yöntemleri (2. bs, Pegem Akademi Yayınevi 2018) s. 244.

18 Matthew B. Miles ve A. Michael Huberman, Nitel Veri Analizi (3. bs, Pegem Akademi Yayınevi 2019) s. 27; Patton (n. 18) 230;

19 Klaus Krippendorff, Content Analysis: An Introduction to Its Methodology (4. bs, Sage Publications 2019) s. 24.

20 Udo Kuckartz, "Qualitative Text Analysis: A Systematic Approach" in Kaiser, G., Presmeg, N (eds.), Compendium for Early Career Researchers in Mathematics Education (ICME-13 Monographs) (Springer, 2019) s. 183.

21 Johnny Saldana, Nitel Araştırmacılar İçin Kodlama El Kitabı (1. bs, Pegem Akademi Yayınevi 2019) s. 291.

dan açıkça anlaşılan işlerde önödeme veya uzlaştırma ya da seri muhakeme usulü uygulanmamasıdır.[22] Ayrıca Danıştay kararlarının incelenmesi sonucunda başka ana kodlar da belirlenmiştir. Diğer taraftan "CMK'nın 170'inci maddesine aykırılık" ana kodunun alt kodları, CMK'nın 170'inci maddesine göre belirlenmiştir. "suçun sübûtuna doğrudan etki edecek mevcut bir delilin toplanmaması" ana kodunun alt kodları ise Danıştay kararlarının incelenmesi suretiyle oluşturulmuştur. Tablo 1'de araştırmanın kodları görülmektedir.

Tablo 1. Araştırmanın Kodları

Tema	Ana Kod	Alt Kod
Usul eksiklikleri	CMK'nın 170'inci maddesine aykırılık	1.Suç ve delillerin ilişkilendirilerek tartışılmaması
	Suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delilin toplanmaması	1. Bilirkişi raporu alınmaması veya bilirkişi raporunda eksiklik olması
		2. Bilgi ve belge temininde eksiklik
		3. Şikâyetçinin ifadesinin alınmaması
		4. Şüphelinin ifadesinin alınmaması
		5. Gerekmesine rağmen tanık ifadesi alınmaması
		6. Şüpheli, tanık veya şikâyetçi ifadelerinin mevzuata uygun şekilde alınmaması
	Diğer	1. Şüphelilerin tespitindeki eksiklik/hata
		2. Şüpheliler hakkında teklif yapılmaması ve karar verilmemesi
		3. Soruşturmanın tarafsızlık ve objektifliğine uygun olmayan eylem ve işlemler
		4. Yetkisiz kurulun karar vermesi
		5. İddiaların ve savunmaların açıklayıcı ve detaylı şekilde değerlendirilmemesi
		6. Şüphelilerle onlara isnat edilen suç arasında illiyet bağı kurulmaması ve şüpheliye isnat edilen suçun belirsizliği
		7. Soruşturmacının akademik ünvanının şüphelinin akademik ünvanından düşük olması
		8. Soruşturmanın yetkisiz kişi tarafından başlatılması ve yetkisiz makamın soruşturmacı görevlendirmesi
		9. Şüphelilerin yükseköğretim personeli olup olmadığının incelenmemesi

[22] CMK'nın 174'üncü maddesinde ayrıca "*Soruşturma veya kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı olan suçlarda izin alınmaksızın veya talep olmaksızın düzenlenmesi*" de sayılmaktadır. Ancak zaten soruşturmayı yapan, izin makamının kendisi olduğu için araştırmada kodlar arasında yer verilmemiştir. Ayrıca "*önödemeye veya uzlaştırmaya ya da seri muhakeme usulüne tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde önödeme veya uzlaştırma ya da seri muhakeme usulü uygulanmaksızın düzenlenmesi*" 2547 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ceza soruşturmalarında karşılaşılabilecek bir usul eksikliği olmadığından kodlar arasına dahil edilmemiştir.

3. Araştırmanın Sınırlılığı

Danıştay kararlarının tamamının tam metni yayımlanmamaktadır. Danıştay internet sitesi ve Lexpera vasıtasıyla yapılan incelemede araştırma konusuna ilişkin 2022 ve 2023 yılı kararlarına ulaşılamamıştır. Nitekim https://karararama.danistay.gov.tr/ adresinden yapılan sorgulamada Danıştay Birinci Dairesinin 2014 yılı sonrasındaki kararlarının bulunmadığı görülmüştür. Esasen bu alandaki çalışmalar Danıştay resmi internet sitesinde veya yargı kararlarının da yer aldığı özel içtihat veri tabanlarında yayımlanan kararlar üzerinden gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla bu çalışma kapsamındaki analizler, Lexpera vasıtasıyla ulaşılabilen en güncel Danıştay kararları üzerinden gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.

E. BULGULAR

Tablo 2'de analiz edilen Danıştay kararlarının karar yılına ait istatistiki veriler görülmektedir.

Tablo 2. Karar Yılı

Yıl	Frekans
2020	135
2019	34
2018	24

Tablo 3'de analiz edilen Danıştay kararlarında şüpheliler hakkında soruşturma sonucu karar veren makama ilişkin istatistiki veriler görülmektedir.

Tablo 3. Karar Veren Makama İlişkin İstatistiki Veriler

Kararı Veren Makam	Frekans
Üniversiteler	174
YÖK	19

Tablo 3'den görüldüğü üzere, analiz edilen kararların 174'ü üniversiteler tarafından, 19'u ise YÖK tarafından verilmiştir. Şüpheliler arasında rektörün de bulunduğu dosyalar YÖK tarafından karara bağlanmaktadır. Diğer dosyalar ise üniversiteler tarafından karara bağlanmaktadır. Tablo 4'de analiz edilen Danıştay kararlarında şüphelilere isnat edilen suç tiplerine ilişkin istatistiki veriler görülmektedir.

Tablo 4. Şüphelilere İsnat Edilen Suç Tiplerine İlişkin İstatistiki Veriler

Suç Tipi	Frekans	Oran (%)
Görevi kötüye kullanma	89	36,03
Hatalı/eksik tedavi hizmeti	89	36,03
Hakaret	18	7,29
Resmi belgede sahtecilik	16	6,48
İftira	8	3,24

Suç Tipi	Frekans	Oran (%)
Tehdit	5	2,02
Dolandırıcılık	4	1,62
Suç uydurma	3	1,21
Kasten yaralama	3	1,21
Cinsel taciz	3	1,21
Cinsel saldırı	1	0,40
Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma	1	0,40
Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak	1	0,40
Güveni kötüye kullanma	1	0,40
Özel hayatın gizliliğini ihlal	1	0,40
Çocuğun cinsel istismarı	1	0,40
Edimin ifasına fesat karıştırma	1	0,40
İrtikap	1	0,40
Kişisel verileri hukuka aykırı şekilde verme veya ele geçirme	1	0,40
Toplam	**247**	**100**

2547 sayılı Kanun kapsamında yapılan soruşturmalarda oransal olarak en sık görülen suç tipleri görevi kötüye kullanma ve hatalı/eksik tedavi hizmetidir. Bu iki suç tipi toplamda %72,06 oranına tekabül etmektedir. Görevi kötüye kullanma suçu TCK'nın 257'nci maddesinde yer almaktadır. Diğer taraftan "hatalı/eksik tedavi hizmeti" esasen TCK'da tanımlanmış bir suç değildir. Bu çalışmada, "hatalı/eksik tedavi hizmeti" olarak kodlanan suç tipleri üniversite sağlık uygulama ve araştırma hastanelerinde sunulan tedavi hizmetlerinde gecikme, ihmal veya kusur fiillerinin işlenmesi suretiyle kişilerin yaralanmasına, zarar görmesine veya ölümüne neden olmayı ihtiva etmektedir.

Tablo 5'de suç tipleri açısından YÖK ve üniversitelerde yürütülen soruşturmaların karşılaştırılmasına ilişkin istatistiki veriler görülmektedir.

Tablo 5. Suç Tipleri Açısından YÖK ve Üniversitede Yürütülen Soruşturmaların Karşılaştırılması

Suç Tipi	YÖK Oran (%)	Üniversite Oran (%)
Görevi kötüye kullanma	76,20	32,30
Hatalı/eksik tedavi hizmeti	-	39,40
Hakaret	4,80	7,50
Resmi belgede sahtecilik	9,50	6,20
İftira	-	3,50
Tehdit	-	2,20

Suç Tipi	YÖK Oran (%)	Üniversite Oran (%)
Dolandırıcılık	9,50	0,90
Suç uydurma	-	1,30
Kasten yaralama	-	1,30
Cinsel taciz	-	1,30
Cinsel saldırı	-	0,40
Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma	-	0,40
Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak	-	0,40
Güveni kötüye kullanma	-	0,40
Özel hayatın gizliliğini ihlal	-	0,40
Çocuğun cinsel istismarı	-	0,40
Edimin ifasına fesat karıştırma	-	0,40
İrtikap	-	0,40
Kişisel verileri hukuka aykırı şekilde verme veya ele geçirme	-	0,40

YÖK'te yürütülen soruşturmalarda en çok karşılaşılan suç tipi %76,20'lik bir oran ile görevi kötüye kullanma suçudur. Üniversitelerde yürütülen soruşturmalarda ise en çok karşılaşılan suç tipi %39,40 oranına tekabül eden hatalı/eksik tedavi hizmetidir. Tablo 6'da, analiz edilen 193 Danıştay kararında, ne ölçüde bozma kararı verildiğine dair istatistiki veriler görülmektedir.

Tablo 6. Dosyaların İade Edilip Edilmemesine İlişkin Veriler

İade Edilip Edilmeme Durumu	Frekans	Oran (%)
İade edilmiş	136	70,47
Kısmen onanmış kısmen iade Edilmiş	6	3,11
İade edilmemiş (onanmış)	51	26,42
Toplam	193	100

Analiz edilen 193 dosyanın Danıştay tarafından %70,47'si tamamen bozulmuş, %3,11'i kısmen onanıp kısmen bozulmuş ve %26,42'si onanmış dosyalardan oluşmaktadır. Bu verilere göre, 2547 sayılı Kanun kapsamında yürütülen soruşturmaların büyük bir kısmı Danıştay tarafından usul hataları ve/veya eksik inceleme nedenleriyle bozulmaktadır. Bozma kararı verilen dosyalar eksikliklerin tamamlanarak yeniden fezleke düzenlenmesi ve karar verilmesi için kararı veren makama (YÖK veya üniversiteye) iade edilmektedir.

Tablo 7'de Danıştay tarafından iade edilip edilmeme durumu açısından YÖK ve üniversitede yürütülen dosyaların karşılaştırılmasına dair istatistiki veriler görülmektedir.

Tablo 7. İade Edilip Edilmeme Durumu Açısından YÖK ve Üniversitede Yürütülen Soruşturmaların Karşılaştırılması

İade Edilip Edilmeme Durumu	YÖK Oran (%)	Üniversite Oran (%)
İade edilmiş	36,80	74,10
Kısmen onanmış kısmen iade edilmiş	10,50	2,30
İade edilmemiş (onanmış)	52,60	23,60

Danıştay tarafından bozulan dosyalar üzerinde inceleme yapıldığında, üniversitelerde yürütülen soruşturma dosyalarının bozulma oranının YÖK'te yürütülen soruşturmaların bozulma oranına göre daha yüksek olduğu görülmektedir.

Tablo 8'de analiz edilen Danıştay kararlarında karşılaşılan bozma (iade edilme) sebeplerine ilişkin istatistiki veriler görülmektedir.

Tablo 8. Danıştay Kararlarında Karşılaşılan Bozma (İade Edilme) Sebeplerine İlişkin İstatistiki Veriler

Tema	Ana Kod	Alt Kod	Frekans	Oran (%)
Usul eksiklikleri	CMK'nın 170'inci maddesine aykırılık	Suç ve delillerin ilişkilendirilerek tartışılmaması	6	1,59
	Suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delilin toplanmaması	Bilirkişi raporu alınmaması veya Bilirkişi raporunda eksiklik olması	89	23,61
		Bilgi ve belge temininde eksiklik	71	18,83
		Şikâyetçinin ifadesinin alınmaması	25	6,63
		Şüphelinin ifadesinin alınmaması	14	3,71
		Gerekmesine rağmen tanık ifadesi alınmaması	19	5,04
		Şüpheli, tanık veya şikâyetçi ifadelerinin mevzuata uygun şekilde alınmaması	8	2,12

Tema	Ana Kod	Alt Kod	Frekans	Oran (%)
Usul eksiklikleri	Diğer	Şüphelilerin tespitindeki eksiklik/hata	61	16,18
		Şüpheliler hakkında teklif yapılmaması ve karar verilmemesi	18	4,77
		Soruşturmanın tarafsızlık ve objektifliğine uygun olmayan eylem ve işlemler	19	5,04
		Yetkisiz kurulun karar vermesi	16	4,24
		İddiaların ve savunmaların açıklayıcı ve detaylı şekilde değerlendirilmemesi	11	2,92
		Şüphelilerle onlara isnat edilen suç arasında illiyet bağı kurulmaması ve şüpheliye isnat edilen suçun belirsizliği	15	3,98
		Soruşturmacının akademik ünvanının şüphelinin akademik ünvanından düşük olması	1	0,27
		Soruşturmanın yetkisiz kişi tarafından başlatılması ve yetkisiz makamın soruşturmacı görevlendirmesi	2	0,53
		Şüphelilerin yükseköğretim personeli olup olmadığının incelenmemesi	2	0,53

Danıştay kararlarında en sık karşılaşılan bozma nedeni, bilirkişi raporu alınmaması veya alınan bilirkişi raporunun yetersiz olmasıdır. Özel bilgi ve teknik uzmanlık gerektiren konularda bilirkişi görüşü alınması gerekmektedir. Soruşturma konusunun aydınlatılması özel bilgi ve teknik uzmanlık gerektirmesine rağmen alanında uzman bilirkişi görüşü alınmadığı takdirde Danıştay tarafından bozma kararı verilmektedir. Örneğin hatalı/eksik tedavi hizmeti iddialarının araştırıldığı bir soruşturmada bilirkişi görüşü alınması zaruridir. 2547 sayılı Kanun kapsamında bilhassa üniversitelerde yapılan soruşturmalarda en sık karşılaşılan suç tipi hatalı/eksik tedavi hizmetidir. Bu kapsamda üniversite sağlık uygulama ve araştırma hastanelerinde sunulan tedavi hizmetinde; eksiklik, ihmal veya kusur iddiaları ileri sürülmektedir. Bu iddiaların aydınlatılması, şüphelilerin tespiti ve tespit edilen şüphelilerin kusurlu olup olmadıklarının anlaşılabilmesi için soruşturma konusu bilim alanında uzman akademisyenlerden oluşan bilirkişi heyeti kurulması gerekmektedir. Ayrıca kurulan bilirkişi heyetinin hazırlamış olduğu rapor soruşturma konusunu aydınlatacak mahiyette olmalıdır. Zira bilirkişi heyeti kurulmuş olsa dahi bilirkişi heyetinin raporu olayları aydınlatacak bilgileri ve değerlendirmeleri ihtiva etmiyor ise Danıştay tarafından bozma kararı verilerek yeni bir bilirkişi heyeti kurulması ve eksikliğin giderilmesi istenmektedir. Danıştay kararları üzerinde yapılan inceleme sonucunda bilirkişi

raporlarında bulunması gereken özellikler şu şekilde özetlenebilir:[23]

1) Bilirkişi raporu bir heyet tarafından hazırlanmalıdır. Dolayısıyla sadece bir kişiden alınan bilirkişi raporu yeterli görülmemektedir.[24] Diğer taraftan bilirkişi heyeti üye sayının 3, 5 veya 7 kişi gibi tek sayıdan oluşmasına dikkat edilmelidir. Zira bilirkişi heyeti üye sayısının tek sayıdan oluşması halinde oy çokluğu ile karar alma imkânı olacaktır. Bununla birlikte bilirkişi heyetinin kaç kişiden oluşması gerektiği hususunda her durumda geçerli bir sayı bulunmamaktadır. Olayın mahiyetine göre, Danıştay kararlarında 3, 5 veya 7 kişiden oluşan bilirkişi heyeti kurulması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla bu verilere göre, bilirkişi heyetinin kaç kişiden oluşacağı hususunda kesin bir kural bulunmamaktadır. Her olayın kendi özellikleri dikkate alınmak suretiyle soruşturma konusunun aydınlatılması için yeterli olan sayı tespit edilerek bilirkişi heyetinin üye sayısı belirlenmelidir. Örneğin hatalı tedavi hizmeti ile ilgili iddiaların aydınlatılabilmesi için çoğu zaman farklı uzmanlık alanlarından akademisyenlerin bilirkişi heyetinde bulunması gerekmektedir. Zira bazı olaylarda iddiaların aydınlatılabilmesi için disiplinler arası farklı uzmanlık alanından bilirkişilerin birlikte çalışması zaruridir. Dolayısıyla bilirkişi heyetinin kaç kişiden oluşması gerektiği hususu her durumda farklılık gösterebilir. Özet olarak, soruşturma konusunun aydınlatılması için gerekli sayıda bilirkişi heyeti üyesi belirlenmeli, oluşturulan bilirkişi heyetinin heyet şeklinde hazırladıkları raporu soruşturmayı yürüten makama sunmaları gerekmektedir.

2) Bilirkişi heyeti üyelerinin görevlendirilme işleminin bizzat soruşturmayı yürüten makam tarafından yapılmaması gerekmektedir. Nitekim Danıştay kararlarına göre, bilirkişi heyeti üyelerinin isimlerinin belirlenmesi ve görevlendirme işleminin bizzat soruşturmacı tarafından yapılması soruşturmanın tarafsızlık ve objektifliğine aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla bilirkişi heyeti görevlendirme işlemi için, soruşturmayı yürüten makamın farklı bir kurumdan/üniversiteden talepte bulunması, bilirkişi heyeti üyelerinin isimlerinin belirlenme ve görevlendirme işleminin talepte bulunulan kurum/üniversite tarafından yapılması gerekmektedir. Yine soruşturmanın tarafsızlık ve objektifliği kapsamında, görevlendirilen bilirkişiler soruşturmanın yürütüldüğü üniversite dışından olmalıdır. Başka bir ifadeyle, soruşturmanın yürütüldüğü üniversitede görev yapmakta olan akademisyenlerin bilirkişi olarak görevlendirilmesi soruşturmanın tarafsızlık ve objektifliğine aykırılık teşkil etmektedir.

---

[23] Örnek olarak bakılabilecek Danıştay 1. Dairesi kararları: 15.12.2020 tarihli ve E. No: 2020/1776, K. No: 2020/1667 sayılı karar; 11.11.2020 tarihli ve E. No: 2020/1544, K. No: 2020/1493 sayılı karar; 12.11.2020 tarihli ve E. No: 2020/1426, K. No: 2020/1516 sayılı karar; 28.02.2018 tarihli ve E. No: 2018/67, K. No: 2018/240 sayılı karar; 01.10.2020 tarihli ve E. No: 2020/1115, K. No: 2020/1215 sayılı karar.

[24] 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Bilirkişi sayısının belirlenmesi" başlıklı 267'nci maddesine göre, mahkeme bilirkişi olarak yalnızca 1 kişiyi görevlendirebilir. Tek sayıda birden fazla kişiden oluşan heyet'in bilirkişi olarak görevlendirilebilmesi için, gerekçesi açıkça gösterilmelidir. Ancak 2547 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ceza soruşturmalarında tek bir kişiden alınan bilirkişi raporu yeterli görülmemektedir.

3) Bilirkişi heyeti raporu soruşturma konusu olayları aydınlatacak mahiyette inceleme ve değerlendirme içermeli, soruşturma makamının kendisinden cevaplamasını istediği soruları eksiksiz ve net şekilde cevaplamalı, kendisi için belirlenen görevi bilimsel ve etik kurallara uygun şekilde yerine getirmelidir. Bilirkişi heyeti raporunun iddia konusu hususları aydınlatacak nitelikte bilgi ve değerlendirme içermemesi durumunda soruşturmacı, bilirkişi heyetinden bu eksikliğin giderilmesini istemeli veya başka bir bilirkişi heyetinden rapor almalıdır.

Danıştay kararlarında en sık karşılaşılan bozma nedenleri arasında ikinci sırada bilgi ve belge temininde eksiklik veya başka bir ifadeyle eksik inceleme yer almaktadır. Soruşturma konusu olayın aydınlatılmasında gerekli olan bilgi ve belgelerin temin edilerek soruşturma raporunda değerlendirilmemesi halinde Danıştay tarafından bozma kararı verilmekte ve eksikliklerin giderilmesi için dosya soruşturma makamına iade edilmektedir. Bu durumda eksik bilgi ve belgelerin toplanarak soruşturmanın yeniden yapılması gerekmektedir. Bilgi ve belge temininde eksiklik, soruşturma konusunun mahiyeti ve kapsamına göre çok farklı şekillerde tezahür edebilir. Örneğin iddiaların aydınlatılması için; mahkemeden, Adli Tıp Kurumundan, sağlık kuruluşlarından, Sayıştay'dan, bankalardan ve diğer çeşitli özel/kamu kurum ve kuruluşlardan bilgi ve belge talep edilmesi gerekebilir.[25] CMK'nın 332'nci maddesinde suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı şekilde talep edilen bilgilere 10 gün içinde cevap verilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. 2547 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ceza soruşturmalarında düzenlenen fezleke iddianame mahiyetinde olduğundan soruşturmacı tarafından istenen tüm bilgi ve belgelerin yasal süresi içerisinde gecikmeksizin verilmesi zaruridir. Dolayısıyla soruşturmacının olayın aydınlatılması için gereken tüm bilgi ve belgeleri temin ederek soruşturma raporunda değerlendirmesi gerekmektedir.

Danıştay kararlarında en sık karşılaşılan bozma nedenlerinden üçüncüsü şüphelilerin tespitinde eksiklik veya hata yapılmasıdır. Şüpheli soruşturma aşamasında suç şüphesi altında bulunan kişidir (CMK, Madde 2). İncelenen Danıştay kararlarındaki bozma nedenleri arasında "tüm sorumluların ismen ve görev ünvanlarıyla belirlenerek şüpheli sıfatıyla soruşturmaya dâhil edilmemeleri" en sık karşılaşılan bozma nedenlerindendir. Ayrıca "şüphelilerle onlara isnat edilen suç arasında illiyet bağı kurulmaması ve şüpheliye isnat edilen suçun belirsizliği", "şüphelilerin yükseköğretim personeli olup olmadığının incelenmemesi", "şüpheliler hakkında teklif yapılmaması ve karar verilmemesi" şüphelilerin tespitiyle ilgili olarak sık yapılan hatalardandır.[26] Ceza soruşturmasında öncelikle soruşturma konusu olayların

[25] Örnek olarak bakılabilecek Danıştay 1. Dairesi kararları: 04.11.2020 tarihli ve E. No: 2020/1457, K. No: 2020/1423 sayılı karar; 04.11.2020 tarihli ve E. No: 2020/1509, K. No: 2020/1425 sayılı karar; 15.12.2020 tarihli ve E. No: 2020/1827, K. No: 2020/1668 sayılı karar.

[26] Örnek olarak bakılabilecek Danıştay 1. Dairesi kararları: 11.11.2020 tarihli ve E. No: 2020/1544, K. No: 2020/1493 sayılı karar; 10.11.2020 tarihli ve E. No: 2020/1249, K. No: 2020/1472 sayılı

dikkatle incelenerek sorumluluğu bulunanların tespit edilmesi ve şüpheli sıfatıyla soruşturmaya dâhil edilmesi gerekmektedir. Düzenlenen fezlekede de suçlarla illiyet bağına göre şüpheliler hakkında; men-i muhakeme, lüzum-u muhakeme, kovuşturmaya yer olmadığı, karar verilmesine yer olmadığı tekliflerinden biri yapılmalı ve yetkili kurul tarafından karar verilmelidir.

Sık karşılaşılan bozma nedenlerinden biri de ifade alma ile ilgili yapılan hatalardan kaynaklanmaktadır. Ceza soruşturmasında mutlaka şüpheli, müşteki ve (gerekli durumlarda) tanık ifadesi alınmalıdır. CMK'nın 160'ıncı maddesinin 2'nci fıkrasında Cumhuriyet savcısının gerçeğin araştırılması için şüphelinin lehine ve aleyhine olan tüm delilleri toplamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Şüpheli, müşteki ve tanık ifadeleri de delil niteliğindedir. Nitekim Danıştay şüpheli, müşteki ve (gerekli durumlarda) tanık ifadesi alınmaması halinde usul hatası nedeniyle bozma kararı vermektedir. Diğer taraftan ön inceleme aşamasında alınan ifadelerle yetinilerek soruşturma aşamasında ifade alınmadan dosyanın sonuçlandırılması da bozma nedeni olarak ortaya çıkmaktadır.[27] Ayrıca ifade alma işleminde CMK'da belirtilen usule uyulmaması da dosyanın bozulmasına neden olmaktadır. Şüphelinin ifade alma işleminde CMK'nın "İfade ve sorgunun tarzı" başlıklı 147'nci maddesinde belirtilen hususlara riayet edilmesi gerekmektedir. Zira anılan madde aynı zamanda şüphelinin soruşturma aşamasındaki haklarını ihtiva etmektedir. Tanık ifadesinin alınmasında ise CMK'nın "Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif" başlıklı üçüncü kısmın "Tanıklık" başlıklı birinci bölümünde belirtilen esaslara uyulmalıdır. Mağdur ve şikâyetçinin ceza soruşturmasındaki hakları ise CMK'nın 234'üncü maddesinde sayılmaktadır. Dolayısıyla şüpheli, müşteki ve (gerekli olması halinde) tanık ifadelerinin mutlaka CMK'da belirtilen usule uygun şekilde alınması ve tüm kişilerin CMK'da belirtilen haklarına riayet edilmesi gerekmektedir.

"Suç ve delillerin ilişkilendirilerek tartışılmaması" ve "iddiaların ve savunmaların açıklayıcı ve detaylı şekilde değerlendirilmemesi" durumunda Danıştay tarafından bozma kararı verilmektedir.[28] CMK'nın 170'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında "İddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır" hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla fezlekede, toplanan deliller suç ve suçun unsurlarının oluşup oluşmaması açısından tartışılmalıdır. Sadece iddia veya ifadelerin/beyanların tekrarlanması suretiyle soruşturmanın sonuçlandırılması ve teklif yapılması durumunda dosya Danıştay tarafından bozulmaktadır. Dolayısıyla ceza soruşturması sonucunda yapılan teklif muhakkak gerekçelendirilmelidir. Bunun için de iddiaların ve ifadelerin açıklayıcı şekilde değerlendirilmesinin yanı sıra isnat edilen

karar; 12.02.2020 tarihli ve E. No: 2020/80, K. No: 2020/192 sayılı karar; 15.10.2020 tarihli ve E. No: 2020/1190, K. No: 2020/1328 sayılı karar.

27 Örnek olarak bakılabilecek Danıştay 1. Dairesi kararı: 10.11.2020 tarihli ve E. No: 2020/1521, K. No: 2020/1462 sayılı karar.

28 Örnek olarak bakılabilecek Danıştay 1. Dairesi kararı: 15.12.2020 tarihli ve E. No: 2020/1798, K. No: 2020/1659 sayılı karar.

suç ile delillerin ilişkilendirilerek tartışılması gerekmektedir. Tartışma ve değerlendirme sonucunda şüpheli hakkında ceza soruşturmasında yapılabilecek 4 tekliften biri yapılmalıdır (lüzum-u muhakeme, men-i muhakeme, kovuşturmaya yer olmadığı, karar verilmesine yer olmadığı). Ayrıca soruşturma aşamasında alınan şüpheli, müşteki ve tanık ifadelerinde ifadesi alınan kişilerin verdikleri bilgi ve belgelere istinaden, soruşturma konusuyla ilgili olarak araştırılması ve aydınlatılması gereken ilave hususların ortaya çıkması durumunda, bu hususların da araştırılması gerekmektedir. Aksi takdirde eksik inceleme nedeniyle Danıştay aşamasında dosya bozulmaktadır.

Ceza soruşturmasında soruşturmanın tarafsız ve objektif şekilde yürütülmesine özen gösterilmelidir. Zira "soruşturmanın tarafsızlık ve objektifliğine uygun olmayan eylem ve işlemler" Danıştay aşamasında bozma nedeni olarak kabul edilmektedir. Objektifliğe aykırı eylemler farklı şekillerde tezahür etmektedir. Örneğin şüphelilerle aynı üniversitede görevli akademisyenlerin bilirkişi heyeti üyesi olarak görevlendirilmesi, bilirkişi heyeti üyelerinin bizzat soruşturmacı tarafından ismen belirlenmesi, rektörü de ilgilendiren iddialar bulunmasına rağmen soruşturmanın rektörlük tarafından yürütülmesi ve soruşturmacının rektör tarafından belirlenmesi, soruşturma açılmasına yer olmadığı yönünde kanaat ifade eden soruşturmacının mahkeme kararına istinaden aynı konuda başlatılan soruşturmada soruşturmacı olarak görevlendirilmesi, profesör olan şüpheli hakkında doçent olan bilirkişilerden rapor alınması halleri Danıştay tarafından objektifliğe ve tarafsızlığa aykırı olarak değerlendirilmektedir.[29]

Görev ve yetkiye ilişkin yapılan usul hataları da önemli bozma nedenleri arasındadır. Ceza soruşturmasında görev ve yetkiye ilişkin hususlar 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede belirtilen usule uyulması gerekmektedir. Örneğin; rektörü de ilgilendiren iddialar hakkında soruşturmanın rektörlük tarafından yapılması, şüphelinin soruşturma konusu fiili gerçekleştirdiği üniversite yerine daha sonra göreve başladığı başka bir üniversitenin soruşturmayı yürütmesi, 2547 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesindeki "Değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemeleri halinde soruşturma usulü ve yetkili yargılama mercii görev itibariyle üst dereceliye göre tayin olunur." hükmüne uyulmaması, görev ve yetkiye ilişkin usul hatası olarak kabul edilmektedir.[30] Dolayısıyla ceza soruşturmasında öncelikle yetki hususu incelenmeli ve eğer yetkisizlik söz konusu ise dosya gereğinin takdir ve ifası için yetkili makama gönderilmelidir.

---

[29] Örnek olarak bakılabilecek Danıştay 1. Dairesi kararları: 06.02.2018 tarihli ve E. No: 2018/208, K. No: 2018/103 sayılı karar; 12.11.2020 tarihli ve E. No: 2020/1676, K. No: 2020/1509 sayılı karar; 03.06.2020 tarihli ve E. No: 2020/465, K. No: 2020/462 sayılı karar; 18.09.2018 tarihli ve E. No: 2018/1013, K. No: 2018/1418 sayılı karar; 19.06.2018 tarihli ve E. No: 2018/973, K. No: 2018/1060 sayılı karar.

[30] Örnek olarak bakılabilecek Danıştay 1. Dairesi kararları: 08.10.2020 tarihli ve E. No: 2020/1258, K. No: 2020/1279 sayılı karar; 01.10.2020 tarihli ve E. No: 2020/1084, K. No: 2020/1227 sayılı karar; 17.06.2020 tarihli ve E. No: 2020/653, K. No: 2020/653 sayılı karar.

Tablo 9'da analiz edilen kararlarda Danıştay tarafından bozulan ve iade edilen dosyalardaki bozma nedenlerinin, YÖK ve üniversiteler açısından karşılaştırılmasına ilişkin istatistiki veriler görülmektedir.

Tablo 9. Bozulma Nedenlerinin YÖK ve Üniversiteler Açısından Karşılaştırılması

Tema	Ana Kod	Alt Kod	YÖK Oran (%)	Üniversite Oran (%)
Usul eksiklikleri	CMK'nın 170'inci maddesine aykırılık	1.Suç ve delillerin ilişkilendirilerek tartışılmaması	3,30	1,40
	Suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delilin toplanmaması	1. Bilirkişi raporu alınmaması veya bilirkişi raporunda eksiklik olması	13,30	24,60
		2. Bilgi ve belge temininde eksiklik	20	18,80
		3. Şikâyetçinin ifadesinin alınmaması	6,70	6,70
		4. Şüphelinin ifadesinin alınmaması	13,30	2,90
		5. Gerekmesine rağmen tanık ifadesi alınmaması	3,30	5,20
		6. Şüpheli, tanık veya şikâyetçi ifadelerinin mevzuata uygun şekilde alınmaması	3,30	1,70
	Diğer	1. Şüphelilerin tespitindeki eksiklik/hata	13,30	16,50
		2. Şüpheliler hakkında teklif yapılmaması ve karar verilmemesi	10	4,30
		3. Soruşturmanın tarafsızlık ve objektifliğine uygun olmayan eylem ve işlemler	0	5,50
		4. Yetkisiz kurulun karar vermesi	0	4,60
		5. İddiaların ve savunmaların açıklayıcı ve detaylı şekilde değerlendirilmemesi	6,70	2,60
		6. Şüphelilerle onlara isnat edilen suç arasında illiyet bağı kurulmaması ve şüpheliye isnat edilen suçun belirsizliği	6,70	3,50
		7. Soruşturmacının akademik ünvanının şüphelinin akademik ünvanından düşük olması	0	0,30
		8. Soruşturmanın yetkisiz kişi tarafından başlatılması ve yetkisiz makamın soruşturmacı görevlendirmesi	0	0,60
		9. Şüphelilerin yükseköğretim personeli olup olmadığının incelenmemesi	0	0,60

Tablo 9'dan görüldüğü üzere, üniversitelerde yürütülen soruşturma dosyalarında en sık karşılaşılan bozma nedeni %24,60 oranıyla bilirkişi raporu alınmaması

veya bilirkişi raporunda eksiklik olmasıdır. Nitekim üniversitelerde yürütülen ceza soruşturmalarında en sık karşılaşılan suç tipi hatalı veya eksik tedavi hizmetiyle yaralanmaya veya ölüme sebep olmaktır. Dolayısıyla bu iddiaların araştırılması için bilirkişi raporu alınması zaruridir. YÖK tarafından yürütülen soruşturmalarda ise en sık karşılaşılan bozma nedeni, bilgi ve belge temininde eksiklik/eksik incelemedir.

SONUÇ

Bu araştırmada 2547 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ceza soruşturmalarında Danıştay tarafından tespit edilen eksiklikler araştırılmıştır. 2547 sayılı Kanun kapsamındaki ceza soruşturmalarında, dosyaların büyük ölçüde usul hataları ve eksik inceleme nedeniyle Danıştay tarafından bozulduğu anlaşılmıştır. Araştırma bulgularına göre 2547 sayılı Kanun kapsamında yapılan ceza soruşturmalarında en sık karşılaşılan suç tiplerinin görevi kötüye kullanma ve hatalı/eksik tedavi hizmeti olduğu görülmüştür. YÖK'te yürütülen soruşturmalarda en çok karşılaşılan suç tipi görevi kötüye kullanma suçudur. Üniversitelerde yürütülen soruşturmalarda ise en çok karşılaşılan suç tipi hatalı/eksik tedavi hizmetidir. Tıp fakültesi hastanelerinin bulunması nedeniyle hatalı/eksik tedavi hizmeti suretiyle yaralama ve ölüme sebebiyet verme iddialarının üniversitelerde çok sayıda soruşturma açılmasına sebebiyet verdiği çıkarımı yapılabilir.

Araştırma bulguları ceza soruşturmasındaki eksikliklerin tamamının önlenebilir nitelikte olduğunu göstermektedir. Alınacak tedbirlerle birlikte bu hataların tekrarlanmasının önüne geçilebilir. Bu çalışmanın bulgularından yola çıkılarak yükseköğretim kurumları ceza soruşturmasının ne şekilde ve hangi usulle yürütülmesi gerektiğini anlatan bir 2547 sayılı Kanun kapsamındaki görev suçlarına ilişkin ceza soruşturması rehberi hazırlanması, ceza soruşturmasını yürütecek soruşturmacı akademisyenlere yol gösterebilir. Bu rehberde ceza soruşturmasının temel ilkelerinin yanı sıra özellikle yükseköğretim personelinin ceza soruşturmasında sık karşılaşılan suç tipleri açıklanmalıdır. Nitekim araştırma bulguları, görevi kötüye kullanma ve hatalı tedavi sonucu kasten yaralama/ölüme sebep olma suç tiplerinin en sık karşılaşılan suç tipi olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla ceza soruşturması rehberinde, görevi kötüye kullanma suç tipinin tanımı ve bu suçun unsurlarının neler olduğu hususlarında soruşturmacılara bilgi verilmelidir. Aynı şekilde hatalı tedavi hizmeti sonucu yaralanmaya veya ölüme sebebiyet verme suçlarının soruşturulmasına ilişkin temel hususlar ceza soruşturması rehberinde bulunmalıdır. Araştırma bulguları, Danıştay'ın en sık karşılaşılan bozma nedeninin, bilirkişi raporu alınmaması veya alınsa bile bilirkişi raporunun soruşturma konusu olayı aydınlatmada yetersiz kalması olduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla hazırlanacak ceza soruşturması rehberinde, bilirkişi raporu alınmasında dikkat edilmesi gereken hususlar ve bilirkişi raporunda eksiklik olması durumunda uygulanacak usul hakkında bilgi verilmelidir. Ayrıca ceza soruşturmasında delil toplama yöntemleri açıklanmalıdır.

Soruşturmacının tanzim ettiği ceza soruşturması raporunun, kurum içerisinde nihai karar verilmeden önce hukuk müşavirliği bünyesinde oluşturulacak bir komisyona havale edilerek okunmasının sağlanması, muhtemel birçok hatanın önüne geçilmesini sağlayacaktır. Böylelikle soruşturma dosyası Danıştay'a gitmeden önce usul hataları veya diğer eksiklikler soruşturmanın yürütüldüğü kurumda fark edilerek giderilebilecektir. Diğer taraftan 2547 sayılı Kanun'un "Ceza soruşturması usulü" başlıklı 53/c maddesinde değişiklik yapılması faydalı olacaktır. Zira 2547 sayılı Kanun kapsamında yürütülecek ceza soruşturmalarının kapsamı belirlenirken "görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar" ibaresi kullanılmıştır. Söz konusu ibaredeki "görevlerini yaptıkları sırada" ifadesi, ceza soruşturmasının sınırını görev suçlarının çok daha ötesine taşımaktadır. Nitekim bu ifadeyle, yükseköğretim personelinin görevleriyle ilgili veya ilgisiz tüm konular, görevleri sırasında işlendiği takdirde, özel soruşturma usulüne tabi tutulmuş bulunmaktadır. Örneğin TCK'nın 106'ncı maddesinde tanımlanan "tehdit" suçu yükseköğretim personelinin göreviyle ilgili bir suç türü değildir. Ancak 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesi metninden, görevi sırasında işlendiği takdirde, tehdit suçunun soruşturmasının da şüphelinin fiili işlediği üniversitede veya YÖK'te yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu durum ise görev suçlarıyla ilgili olarak getirilen özel düzenlemelerin amacına aykırılık teşkil etmektedir. Zira getirilen bu özel düzenlemeler belli bir kesimi veya zümreyi korumaya değil kamu yararını tesis etmeye yöneliktir. Dolayısıyla yükseköğretim personelinin göreviyle ilgili olmayan tüm konular, görev sırasında işlenmiş olsa dahi, adli yargıda genel hükümlere göre soruşturulmalıdır.

Bu çalışma 2547 sayılı Kanun kapsamındaki ceza soruşturmalarını yürüten yükseköğretim kurumlarına ve soruşturmacılara yol gösterecek bir rehber niteliğini haizdir. Bu araştırmada 2018, 2019 ve 2020 yıllarına ait kararlar analiz edilmiştir. Gelecekte yapılacak çalışmalarda 2020 yılından sonraki kararlar da analiz edilerek, bu araştırmada ulaşılan bulgularla karşılaştırmalı olarak, Danıştay'ın bozma nedenlerinin değişip değişmediği ortaya çıkarılabilecektir. Diğer taraftan yükseköğretim kurumlarında yürütülen disiplin soruşturmaları da önemli bir konudur. Zira ceza soruşturmasının konusunu teşkil eden fiil aynı zamanda disiplin soruşturmasına da konu olabilmektedir. Ayrıca bazı durumlarda ceza soruşturması açılmasına gerek görülmeksizin sadece disiplin soruşturması yürütülmektedir. Disiplin soruşturması sonucu tesis edilen işlemler de idari yargıda iptal davasına konu olmaktadır. Dolayısıyla disiplin cezası verme işleminde yapılacak mevzuata ve usule aykırı işlemler, dava konusu işlemin iptal edilmesine neden olmaktadır. Gelecekteki araştırmalarda idari yargı kararları incelenerek 2547 sayılı Kanun kapsamında öğretim elemanlarına ve öğrencilere verilen disiplin cezalarına karşı açılan iptal davalarında ne ölçüde iptal kararı verildiği ve verilen iptal kararlarının gerekçeleri ortaya çıkarılabilir. Böylelikle disiplin soruşturmalarında yapılan hataların da önüne geçilebilecektir.

KAYNAKÇA

Arslan O E, (2000) "Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Yasa Üzerine Düşünceler". 33 (1) Amme İdaresi Dergisi, 59-77.

Ayturan B, (2018) "Yükseköğretim Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Soruşturulması" (35) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 429-467.

Danıştay, (1983) "Memurin Muhakematı Hakkında Danıştay'ın Görüşü" Danıştay Dergisi Yıl: 13, Sayı: 48-49, 3-8.

Duman B, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması Yönetici-Personel-Öğrenci (7. bs, Seçkin Yayıncılık, 2021).

Duranoğlu Y, (2022) "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Özel Soruşturma Usulleri Sonucunda Düzenlenen İddianame ve İddianame Yerine Geçen Belgelerin İadesi" 30 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-45.

Eryılmaz B, Kamu Yönetimi (10. bs, Umuttepe Yayıncılık, 2017).

Gözler K, İdare Hukuku Cilt II (3. bs, Ekin Yayınevi, 2019).

Gözübüyük A Ş, Yönetim Hukuku (33. bs, Turhan Kitabevi, 2015).

Günday M. İdare Hukuku (10. bs, İmaj Yayınevi, 2014).

Gürgen L, (2018) "2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Soruşturma Usulü" 11. sayı Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 145-168.

Krippendorff K, Content Analysis: An Introduction to Its Methodology (4. bs, Sage Publications, 2019).

Kuckartz U, "Qualitative Text Analysis: A Systematic Approach" in Compendium for Early Career Researchers in Mathematics Education (ICME-13 Monographs), Kaiser, G., Presmeg, N (eds.) (Springer, 2019) 181-197.

Mesci H ve Aydın V, (2017) "Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturma Usûlü" 7 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-91.

Miles M B ve Huberman A M, Nitel Veri Analizi, Çev. Ed: Sadegül Akbaba Altun ve Ali Ersoy, 2. Bölüm Çev: Deniz Örücü (3. bs, Pegem Akademi Yayınevi, 2019).

Patton M Q, Nitel Araştırma ve Değerlendirme Yöntemleri, Çev. Ed: Mesut Bütün ve Selçuk Beşir Demir, 5. Bölüm Çev: İnanç Eti ve Buket Turhan Türkkan (2. bs, Pegem Akademi Yayınevi, 2018).

Saldana J, Nitel Araştırmacılar İçin Kodlama El Kitabı. (Çev Ed: Aysel Tüfekci Akcan, Süleyman Nihat Şad) (1. bs, Pegem Akademi Yayınevi, 2019).

Tan T, İdare Hukuku (7. bs, Turhan Kitabevi, 2018).

Tortop N, Aykaç B, Yayman H, Özer M A, İnsan Kaynakları Yönetimi (4. bs, Nobel Yayınevi, 2010).

Tutum C, Türkiye'de Memur Güvenliği (1. bs, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1972).

Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü (TODAİE) "Memur Güvencesi" in Kamu Yönetimi Sözlüğü (Fransızca ve İngilizce Karşılıklarıyla), Bozkurt, Ö., Ergun, T., Sezen, S. (eds), (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 2014).

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 23.05.2016 tarihli ve E. No: 2014/4759, K. No: 2016/5144 sayılı kararı (Erişim Adresi: https://karararama.yargitay.gov.tr/) (Erişim Tarihi: 22.06.2023)

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 23.03.2017 tarihli ve E. No: 2016/2468, K. No: 2017/1141 sayılı kararı (Erişim Adresi: https://karararama.yargitay.gov.tr/) (Erişim Tarihi: 22.06.2023)

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 09.10.2017 tarihli ve E. No: 2015/38237, K. No: 2017/10555 sayılı kararı (Erişim Adresi: https://karararama.yargitay.gov.tr/) (Erişim Tarihi: 22.06.2023)

https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-711e-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=4483#step-2 (4483 Sayılı Kanun Gerekçesi) (Erişim Tarihi: 01.07.2023)

https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c0-3f0a-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6764#step-2 (6764 Sayılı Kanun Gerekçesi) (Erişim Tarihi: 01.07.2023)

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1967/36 (Anayasa Mahkemesinin 14.11.1967 tarihli ve E.1967/14, K.1967/36 sayılı kararı) (Erişim Tarihi: 22.06.2023)

EK: Analiz Edilen Danıştay Kararları

Karar Tarihi	Esas Numarası	Karar Numarası
30.12.2020	2020/1959	2020/1958
23.12.2020	2020/1921	2020/1806
15.12.2020	2020/1827	2020/1668
08.12.2020	2020/1802	2020/1530
15.12.2020	2020/1798	2020/1659
09.12.2020	2020/1739	2020/1603
10.11.2020	2020/1695	2020/1479
11.11.2020	2020/1686	2020/1490
08.12.2020	2020/1683	2020/1560
05.11.2020	2020/1679	2020/1440

Karar Tarihi	Esas Numarası	Karar Numarası
12.11.2020	2020/1676	2020/1509
05.11.2020	2020/1640	2020/1443
12.11.2020	2020/1620	2020/1506
04.11.2020	2020/1618	2020/1422
11.11.2020	2020/1544	2020/1493
05.11.2020	2020/1538	2020/1454
08.12.2020	2020/1529	2020/1544
10.11.2020	2020/1521	2020/1462
11.11.2020	2020/1517	2020/1494
21.10.2020	2020/1511	2020/1376
11.11.2020	2020/1510	2020/1486
04.11.2020	2020/1509	2020/1425
11.11.2020	2020/1482	2020/1496
04.11.2020	2020/1457	2020/1423
04.11.2020	2020/1454	2020/1427
04.11.2020	2020/1431	2020/1430
12.11.2020	2020/1426	2020/1516
11.11.2020	2020/1425	2020/1491
11.11.2020	2020/1418	2020/1502
16.09.2020	2020/1414	2020/1063
14.10.2020	2020/1407	2020/1299
15.10.2020	2020/1393	2020/1326
01.10.2020	2020/1392	2020/1219
01.10.2020	2020/1384	2020/1223
28.12.2020	2020/1371	2020/1882
21.10.2020	2020/1367	2020/1374
14.10.2020	2020/1365	2020/1303
28.12.2020	2020/1343	2020/1883
24.09.2020	2020/1348	2020/1160
30.09.2020	2020/1329	2020/1200
23.09.2020	2020/1326	2020/1130
15.10.2020	2020/1319	2020/1318
20.10.2020	2020/1317	2020/1342
30.09.2020	2020/1316	2020/1205
15.10.2020	2020/1315	2020/1317
24.09.2020	2020/1313	2020/1161
22.09.2020	2020/1289	2020/1099

Karar Tarihi	Esas Numarası	Karar Numarası
23.09.2020	2020/1286	2020/1123
22.09.2020	2020/1281	2020/1113
08.10.2020	2020/1258	2020/1279
15.12.2020	2020/1254	2020/1689
07.10.2020	2020/1253	2020/1264
10.11.2020	2020/1249	2020/1472
06.10.2020	2020/1237	2020/1240
07.10.2020	2020/1222	2020/1253
23.09.2020	2020/1217	2020/1119
24.09.2020	2020/1209	2020/1158
21.10.2020	2020/1208	2020/1368
24.09.2020	2020/1207	2020/1159
22.10.2020	2020/1203	2020/1387
24.09.2020	2020/1192	2020/1157
15.10.2020	2020/1190	2020/1328
08.10.2020	2020/1189	2020/1281
01.10.2020	2020/1149	2020/1212
23.09.2020	2020/1140	2020/1120
29.09.2020	2020/1130	2020/1167
06.10.2020	2020/1119	2020/1236
01.10.2020	2020/1115	2020/1215
22.10.2020	2020/1109	2020/1380
08.10.2020	2020/1088	2020/1272
01.10.2020	2020/1084	2020/1227
01.10.2020	2020/1062	2020/1224
01.10.2020	2020/1061	2020/1226
08.10.2020	2020/1056	2020/1268
28.12.2020	2020/1041	2020/1881
02.07.2020	2020/1016	2020/876
01.10.2020	2020/1000	2020/1221
02.07.2020	2020/987	2020/894
13.10.2020	2020/968	2020/1288
25.06.2020	2020/951	2020/764
25.06.2020	2020/949	2020/763
24.06.2020	2020/940	2020/722
01.07.2020	2020/936	2020/827
24.06.2020	2020/885	2020/746

Karar Tarihi	Esas Numarası	Karar Numarası
25.06.2020	2020/861	2020/775
09.07.2020	2020/857	2020/998
04.06.2020	2020/851	2020/513
01.07.2020	2020/825	2020/804
10.07.2020	2020/807	2020/1008
18.06.2020	2020/788	2020/690
09.07.2020	2020/766	2020/999
03.06.2020	2020/748	2020/471
07.07.2020	2020/736	2020/918
17.06.2020	2020/735	2020/652
10.06.2020	2020/699	2020/568
11.06.2020	2020/695	2020/621
11.06.2020	2020/690	2020/582
17.06.2020	2020/670	2020/629
17.06.2020	2020/653	2020/653
01.07.2020	2020/642	2020/799
18.06.2020	2020/641	2020/692
18.06.2020	2020/586	2020/691
03.06.2020	2020/581	2020/429
03.06.2020	2020/520	2020/459
10.06.2020	2020/509	2020/564
03.06.2020	2020/465	2020/462
07.07.2020	2020/458	2020/922
17.06.2020	2020/445	2020/648
10.03.2020	2020/429	2020/361
03.06.2020	2020/421	2020/461
10.06.2020	2020/420	2020/571
12.03.2020	2020/417	2020/390
12.03.2020	2020/415	2020/389
12.03.2020	2020/414	2020/388
04.03.2020	2020/409	2020/311
12.03.2020	2020/370	2020/394
11.06.2020	2020/366	2020/600
10.03.2020	2020/338	2020/353
11.03.2020	2020/337	2020/372
11.03.2020	2020/315	2020/378
10.03.2020	2020/314	2020/356

Karar Tarihi	Esas Numarası	Karar Numarası
10.03.2020	2020/310	2020/358
24.06.2020	2020/291	2020/721
12.03.2020	2020/272	2020/393
06.02.2020	2020/171	2020/148
22.01.2020	2020/166	2020/26
29.01.2020	2020/165	2020/78
05.03.2020	2020/163	2020/333
10.06.2020	2020/149	2020/570
05.03.2020	2020/110	2020/332
12.02.2020	2020/80	2020/192
28.01.2020	2020/59	2020/55
29.01.2020	2020/54	2020/69
12.02.2020	2020/42	2020/196
17.12.2019	2019/1932	2019/1923
17.12.2019	2019/1870	2019/1927
27.11.2019	2019/1671	2019/1738
07.11.2019	2019/1590	2019/1526
07.11.2019	2019/1584	2019/1505
06.11.2019	2019/1456	2019/1484
15.10.2019	2019/1411	2019/1405
09.10.2019	2019/1393	2019/1348
09.10.2019	2019/1268	2019/1347
25.06.2019	2019/1029	2019/1017
19.06.2019	2019/975	2019/963
26.06.2019	2019/966	2019/1031
19.06.2019	2019/963	2019/977
13.06.2019	2019/958	2019/940
12.06.2019	2019/953	2019/904
13.06.2019	2019/945	2019/938
16.05.2019	2019/788	2019/783
02.05.2019	2019/589	2019/673
28.03.2019	2019/438	2019/485
13.03.2019	2019/343	2019/396
21.02.2019	2019/271	2019/247
14.02.2019	2019/211	2019/183
21.02.2019	2019/193	2019/250
06.02.2019	2019/25	2019/103

Karar Tarihi	Esas Numarası	Karar Numarası
19.09.2018	2018/1691	2018/1427
23.10.2018	2018/1633	2018/1773
25.09.2018	2018/1520	2018/1471
20.09.2018	2018/1319	2018/1455
18.09.2018	2018/1294	2018/1410
16.10.2018	2018/1284	2018/1673
19.06.2018	2018/1137	2018/1055
11.07.2018	2018/1101	2018/1342
27.06.2018	2018/1017	2018/1187
18.09.2018	2018/1013	2018/1418
19.06.2018	2018/973	2018/1060
29.05.2018	2018/937	2018/878
03.07.2018	2018/919	2018/1255
09.05.2018	2018/785	2018/785
09.05.2018	2018/769	2018/780
24.04.2018	2018/754	2018/647
18.04.2018	2018/696	2018/609
26.04.2018	2018/590	2018/688
26.04.2018	2018/589	2018/671
29.03.2018	2018/550	2018/500
29.03.2018	2018/538	2018/505
14.03.2018	2018/521	2018/354
17.04.2018	2018/479	2018/596
08.03.2018	2018/408	2018/318
10.04.2018	2018/379	2018/523
13.03.2018	2018/272	2018/339
13.02.2018	2018/260	2018/174
13.02.2018	2018/257	2018/165
15.02.2018	2018/247	2018/201
06.02.2018	2018/208	2018/103
28.02.2018	2018/67	2018/240
30.01.2018	2018/50	2018/52
13.02.2018	2018/39	2018/172
28.02.2018	2018/38	2018/235
15.12.2020	2020/1776	2020/1667

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1515028

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN HAMAMATSU KARARI: YARGISAL AKTİVİZM AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME

Hamamatsu Judgement of the European Court of Justice: An Evaluation in Terms of Judicial Activism

Hamit YUMUK*

Özet

İlişkili şirketler arasındaki transfer fiyatlandırması düzenlemelerinin eşyanın gümrük kıymeti üzerindeki etkisi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yargısal aktivizmi yazında uzun yıllardır tartışılmaktadır. Ancak Divan'ın, Avrupa Birliğine ithal edilen eşyanın gümrük kıymetinin, geriye dönük olarak ayarlanan şirketler arası transfer fiyatları esas alınarak belirlenip belirlenemeyeceği konusunu ele aldığı Hamamatsu kararından sonra, Divan'ın bu konudaki yargısal duruşunu gümrük kıymetinin belirlenmesi açısından değerlendirmek mümkün olmuştur. Dolayısıyla, bu makalenin amacı Hamamatsu kararını inceleyip analiz etmek ve kararın yargısal aktivizmin mi yoksa yargının kendini sınırlandırmasının mı bir sonucu olduğunu tespit etmektir. Bu amaçla makalenin ilk bölümünde yargısal aktivizm ve kendini sınırlama kavramları ile Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yargısal tutumu incelenmektedir. Bu makalenin ikinci bölümünde gümrük kıymetinin ve transfer fiyatlandırmasının temel ilkeleri saptanmaktadır. Makalenin üçüncü ve son kısmı, ilk iki bölümden elde edilen veriler ışığında Hamamatsu kararını değerlendirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hamamatsu kararı, yargısal aktivizm, yargının kendini sınırlandırması, gümrük kıymeti, transfer fiyatlandırması

Abstract

The impact of intercompany transfers pricing adjustments on the customs value of goods and the judicial activism of the European Court of Justice has been discussed for many years in the literature. However, after the Hamamatsu judgement in which the Court addressed the issue of whether the customs value of goods imported into the European Union can be established based on intercompany transfer prices adjusted retroactively, it has become possible to assess the Court's judicial position on this issue. Therefore, the purpose of this article is to examine and analyze the Hamamatsu judgment and determine whether it was a result of judicial activism or self-restraint. To this end, the first part of this article examines the concepts of judicial activism and self-restraint and the judicial attitude of the Court of Justice. The second part of this article analyzes the basic principles of customs valuation and transfer pricing. Third and concluding part of the article evaluates the Hamamatsu judgement in the light of data obtained the first two parts.

Key Words: The Hamamatsu judgement, judicial activism, judicial self-restraint, customs value, transfer pricing

---

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 01.04.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Dr., İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD Üyesi, hamityumuk@hotmail.com, https://orcid.org/0000-0001-6527-0173.

GİRİŞ

Yargının devlet erki içindeki yeri ve diğer erklerle olan ilişkisi Anayasa yargısında son yarım yüzyıldır tartışılmaktadır. Bir yanda yargı organın yasamanın ağzı olduğu onun iradesi dışında bir kural ihdas edemeyeceği diğer yanda yargı organın bir hukuk kuralı uygularken yeni kurallar ihdas edebileceği ileri sürülmektedir. Avrupa Birliğinde de benzer tartışmalar yaşanmaktadır. Birlik üyeleri hukukun üstünlüğü ilkesini temel almasına karşın birbirinden farklı hukuki anlayışlar benimsemekte ve sürdürmektedirler. Birlik üyelerinin bir kısmında mahkemenin yasamanın ağzı olduğu; hukuk yaratma yetkisinin bulunmadığı, mahkemenin aktivist bir tutum sergilemesinin güçler ayrılığı ilkesine aykırı olacağı değerlendirilmektedir. Buna karşın, Birlik üyelerinin bir kısmında mahkemelerin hukuk yaratma yetkisinin bulunduğu kabul edilmekte ve mahkemelerin bu tutumunun yasama organının iradesine müdahale olarak değerlendirilmeyeceği kabul edilmektedir[1].

Avrupa Birliği hukukunu uygulamak için kurulan ve farklı hukuk yaklaşımlarını benimseyen yargıçlardan oluşan Avrupa Birliği Adalet Divan'ı da ('ABAD' veya 'Divan') verdiği kararlar nedeniyle eleştirilmekte; kimileri tarafından aktivist bir mahkeme olarak kabul edilmesine karşın kimileri tarafından olağan ve sadece hukuk kurallarını yorumlayan bir mahkeme olarak değerlendirilmektedir. Hatta kimilerince ABAD'ın yargısal aktivizmi negatif bir unsur olarak değil pozitif bir unsur olarak değerlendirmekte, Divan'ın aktivist tutumu, Divan ve üye devletler arasında etkileşim ve işbirliği meselesi olarak görülmektedir[2].

Bu çalışmada, ilişkili şirketlerde transfer fiyatı anlaşmaları kapsamında gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin olarak ABAD tarafından verilen "C-529/16-Hamamatsu"[3] kararının aktivist bir tutumun sonucu olarak verilip verilmediği belirlenmeye çalışılacaktır. Bu bakımdan, ilk bölümde yargısal aktivizm kavramı ve ABAD'ın genel tutumu saptanacak; ikinci bölümde, ilişkili şirketlerde transfer fiyatının ve gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin ilkeler ve ikisi arasındaki bağ ortaya konulacak; son bölümde ise, "Hamamatsu kararı" incelenerek ilk iki bölümde elde edilen veriler ışığında, özellikle Cohn ve Kremnitzer tarafından geliştirilen çok boyutlu yargısal aktivizm modeli çerçevesinde, ABAD'ın anılan kararı verirken aktivist bir tutum sergileyip sergilemediği belirlenmeye çalışılacaktır.

---

1 Anthony Arnull, 'Judicial Activism and the European Court of Justice: how should academics respond?' İç Bruno De Witte, Elise Muir, Mark Dawson (eds) *Judicial Activism at the European Court of Justice* (Edward Elgar Publishing 2013) 216.

2 Valerie Dhooghe, Rosanne Franken and Tim Opgenhaffen, 'Judicial Activism at the European Court of Justice: A Natural Feature in a Dialogical Context' (2015) 20(2) Tilburg Law Review 131.

3 C–529/16, Hamamatsu Photonics Deutschland GmbH v Hauptzollamt München, ECLI:EU:C:2017:984 <https://curia.europa.eu> Erişim Tarihi: 24.10.2023.

I. YARGISAL AKTİVİZM VE ABAD'IN KONUMU

A. Yargısal Aktivizm Kavramı

Kanunların anayasa uygunluğunun denetimi kavramı ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) ortaya çıkmıştır. 1787 tarihli ABD Anayasası'nda kanunların Anayasaya uygunluğunun mahkemeler tarafından denetlenebileceğine dair bir hüküm bulunmamasına rağmen ABD Federal Yüksek Mahkemesi kendinde bu denetim yetkisini görmüş[4] ve Amerikan toplumunu etkileyen ve şekillendiren bir takım kararlar vermiştir[5]. Mahkemenin takındığı bu tavrın adı ise daha sonra 1947 yılında Fortune dergisinde yayımlanan bir makalede konulmuştur[6]. Bu makalede, genel olarak anayasa yargısının işlev ve sınırları ortaya konulmuş, toplumun gelişmesi için yargı gücünü kullanılacağı düşünülen anayasa mahkemesi üyeleri "yargısal aktivistler" olarak adlandırılmış[7], makale, siyaset ve hukuk yazınında bugün çok yaygın olarak kullanılan "yargısal aktivizm" kavramının doğmasına[8] sebep olmuştur[9].

Anayasa yargısında yargısal aktivizm kavramı, yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunun denetimi sırasında, anayasa mahkemelerinin yargısal denetim sınırlarını aşarak yasamanın siyasi takdir yetkisi alanına müdahale ettiği durumları anlatmak için kullanılmaktadır[10]. Başka bir deyişle, yargısal aktivizm kavramına anayasa mahkemelerinin yaptığı denetim sırasında takındıkları yargısal duruşu ve yorumlama anlayışını göstermek için başvurulmaktadır[11]. Ancak, kavram anayasa

---

4 Ergun Özbudun, *Türk Anaysa Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 10. Baskı Yetkin 2009) 380.

5 Yargısal aktivizmin kavramsallaşıp kurumsallaşmasından önce de düşün hayatında bulunduğu, bu bağlamda, yargıçların pozitif hukuk yaratma faaliyetlerinin "yargısal yasama" olarak ifade edildiği, bir kesim tarafından yargısal yasamanın olumlu olarak görülmesine karşın bir kesim tarafından "zavallı bir safsata" olarak değerlendirildiği hakkında bkz. Semih Batur Kaya, 'Hukuk Devleti, Demokrasi ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm' (2015) 19(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 365.

6 Keenan D. Kmiec, 'The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'' 2004 92(5) California Law Review 1446.

7 Makalede, hâkimlerin, orta yolcular, yargısal aktivistler ve kendini sınırlama şampiyonları olarak üçe ayrıldığı hakkında bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, 'Yasama Dokunulmazlığı ve Yargısal Aktivizm', (2024) 15 (57) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 28.

8 Serdar Korucu, 'Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi', (2013) 18(69-70) Liberal Düşünce 203; Kaya (n 5) 366.

9 Yorumun yargısal fonksiyonun meşru bir ifadesi kabul edilmesine karşın yargısal aktivizmin yargıcın kanunlardan ziyada değerlere önem vermesi ve politika alanına girmesi olarak değerlendirildiği, bunun temelinde yargıcın yasamanın ağzı olduğu düşüncesinin bulunduğu, oysa yargısal fonksiyonunun sadece yorum olmadığı ayrıca yargısal yaratıcılığı da içinde barındırdığı hakkında bkz. Oreste Pollicino, 'Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint' (2004) 5(3) German Law Journal 285-286.

10 Korucu (n 8) 202. Adnan Küçük, 'Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi' (2017) 8(31) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 287.

11 Anaysa yargısında yargının hukuki denetim yetkileri ile yasamanın siyası takdir yetkisi arasında sınırın anayasa yargısı kurumunun ortaya çıktığı tarihten itibaren belirsiz olduğu, belirsizliğin siyasetin en öneli konu başlıkları arasında yer aldığı hakkında Korucu (n 8) 202. Yargısal aktivizme

yargısı ile sınırlı olarak kullanılmamakta insan hakları alanında, örneğin; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının[12] değerlendirilmesinde[13], ekonomik veya siyasi birlikleri kuran anlaşmalarda yer alan temel kavramların yorumlanması alanında, örneğin; Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararlarının değerlendirilmesinde[14] yargısal aktivizm kavramına başvurulmaktadır[15].

Yargısal aktivizm kavramı çok yaygın olarak kullanılmasına karşın üzerinde anlaşılmış "yargısal aktivizm" tanımı bulunmamaktadır[16]. Hatta doğası gereği bu kavramın tanımlanamayacağı da ileri sürülmektedir[17]. Buna karşın, genel olarak, yargısal aktivizm kavramının nesnel bir yaklaşım ile ortaya konulmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir[18]. Bu yaklaşıma göre yargısal aktivizm kavramı geniş ve dar olarak iki şekilde belirlenebilir. Bu bağlamda, en geniş tanımıyla yargısal aktivizm bir mahkemenin usulüne uygun olarak yapılmış bir yasayı, bir kuralı, idarenin tesis ettiği bir işlemi iptal etmesi, geçersiz kılması olarak nitelenebilir. Ancak bu yaklaşım yargılama faaliyeti ile yargısal aktivizm kavramını bir, özdeş olarak

anayasa hükümlerinin anlamlandırması aşamasında başvurulduğu hakkında bkz. Küçük(n 10) 261. Yargısal aktivizmin anayasa hükmünün yorumlanması, soyut kuralın sosyal, ekonomik ve siyasal boyutları ile beraber anlamlandırmaları esnasında kendini gösterdiği hakkında ayrıca bkz. Nilüfer Coşkun 'Resmi İdeoloji ve Yargısal Aktivizm' (2007) 22(36) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69.

12 Yargısal aktivizm ile yorum yöntemleri arasında bir bağlantı bulunmadığı hakkında bkz. François Tulkens, 'Judicial Activism v Judicial Restraint: Practical Experience of This (False) Dilemma at the European Court of Human Rights' European Convention On Human Rights Law Review 3 (2022) 296.

13 Yargısal aktivizm ile yorum yöntemleri arasında bir bağlantı bulunduğu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından kullanılan bir kısım yorum yöntemlerinin aktivist olarak nitelenen kararlarda daha çok kullanıldığına ilişkin olarak bkz. Hamit Yumuk, *The Protection of the Economic and Social Rights under European Convention on Human Rights Through the Indivisibility of Human Rights and Interpretation of the Convention* (Oniki Levha 2021) 34-49.

14 Lourenço Vilhena de Freitas, 'The Judicial Activism of the European Court of Justice' İç Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre, Steven D. Smith (eds) *Judicial Activism an Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (Springer 2015) 173.

15 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yargısal aktivizme bütünsellik ve tekillik ilkesi çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin etki alanının genişletilmesi için başvurulmasına karşın; ABAD kararlarında yargısal aktivizme, ilk olarak daha sıkı ekonomik ve sosyal bütünleşmenin sağlanması için başvurulmuş, zamanla temel hak ve özgürlüklerin etki alanının genişletilmesi için başvurulmaya başlanılmıştır.

16 Korucu (n 8) 202;Küçük (n 10) 262; Coşkun (n 11) 69.

17 Ozan Ergül, 'Berraklaştırılmayan Bir Kavram Yargısal 'Aktivizm'' (2013) 104 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 42. Bir kararın bir yönüyle aktivist diğer yönü ile sınırlayıcı olabileceği; belirli ve sabit bir denge ile bir mahkemenin ve bir kararın aktivist olarak nitelendirilmesinin mümkün görülmediği hakkında bkz. Kaya (n 5) 366.

18 Korucu (n 8) 203-204. Amerikan hukukunda "aktivist mahkeme" (activist court) tabirinin genel olarak, yerleşik hukuk ilkelerinden ayrılan ya da onları değiştiren, diğer bir deyişle "kürsüden yasa yapan" mahkeme için kullanıldığı, buna karşılık, "sınırlı mahkeme"(restraint court) tabirinin emsal kararlara (precedent) uyan, sosyal siyasa üretimi işine girişmeyen mahkeme için kullanıldığı hakkında bkz. Ergül (n 17) 39.

gördüğünden bir çözüm sunmamaktadır[19]. Daha sınırlı bir tanımda ise yargısal aktivizm, anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli olan yargı organlarının veya idarenin işlemlerinin hukuku uygunluğu denetlemekle görevli olan mahkemelerin, uluslararası anlaşmalarla kendine yargı yetkisi verilen mahkemelerin olağan yargısal denetim yetkilerinin sınırlarını aşması olarak tanımlanabilir[20]. Ancak, bu tanımda "olağan yargısal denetim" ibaresinde yer alan belirsizlik nedeniyle kavramın anlamını ortaya koyamamaktadır. Kavramı tanımlamanın güçlüğü nedeniyle genel bir tanım vermek yerine yargısal aktivizmin görünüm biçimlerinin ortaya konulması daha makul görünmektedir[21]. Zira yargı organlarının hukuki denetim sınırlarının dışına çıkarak karar alması çeşitli şekillerde gerçekleşebilir.

B. Yargısal Aktivizmin Görünüm Biçimleri

Yargısal aktivizm kavramını inceleyen bazı yazarlar bu kavramı bir yorum sorunu olarak değerlendirmekte; diğer bir kısmı ise, yargısal aktivizm kavramını bir doğma olarak kabul etmekte ve anayasa mahkemelerinin siyasete müdahale niteliği taşıyan kararlarını bu kabul doğrultusunda eleştirmekte; buna karşın bir kısım yazarlar yargısal aktivizmin çeşitli görünümlerini ortaya koymak suretiyle bir model geliştirmeye çalışmaktadır. Yargısal aktivizm konusunda bir model geliştirme çabası içinde olan yazarların ise inceledikleri hukuk sistemine göre farklı değerlendirmeler yaptığı görülmektedir.

---

19 En geniş anlamıyla yargısal aktivizmin, mahkemenin usulüne uygun olarak yapılmış bir yasayı iptal etmesi olarak tanımlanabileceği ancak bu tanımın yargısal aktivizm ile yargılama faaliyetini eş anlamlı olarak kabul ettiği, bu tanımın, sadece anayasaya uygunluğu tartışmalı yasaların iptal edilmesi olarak daraltılabileceği, başka bir açıdan aktivizmin devlet yetkililerinin ya da kurumların yaptığı ve anayasanın açıkça yasaklamadığı siyasa tercihlerine yargıçların müsaade etmemesi olarak tanımlanabileceği hakkında bkz. Ergül (n 17) 45 vd. Aktivist mahkemenin yargı işlevinin sınırlarını aşarak yetkilerini kötüye kullanarak uygunsuz davranan mahkeme olarak tanımlanabileceği hakkında bkz. Arnull (n 1) 215. Yargısal aktivizm konusunda yapılan tanımlar için bkz. Küçük (n 10) 265; Coşkun (n 11) 69.

20 Yargısal aktivizmimizin sınırını anayasacılık düşüncesinin oluşturabileceği, anayasacılığın insan lehine devletin sınırlandırılması, insan hak ve özgürlüklerinin güvenceye bağlanması ve böylelikle demokrasi ve hukuk devleti gibi ilkelerin işlevselliğinin artırılması olarak tanımlanabileceği hakkında bkz. Kaya (n 5) 386. Yasamanın siyasi takdirine yargı organı tarafından müdahale edilmesi veya genel olarak yargının siyasi nitelikte kararlar alması durumdan aktivist bir tutumun varlığından söz edildiği, bu halde, hukuku uygulamakla göreli mahkemelerin yargı organı gibi hareket etmek bakımından başarısız olduğunun kabul edildiği hakkında bkz. Korucu (n 8) 204. Yargısal aktivizm ile yargı darbesinin birbirinden ayırt edilmesi gerektiği, yargısal aktivizmin hukuki ilişkinin özüne ilişkin bir sorun olduğu, oysa yargı darbesinin yapısal bir sorun olduğu, sisteme başkaldırı niteliği taşıdığı hakkında bkz. Fendoğlu (n 7) 29.

21 Yargısal aktivizm kavramının belirsiz olduğu, bu kavramın yerine meşruiyet kavramının kullanılmasının gerektiği, kararın meşruiyetinin, anayasanın o kararı zorunlu kılması anlamına gelmediği gibi, Mahkeme'nin önündeki sorunun tek çözümünün o olduğu anlamına da gelmediği, fakat tercih edilen çözümün kabul edilebilir bir yargısal davranış olduğunu ve Mahkeme'nin bundan dolayı kınanamayacağını ifade edeceği hakkında bkz. Ergül (n 17) 49. Aynı yönde, Küçük (n 10) 263.

Marshall[22], Young[23] ve Kmiec[24] tarafından Amerikan Anayasa yargısında yer alan tartışmalar esas alınarak bir yargısal aktivizm modeli geliştirilmiştir. Korucu, yapılan sınıflandırmaların ve geliştirilen modelin yargısal aktivizmin genel görünümünü ortaya koymak için yeterli olduğunu ancak bu sınıflandırmaların kimisinin eksik veya hatalı olduğunu kimisinin ise sadece Amerikan yargı sistemini esas aldığını, yapılan sınıflandırmalarda yargısal aktivizmin "çoğunlukçu" biçiminin dikkate alınmadığını, sınıflandırma yapılırken kullanılan bir kısım kavramlarının diğerlerini gereksiz kıldığını ileri sürmektedir. Korucu, yaptığı eleştiriler doğrultusunda yargısal aktivizmin, (1) Çoğunluk karşıtı aktivizm;(2) Çoğunlukçu aktivizm; (3) İçtihadî maksimaliz; (4) Anayasanın orijinal anlamının göz ardı edilmesi; (5) İçtihatların göz ardı edilmesi şeklinde ortaya çıkabileceğini değerlendirmektedir.

Korucu'ya göre yargı organlarının siyasi karar alma süreçlerine ve çoğunluğa dayalı yönetim anlayışına müdahale etmesi şeklinde ortaya çıkan çoğunluk karşıtı aktivizm yargısal aktivizmin en yaygın görüm biçimini oluşturmaktadır. Ancak, aktivizmin bu türünün yaygın olduğu kabul edilmesine rağmen tespiti de aynı derecede güçlük arz etmektedir. Aktivizmin bu görümünün belirlenmesinde yasama işleminin anayasa tarafından açıkça yasaklanıp yasaklanmadığı dikkate alınmakta; yasama işleminin anayasa tarafından açıkça yasaklanması halinde, yasama işlemini geçersiz kılan yargı kararı aktivist olarak nitelendirilmemekte; yasama işleminin anayasa tarafından açıkça yasaklanmaması halinde ise yasama işlemini geçersiz kılan yargı kararı, belli ölçüde hukuk yaratma faaliyetini gerekli kıldığı, anayasa metnine verilen anlama göre kararın şekillendiği kabul edilerek aktivist olarak nitelendirilmektedir[25]. Korucu anayasaya açıkça aykırı olan bir yasama işleminin yargı organı tarafından iptal edilememesi halini de yargısal aktivizm kavramı içinde değerlendirmekte, yargısal aktivizmin bu türünü *"çoğunlukçu aktivizm"* olarak adlandırmaktadır[26]. İçtihadî maksimalizmin ise, yasama işleminin anayasa uygunluğu denetlenirken denetimin sadece iptali istenilen konulara veya maddelere hasredil-

---

22 Marshal'a göre yargısal aktivizmin, (1) Çoğunluk karşıtı aktivizm; (2) Orijinalist olmayan aktivizm;(3)İçtihadî aktivizm; (4) Yargılama yetkisi aktivizmi;(5)Yargısal yaratıcılık; (6)Telâfi edici aktivizm; (7) Partizan aktivizm şeklinde ortaya çıkabileceği hakkında bkz. William P. Marshall 'Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism' (2002) 73(4) University of Colorado Law Review 104; Korucu (n 8) 205.

23 Young'a göre yargısal aktivizmin, (1) Federal politik dalların veya eyalet hükümetlerinin sorgulanması; (2) Anayasa metni ve/veya tarihten sapma; (3) Yargısal içtihatlardan sapma; (4) Sınırlı veya "minimalist" kararlar almak yerine kapsamlı veya "maximalist" kararlar vermek; (5) Kapsamlı telâfi edici yetkiler kullanmak; (6) partizan politik referanslara göre karar vermek şeklinde ortaya çıkabileceği hakkında bkz. Korucu (n 8) 206; Küçük (n 10) 266.

24 Kmiec'e göre yargısal aktivizmin, (1) Yasama ve yürütme işlemlerinin tartışmalı biçimde geçersiz kılınması; (2) İçtihatların göz ardı edilmesi; (3) Yargısal yasama; (4) Kabul görmüş yorum metodolojisinden sapma; (5) Sonuç odaklı yargılama yapmak şeklinde ortaya çıkabileceği hakkında bkz. Kmiec (n 6) 1463-1476. Ayrıca, Korucu (n 8) 206; Küçük (n 10) 266.

25 Korucu (n 8) 207.

26 İbid 209.

mesi yerine itiraz konusu yapılmayan konular veya maddeler hakkında görüş belirtilmesi, hukuki denetimin sınırlarının aşılması halinde ortaya çıktığı kabul edilmektedir[27]. Anayasanın orijinal anlamının dikkate alınmaması, anayasa uygunluk denetimi yapan yargı organının verdiği kararın anayasayı hazırlayan kurucu iradenin öngörmediği sonuçlar doğurması, anayasanın orijinal anlamının belli olmadığı durumlarda hukuk yaratma faaliyeti sonucu ortaya çıkan çeşitli olasılıklar arasında bir seçim yapılması yargısal aktivizm olarak görülmektedir[28]. Korucu, bir mahkemenin belli konuda uygulanan yerleşik bir içtihadını göz ardı etmesi; sık sık içtihat değiştirmesi, içtihatlarının öngörülebilir olmamasını da yargısal aktivizm kavramı içinde değerlendirilmektedir[29].

Ribeiro, yargısal kararın nasıl verilmesi gerektiğinden hareketle bir yargısal aktivizm modeli geliştirmek istemektedir[30]. Ribeiro, pozitivizm; idealizm ve çoğulculuk olmak üzere üç ayrı karar verme yönteminin olduğunu ileri sürmektedir. Pozitivist modele göre, bütün hukuk kuralları pozitif düzemelere dayanmaktadır ve bir otorite tarafından oluşturulmuştur. Hukuku oluşturan otorite, hukuk oluşturma geleneğine bağlı olarak yasama organı veya yargı organı olabilir. Yargıcın temel görevi bu otorite tarafından oluşturulmuş hukuk kurallarını takip etmektir[31]. İdealist modele göre hukukun temel görevi adaleti sağlamaktır. Yargıç insan yapımı kurallar yerine adalete bağlıdır. Bu modelde yargıç bakılmakta olan davada adaleti sağlamak için sosyal mühendisliğe girişebilir. Örneğin, yargıç kendi dağıtıcı adalet düşüncesinden hareketle bir deniz kazasında haksız olmasına karşın fakir balıkçının zengin yat sahibine tazminat ödememesi gerektiğine hükmedebilir[32]. Çoğulcu modele göre ise yargıç karar verirken birbiri ile eşit derecede öneme sahip olan adalet, belirlilik, meşruiyet, eşitlik, basiret gibi bir takım temel ilkelere uymalıdır. Dolaysıyla bir karar verilirken eşit derecede önem sahip olan bu ilkeler arasında bir denge kurulmalıdır[33]. Ribeiro, geliştirilen modeller içinde aktivist olarak nitelenebilecek üç durum tespit etmektedir. İlk olarak, yargıçların sahip oldukları yetkileri zenginliğin yeniden dağıtılması ve ekonomi politikalarının yönlendirilmesi gibi alanlarda kullanması halinde aktivist olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. İkinci olarak idealist bir yaklaşımı benimseyerek kendi adalet anlayışını dayatan yargıçlar tarafından verilen kararlar aktivist olarak görülebilir. Bu yargıçlar kendi amaçlarını perdelemek için pozitivist ve çoğulcu tekniklerde ustalaşabilirler. Bu tür bir yargıç, hangisinin lehine sonuç verdiğine bağlı olarak şu ya da bu içtihat

27 İbid 210.

28 İbid 212.

29 İbid 219.

30 Gonçalo de Almeida Ribeiro, 'Judicial Activism and Fidelity to Law' İç Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre, Steven D. Smith (eds) (Springer 2015) 32.

31 İbid 32-34.

32 İbid 34-36.

33 İbid 36-43.

açıklamasına ya da şu ya da bu yasal yorum teorisine başvurabilir. Üçüncü olarak, çoğulcu model içinde yargısal aktivizm görülebilir. Bu bağlamda aktivist yargıç, yorum tekniklerini kullanma yerine adalet, belirlilik, meşruiyet, eşitlik, basiret gibi ilkelere daha sık başvurur.[34] Riberio tarafından geliştirilen model daha çok yargıcın davranışına; sübjektif bakış açısına odaklanmaktadır. Bu ise bir yargıç tarafından verilen kararın yargısal aktivizmin bir ürünü olup olmadığının belirlenmesi için o kararı veren yargıcın tüm karlarının incelenmesi gerektirmektedir. Ancak pratikte bunun yapılması imkânsız olmasa bile çok güçtür.

Buna karşın, Canon yargısal aktivizmi çok boyutlu bir yapı olarak görmekte ve bu yapı içinde yargısal aktivizmin 1-Çoğunlukçuluk; 2-Yorumlama istikrarı; 3-Yorumlamada sadakat; 4- İçerik/demokratik süreç ayrımı; 5-Politikanın belirlenebilirliği; 6-Alternatif bir politika yapıcının bulunması şeklinde ortaya çıkabileceğini ileri sürmektedir. Canon, çoğunlukçu aktivizm ifadesi ile demokratik süreçler sonucunda kabul edilmiş siyasaların yargı tarafından etkisiz hale getirilmesinin derecesini; yorumlama istikrarı ifadesi ile önceki mahkeme kararlarının, doktrinlerin veya yorumların değiştirilme ölçüsünü; yorumlamada sadakat ifadesi ile anayasa hükümlerinin onları kaleme alanların açık niyetlerinin ya da kullanılan dilin açık anlamının aksine yorumlanmasının ölçüsünü; içerik/demokratik süreç ayrımı ifadesi ile yargı kararlarının demokratik siyasi süreçlerin korunması yerine maddi siyasaları yaratmasının ölçüsünü, siyasanın belirlenebilirliği ifadesi ile yargı kararının diğer kurum ve bireylere takdir hakkı bırakmak yerine siyasayı kendisinin yaratmasının ölçüsünü, alternatif bir siyasa yapıcının bulunması ibaresi ile aynı sorunun başka devlet kurumları tarafından ciddi biçimde ele alınmasının yargı kararı ile engellenmesinin ölçüsünü anlatmaktadır[35].

Yargısal aktivizm kavramının anayasa yargısı içinde mahkemelerinin rolünün saptanması bakımından faydalı olacağını düşünen Cohn ve Kremnitzer, Canon tarafından geliştirilen aktivizm modelini bir aşama daha ileri götürerek çok boyutlu bir yargısal aktivizm modeli üretmişlerdir[36]. Cohn ve Kremnitzer geliştirdikleri modelin Anayasa yargısı tarafından kabul edilen üç yaklaşıma dayandığını belirtmektedir. Model ilk olarak, yargının mevcut hukuku uygulayarak yasal uyuşmazlıkları çözme yetkisi üzerine yerleştirilmiştir. İkinci olarak model, yargıyı, kamusal alanda, devlet erkinin diğer organları, bireyler ve sivil organlardan oluşan bir aktörler ağının katılımcısı olarak görmekte; yargının her şeyi yapabilme iktidarına sahip olduğuna dair görüşü reddetmektedir. Üçüncü olarak model mahkemelerin sadece anayasal sürecin korunması ile yetinmemesi bunun ötesine geçerek anayasa ile güvence altına alınan *"temel değerlerin"* aktif olarak korunması gerektiği

[34] İbid 43.

[35] Ergül (n 17) 47; Küçük (n 10) 266.

[36] Margit Cohn, Mordechai Kremnitzer, 'Judicial Activisim: A Multi Dimentional Model' (2015) 28(2) Canadian Journal Of Law and Jurisprudence 334 vd.

kabulü üzerine temellendirilmiştir[37]. Anayasal diyalog ve karar alma mekanizmasına yargının aktif katılımını destekleyen ve yargısal üstünlüğü ilişkin düşünceleri reddeden temel argümanlar, üç farklı aktivizm görüşünü desteklemektedir. İlk görüş mahkemelerin uyuşmazlık çözümdeki rolü ile ilgilidir. Yasayı değiştirmeleri halinde, mahkemelerin, anlaşmazlık çözümündeki rollerini aştıkları ve politika ve diğer geniş toplumsal sorular üzerinde karar verdikleri kabul edilmekte ve aktivist olarak değerlendirilmektedirler. İkinci görüş, karşılıklı bağımlılık/anayasal diyalog modelini ortaya çıkarmaktadır. Bu çerçevede yargısal aktivizm anayasal alanda karara tepki olarak ortaya çıkan toplumsal uzlaşma veya toplumsal dengeden yargının sapmasının derecesi olarak ifade edilmektedir. Üçüncü görüş, mahkemelerin temel değerlerin koruyucusu olarak oynadığı rolle ilgili tartışmaya dayanmaktadır. Cohn ve Kremnitzer, "temel değerleri" koruyan mahkemelerin, anayasa tarafından kendilerine biçilen ödevleri yerine getirdiklerini ve dolayısıyla aktivist olarak kabul edilemeyeceklerini kabul etmektedirler. Bu bağlamda, yargısal aktivizm, anayasada öngörülen temel değerlerin korunmasından sapma olarak değerlendirilmektedir[38].

Cohn ve Kremnitzer tarafından geliştiren çok boyutlu model üç temel kategori etrafında şekillenmekte ve bu kategoriler kendi içinde alt ölçütlere ayrılmaktadır. İlk kategoride geleneksel bakış açısı esas alınarak yargısal aktivizm değerlendirilmekte ve yargısal aktivizmin oniki alt görünümü incelenmektedir. 1-Yargı istikrarı: mahkemeler eski içtihatları ile yeni gelişen hukuki durumlar arasında seçim yapmak zorunda kalabilir, bu halde, yeni kabul edilen içtihat daha önce kabul edilen içtihattan ne kadar uzak ise yargısal aktivizmin o kadar yüksek olduğu kabul edilmektedir. 2- Yorumlama: amaçsal yorum yapan mahkemelerin metne veya orijinal anlamına sadık kalan mahkemelere göre daha aktivist olduğu kabul edilmektedir. 3- Çoğunlukçuluk ve özerklik: kendi çözüm veya politikasını sunmaya hazır olan, meclis tarafından çıkarılan kanunları iptal eden mahkemeler aktivist olarak nitelendirilmesine karşın; uzlaşmayı destekleyen, karar verme yetkisini farklı bir aktöre devreden bir mahkeme ya da kararı asıl karar merciine havale eden bir mahkeme daha az aktivist olarak görülmektedir. 4-Kararın gerekçesi: mahkemenin verdiği kararın gerekçesinin katı usulü veya muhakeme kurallarına veya mantığa uygunluk ve orantılılık gibi ucu açık testlere dayanıp dayanmadığı aktivizmin belirlenmesinde bir ölçüt olarak alınmaktadır. 5-Aktivizm eşiği: mahkemenin yargılanabilirlik, iyi niyet gibi kavramları ele alışı aktivizmin eşiğini belirleyecektir. Örneğin; bir kararın, hassas bir alan veya toplumsal ya da siyasi açıdan tartışmalı bir konu hakkında olduğunda, bu öğretilerin gevşetilmesi ve davanın esasına ilişkin karar verilmesi yüksek seviyede aktivizmi göstermektedir. 6-Yargı yetkisi: yargının yetki alanını daha önce müdahaleden bağışık olan alanlara genişleten, yeni bir inceleme zemini oluşturan veya yargı denetimine uygun "kamu organı"nın doğasını yeniden niteleyen bir karar, son derece aktivist olarak değerlendirilmelidir. 7-Retorik; yargı kararı-

[37] İbid 335.

[38] İbid 336.

nın retorik bir hukuk dilini benimsemesi veya daha geniş görüş ve değerlerin ifade edilmesi için zemin olarak kullanılması yargı kararının niteliğini ortaya koyar. Bu bağlamda, aşırı şekilde hukuk dışı bir söylem benimsenmesi, karar verme mekanizmasının ötesine geçerek, sosyal, ideolojik ve ahlaki argümanları dile getiren, kendi algısını genişleten bir role işaret eder. 8- "Obiter dicta":[39] bir davanın gerekliliklerinin ötesinde görüşün genişletilmesi halinde mahkemeler, sosyal ve muhtemelen politik alanda aktif bir katılımcı olarak görülmektedir. 9-Karşılaştırmalı kaynaklara güven: iç hukukta bağlayıcı olmayan uluslararası düzenlemelere dayanan bir mahkeme, iç hukukun uygulanmasının ötesine geçen kendi algıladığı bir rolü göstermek için tüm yargısal yasal konuşmalara katıldığı izlenimi uyandırır. 10- Çok seslilik: mahkeme kararının esasta aynı gerekçede farklı görüşleri içermesi, daha geniş yasal konuların analizine ve bunların çözümüne ilişkin bakış açılarının açıklanmasına olanak sağlar. 11-Karar kapsamı: mahkemenin kararında etkilenen öznelerin sayısı, mahkemenin kararının etkisini göstermek için çaba sarf etmesi mahkemenin aktivist tutumunu ortaya koyar. Bu bağlamda, etkisi geniş olan mahkeme kararı, daha yüksek bir aktivizm derecesine işaret eder. 12- Yasal temel: mahkeme kararının dayandığı yasal çerçevenin açık belirgin olmaması, muğlak, karmaşık, çelişkili veya eksik olması aktivizmin belirlenmesinde gösterge olabilir. Bu bağlamda, açık bir kuralın olmaması, esasen mahkemenin kararını eski içtihatlarının ötesine taşımasını gerektirir. Mahkemenin karar vermekten kaçınmadığı veya kaçınamadığı hallerde, sonraki davalarda verilen kararlar hemen hemen belli bir oranda yargısal yaratıcılığı gerektirecek, bu nedenle daha aktivist olarak değerlendirilecektir[40].

Cohn ve Kremnitzer tarafından geliştiren çok boyutlu modelin yargısal aktivizmi toplumsal uzlaşmadan yargının bir sapması gören ikinci kategorisi, kamu hukukunun siyasi, kurumsal ve sosyal bağlamlarında incelenmesini konu almaktadır. Bu kategoride yapılan değerlendirmeler, karar sonrası dinamiklere ve bir karar sonrasında elde edilen toplumsal uzlaşma veya dengeye odaklanmaktadır[41]. Bu kategoride, anayasal egemenliğin yasama ve yargı arasında paylaşıldığı, bu paylaşımın anayasal iletişim veya demokratik iletişim etrafında şekillendiği kabul edilerek, mahkeme kararının etki ve sonuçları dikkate alınmakta; karara karşı verilen toplumsal ve siyasi tepkinin mahkemenin aktivist olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin belirlenmesinde kullanılabileceği savunulmaktadır. Bu kategoride yargısal aktivizmin dört alt görünümü incelenmektedir. 1- Yasama reaksiyonu: mahkeme tarafından verilen karara yasamanın yanıt verip vermemesi ve yanıtın hangi süre içinde verildiği kararın aktivist olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğinin belirlenmesinde etkili olacaktır. Buna göre; kararın kabul görmesi yüksek bir uzlaşı seviyesini göstermekte ve karar aktivist olarak görülmemektedir. Aksine, kararının etki ve sonuçlarının

[39] Davaya özgü hükümle ilgili olmayan ancak yargıcın görüşlerini ifade eden yan yorumlardır. Bu yorumlar, gelecekteki davalarda bağlayıcı olmayan referanslar olarak değerlendirilir.

[40] Cohn/ Kremnitzer (n 36) 342.

[41] İbid 343.

geçersiz kılınması için yasama organı tarafından harekete geçilmesi halinde karar aktivist olarak değerlendirilmektedir. 2- İdari reaksiyon: idarece mahkeme kararına gösterilen uyum ve idarenin yanıtı yargısal aktivizmin belirlemesinde kullanılabilir. İdare, mahkeme kararına asgari uyum gösterebilir, kararın lafzına uyan ancak *özüne aykırı bir tutum* takınabilir; kararı ihmal edebilir veya kararı görmezden gelebilir. İdarenin tutumu yargısal aktivizmin artan seviyelerini sunar. 3- Yargısal reaksiyon: kararın daha sonra verilen bir kararla açık veya örtülü olarak ihmal edilmesi yargısal aktivizmin varlığını ortaya koyabilir. Bu bağlamda kararın daha sonra verilen bir kararla açık veya örtülü olarak ihmal edilen bir karar aktivist olarak ölçülmeli, daha sora verilen kararlarda takip edilen bir karar bu nitelikte görülmemelidir. 4- Toplumsal reaksiyon: toplumun yüksek düzeydeki eleştirilerinin ardından gelen bir karar da aktivist olarak değerlendirilmeli; buna karşın toplum tarafından yüksek kabul gören kararlar aktivist olarak görülmemelidir[42].

Cohn ve Kremnitzer tasarladıkları çok boyutlu modelin ilk iki kategorisinde ve bunların alt görünümlerinde yargı kararının içeriğini dikkate almadan değerlendirme yapmıştır. Üçüncü kategoride ise, yargı kararının özünde değere dayalı olduğunu kabul etmekte; anayasal iklimde yargının "öz" veya "temel" anayasa ilkeleri/değerleri desteklemek ve sürdürmek için geniş bir toplumsal çabaya aktif bir katılımcı olduğunu ileri sürmektedir. Yazarların fikirlerini iki temel yaklaşım şekillendirmektedir. İlki, yasal-politik sistemler, anayasal değerlerin temelini oluşturan 'anayasal ruh' üzerine inşa edilmiştir; ikincisi, yargı bu değer tabanının korunmasında çok önemli bir rol oynamaktadır[43]. Bu bağlamda, temel bir değerin korunması aktivist olarak görülmemelidir. Aksine, yargı içtihatlarına uygun olsa toplum tarafından kabul edilse bile, işkenceyi onayan bir karar aktivist olarak kabul edilmelidir. Buna karşın aktivizmin ilk iki kategorisinin alt görünümlerinde aktivist olarak görünen, mahkemenin içtihattan dönmesi, kanunun iptal edilmesi yargısal aktivizmin örneği olarak görülemeyecektir. Bu kategoride yargısal aktivizmin bir alt görünümü incelenmektedir. Müdahale ve değer-içerik: demokratik ilkeler ve insan özgürlüklerinin özüne ilişkin temel bir değere dayanan, bu değeri yeniden vurgulayan bir karar aktivist olarak görülmemelidir. Ekonomi politikasına ilişkin bir karar değer temelli olmadığından parametre ters yönde işlemeli ve bu karar yargısal aktivizmin bir örneği olarak görülmelidir[44].

Yargısal aktivizm hususunda geliştirilen diğer bir yaklaşım ise aktivizmin ölçülmesine ilişkindir. Bu bağlamda mahkeme kararının yeni hukuk kuralı oluşturup oluşturmadığı, vatandaşlara pozitif yükümlülükler getirip getirmediği esas alına-

---

42 İbid 347.

43 İbid 348.

44 İbid 348. Bu bağlamda, planın yürürlüğü konulduğu dönemde henüz adı konulmamakla birlikte, Başkan Roosvelt'in yaşanan ekonomik bunalıma yönelik sunduğu ve "New Deal" adı verilen ekonomik düzenlemelerin Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından iptal edilmesinin yargısal aktivizm örneği olduğu hakkında bkz. Özbudun (n 4); Küçük (n 10) 291.

rak bir değerlendirme yapılmaktadır. Mahkemenin aktivizmi güçlü ve zayıf olabilir. Güçlü bir aktivizmin maddi düzenleme üzerinde doğrudan etkisi bulunmasına karşın, zayıf bir aktivizmin usul kuralları, hukukun kaynakları ve hukuki ilkelerle ilgili yalnızca dolaylı bir etkisi vardır[45].

Yargısal aktivizmin anlamının belirlenmesi onun tam karşıtı olan yargısal kendini sınırlandırma kavramının da kısaca ele alınması gerektirmektedir.

C. Yargısal Sınırlandırma

Yargısal sınırlandırma veya yargının sınırlılığı kavramı ile yargının daha önce oluşturulan hukuka bağlı olması; metinde açıkça yer almayan hususların yorum yoluyla metne dâhil edilmemesi anlatılmaktadır. Bu fikri savunanlar göre yasamanın bir hata yapması halinde bunu düzeltecek olan yine yasamadır. Dolayısıyla, anayasa yargıçlarının veya mahkemelerin aktivist bir tutum izlememeleri kendini sınırlamaları Anayasa yargısının ve yargının meşruiyetini artırır[46].

Yargısal sınırlandırma kavramı da yargısal aktivizm gibi berrak bir kavram değildir. Bu bağlamda, Canon, "*"yasama organına uyma", "emsale saygı", "metincilik", "maddi içerik itibariyle siyasa tercihi içeren kararlardan kaçınma" ve "yetkili kurumların ve bireylerin kararlarına uymayı" yargısal sınırlılık doktrini içinde değerlendirmektedir."*[47] Buna karşılık Postner, yargısal sınırlandırmanın üç farklı görümünün olduğunu, bunların uyma; çekinme ve doğruluk biçiminde ortaya çıkabileceğini belirtmektedir. Uyma, halinde, yargıçlar, devletin diğer organlarının kararlarıyla çatışmaktan; çekinme durumunda, yargıçlar ahlaki ve belki de siyasal, sosyal ve ekonomik tercihlerde bulunmaktan; doğruluk halinde, yargıçlar başka kararlar alma kapasitelerini yok edecek kararlar almaktan kaçınmalıdırlar[48]. Buna karşılık Wolf, yargısal aktivizm ve yargısal sınırlama kavramlarının suni olduğunu, bu iki kavram arasındaki farkın, sadece hukuk yaratma faaliyetinin derecesiyle ilgili bir konu olduğunu; yargının kendini sınırlaması eğiliminde olan hâkimlerin, hukuk yaratma faaliyetini daha dar kapsamlı bir çerçevede yerine getirirlerken; yargısal aktivizm uygulamasını benimseyen hâkimlerin bu konuda daha aktif ve öncü bir rol üstlendiğini ileri sürmektedir[49].

Bu bağlamda yargısal aktivizm ve yargısal kendini sınırlandırmanın bir madalyonun iki yüzü gibi değerlendirilmesi mümkündür. Madalyonun hangi yüzünün sergileneceği yargı organının tutumuna göre değişmektedir. Yargı organı tarafından verilen bir karar sonuçları bakımdan aktivist değerlendirilebilen bir karar uygulama alanı bakımından yargısal kendini sınırlandırmanın bir örneğini oluşturabilir[50].

---

45 Freitas (n 14) 174.

46 Küçük (n 10) 272.

47 Ergül (n 17) 51.

48 İbid 51.

49 Küçük (n 10) 271.

50 Dhooghe/ Franken/ Opgenhaffen (n 2) 138 vd.

D. Yargısal Aktivizm ve ABAD

Avrupa Birliği, hukukun üstünlüğü ilkesini tam olarak benimseyen, hukuku tarafsız ve doğru olarak uygulama eğiliminde olan; yargı faaliyetinin apolitik ve tarafsız olduğu, yargının tüm menfaatlere eşit derecede uzak durduğu kanısının yaygın ve güçlü olan devletlerin[51] egemenliklerinin bir kısmını devretmeleri sonucu oluşan uluslar üstü bir nitelik taşımaktadır. Üye devletler Birlik hukukunun yorumlanmasında ve bazı sınırlı alanlarda uygulanmasında yargı yetkisini kurucu anlaşmalar aracılığıyla ABAD'a vermişlerdir[52]. ABAD'ın yetkisi dışında kalan alanlarda Birlik hukukunun uygulanmasından kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar üye devletlerin yargı organlarının yetki alanına girmektedir. Bu kapsamda ulusal mahkemeler önlerine gelen uyuşmazlıkta, Birlik hukukunu öncelikli olarak uygulamak, Birlik hukuku ile çatışan tüm ulusal normları dikkate almamak ve bireylere Birlik hukuku ile tanınan hakların kullanılmasını güvence altına almakla yükümlüdürler[53].

Birlik hukukunu yorumlayan ve uygulayan organların ayrıştırılmasının Birlik hukukunda belirsizlik yaratacağı öngörüldüğünden birlik hukukunun yeknesak biçimde uygulanması için kurucu anlaşmalarda *"Birlik hukukunun yorumlanması veya Birlik kurumları tarafından kabul edilen tasarrufların geçerliliği hakkında"* (ABA, m.19 - ABİHA, m.267) üye devlet mahkemelerinin ABAD'a *"ön karar"* almak için başvurabileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda, ön karar usulünün temel amacı, birlik normlarının anlaşılmasında farklı yorumların ortadan kaldırılmasıdır. Zira üye ülkelerin farklı hukuki kültür ve geleneğe, yorum yöntemlerine ve terminolojiye sahip olması farklı hukuki yorumların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. İşte, "*Yorum birliğinin sağlanması için, yorumun tek bir mahkeme tarafından yapılması ve diğer mahkemeler açısından bağlayıcı olması gerekmektedir."*[54]

Avrupa Birliği kurucu anlaşmalarında öngörülen ön karar usulü temelde ABAD ile ulusal mahkemeler arasında kurulan *"yargısal diyalog"* ile yürümektedir[55]. Ön karar usulünde ulusal mahkemeler, Birlik hukukunun yorumu ve geçerliliği ile ilgili

---

51 Sanem Baykal, 'Avrupa Birliği Anayasalaşma Sürecinde Adalet Divanı'nın Rolü: Divanın Ulusal Mahkemelerle İlişkileri ve Yorum Yetkisinin Sınırları Bağlamında Bir Analiz' (2004) 4(1) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 129.

52 Divanın kurucu antlaşmalarda belirtilen bu yetkilerini, kuruluşundan bu yana geçen süre içinde sürekli bir biçimde Topluluk hukukunun kendine özgü ve bağımsız bir karakter kazanması ve üye devletlerin iç hukuklarında tam ve etkili bir biçimde uygulanması için kullandığı hakkında bkz. Baykal (n 51) 123. ABAD'ın sınırlı, zorunlu ve münhasır yargı yetkisine sahip olduğu hakkında bkz. İlke Göçmen, *Avrupa Birliği Hukukunun Temelleri* (Seçkin 2021) 173.

53 Hacer Adaoğlu, *Avrupa Topluluğu Hukukunun Üye Ülkelerde Uygulanmasında Ulusal Mahkemeler ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İlişkisi* (Ankara Üniversitesi Basımevi 2006) 146.

54 Ön karar usulünün ikincil amacının ulusal mahkemeye normun uygulanmasında yardımcı olma, ulusal mahkeme ile ABAD arasındaki etkileşimi artırma, bireyleri AB hukuk sisteminin bir parçası haline getirmek düşüncesinin de aracı olduğu hakkında bkz. İbid 151 vd.

55 Alman Anayasa Mahkemesi ile ABAD arasında çeşitli alanlarda kurulan yargısal diyalog için bkz. Dhooghe/ Franken/ Opgenhaffen (n 2) 123 vd.

sorunların çözümü için ABAD'a başvurmaktadır[56]. Ulusal mahkemeler, *"antlaşmaların yorumu, Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu*" (ABİHA, m.267) hakkında mahkemeye başvurabilirler. Mahkeme içtihat yoluyla, kendi kararlarının da ön karar başvurusunun konusu olabileceğini kabul etmektedir[57]. Yine, Mahkeme, uluslararası sözleşmelerin yorumlanmasının ABAD tarafından yapılabileceğini kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, AB antlaşmalarının ve uluslararası anlaşmaların geçerliliğinin ön karar başvurusuna konu edilemeyeceğini değerlendirmektedir. Hukukun genel ilkelerinin tek başına ön karar başvuruna konu edilip edilemeyeceği tartışmalıdır[58]. Ancak, söz konusu ilkelerin farklı hukuk geleneklerinden gelen yargıç tarafından farklı anlaşılıp uygulanabilir. Dolayısıyla, ön kararın temel amacının hukuki yeknesaklığı sağlama oluğu göz önüne alındığında anılan ilklerin ön karar başvurusuna konu edilmesi gereklidir[59].

Ön karar başvurusu hukuki konulara münhasıran yapılmaktadır. Dolayısıyla, ulusal mahkeme önündeki uyuşmazlığın olguları ile ilgili değerlendirme yapmak ve belirleme de bulunmak ABAD'ın yetkisine girmemektedir[60]. Ancak, belli bir hukuk kuralının anlamlandırılması belli ölçüde somut olayın bilinmesini gerektirdiğinden ABAD uyuşmazlık konusu olayın şartlarını ve olgularını dikkate almakta[61] ancak bu olaydan bağımsız olarak yorum yapmaktadır.

Ön karar başvurunu yargısal aktivizm kapsamında öne çıkaran temel unsur: ön karar talebi sonucu verilen kararın bağlayıcı olmasıdır. Ulusal mahkemeler tarafından ön karar talebi sonucu verilen kararların sadece başvuruda bulunan mahkemeyi bağladığı ileri sürülmesine karşın ABAD ön kararın amacının hukuk birliğinin sağlanması olduğunu, dolayısıyla verilen kararın tüm mahkemelerce göz önüne alınması gerektiğini kabul etmektedir. ABAD'ın bu yaklaşımı ön karar aşamasında verilen kararların genel bir etki göstermesini sağlamaktadır[62].

---

56 Ön karar başvurusunun mahkeme niteliği taşıyan ulusal bir makam tarafında yapılması ve bu makamın başvuruyu gerekli görmesinin yeterli olduğu hakkında bkz. Adaoğlu (n 53) 156.

57 İbid 153.

58 İbid 153.

59 İbid 154.

60 Albertina Albors Lloren, 'The European Court of Justice, More than a Teleological Court' Alan Dashwood, Angela Ward (eds.)(1999) 2 Cambridge Yearbook of European Legal Studies, (Hurt Publishing, Oxford-Portland-Oregon 2000) s.384.

61 Adaoğlu (n 53) 154. Avrupa Birliği kurucu anlaşmalarında yer alan ön karar usulünün açık bir cevabı bulunmayan hususlarda, Mahkemeyi yaratıcı cevap vermekle yükümlü tuttuğu hakkında bkz. Pollicino (n 9) 288.

62 Adaoğlu (n 53) 160. ABAD'ın ön kararı düzenleyen anlaşama hükümlerinin yorumlanmasında lafzi yorum yöntemini kullanarak ulusal mahkemelerin rolüne saygıyı temel alan bir sistem kurduğu, Divan'ın geniş yorumu benimsediği, davaların, ya davanın olgularına göre ya da "usul ekonomisi" ilkesini destekleme ihtiyacına ya da ulusal mahkemelere daha yararlı bir yorum sunma ihtiyacına dayandığı,
Divan'ın, anlaşma hükümlerinin lafzının sınırlarını genişletmeye kararlı bir kurum olarak değil, mevcut davayı çözmek için belirli bir yorumun gerekli olmasını bekleyen bir kurum olarak ortaya çıktığı hakkında bkz. Lloren (n 60) 389.

Ön karar usulü, ulusal mahkemelerin ulusal sistem içinde etkinlik ve kendi üst derece mahkemelerine karşı bağımsızlık ve özerlik kazanmanın bir yolu olarak görülmektedir. Buna karşın, ulusal yargı sisteminin üst derece mahkemeleri ise yasanın yorumu ve geçerliliğine ilişkin sahip olduğu hiyerarşik gücü kaybetmek istememekte ve ABAD kararlarına bir etki alanı çizmeye çalışmaktadır. ABAD ise bir yandan ulusal hukuk sistemi diğer yandan ise birlik sınırları içinde AB hukukunu etkin kılmak istemekte; bütünleşme sürecini verdiği kararları ile şekillendirmektedir[63]. Bu bağlamda, ABAD tarafından kabul edilen Birlik hukukunun önceliği ilkesi ve doğrudan etki ilkesi ABAD'ın kararlarının etkisinin ulusal düzlemde daha hızlı ve etkin bir şekilde yerleşmesini sağlamaktadır. İşte bu noktada, ABAD'ın aktivist bir tutum sergilediği topluluk hukuk düzeni tarafından kendisine verilen sınırları aştığı; yasama organı gibi hareket ettiği ileri sürülmektedir[64].

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın aktivist bir mahkeme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği değerlendirilirken üç temel yaklaşımın bulunduğu görülmektedir. Bu üç temel yaklaşımdan ilki ABAD'ı tamamen aktivist bir mahkeme olarak görüp eleştirmekte; ikincisi, Divan'ın hukuki yorum sınırlarının içinde kaldığını, dolayısıyla aktivist olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmektedir[65]. Üçüncü yaklaşım ise ABAD ile ulusal mahkemeler arasında olan etkileşimi temel almakta, yargısal aktivizmin görünüm biçimlerini esas alarak bir değerlendirme yapmakta ve Divan'ın duruma göre aktivist veya kendini sınırlama eğiliminde olduğunu ileri sürmektedir[66].

ABAD'ı aktivist bir mahkeme olarak niteleyenler, temelde, AB kurucu anlaşmalarında yer alan boşlukların doldurulmasında ve yorumlanmasında, kavramların anlamlandırılmasında ABAD'ın uygun yorum tekniklerinden ayrıldığını ve yorum sınırlarını aştığını, politik bir aktör gibi karar verdiğini, oysa kurucu anlaşmalarda

---

63 Avrupa Birliğinin ekonomik ve siyasi bütünleşme süreci içinde amaçsal yorum yöntemini benimsediği, bu yorum yönteminin, zaman içinde hedeflerini ve planlarını tamamen ekonomik bir yaklaşımdan insan haklarının korunması ve sosyal ve çevresel konuları etkileyen daha geniş bir değerler sistemine doğru değiştiren Avrupa Birliğinin dinamik ve dönüşüme açık doğasına uygun düştüğü hakkında bkz. Pollicino (n 9) 289.

64 Baykal (n 51) 140. Avrupa Birliği Adalet Divan'ı tarafından kullanılan yorum teknikleri ile Birlik üyesi devletlerin ulusal mahkemeleri tarafından kullanılan teknikler arasında bir fark bulunmadığı, lafzi, tarihi, karşılaştırmalı, bağlama dayalı, amaçsal yorum yöntemlerinin gerek ABAD gerek ulusal mahkemeler tarafından kullanıldığı, ancak bu yorum yöntemlerinin Birlik hukukunun yorumunda bire bir uygulanmayacağı, örneğin lafzi yorum yönteminin, kurucu anlaşmaların ve ikinci düzenlemelerin tüm üye ülkelerin dillerinde kaleme alınması nedeniyle güç hale geldiği, yine anlaşmalarda kavramların tamamlanmadığı, bu durumun yorumlama, anlamlandırma güçlüğü yarattığı hakkında bkz. Lloren (n 60) 375.

65 ABAD tarafından benimsen ve yaratıcı sonuçlar doğmasına yol açan karar verme tekniklerinin bir yozlaşma olarak görülemeyeceği, bunun Avrupa Birliği hukukunun doğal bir sonucu olduğu, Divan'ın siyasi alana taşmadan yargı sınırları içinde karar verdiği hakkında bkz. Pollicino (n 9) 290. ABAD'ın aktivist bir mahkeme olduğu, zira Divan'ın AB hukukunun üstünlüğünü ve doğrudan etkisini kabul ettiği, yargısal inceleme yetkilerini genişlettiği hakkında bkz. Freitas (n 14) 174.

66 Dhooghe/ Franken/ Opgenhaffen (n 2) 131 vd; Freitas (n 14) 179-180.

ABAD'a bu yönde bir yetki verilmediğini ileri sürmektedir. Örneğin, ABAD, öncelik ve doğrudan etki ilkelerini Birlik hukukunun temel ilkeleri olarak belirlemesine karşın, kurucu antlaşmalarda bu nedensellik bağının kurulmasını sağlayacak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır[67].

ABAD'ın yargı yetkisinin sınırları içinde hareket ettiğini ileri sürünler tarafından ise, ABAD'ın karalarını sadece amaçsal yoruma[68] dayanarak vermediği diğer yorum tekniklerini [69] özellikle lafzi yorum tekniği kullandığı[70], Avrupa Birliğinin kurumsal yapısının ve Avrupa Birliği kurucu anlaşmalarında kullanılan ifadelerin ABAD'ı hukuk yaratmaya yönlendirdiği[71], ABAD'ın sadece seçilmiş kararlarının incelenerek aktivist olup olmadığının belirlenmeye çalışıldığı[72], bütüncül bir yaklaşım sergilenmediği, ABAD'ın kurucu sözleşmelerin yorumundan ve bütünleşmeyi temel alan yaklaşımından üye devletlerin rahatsız olmadığı, üye devletlerin kurucu anlaşmalardaki boşluk ve yetersizlikleri bildiği ve kurucu aşılamaların değiştirilme-

---

67 Baykal (n 51) 143. Üye devletlerin birlik hukukunun doğrudan etkiye ve önceliğe sahip olduğunu düşünmeleri halinde bu durumu kurucu anlaşmalarda düzenleyebilecekleri, bu yönde düzenleme yapmamaları nedeniyle ABAD'ın kararlarının yargısal aktivizm içerdiği yolundaki eleştiriler için bkz. Arnull (n 1) 224.

68 Birçok durumda Divan'ın istenmeyen sonuçları önlemek, sistemdeki boşlukları doldurmak, Birlik yükümlülüklerinin üye devletler tarafından ihlal edilmesini önlemek veya yalnızca Birlik hukuk sisteminin çökmesini önlemek için amaca dayalı yorum yöntemini tercih ettiği, bu yaklaşımın Birlik hukukunun kapsamını ve etkinliğini artmasını sağladığı ancak bu tutumun yargısal aktivizm iddialarının temelini oluşturduğu hakkında bkz. Lloren, (n 60) 382.

69 ABAD'ın yorumlarının metne, içeriğe ve amaca dayandığı, Anlaşmaların yorumlanmasında amacın esas alındığı ancak metnin de göz önünde bulundurulduğu, Direktiflerin yorumlanmasında, metnin esas alındığı ancak amacın göz önünde bulundurulduğu hakkında bkz. Dhooghe/ Franken/ Opgenhaffen (n 2) 141.

70 ABAD'ın eşyanın gümrük tarife istatistik pozisyonun belirlenmesinde özellikle lafzi yorum yöntemine bağlı kaldığı, eşyanın gümrük tarife ve istatistik pozisyonu belirlenirken amaçsal yoruma nadiren başvurulduğu, zira eşyanın sınıflandırılmasının teknik ve karmaşık bir alan olduğu, sınıflandırmaya ilişkin düzenlemelerde düzenlemenin nasıl yorumlanacağına dair ayrıntılı belirlemelere yer verildiği hakkında bkz. Lloren (n 60) 391.

71 Pollicino (n 9) 288. Örneğin, ne Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşmada ne de Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Anlaşmada "miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm tedbirler" ibaresinden ne anlaşılacağına dair bir belirleme bulunmadığı, bu hususta mahkeme tarafından yapılan yorumların ve verilecek olası tüm kararların aktivist olarak nitelendirilebileceği hakkında bkz. Dhooghe/ Franken/ Opgenhaffen (n 2) 141. "Miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm tedbirler" ibaresini yorumlayan ABAD kararına eleştiri getirilmesine rağmen çok az kişi tarafından alternatif bir önerinin getirildiği hakkında bkz. Lloren (n 60) 378.

72 Divan'ın aktivist olup olmadığı belirlenirken belli kararların seçilerek inceleme yapıldığı, Divan açısından adil bir değerlendirme yapılması için kararlarının tek başına değil, zamansal ve maddi bağlamda ele alınması gerektiği, ön karar mekanizması, gümrük birliği ve tarım alanı esas alınarak 1962 ila 1977 yılları arasında verilen kararlar incelendiğinde, geleneksel yorum yöntemlerinin Divan'ın önüne gelen sorunları çözmede yetersiz kaldığı, Divan'ın kurucu anlaşmaların metninin dikkate almadığı aktivist tutum içinde olduğu belirtilmesine rağmen birçok davada kendini sınırlama eğiliminde olduğu, Divan'ın bazı sözde "aktivist" kararlarının aktivist karara zemin hazırlayan daha önceki, daha az bilinen kararlarla birlikte değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. Lloren (n 60) 373.

sinin uzun ve sıkı bir pazarlık sürecini gerektirdiğinden Divan'ın aktivist tutumu ile bulduğu çözümden memnun olduğu, aksi halde anlaşmalarda değişikliğe gidilerek ABAD'ın verdiği kararların etkisiz kılınabileceğini ileri sürülmektedir[73].

Bu iki temel yaklaşımın dışında gelişen üçüncü yaklaşım ise, ABAD tarafından verilen kararların yargı yetkisinin sınırlarını aşan ve politik mülahazalara dayanan bir karar olup olmadığının belirlenmesinde objektif bir yaklaşım geliştirmeye çalışmakta ve bu konuda Anayasa hukukunda geliştirilen ilkeleri temel almaktadır. Örneğin, Arnull, Kmiec tarafından geliştirilen model çerçevesinde ABAD'ın aktivist olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini incelemektedir[74]. Ancak bu modelde yargı son sözü söyleyen hiyerarşik bir makam olarak görüldüğünden anılan model etrafında geliştirilen bir yaklaşımın her zaman için doğru sonuç vermesi beklenemez. Buna karşın Cohn ve Kremnitzer tarafından geliştirilen ve yargısal diyaloğu temel alan çok boyutlu yargısal aktivizm modeli ABAD tarafından verilen kararların değerlendirilmesinde daha belirgin sonuçlar üretilmesini sağlayabilir. Bu bağlamda, Dhooghe/Franken/Opgenhaffen, yargısal diyaloğu esas alarak Cohn ve Kremnitzer tarafından geliştirilen model çerçevesinde ABAD'ın aktivist bir mahkeme olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini saptamaya çalışmıştır[75]. Anılan çalışmada, ayrımcılık ve iç pazarın işleyişi, yurttaşlık hukuku hakkında ABAD tarafından verilen 15 karar Cohn ve Kremnitzer tarafından getirilen model çerçevesinde incelenmiş; karşılıklı diyalog kapsamında yargısal aktivizmin ABAD'ın normal bir karakteri olduğu; aksine yargısal kendini sınırlandırmanın[76] bu duruştan önemli bir sapma olduğu sonucuna varılmıştır[77].

Bu bağlamda ABAD, önceki kararlarını esas alarak kararlarını adım adım örmekte; bu yapıya eklenen yeni bir düşünce bir sürpriz olarak değerlendirilmemekte; ABAD her davada temel yapıya yeni bir şey eklemesine karşın temel yapının belirlenen sınırlarını aşamamaktadır. Yine, ABAD önündeki davaya ilişkin olarak kural üretmek yerine birçok duruma uygulanabilir genel ve geniş ilkeler oluşturmaktadır. ABAD kararlarında diğer aktörlerin tutumunu dikkate aldığından, Birliğin diğer aktörleri kararı etkisiz hale getirmek için nadiren düzenleme yapmaktadır[78]. Böylece, hukuki belirlilik ve içtihadî tutarlılık sağlanmakta Divan'ın aktivist bir tutum içinde olduğuna dair söylemler dayanaksız bırakılmaktadır.

İlişkili şirketlerde eşyanın transfer ve gümrük fiyatının kesiştiği bir alanda verilen Hamamatsu kararı çerçevesinde, ABAD'ın aktivist bir mahkeme olarak değer-

73 Baykal (n 51) 143.

74 Arnull (n 1) 216.

75 Dhooghe/ Franken/ Opgenhaffen (n 2) 131 vd.

76 Kararın sonucu veya uygulama alanı bakımından sınırlandırıcı olabileceği, sonuçları bakımından aktivist bir kararın uygulama alanı bakımından sınırlandırıcı bir karar olarak değerlendirilebileceği hakkında bkz. Dhooghe/ Franken/ Opgenhaffen (n 2) 138.

77 İbid 141.

78 İbid 134-138.

lendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenmeden önce ilişkili şirketlerde eşyanın transfer ve gümrük transfer fiyatının belirlenmesi ve aradaki bağlantın ortaya konulması gerekmektedir.

II. İLİŞKİ ŞİRKETLERDE EŞYANIN GÜMRÜK KIYMETİNİN VE TRANSFER FİYATININ BELİRLENMESİ

İlişkili şirketler arasında yapılan ithalat nedeniyle ödenmesi gereken gümrük vergileri Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasının VII'nci Maddesinin Uygulanmasına Dair Anlaşama kapsamında belirlenen *"gümrük kıymeti"* esas alınarak hesaplanmaktadır. Buna karşın, ilişkili şirketler arasında yapılan mal veya hizmet alım veya satımında uygulanan "*transfer fiyatı"* ise OECD tarafından 1995 yılında yayımlanan "Çok Uluslu Şirketler ve Vergi İdareleri için Transfer Fiyatlandırması Rehberi"nde belirtilen yöntemler kullanılarak belirlenmektedir[79]. Her iki düzenlemenin temel amacı ilişkili şirketler arasında gerçekleşen ticari işleme konu mal ve hizmetin değerinin objektif olarak belirlenmesi; ticari işleme konu mal veya hizmetin değerinin emsallerine uygun olarak gerçekleşmesidir. Bu bağlamda, her iki düzenlemenin temel amacı, ilişkili kişiler arasında ticari işleme konu mal veya hizmetin değerinin, aralarında ilişki olmayan kişiler arasında gerçekleşen ticari işleme konu mal veya hizmetin değeri ile örtüşüp örtüşmediğini, normal piyasa koşullarında oluşacak değeri yansıtıp yansıtmadığını belirlemektir.

A. İlişkili Şirketlerde Eşyanın Gümrük Kıymetinin Belirlenmesi

1. Genel Olarak

II. Dünya Savaşını müteakiben uluslararası alanda ticaretin serbestleştirilmesi ve ticari engellerin ortadan kaldırılması için eşyanın gümrük kıymetinin daha önce belirlenen kurallar çevresinde saptaması istenmiştir. Bu çerçevede Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması 1947'nin 7'nci maddesinde eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Anlaşmanın 7'nci maddesinin farklı yorumlanması eşyanın kıymetinin belirlenmesi konusunda iki farklı yaklaşımın ortaya çıkmasına neden olmuştur[80]. Üye devletlerce farklı yaklaşımların benimsenmesi nedeniyle oluşan belirsizliklerin giderilmesi dünya çapında yeknesak bir kıymetinin siteminin oluşturulması için 1979 yılında tamamlanan Tokyo Raund Çok Taraflı Ticaret Görüşmeleri sonucunda "Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasının VII'inci Maddesinin Uygulanmasına Dair Anlaşma" ortaya çıkmış; daha sonra 1994 yılında tamamlanan Uruguay Raund Çok Taraflı Ticaret Görüşmeleri sonunda Dünya Ticaret Örgütü Kurulmuş[81], çok taraflı ticaret anlaşmaları bir paket

---

79 Erkan Ertürk, *Tüm Boyutlarıyla Uluslararası Vergilendirme Teori ve Uygulama* (Maliye Hesap Uzmanları Derneği 2018) s.21 vd.

80 Ahmet Atasorkun, Gökhan Yurdakul, *Gümrük Kıymeti Teori ve Uygulama* (Pulat Basımevi 2015) 37.

81 Tuğrul Arat, Rıfat Erten, 'DTÖ Hukuku Ve Türkiye'ye Etkileri' İç M. Sait Akman, Şahin Yaman

halinde, DTÖ'nün Kuruluşuna İlişkin Marakeş Anlaşmasına eklenmiştir[82]. Bu yönteme göre, Kuruluş Anlaşmasını imzalayan devlet, Kuruluş Anlaşmasının ayrılmaz parçası kabul edilen Ek 1, 2 ve 3'de yer alan Çok Taraflı Ticaret Anlaşmalarının hükümleri ile bağlı hale gelmektedir[83]. Anlaşmanın ekinde "Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasının VII'inci Maddesinin Uygulanmasına Dair Anlaşma" ya da yer verilmiş ve böylece eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesi konusunda Dünya Ticaret Örgütü üyeleri nezdinde bir belirlilik sağlanmıştır.

Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasının VII'inci Maddesinin Uygulanmasına Dair Anlaşmada (Gümrük Kıymet Anlaşması) eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesinde*, "keyfi veya fiktif gümrük kıymetlerini kullanılmasını önleyen adil, yeknesak ve tarafsız sistemin oluşturulmasının"* amaçlandığı ve bu amaca ulaşmak için eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesinde, gerçek değerinin esas alındığı belirtilmektedir. Anlaşma'da bu yaklaşım çerçevesinde gümrük kıymetinin belirlenmesinde eşyanın satış bedelinin esas alınması gerektiği düzenlemiş; eşyanın satış bedeli yöntemi temel yöntem, diğer yöntemler ise ikincil yöntemler olarak kabul edilmiştir[84].

Gümrük Kıymet Anlaşması'nda eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesi için (1) Satış bedeli yöntemi; (2)Aynı eşyanın satış bedeli yöntemi; (3) Benzer eşyanın satış bedeli yöntemi; (4)İndirgeme yöntemi; (5) Hesaplanmış kıymet yöntemi; (6) Son yöntem olmak üzere altı ayrı yöntem öngörülmüş ve bu yöntemler arasında bir hiyerarşi olduğu kabul edilmiştir[85]. Anlaşma'nın tarafı olan devlet gümrük idarenin yöntemleri belirleme ve seçme konusunda bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Anlaşma'da belirlenen yöntemler, belirlenen hiyerarşi çerçevesinde seçilmeli ve eşyanın kıymetinin tespit edilmesi için kullanılmalıdır[86]. Anlaşma'da satış bedeli yöntemi temel yöntem olarak kabul edilmiş; eşyanın gümrük kıymetinin satış bedeli yöntemine göre belirlenememesi halinde sırasıyla diğer yöntemelere başvurulacağı kabul edilmiştir. Ancak, uygulamada yaşanacak zorlukları öngörülerek Anlaşmada 4'üncü ve 5'inci yöntemler arasında beyan sahibinin talebi üzerine bir değişiklik yapılabileceği kabul edilmiştir.

Gümrük Kıymet Anlaşması'nın 1'inci maddesi uyarınca gümrük kıymeti Anlaşma'nın 8'inci maddesi uyarınca gerekli düzeltmelerin yapıldığı eşyanın "satış

(eds) Dünya Ticaret Örgütü Doha Turu Çok Taraflı Ticaret Müzakereleri ve Türkiye (Türkiye Ekonomi Araştırmaları Vakfı 2008) 406

82 İbid 406.

83 Arat/Erten (n 81) 406; Hamit Yumuk, *Gümrük Müşavirinin Mali Hukuk Bakımından Sorumluluğu* (Oniki Levha, İstanbul 2021) dp, 671, 250.

84 Satış bedelinin eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesinde temel yöntem olduğu hakkında bkz. Özgecan Gök, *Gümrük Vergisinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar* (Yetkin 2019) 107;Yumuk *Gümrük Müşavirinin Mali Hukuk Bakımından Sorumluluğu* (n 83) Dp.676, 253.

85 Atasorkun/Yurdakul (n 80) 49.

86 Yumuk Gümrük Müşavirinin Mali Hukuk Bakımından Sorumluluğu (n 83) 253.

bedeli" dir. Anlaşma uyarınca, satış bedelinin eşyanın gümrük kıymetine esas alınabilmesi için Anlaşma'nın 1'inci maddesinde sayılan, satışın konusuna, ithalatın türüne, ödeme yöntemine ve düzeltme yöntemine ilişkin olumlu; eşyanın kullanımına; kıymetinin belirlenmesine, alıcı ile satıcı arasındaki münasebetin (ilişkinin) varlığına ilişkin olumsuz şartların sağlanması gerekmektedir[87].

Gümrük Kıymet Anlaşması uyarınca gümrük kıymetinin satış bedeli yöntemine göre belirlenebilmesi için alıcı ve satıcı arasında bir ilişki bulunmaması; böyle bir ilişkinin bulunması halinde ilişkinin eşyanın satış belini etkilememesi, satışın emsallerine uygun olarak gerçekleşmesi zorunludur. İlişkili taraflar arasında gerçekleştirilen işlemlerde eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesinde ilişki bulunmayan taraflar arasındaki aynı veya benzer eşyanın satış bedeli esas almaktadır. Bu halde fiyatın satış bedeline uygun bir temel oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi için "satışı şartları" ve "test değerleri" olmak üzere iki temel test kullanılmaktadır. Satışın şartların testi[88] ilişkinin bedeli etkileyip etkilemediğini belirlemek için; test değerleri testi[89] ise, satış bedelinin Anlaşma'da test değer olarak kabul edilen üç kıymete yakın olup olmadığının belirlenmesi için kullanmaktadır[90]. Söz konusu testler sonucu alıcı ve satıcı arasında olan ilişkinin eşyanın gümrük kıymetinin etkilemediğinin tespit edilmesi halinde, satış bedeli gümrük kıymeti olarak kabul edilir. Aksi halde, bir sonraki yönteme geçilir.

2. Avrupa Birliğinde İlişkili Kişilerde/Şirketlerde Eşyanın Gümrük Kıymetinin Belirlenmesi

Bütünleşmeyi amaçlayan ekonomik ve siyasi birlikte, ilk olarak, tarafların birbirlerine karşı uyguladıkları gümrük vergilerinin kaldırılarak gümrük vergilerini etkileyen unsurların ve özelikle gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin hükümlerin yeknesak bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Avrupa Birliğinde gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler gümrük birliğinin oluşturulmasından itibaren

---

87 Gök (n 84) 112; Yumuk *Gümrük Müşavirinin Mali Hukuk Bakımından Sorumluluğu* (n 83) 254.

88 Satışın şartları testinde satış işleminin konu unsurunun incelendiği, alıcı ve satıcının ticari ilişkilerini düzenleme şeklinin; ilişkinin fiyatı etkileyip etkilemediğini belirlemek amacıyla söz konusu fiyata ulaşma şeklinin incelendiği, bu test uyarınca fiyatın faaliyette bulunulan endüstrinin normal fiyatlandırma uygulamaların uygun bir şekilde belirlenmesi; fiyatın ilişkili olmayan kişilere yapılan satışlarla uyumlu olması; fiyatın tüm giderleri karşılayacak ve buna ek olarak aynı sınıfa veya türe ait eşyanın satışında belirli bir dönem boyunca gerçeklesen toplam kara eş değer bir kar verecek kadar yüksek olması halinde fiyatın satış bedeli olarak kabul edileceği hakkında bkz. Ertürk (n 79) 429.

89 Anlaşmanın 1'inci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde, bu test değerleri, i) aynı ithal ülkesine ihraç amacıyla satıcıdan müstakil alıcılara yapılan, aynı veya benzer eşya satışlarındaki satış bedeli;(ii) aynı veya benzer eşyanın, 5' inci madde hükümlerine göre belirlenen gümrük kıymeti;(iii) aynı veya benzer eşyanın, 6'ncı madde hükümlerine göre belirlenen gümrük kıymeti olarak sayılmıştır.

90 Ertürk (n 79) 428;4458 sayılı Gümrük Kanunu açısından yapılan değerlendirmeler için bkz. Atasorkun/Yurdakul (n 80) 89 vd.

yeknesak biçimde uygulanmaktadır[91]. Nitekim ABAD, Ortak Gümrük Tarifesinde belirlenen vergilerinin tahsilinde ithalatçılara eşit muamele yapılmasının sağlanması, Ortak Gümrük Tarifesinin sağladığı koruma düzeyinin Birlik genelinde aynı olması; ulusal hükümler arasındaki farklılıklardan doğabilecek ticaret ve faaliyetlerdeki herhangi bir sapma ve rekabetin bozulmasının önlenmesi için eşyanın gümrük kıymetine ilişkin olarak Tüzük düzeyinde düzenlemeler yapıldığını belirtmektedir[92].

Avrupa Birliğinde eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler, Avrupa Birliği Gümrük Kodu'nun 69 ila 76'ncı maddeleri arasında düzenlenmiştir[93]. Bu düzenlemeler ise eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasının VII'inci Maddesinin Uygulanmasına Dair Anlaşmaya dayanmaktadır. Nitekim ABAD gümrük kıymet uyuşmazlıklarında Avrupa Birliğinde gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişikin düzenlemelerin Anlaşmada öngörülen gereksinimleri karışılması gerektiğini vurgulamaktadır. ABAD, önüne gelen uyuşmazlıklarda anılan Anlaşmanın giriş kısmına yollamada bulunarak, Birlik hukukunda eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin *"keyfî ya da itibarî gümrük kıymetlerinin kullanılmasını önleyen, adil, yeknesak ve tarafsız olması gerektiğini"; "ticarî uygulamalarla uyumlu, basit ve adil ölçülere"* [94] dayanması gerektiğini belirtmektedir[95] Bu bağlamda, ABAD, eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin amacının, keyfî ya da itibarî gümrük kıymetlerinin kullanılmasını önleyen adil, yeknesak ve tarafsız bir sistem getirmek olduğunu, dolaysıyla, gümrük kıymetinin, ithal edilen bir ürünün gerçek ekonomik değerini yansıtması ve o ürünün ekonomik değeri olan tüm unsurları dikkate alması gerektiğini vurgulamaktadır[96].

---

91 Timothy Lyons, *EC Customs Law* (Oxford EU Law Library 2018) 317. Avrupa Birliğinde, çeşitli gümrük düzenlemelerinde dağınık bir şekilde bulunan gümrük kuralları, 2913/92 sayılı Konsey Tüzüğü (Comunity Customs Code, Topluluk Gümrük Kodu, CCC) ile yeniden düzenlenmiş; 2913/92 sayılı Konsey Tüzüğü ile yürürlüğe konulan "Topluluk Gümrük Kodu", 450/2008 sayılı Konsey Tüzüğü ile kaldırılmış ve "Modernize Gümrük Kodu" (Modernized Customs Code, MCC) olarak bilinen gümrük kodunun uygulanmasına geçilmek istenmiş; bilişim sisteminin henüz hazırlanamaması ve alt idari düzenlemelerin hazırlanmaması nedeniyle söz konusu kod kaldırılarak, Avrupa Parlamentosunun 9 Ekim 2013'te 952/2013 sayılı Tüzüğü ile Avrupa Birliği Gümrük Kodu (Union Customs Code, UCC) yürürlüğe konulmuştur.

92 Case 248/80 Kommanditgesellschaft in Firma Gebrüder Glunz v Hauptzollamt Hamburg-Waltershof ECLI:EU:C:1982:33 [1982] ECR 197, para 10. Lyons (n 91) 318.

93 Lyons (n 91) 318.

94 Hamamatsu (n 3) para. 24; Case C–661/15 XBV v Staatssecretaris van Financiën ECLI:EU:C:2017:753, para. 33; C–59/16. The Shirtmakers BV v Staatssecretaris van Financiën ECLI:EU:C:2017:362 para. 28. Ayrıca, C–173/15 GE Healthcare GmbH v Hauptzollamt Düsseldorf ECLI: EU:C:2017:195 para 30; C–291/15 EURO Hungary 2004 Kft v Nemzeti Adó-és Vámhivatal Nyugat-dunántúli Regionális Vám-és Pénzügyőri Főigazgatósága, ECLI:EU:C:2016:45 para. 23-26.

95 C–430/14 Valsts ieņēmumu dienests v Artūrs Stretinskis ECLI:EU:C:2016:43 para. 22-23. Kararların tamamı için bkz. Lyons (n 91) 321.

96 C116/12 Christodoulou and Others ECLI:EU:C:2013:825, para.39-40;Valsts ieņēmumu dienests (n 95) para.23.

ABAD, önüne gelen uyuşmazlıklarda eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin temel ölçütleri belirledikten sonra, "gümrük kıymeti" ibaresinden ne anlaşılması; gümrük kıymetinin nasıl belirlenmesi gerektiğini Gümrük Kodu'ndan hareket ederek tespit etmektedir.

ABAD'a göre eşyanın gümrük kıymeti, eşyanın satış bedelidir. Eşyanın satış bedeli ise, eşya Avrupa Birliğine ithal edilirken Gümrük Kodu uyarınca gerekli düzeltmelerin yapıldığı fiilen ödenen veya ödenecek bedeldir[97]. Bu bağlamda, ABAD'a göre, kural olarak, eşya için fiilen ödenen veya ödenecek olan bedelin, gümrük kıymetinin hesaplanmasında temel oluşturması halinde, bu bedel, keyfi veya itibari bir gümrük kıymetinin belirlenmesini önlemek için potansiyel olarak gerektiğinde ayarlanması gereken "veri"dir[98]. ABAD, eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin düzenlemelerde gümrük kıymetinin belirlenmesine esas olan satış bedelinde sonradan yapılacak düzenlemelerin hangi koşullar altında yapılması gerektiğine dair düzenleme bulunmadığını, ancak; keyfi ve itibari bir gümrük kıymetinin oluşmasının önlenmesi için eşyanın gümrük kıymetinin ayarlanması/uyarlanması gerektiğini kabul etmektedir[99]. Bu yaklaşıma göre; serbest dolaşıma girmeden önce satış bedeli belirlenen eşyanın hasara uğraması halinde eşyanın satış bedeli uğranılan hasar oranında indirilmelidir[100]. Yine, garanti kapsamında ithal edilen eşya nedeniyle satıcı tarafından alıcının masraflarına karşılık gönderilen (kredi notu) olarak verilen tutarlar eşyanın satış bedelinden indirilmelidir[101].

ABAD'ın yerleşik içtihadı uyarınca, satış bedeli ithal edilen bir eşyanın gerçek ekonomik değerini yansıtmalı ve o eşyanın ekonomik değeri olan tüm unsurlarını dikkate almalıdır[102]. Bununla birlikte eşyanın gümrük kıymetinin ithal edilen eşyanın satış bedeline göre saptanamaması halinde, Gümrük Kodu'nda öngörülen diğer yöntemler uygulanarak eşyanın gümrük kıymeti tespit edilir[103].Eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesinde satış bedeli öncelikli yöntem olarak uygulanmalıdır[104]. Bunun gerçekleşmesi için "satış" terimi kavramının çok geniş yorumlanması gerek-

---

97 Christodoulou and Others (n 96) para.38; Valsts ieņēmumu dienests (n 95) para.15.

98 Christodoulou and Others (n 96) para.39.

99 C-256/07 Mitsui & Co. Deutschland, ECLI:EU:C:2009:167 para.23.

100 İbid para. 25.

101 İbid para. 29. 'Credit note', yani alacak/alacaklandırma notunun satılan mal veya hizmetin istenilen kalite ve standartlarına uygun olmaması sonucu ortaya çıkan indirimler veya fiyat farklılığı gibi nedenlerle, alıcının satıcıdan alacaklı olduğunu göstermek amacıyla satıcı tarafından fatura yerine düzenlenen bir belge olduğu hakkında bkz. Mehmet Özkoç, 'Gümrük İşlemlerinde Credit ve Debit Note' (2016) 8 Gümrük ve Ticaret Dergisi 122.

102 Christodoulou and Others (n 96) para.40; Valsts ieņēmumu dienests (n 95) para. 22.

103 Christodoulou and Others (n 96) para. 41. Eşyanın gümrük kıymetinin Topluluk Gümrük Kodu'nun (CCC) 29'uncu maddesine göre belirlenememesi halinde, Topluluk Gümrük Kodu'nun 30'uncu maddesinde yer alan yöntemler uygulanarak belirleneceği, bu yönetmelerin sırasıyla uygulanacağı hakkında bkz. Christodoulou and Others (n 96) para.42-43.

104 Christodoulou and Others (n 96) para.44-45; Valsts ieņēmumu dienests (n 95) para.23.

mektedir[105]. Bu bağlamda, ABAD'a göre, Gümrük Kodu uyarınca, satış işleminin ilişkili kişiler arasında gerçekleşmesinin satış bedeli terk edilmesi için tek başına yeterli değildir[106]. Ancak, alıcı ve satıcı arasında ilişki bulunması halinde satış bedelinin esas alınması için alıcı ve satıcı arasındaki ilişki eşyanın satış bedeli etkilememelidir. Gümrük idarelerinin eşyanın beyan edilen gümrük kıymetinin doğru olup olmadığını incelemeye ve bedelin taraflar arasında ilişkiden etkilendiğini tespit etmeleri halinde beyanı reddetmeye hakkı bulunmaktadır[107].

İlişki kavramı, Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasının VII'inci Maddesinin Uygulanmasına Dair Anlaşma'nın 15'nci maddesine paralel hükümler içerecek şekilde Topluluk Gümrük Kodu'nun(UCC) uygulanması için çıkarılan 2015/2447 Komisyon Uyulama Tüzüğünün 127'nci maddesinde tanımlanmıştır. ABAD ilişki kavramını geniş yorumlamaktadır. Örneğin; satıcı veya alıcının tüzel kişi, alıcının veya satıcının ise gerçek kişi olması, gerçek kişi ile tüzel kişinin temsilcisinin akraba olması halinde, bu durumu ilişki kavramı içinde değerlendirilmektedir[108].

B. İlişkili Şirketlerde Eşyanın (Transfer) Fiyatının Belirlenmesi

Küreselleşmemenin doğal bir sonucu olarak sınır ötesi ticari faaliyetler yaygınlaşmış; geleneksel ticaretin aksine bu ticari faaliyetler birden farklı ülkede faaliyet gösteren şirketler arasında gerçekleşmeye başlamıştır. Çok uluslu şirketlerin kendi aralarında yürüttükleri bu ticari faaliyet transfer fiyatı veya transfer fiyatlandırması kavramının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu bağlamda transfer fiyatı, en basit şekilde, ilişkili şirketler arasındaki işlemlerde kullanılan fiyatlar olarak ya da aralarında kontrol ilişkisi bulunan tarafların birbiriyle yaptıkları ticarette fiyat veya fiyat belirleme süreci[109] olarak tanımlanmaktadır.

Transfer fiyatlandırması kavramı 20'nci yüzyılda Amerika Birleşik Devletlerinde ortaya çıkmış; daha sonra OECD tarafında geliştirilen ilkeler çerçevesinde uluslararası alanda uygulanmaya başlanmıştır[110]. OECD üyesi olan devletler uluslararası alanda çifte vergilendirmeyi önlemek ve vergilendirilen kârların adil bir şekilde bölüşülmesini sağlamak için ilişkili kişiler arasında gerçekleştirilen işlemlerde elde edilecek kârın, bu işlemlerin ilişkili olmayan kişiler arasında gerçekleştirilmesi halinde kâra referans gösterilmesi konusunda anlaşmıştır[111]. Buna göre, aralarında ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki işlemlerde fiyat piyasa şartlarına göre tespit edildiğinden ilişkili kişiler arasındaki işlemlerde de aynı

---

105 Christodoulou and Others (n 96) para.44-45.

106 Valsts ieņēmumu dienests (n 95) para.16.

107 İbid para. 23.

108 İbid para. 31.

109 Atasorkun/Yurdakul (n 80) 97 vd.

110 Serkan Ağar, *Transfer Fiyatlandırması Örtülü Kazanç Dağıtımı* (Yaklaşım 2011) 33.

111 Ertürk (n 79) 25.

şartlar geçerli olmalı fiyat emsallerine uygun olarak belirlenmelidir[112]. Bu yaklaşım emsallere uygunluk ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Emsallere uygunluk ilkesi, emsallere uygun olarak gerçekleştirilen bir işlemde geçerli koşulların farazi olarak ikame edilmesi ve buna uygun olarak kârın yeniden hesaplanarak ilişkili işlemlere uygulanmasını ifade etmektedir[113].

OECD tarafından transfer fiyatının belirlenmesi için bir dizi çalışma yapılmış; emsallere uygunluk ilkesi çerçevesinde uygun emsalin tespit edilmesinde beş transfer fiyatlandırması yöntemi benimsenmiştir. Bu beş yöntemden ilk üçü "geleneksel işlem yöntemi" olarak bilinmektedir. Bu halde emsal fiyatın bulunması için (1) "*Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi"*; (2)"*Yeniden satış yöntemi"*; (3)*"Maliyet artı yöntemi*" kullanılmaktadır. *"İşleme dayalı kar yöntemleri"* olarak bilinen son iki yöntem ise, (1) "*İşleme dayalı net kar marjı* yöntemi*";* (2)*"İşleme dayalı kar bölüşümü yöntemi*" dir[114].

Çok uluslu şirketler OECD tarafından geliştirilen bu yöntemleri kullanılabileceği gibi vergi idaresi ile peşin fiyatlandırma anlaşması da yapabilirler. Peşin fiyatlandırma anlaşmalarında, ilişkili kişiler ile yapılan işlemlerde kullanılacak transfer fiyatlandırması yöntemleri mükellef ile vergi idaresi arasında önceden belirlenmektedir[115]. Ancak durum gümrük idaresinin eşyanın satış bedeli konusunda inceleme yapmasına engel oluşturmamakta; söz konusu anlaşma esas alınarak gümrük idaresinin vergi iadesi yükümlülüğü doğmamaktadır.

Avrupa Birliğine üye devletler arasındaki ithalatta ve ihracatta, gümrük vergileri ve eş etkili vergiler alınmayacağından transfer fiyatlandırması ve eşyanın gümrük kıymeti arasında bir ilişki doğmamaktadır. Bu halde çifte vergilendirmenin önlenmesi, transfer fiyatlandırması nedeniyle vergi kayıplarının oluşumunun engellenmesi için Avrupa Birliği üyeleri arasında *"Bağlı İşletmelerin Kârlarının Ayarlanmasından Doğan Çifte Vergilendirmenin Ortadan Kaldırılması Hakkında Anlaşma"*[116] (Tahkim Anlaşması) imzalanmıştır. Ancak, çok uluslu şirketin bağlı

---

112 Michiel Friedhoff, Martijn Schippers, 'ECJ Judgment in Hamamatsu Case: An Abrupt End toInteraction Between Transfer Pricing and Customs Valuation?' s. 4. <http://hdl.handle.net/1765/114141> Erişim Tarihi:10.10.2023.

113 Ertürk (n 79) 26. Bu ilke, OECD Model Vergi Anlaşmasının 9'uncu maddesinde "[İlişkili] iki işletme arasındaki ticari ve mali ilişkilerde oluşan veya oluşturulan koşullar, bağımsız bir şekilde birbirleriyle iş yapan bağımsız işletmeler arasında oluşması gereken koşullardan farklılaştığında, bu işletmelerden birisinde oluşması gereken, fakat bu koşullardaki farklılaşma nedeniyle oluşmayan kazanç, söz konusu işletmenin kazancına eklenebilir ve buna göre vergilendirilebilir." şeklinde ifade edilmiştir. Çok Uluslu İşletmeler ve Vergi İdareleri için OECD Transfer Fiyatlandırması Rehberi, Temmuz 2017, <https://ms.hmb.gov.tr> Erişim Tarihi: 24.10.2023.

114 OECD Rehber2017 (n 113) 101; Ertürk (n 79) 103; Ağar (n 110) 62.

115 Ertürk (n 79) 167 vd.

116 Bu hususta bkz. Emrah Ferhatoğlu 'Uluslararası Vergi Uyuşmazlıklarının Giderilmesi: Avrupa Birliği Tahkim Anlaşması' (2008) 57(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209; Ağar (n 110) 43.

şirketlerinin Avrupa Birliği dışında yer alması halinde transfer fiyatlandırması ile eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesi arasında ilişki kurulmaktadır. Bu halde Birlik üyesi ülkeler, genellikle, OECD Vergi Anlaşma Modelinin 9'uncu maddesi yer alan "Emsallere Uygunluk İlkesi" ilkesini esas alarak düzenleme yapmaktadır117.

C. İlişkili Şirketlerde Eşyanın Gümrük Kıymetinin ve Eşyanın Transfer Fiyatının Belirlenmesi Arasındaki Bağlantı

İlişkili şirketler arasında yürütülen ticari ilişkide ilişkinin eşyanın gümrük kıymetini ve vergilendirilebilir geliri etkilememesi gerekmektedir. İlişkinin gümrük kıymetini etkilememesi için gerekli kurallar Gümrük Kıymet Anlaşmasında belirlenmesine karşın ilişkinin vergilendirilebilir gelire etki etmemesini sağlamaya yönelik kurallar OECD tarafından çıkarılan düzenlemelerde kurala bağlanmıştır. Her iki düzenleme temelde emsallere uygunluk ilkesini esas almakla birlikte kullanılan yöntemlerin farklılığı düzenlemelerin birbiri ile uyuşmamasına; hatta çelişmesine neden olmuştur. Zira eşyanın gümrük kıymeti belirlenirken her bir ithalat ayrı ayrı değerlendirilmekte; bir ithalat işlemine ilişkin eksiklik veya fazlalık diğer ithalat işlemi ile ilişkilendirilmemekte ve ortalama bir fiyata ulaşılmaya çalışılmamaktadır. Hatta eşyanın satış bedelinde olan artış ve azalışlar gümrük kıymet araştırmasına neden olmaktadır. Buna karşın, eşyanın transfer fiyatı belirlenirken belli bir dönem esas alınarak değerlendirme yapılmakta; izlenen yönteme göre fiyat dönem sonunda belirginleşmektedir[118].

Eşyanın gümrük kıymeti belirlenirken, satış bedeli yöntemi; aynı eşyanın satış bedeli yöntemi, benzer eşyanın satış bedeli yöntemi, indirgeme yöntemi, hesaplanmış kıymet yöntemi ve son yöntem olarak beş yöntem belli bir hiyerarşi içinde uygulanmakta ve bu yöntemlerin uygulanması sonucunda eşyanın gümrük kıymeti kesin olarak belirlenmeye çalışılmaktadır. Buna karşın, transfer fiyatı karşılaştırılırken, karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, maliyet artı yöntemi, yeniden satış yöntemi, kar bölüşümü yöntemi, işleme dayalı net kar marjı yöntemi, mükellefçe belirlenecek yöntemler olarak altı farklı yöntem, bir hiyerarşi olmadan uygulanmakta ve bu yöntemlerin uygulanması sonucunda genellikle bir birine yakın birden fazla sonucu içeren belli bir emsal fiyat aralığına ulaşılmaktadır.

OECD tarafından getirilen kurallar çerçevesinde hareket eden vergi idaresinin ve Gümrük Kıymet Anlaşmasında belirlenen kurallar çerçevesinde hareket eden gümrük idaresinin temel amacı, ithal edilen eşyanın fiyatı belirlenirken satış bede-

---

117 Alman transfer fiyatlandırması kuralların, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun (Corporate Tax Act) 8(3) Bölümünde, Yabancı İşlemler Vergi Kanunun (Foreign Transactions Tax Act) 1(1) Bölümünde yer aldığı, düzenlemenin emsallere uygunluk ilkesine dayandığı hakkında bkz. Hüseyin Işık, Çok Uluslu Şirketlerde Örtülü Kazanç Ve Örtülü Sermaye Uluslararası Düzenlemeler ve Uygulamalar ile Türk Vergi Sisteminin Karşılaştırılması ve Öneriler (Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayın No:2005/370 2005) 73; Ağar (n 110) 54.

118 İbrahim Öztürk, 'İlişkili Firmalar Arasındaki İşlemlerde Gümrük Kıymeti ve Transfer Fiyatlandırması' (2016) 7(107) Gümrük ve Ticaret Dergisi 109.

linin ilişkiden etkilenmemesini sağlamaktır. Gümrük idaresinin temel amacı ithal eşyanın gümrük kıymetinin düşük gösterilmek suretiyle ithalat vergilerinin aşındırılmasının önüne geçmektir. Buna karşın, vergi idaresinin temel amacı ithal edilen eşyanın gümrük kıymetinin yüksek gösterilmek suretiyle, hem örtülü kazanç transferi yapılmasını hem de kurumlar vergisi matrahının azaltılmasını engellemektir[119]. Başka bir deyişle, gümrük idaresi eşyanın olduğundan düşük gösterilmemesi için çaba sarf ederken; vergi idaresi, ithal edilecek eşyanın olduğundan yüksek gösterilmemesi için çaba göstermektedir. İşte iki idarenin birbirinden farklı amaç taşımları gümrük kıymeti ve transfer fiyatının belirlenmesi hususunda bir gerilim oluşturmaktadır.

III. HAMAMATSU KARARI

A. Dava Konusu Olay

ABAD Hamamatsu kararını Münih Vergi Mahkemesinin ABAD'a ön karar için başvurması üzerine vermiştir. Almanya'da mukim "Hamamatsu Photonics Deutschland GmbH" (bağlı şirket/Hamamatsu Almanya), Japonya'da kurulan ve dünya çapında faaliyet gösteren "Hamamatsu Photonics"(ana şirket/ Hamamatsu Japonya) şirketler grubuna bağlı bir şirkettir[120]. Hamamatsu Almanya, diğerlerinin yanı sıra, optoelektronik cihazlarının, sistemlerinin ve aksesuarlarının ticaretini yapmaktadır. Hamamatsu Almanya, Hamamatsu şirketler grubu ile Alman vergi idaresi arasında imzalanan "peşin fiyatlandırma anlaşması" uyarınca grup içi fiyatlar üzerinden faturalanan ithal malları ana şirketten satın almaktadır. Hamamatsu Almanya tarafından, ana şirketçe fatura edilen meblağların toplamı düzenli olarak kontrol edilmiş ve gerekmesi halinde satış fiyatı, çok uluslu işletmelere ve vergi makamlarına yönelik transfer fiyatlandırmasında uygulanan Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) kılavuzlarında belirlenen "emsallere uygunluk ilkesine" uyumunun sağlanması için düzeltilmiştir[121].

Hamamatsu Almanya, 7 Ekim 2009 ila 30 Eylül 2010 tarihleri arasında, ana şirket tarafından 1000'den fazla sevkiyatta gönderilen ve vergi oranı %1,4 ile %6,7 arasında değişen çeşitli eşyayı faturada gösterilen değeri gümrük kıymeti olarak beyan ederek serbest dolaşıma sokmuştur[122]. Bu dönemde Hamamatsu Almanya'nın satış kârının belirlenen kâr aralığının altına düşmesi nedeniyle transfer fiyatları düzeltilmiştir. Bu sebeple Hamamatsu Almanya 3.858.345,46 Euro kredi almıştır[123]. Transfer fiyatının geriye dönük olarak düzeltilmesi nedeniyle, Hamamatsu Almanya 10 Aralık 2012 tarihli dilekçe ile eşyanın ithali sırasında ödenen 42.942.14 Euro gümrük vergisi-

119 İbid 108.

120 Hamamatsu (n 3) para 13.

121 İbid para. 14.

122 İbid para. 16.

123 İbid para. 17.

nin iadesi istemiyle Münih Gümrük Başmüdürlüğü'ne başvurmuştur[124]. Ancak, bu başvuru sırasında iadesi talep edilen tutarın hangi ithalata ilişkin olduğuna dair bir belirleme yapılmamıştır[125]. Gümrük idaresi, başvuruyu, Hamamatsu Almanya'nın kabul ettiği yöntemin, eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesinde toplam sevkiyatı değil münferit işlemi esas alan Topluluk Gümrük Kodu'nun (CCC) 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrası ile bağdaşmadığı gerekçesiyle reddetmiştir[126]. Bu işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır[127].

B. Ulusal Mahkemenin ABAD'a Yönelttiği Sorular

Gümrük vergilerinin geri verilmesi isteminin reddine ilişkin gümrük idaresi işleminin iptali istemiyle açılan davada, eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesi hususunda duraksama yaşayan Münih Vergi Mahkemesi yargılamaya ara vermiş ve ön karar almak için ABAD'a başvurmuştur. Ön karar talebi için başvurun mahkeme ilk önce Hamamatsu şirketler grubu ile Alman vergi idaresi arasında *"peşin fiyatlandırma anlaşması"* yapıldığını, eşyanın kıymetinin emsallere uygunluk ilkesine göre saptandığını belirlemiştir. Başvuran mahkemeye göre, ithale konu eşyanın fiyatı ilişkili olmayan şirketler arasındaki fiyatı yansıtmakta, başka bir deyişle emsallerine uygun olarak belirlenmektedir. Bu bağlamda, ilişkili şirketler Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Yönergesi'nde kabul edilen "Kalan Kar Bölüşüm Yöntemini" esas almış, emsallere uygunluk ilkesine göre fiyatı belirlemişlerdir. İlişkili şirketler arasında kabul edilen yönteme göre, ilk aşamada, her katılımcıya asgari getiri oranı sağlamaya yetecek kadar kâr tahsis edilmekte; kalan kâr belirli faktörlere göre orantılı olarak dağıtılmakta; ikinci aşamada, Hamamatsu'nun işletme marjı aralığı belirlenmekte; gerçekte elde edilen kârın belirlenen marjın dışına çıkması halinde, sonuç marjın üst veya alt limitine ayarlanmakta ve verilecek krediler veya ödenecek borç tutarları belirlenmektedir.[128] Bu bakımdan başvuran mahkeme; *"...nihai yıllık tutarın, OECD Yönergelerinde sağlanan emsallere uygunluk ilkesine uygun olarak belirlenen nihai transfer fiyatını oluşturduğunu düşünmektedir. Bu nedenle, transfer fiyatının eşyanın gerçek değerini yansıtmayan yalnızca vergi makamlarıyla yapılan bir transfer fiyatı anlaşmasında geçici olarak belirtilen fiyata dayandırılması uygun değildir. Dolayısıyla, gümrük idaresine beyan edilen bedel, sadece yapay bir fiyattır ve Gümrük Kodu'nun 29'uncu maddesi uyarınca ithal edilen eşya için ödenecek bedel değildir."*[129]

Bu görüş çerçevesinde, Mahkeme, ABAD'a iki soru yöneltmiştir. *"(1) G*ümrük Kodu*nun 28'inci ve devamı maddeleri başlangıçta faturalandırılan ve beyan edilen*

[124] İbid para. 18.
[125] İbid para. 18.
[126] İbid para.19.
[127] İbid para. 20.
[128] İbid para. 15.
[129] İbid para. 21.

bir tutardan ve hesap döneminin sonunda yapılan sabit oranlı bir ayarlamadan oluşan kararlaştırılmış transfer bedelinin, bir tahsis yöntemi kullanılarak hesap döneminin sonunda beya*n sahibine müteakip bir borç veya alacak kaydı yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın gümrük kıymetinin temelini oluşturmasına izin verir mi?*

(2) Öyleyse, gümrük kıymeti, sonraki transfer fiyatlandırması ayarlamalarının (hem yukarı hem aşağı doğru) etkilerinin fark edilebildiği basitleştirilmiş usuller kullanılarak gözden geçirilebilir ve */veya belirlenebilir mi?"*[130]

C. ABAD'ın Kararı

ABAD, mahkemenin sorusunu yeniden formüle etmiş ve ilk sorusuyla aslında başvuran mahkemenin, Gümrük Kodu'nun 28 ila 31'nci maddelerinin, kısmen başlangıçta faturalanan ve beyan edilen bir tutardan ve kısmen de yönü bilinmeksizin hesap dönemi sonunda yapılan bir düzeltme sonucu belirlenen satış bedelinin gümrük kıymeti olarak kabul edilmesine izin verecek şekilde yorumlanması gerekip gerekmediğini sorduğunu belirtmiştir[131]. Daha sonra ABAD eşyanın gümrük kıymetinin belirlemesine ilişkin içtihadını yenilemiştir. Buna göre, Gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin AB gümrük kurallarının temel amacı, keyfi veya takdire dayalı gümrük kıymetini dışlayarak adil, yeknesak ve tarafsız bir sistem getirmektir. Dolayısıyla, gümrük kıymeti, ithal edilen bir eşyanın gerçek ekonomik değerini yansıtmalı ve o eşyanın ekonomik değeri olan tüm unsurlarını dikkate almalıdır[132]. Olay tarihinde yürürlükte olan Birlik Gümrük Kodu'nu(CCC) 29'uncu maddesi uyarınca gümrük kıymeti, AB'ye yapılan bir ithalatta, Gümrük Kodu'nun 32 ve 33'üncü maddeleri uyarınca gerekli ayarlamaların yapıldığı fiilen ödenen veya ödenecek satış bedelidir[133]. Gümrük kıymetinin öncelikle satış bedeli yöntemine göre belirlenmeli ancak, eşyanın satış bedelinin ithal edildiği anda belirlenememesi halinde Gümrük Kodu'nun 30 ve 31'inci maddelerde belirtilen alternatif yöntemler kullanılmalıdır[134].

ABAD, genel bir kural olarak eşya için fiilen ödenen veya ödenecek olan bedelin gümrük kıymetinin hesaplanmasında esas teşkil etmesi halinde, bu bedelin keyfi veya hayali bir gümrük kıymetinin belirlenmesini önlemek için gerektiğinde potansiyel olarak ayarlanması gereken bir veri olduğunu belirmektedir[135]. Satış bedeli, ithal edilen bir eşyanın gerçek ekonomik değerini yansıtmalı ve o eşyanın ekonomik değeri olan tüm unsurlarını dikkate almalıdır[136].

130 İbid para. 21.
131 İbid para. 23.
132 İbid para. 24.
133 İbid para. 25.
134 İbid para. 26.
135 İbid para. 27-28.
136 İbid para. 29.

Bu tespitlerden sonra Mahkeme, beyanın düzeltilmesi ve gümrük kıymetinde sonradan yapılabilecek düzeltmelere ilişkin geçmiş içtihadına gönderme yapmıştır. *"Gümrük Kodu'nun (CCC) 78'nci maddesi, gümrük idarelerinin, kendi inisiyatifleriyle veya beyan sahibinin talebi üzerine beyannameyi değiştirmesine izin verir. "Ancak, Mahkemenin satış bedelinde sonradan* düzeltmeye izin *verdiği davaların, diğer hususların yanı sıra, eşyanın serbest dolaşıma girmesinden sonra anlaşılan kalite kusurları veya hatalı işçilikle ilgili özel durumlarla sınırlı olduğu hatırlatılmalıdır."*[137] ABAD, özel durum ibaresinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce verdiği kararlara gönderme yaparak tekrarlamıştır. Buna göre, "*k*ıymeti belirlenecek eşyanın ayıpsız olarak satın alındığı ancak serbest dolaşıma girmeden önce hasar gördüğü durumlarda, fiilen ödenen veya ödenecek bedel, eşyanın ticari değerinde öngörülemeyen bir azalma olduğundan, uğranılan zararla orantılı olarak indirilecektir."[138] *"Benzer şekilde, Mahkeme, fiilen ödenen veya ödenecek olan bedelin, eşyanın serbest dolaşıma girmesinden önce varlığı kanıtlanan ve sonuçta eşyanın gümrük kıymetinde sonradan bir indirime neden olabilen garanti yükümlülüğü kapsamında sonradan yapılan ödemelerin temelini oluşturan gizli bir ayıp nedeniyle eşyanın ticari değerindeki azalma oranında indirilebileceğini kabul eder."*[139] Bu tespitleri yaptıktan sonra ABAD, lafzi yoruma bağlı kalmakta *ve "…… yürürlükteki Gümrük Kodu'nun, satış fiyatının sonradan yukarı doğru uyarlandığı durumlarda, satış fiyatının uyarlanması* için *ithalatçı şirketlere herhangi bir başvuru yapma zorunluluğu getirmediği ve bu şirketlerin sadece aşağı* yönlü uyarlama yapma riskine karşı *gümrük idarelerinin önlem almasına olanak sağlayan herhangi bir hüküm içermediği"* ni belirtmektedir.[140] ABAD, *"Bu koşullar altında, yürürlükteki Gümrük Kodu'nun, ana davada söz konusu olduğu gibi satış bedelinde sonradan yapılan bir düzeltmenin dikkate alınmasına izin vermediği kabul edilmelidir."* sonucuna ulaşmıştır.

Sonuç olarak ABAD'a göre;

"……., birinci sorunun cevabı, yürürlükteki Gümrük Kodu'nun 28 ila 31'inci maddeleri, hesap dönemi sonunda düzeltmenin yukarı doğru mu yoksa aşağı doğru mu yapılacağı bilinmeksizin, başlangıçta faturalanan ve beyan edilen bir tutardan ve hesap döneminin bitiminden sonra yapılan sabit oranlı düzeltmeden oluşan kararlaştırılmış satış bedelinin gümrük kıymetinin temelini oluşturmasına izin vermediği anlamına gelecek şekilde yorumlanmalıdır." Bu bakımdan ABAD, ön karar talebi için Mahkemenin ikinci sorusunu yanıtlanmamıştır.

---

137 İbid para. 30.

138 İbid para. 31.

139 İbid para. 32.

140 İbid para. 33.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İlişkili firmaların transfer fiyatlandırması yoluyla gümrük kıymetinde düzeltme yapmasının mümkün olup olmadığını değerlendiren ABAD, Hamamatsu kararında, eşyanın gümrük kıymetinin satış bedeli olduğunu, ön karar başvurusu yapıldığı tarihte yürürlükte olan Gümrük Kodu'nun satış bedelinde sonradan düzeltme yapılmasına izin vermediğini kabul etmiştir. Bu bağlamada, Mahkeme transfer fiyatlandırması sonucu eşyanın satış bedelinin geçmişe yönelik olarak düzeltildiği durumlar ile gümrük kıymeti arasında herhangi bir ilişki bulunmadığı sonucuna varmıştır. Öyle ki, arada herhangi bir bağ bulunmadığından gümrük kıymetinin sonraki transfer fiyatlandırması ayarlamalarının (hem yukarı hem aşağı doğru) etkilerinin fark edilebildiği basitleştirilmiş usuller kullanılarak gözden geçirilebilip geçirilemeyeceği sorusuna yanıt vermemiştir. ABAD'ın yorumuna istinaden Münih Vergi Mahkemesi, satış bedelinde sonradan aşağı yönlü yapılan düzeltme sonucu oluşan değerin eşyanın gümrük kıymeti olarak kabul edilemeyeceğini kabul ederek davanın reddine karar vermiştir[141]. Bu bağlamda yine Münih Vergi Mahkemesi, satış bedelinde sonradan yukarı yönlü yapılan düzeltme sonucu oluşan değerin de eşyanın gümrük kıymeti olarak belirlenemeyeceği, yükümlü adına ek tahakkuk yapılamayacağını kabul etmiştir[142]. Diğer taraftan, Türk gümrük idaresi, ilişkili şirketlerde satış bedelinde önceden yapılan uyarlamaları, indirimleri dahi dikkate almamakta, ek olarak tahakkuk ettirilen gümrük vergileri ise vergi mahkemeleri tarafından iptal edilmektedir[143].

Eşyanın gümrük kıymeti ve transfer fiyatı arasındaki ilişki göz önünde bulundurularak Hamamatsu kararı Cohn ve Kremnitzer tarafından geliştirilen yargısal aktivizm modeli açısından değerlendirildiğinde ABAD'ın karardaki tutumu ortaya konabilir. Cohn ve Kremnitzer tarafından ortaya konulan modelin ilk kategorisinde, yer alan 12 ayrı ölçüte göre karar incelendiğinde, kararın yargı istikrarı, yorumlama, çoğulculuk ve özerlik, yargı yetkisi, retorik, obiter dicta, karşılaştırmalı kaynaklara güven, yasal temel açısından kendini sınırlama eğiliminde olduğu söylenebilir[144]. Zira kararda ABAD gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin önceki içtihadına gönderme yaparak gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin kurallarda ancak zorunlu hallerde bir istisna getirilebileceğini, ilişkili firmalarda transfer fiyatlandırmasına ilişkin işlemlerin bu istisna kapsamında değerlendirilemeyeceğini

---

[141] Münih Vergi Mahkemesinin 15 Kasım 2018 tarih ve 14K2028/18 sayılı kararı bkz. Riedhoff/Schippers (n 112) 47.

[142] Münih Vergi Mahkemesinin 27.10.2022 tarih ve 14K 588/20 (ET. 10.10.2023.https://tpcases.com/germany-vs-import gmbh-october-2022-fg-munchen-case-no-14-k-588-20/)

[143] İzmir BİM. 3.VDD. E:439/1254 28.09.2023.

[144] Cohn ve Kremnitzer tarafından kullanılan ölçütlerden bir kısmı Marshall, Young, Kmiec, Canon, Ribeiro ve Freitas tarafından geliştirilen ölçütlerle kısmen uyuşmakta; ancak geliştirilen yaklaşım tek bir kararın dahi niteliğinin saptanmasına, kararın yargısal aktivizmin veya yargısal kendini sınırlandırmanın bir örneği olup olmadığının değerlendirilmesine olanak vermektedir.

kabul etmiştir. Divan'ın gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin yorumlanmasında metne ve orijinal anlama sadık kaldığı, lafzi yorumu benimsediği, kendini sınırlama eğiliminde olduğu görülmektedir. Hamamatsu kararında ABAD'ın eşyanın gümrük kıymetinin ve transfer fiyatının belirlenmesine ilişkin kuralların uluslararası aktörlerin sorumluluğunda olduğunu kabul ettiği, kendi çözümünü ve politikasını sunmadığı, kendini sınırlama eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır. Yargı yetkisi açısından bakıldığında, ABAD'ın yargı yetkisini genişletme eğiliminde olmadığı, ilişkili firmalarda eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesi ve transfer fiyatlandırmasının uyumlaştırılması için yeni bir inceleme zemini oluşturma çabasına girmediği, yargı yetkisinin doğal sınırları içinde kalmaya çalıştığı, kendini sınırlama eğiliminde olduğu görülmektedir. ABAD, Hamamatsu kararında retorik bir dil de kullanmamaktadır. Retorik bir dilin benimsenmesi halinde globalleşme kavramına vurgu yapması, eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin kuralların yeninden anlamlandırması gerektiğini vurgulaması, hukuk dışı bir söylem benimsemesi gerekirdi. Bu bağlamada, Hamamatsu kararının dil ve söylem açısından da kendini sınırlama eğiliminde olan bir mahkemenin kararı görümündendir. Divan, *"Gümrük Kodu'nun, ana davada söz konusu olduğu gibi satış bedelinde sonradan yapılan bir düzeltmenin dikkate alınmasına izin vermediği kabul edilmelidir"* vurgusu yaparak görüşünü sadece görülmekte olan davaya hasretmiştir. Örneğin, karar, Gümrük Kodu'nun satış bedelinde önceden yapılan bir düzeltmenin dikkate alınmasına izin verip vermediği konusunda bir belirleme içermemekte ve bu hususta akla gelebilecek soruları yanıtsız bırakmaktadır. Dolayısıyla, "obiter dicta" bakımından, Divan kendini sınırlama eğilimindedir. ABAD, yol gösterici nitelikte olan ve OECD tarafından hazırlanan Çok Uluslu İşletmeler ve Vergi İdareleri için OECD Transfer Fiyatlandırması Rehberinde yer alan ilkelere dayanmak, bunları eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin kurallarla uyumlaştırmaya çalışmak yerine, bağlayıcı olan Topluluk Gümrük Kodu'nda yer alan kurallara dayanmıştır. Bu bağlamda da mahkeme kendini sınırlandırmıştır. Divan'ın Hamamatsu kararının hukuki ilklerden ziyade hukuk kurallarına, Topluluk Gümrük Kodu'na dayandırdığı, dayanılan hukuk kurallarının açık ve belirgin olduğu, bu bakımdan kararın karakteristik olarak kendini sınırlama eğilimde olan mahkemenin eseri olduğu görülmektedir. Aktivizm eşiği ve çok seslilik bakımından Hamamatsu kararı anlamlı bir veri sunmamaktadır. Bu bakımdan, kararın anılan açılardan herhangi bir eğilimin bariz izlerini taşımadığı, tarafsız olarak nitelendirilmesi gerektiği söylenebilir.

Cohn ve Kremnitzer tarafından yargısal aktivizmin ölçülmesi için geliştirilen modelin ikinci kategorisinde, mahkeme kararının etki ve sonuçları dikkate alınmakta; karara karşı verilen toplumsal ve siyasi tepkinin mahkemenin aktivist olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin belirlenmesinde kullanılabileceği kabul edilmektedir. Hamamatsu kararı üzerine Birlik yasama organı tarafından herhangi bir girişimde bulunulmadığı, kararın etki ve sonuçlarının kaldırılması için herhangi bir çabanın olmadığı görülmektedir. Bu açıdan kararın aktivist olmadığı belirlene-

bilir. Birlik üyesi gümrük idarelerinin bir kısmının Hamamatsu kararı ile tutum ve davranışlarını değiştirmediği, daha önce süregelen uygulamalarına devam ettiği gözlemlenmektedir. Hamamatsu kararında, "*satış fiyatının sonradan yukarı doğru uyarlandığı durumlarda, satış fiyatının uyarlanması için ithalatçı şirketlere herhangi bir başvuru yapma zorunluluğu getirmediği ve bu şirketlerin sadece aşağı yönlü uyarlama yapma riskine karşı gümrük idarelerinin önlem almasına olanak sağlayan herhangi bir hüküm içermediği"* belirtilmesine rağmen kimi gümrük idarelerince transfer fiyatı ayarlamalarının gümrük kıymetinin artmasına sebep olması halinde gümrük vergisi tahakkuk ettirildiği, kararın bu gümrük idareleri bakımından aktivist bir nitelik taşıdığı görülmektedir[145] . Hamamatsu davasında ön karar için ABAD'a başvuran Münih Vergi Mahkemesi ABAD'ın yorumu doğrultusunda karar vermiş ve davayı reddetmiştir. ABAD' da, daha sonra, Hamamatsu kararının etki ve sonuçlarını ortadan kaldıracak veya azaltacak bir karar vermemiştir. Bu açıdan, eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesinde Gümrük Kodu'nun esas alınacağı, transfer fiyatlandırmasının gümrük kıymeti belirlenirken dikkate alınmayacağı hususunda yargısal bir uyum olduğu söylenebilir. Çok uluslu şirketler eşyanın gümrük kıymetinin ve transfer fiyatının belirlenmesine ilişkin kuralların uyumlaştırması gerektiğini belirtmesine, bir kısım birlik üyesi ülkelerde bu yönde bir eğilim olmasına rağmen ABAD aksi yönde karar vermiştir. Çok uluslu şirketlerin ABAD'ın kararının doğurduğu sonuçlardan kaçınmak için uyguladıkları transfer fiyatı politikalarını gözden geçirerek satış bedelinde önceden düzeltme yapma eğilimine girmekte, uluslararası ticarete konu eşyanın satış fiyatında ülkeye özgü indirim, iskonto, fiyat indirimi gibi adlar altında indirim yapmaktadır. Bu ise, gümrük idarelerince gümrük kıymetinin sürekli olarak eleştirilmesi ve araştırması sonucunu doğurmaktadır. Oysa bu durum GATT Gümrük Kıymet Anlaşmasında öngörülen amaç ile çelişen, gümrük kıymetinin sürekli araştırmasına neden olabilecek uygulamaların doğmasına sebep olmaktadır. Bu bakımdan, Hamamatsu kararının muhatabı olan çok uluslu şirketler tarafından kabul görmediği aktivist olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir.

Temel bir anayasal değeri koruyan kararlar Cohn ve Kremnitzer tarafından aktivist olarak değerlendirilmemektedir. Buna karşın ekonomi politikasını ilgilendiren kararlar değer temelli olmadığından söz konusu kararlar yargısal aktivizmin bir örneği olarak görülmelidir. Anılan bakış açısına göre Hamamatsu kararının aktivist bir karar olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Zira Avrupa Birliğinin ekonomik temelli bir üst yapı niteliğini taşımakta; gümrük vergileri bu üst yapının en önemli gelir kaynağı oluşturmaktadır.

---

[145] Üye ülkelerin uygulamalarını farklı olduğu, kimi ülkelerce basitleştirilmiş usulün kullanılmasına izin verildiği, AB tarafından bu konunda bir eylem planı hazırlanmadığı, bir belirsizlik yaşandığı hakkında bkz. <https://globaltaxnews.ey.com> Erişim Tarihi: 10.10.2023. Alman gümrük idaresinin, eşyanın bedelinde sonradan yapılan artırımı dikkate aldığı, yapılan indirimi dikkate almadığı, yapılan ek tahakkukların vergi mahkemelerince iptal edildiği hakkında bkz.< https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f98dcb41-5a50-477e-82dc-a177f1d6d135> Erişim Tarihi: ET.10.10.2023. Aynı yönde, <https://tpcases.com/germany-vs-import-gmbh-october-2022-fg-munchen-case-no-14-k-588-20/ > Erişim Tarihi:10.10.2023.

Hamamatsu kararı geleneksel bakış açsına göre kendini sınırlama eğiliminde olan bir mahkeme tarafından verilen kararın izlerini taşımaktadır. Etki sonuçları açısından değerlendirildiğinde ise kararın yasama, idari ve yargısal reaksiyon bakımından kendini sınırlama eğilimi taşıdığı görülmektedir. Ancak, çok uluslu şirketlerin kararı benimsemediği, kararın yoğun bir şekilde eleştirildiği ve kararın etkilerinden kaçınmak için çeşitli yöntemler geliştirildiği görülmektedir. Çok uluslu şirketler açısından Hamamatsu kararının yargısal aktivizmin bir ürünü olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak, yargısal aktivizm ve yargısal kendini sınırlandırmanın bir madalyonun iki yüzü olduğu, tek taraflı bir yaklaşımın her zaman kesin sonuçlar vermeyeceği, Hamamatsu kararında olduğu gibi uygulanan yorum teknikleri, dil ve yöntem bakımında yargısal kendini sınırlandırmanın bir örneğini oluşturan bir kararın etki ve sonuçları bakımından aktivist değerlendirilebileceği görülmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divan'ı gümrük kıymetinin belirlenmesine ilişkin kararlarında Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasının VII'inci Maddesinin Uygulanmasına Dair Anlaşma' nın girişi kısmında belirtilen ölçütleri esas almakta, keyfî ya da itibarî gümrük kıymetlerinin kullanılmasını önleyen, adil, yeknesak ve tarafsız bir kıymetin sisteminin oluşturulması gerektiğini vurgulamaktadır. ABAD, Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasının VII'inci Maddesinin Uygulanmasına Dair Anlaşma'sını destek norm olarak kullanmaktadır. ABAD, eşyanın gerçek gümrük kıymetinin tespit edilmesi için beyannamenin tescilinden önce eşyanın hasar görmesi halinde hasar oranında bir indirim yapılabileceğini; beyannamenin tescilinde önce eşyada bulunan bir bozukluk nedeniyle kullanım sonucu daha sonra ortaya çıkan ve garanti kapsamında satıcı tarafından alıcıya tanımlanan kredi notu tutarının eşyanın gümrük kıymetinden indirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu bağlamda, gümrük kıymetinin belirlenmesine esas olan satış bedelinde sonradan düzeltme yapılacağını kabul eden ABAD 'ın amaçsal yorum yaptığı, gümrük normlarının yorumlanması açsından da aktivist bir tutum sergilediği söylenebilir. Ancak, Hamamatsu kararındaki yargısal duruş Divan'ın aktivist tutumunun eşiğini/sınırını oluşturmaktadır.

KAYNAKLAR

Adaoğlu H, *Avrupa Topluluğu Hukukunun Üye Ülkelerde Uygulanmasında Ulusal Mahkemeler ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İlişkisi* (Ankara Üniversitesi Basımevi 2006).

Arat T, Erten R, 'DTÖ Hukuku ve Türkiye'ye Etkileri' iç M. Sait Akman, Şahin Yaman (eds.) *Dünya Ticaret Örgütü Doha Turu Çok Taraflı Ticaret Müzakereleri ve Türkiye* (Türkiye Ekonomi Araştırmaları Vakfı 2008) 355-418.

Arnull A, 'Judicial activism and the European Court of Justice: how should academics respond?' İç Bruno De Witte, Elise Muir, Mark Dawson (eds.) *Judicial Activism at the European Court of Justice* ((Edward Elgar Publishing 2013) 211-232.

Atasorkun A, Yurdakul G, *Gümrük Kıymeti Teori ve Uygulama* (Pulat Basımevi 2015)

Baykal S, 'Avrupa Birliği Anayasalaşma Sürecinde Adalet Divanı'nın Rolü: Divanın Ulusal Mahkemelerle İlişkileri ve Yorum Yetkisinin Sınırları Bağlamında Bir Analiz' (2004) 4(1) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 121-149.

Cohn M, Kremnitzer M, 'Judicial Activism: A Multi Dimentional Model' (2015) 28(2) Canadian Journal Of Law And Jurisprudence 333-356.

Coşkun N, 'Resmi İdeoloji ve Yargısal Aktivizm' (2017) 22(36) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59-86 .

Dhooghe V, Franken R, Opgenhaffen, T, 'Judicial Activism At The European Court Of Justice: A Natural Feature İn A Dialogical Context' (2015) 20(2) Tilburg Law Review 122-141.

Ergül O, 'Berraklaştırılmayan Bir Kavram Yargısal 'Aktivizm'' 2013 (104) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 37-54.

Ertürk E, *Tüm Boyutlarıyla Uluslararası Vergilendirme Teori ve Uygulama* (Maliye Hesap Uzmanları Derneği 2018)

Fendoğlu H. T, ' Yasama Dokunulmazlığı ve Yargısal Aktivizm', 2024 (57) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 1-50.

Ferhatoğlu E, 'Uluslararası Vergi Uyuşmazlıklarının Giderilmesi: Avrupa Birliği Tahkim Anlaşması' 208 57208 57(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 191-218.

Frıedhoff M, Schippers M, 'Ecj Judgment İn Hamamatsu Case: An Abrupt End Toınteraction Between Transfer Pricing And Customs Valuation?' <Http://Hdl.Handle.Net/1765/114141> Erişim Tarihi: 10.10.2023.

Göçmen İ, *Avrupa Birliği Hukukunun Temelleri* (Seçkin 2021).

Gök Ö, *Gümrük Vergisinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar* (Yetkin 2019)

Kaya S.B, 'Hukuk Devleti, Demokrasi Ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm' (2015) 19(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 355-401.

Kmiec K. D., 'The Origin And Current Meanings Of 'Judicial Activism'' (2004) 92(5) California Law Review 1441-1477.

Korucu S, 'Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi' 2013 18(69-70) Liberal Düşünce 201-225.

Küçük Adnan, 'Batıda Ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi Ya Da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi' (2017) 8(31)Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 259-314.

Lloren A. A, 'The European Court Of Justice, More Than A Teleological Court', İç Alan Dashwood, Angela Ward (eds.) 1999 (2) Cambridge Yearbook Of European Legal Studies (Hurt Publishing 2000) 373-398.

Marshall W. P., 'Conservatives And The Seven Sins Of Judicial Activism' (2002) 73(4) University Of Colorado Law Review 101-140.

Özbudun E, *Türk Anaysa Hukuku*, (Gözden Geçirilmiş 10. Baskı Yetkin 2009).

Özkoç M, 'Gümrük İşlemlerinde Credit ve Debit Note' (2016) 8 Gümrük ve Ticaret Dergisi 122-126.

Öztürk İ, 'İlişkili Firmalar Arasındaki İşlemlerde Gümrük Kıymeti ve Transfer Fiyatlandırması' 2016 (7) Gümrük ve Ticaret Dergisi, 2016, S.7. Ss.107-110.

Pollicino O, 'Legal Reasoning Of The Court Of Justice İn The Context Of The Principle Of Equality Between Judicial Activism And Self-Restraint' (2004) 5 (3) German Law Journal 283-317.

Ribeiro G.A, 'Judicial Activism and Fidelity to Law' İç Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre, Steven D. Smith (Edt) (Springer 2015) 31-46.

Tulkens F. 'Judicial Activism v Judicial Restraint: Practical Experience of This (False) Dilemma at the European Court of Human Rights' European Convention On Human Rights Law Review 3 (2022) 293-300.

Vilhena de Freitas L, 'The Judicial Activism of the European Court of Justice' İç Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre, Steven D. Smith (eds) (Springer 2015) 173-180.

Yumuk H, *Gümrük Müşavirinin Mali Hukuk Bakımından Sorumluluğu*, (Oniki Levha 2021).

Yumuk H, *The Protection of The Economic and Social Rights under European Convention on Human Rights Through the Indivisibility of Human Rights and Interpretation of the Convention*, (Oniki Levha 2021)

Çevrimiçi kaynaklar

Çok Uluslu İşletmeler ve Vergi İdareleri için OECD Transfer Fiyatlandırması Rehberi Temmuz 2017, <https://ms.hmb.gov.tr> Erişim Tarihi: 24.10.2023.

<https://globaltaxnews.ey.com> Erişim Tarihi: 10.10.2023.

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f98dcb41-5a50-477e-82dc-a177f1d6d135> Erişim Tarihi: 10.10.2023.

<https://tpcases.com/germany-vs-import-gmbh-october-2022-fg-munchen-case-no-14-k-588-20/> Erişim Tarihi:10.10.2023.

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article
DOI: 10.54049/taad.1515029

YENİ DEVLETLERİN ULUSLARARASI ÖRGÜT ÜYELİĞİNE HALEFİYETİ: TEORİK BİR DEĞERLENDİRME*

Succession of New States to Membership in International Organizations: A Theoretical Assessment

Oğuz Kaan PEHLİVAN**

Özet

Uluslararası hukukun karmaşık ve gelişmekte olan alanlarından biri olan halefiyet hukuku, devletlerin uluslararası ilişkilerdeki sorumluluklarının birbirine geçmesini ve değişmesini konu edinir. 6 Kasım 1996'da yürürlüğe giren 1978 tarihli Antlaşmalarda Halefiyete İlişkin Viyana Sözleşmesi, bu alandaki temel çerçeveyi belirlemektedir. Halefiyet kavramı, bir devletin yerini başka bir devletin alması veya devletin hak ve yükümlülüklerinin bir devletten diğerine geçmesi olarak tanımlanabilir. Ancak, bu tanımın ardında yatan karmaşıklık, uluslararası hukukun farklı ilke ve kurallarının etkileşimi ve çatışmasıyla ortaya çıkmaktadır. Zira literatürde, devletlerin halefiyeti, selef devletin akdettiği ikili ve çok taraflı antlaşmalar, malları, arşivleri ve borçlarına halefiyet çerçevesinde tartışılırken uluslararası örgütlere halefiyet konusu bu çatışma alanlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Böyle ki uluslararası örgütlere halefiyet konusunda, antlaşmalara özellikle çok taraflı antlaşmalara halefiyet kuralları ile örgütlerin kurucu belgeleri/anayasalarında yer alan hükümler arasında nasıl bir tercih yapılacağı tartışmalıdır.

Bu makalede, halefiyet kavramının temel prensipleri, uluslararası örgütlere üyelik bağlamında ele alınacak ve bu alandaki temel yaklaşımlar ile devletlerin ve uluslararası örgütlerin uygulamaları ile Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmaları incelenecektir. Bu makale, halefiyet hukukunun karmaşıklığını anlamak üzere bir modus operandi önermekte ve bu alandaki tartışmalara ışık tutmak için bir temel oluşturmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tabula Rasa teorisi, Devamlılık teorisi, devam eden devlet, halef devlet Halefiyet teorisi, Devletlerin antlaşmalara halefiyet, uluslararası örgüt üyeliğine halefiyet

Abstract

The law of succession, a complex and evolving area of international law, deals with the succession and change of responsibilities of states in international relations. 1978 Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties, which entered into force on November 6, 1996, sets the basic framework in this area. The concept of succession can be defined as the replacement of one state by another or the transfer of rights and obligations from one state to another. However,

➢ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➢ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 03.04.2024*

➢ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Bu makale, ilk olarak 2014 yılında İskoçya'nın bağımsızlık referandumuna gitmesi üzerine başlayan olası bir bağımsızlıkta İskoçya'nın Avrupa Birliği, Birleşmiş Milletler ve NATO üyeliğini halefiyet yoluyla elde edip edemeyeceği üzerine bir bilgi notu olarak hazırlanmıştır.

** Dr., Avukat, pehlivan.oguzkaan@gmail.com, https://orcid.org/0000-0003-0136-5389.

the complexity behind this definition arises from the interaction and conflict of different principles and rules of international law. While the succession of states is discussed in the literature within the framework of succession to bilateral and multilateral treaties, property, archives and debts of the predecessor state, the issue of succession to international organizations emerges as one of these areas of conflict. As such, it is controversial how to choose between the rules of succession to treaties, especially multilateral treaties, and the provisions in the constituent documents/ constitutions of international organizations.

In this article, the basic principles of the concept of succession will be discussed in the context of membership in international organizations and the basic approaches in this field, the practices of states and international organizations and the work of the International Law Commission will be examined. The article proposes a modus operandi for understanding the complexity of succession law and aims to provide a basis for shedding light on the debate in this area.

Key Words: Theory of tabula rasa, continuity continuing state, successor state, succession of states in respect of treaties, succession to membership of international organizations

DEVLET VE HALEFİYET

Georg Jellinek'in "Üç Unsur Doktorinine [Drei Elementen Lehre]" göre bir devletin üç temel kurucu unsuru bulunmaktadır: toprak [devletin ülkesi -Staatsgebiet], nüfus [devlet halkı -Staatsvolk] ve hükümet [devlet otoritesi -Staatsgewalt].[1] Jellinek'in bu doktrini uluslararası hukukta kabul görmüş ve literatürde devlet ile ilgili tartışmalarda en çok atıf verilen bir kaynak olan 1933 tarihli Devletlerin Hak ve Görevlerine ilişkin Montevideo Sözleşmesi tarafından benimsenmiştir. Montevideo Sözleşmesi'nin l. Maddesi Devletin tanımını şu şekilde yapmaktadır uluslararası hukukun bir öznesidir: "Uluslararası hukuk kişisi olarak Devlet aşağıdaki niteliklere sahip olmalıdır: (a) daimî bir nüfus, (b) sınırları belli bir toprak parçası, (c) bir hükümet ve (d) diğer devletlerle ilişkiye girebilme kapasitesi."[2] Montevideo Sözleşmesi'nin bu maddesi, uluslararası hukukta, devlet olma kriterlerinin en yaygın kabul gören formülasyonu olarak kabul edilmektedir.[3]

Bu unsurlardan oluşan bir devlet; i) zaman içerisinde dağılıp yeni devletler doğabilir, ii) başka bir devlet ya da devletlerle birleşerek yeni bir devlet oluşturabilir ya da iii) bir toprak parçası üzerindeki egemenlik bir devletten diğerine devredilebilir.

---

1 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre: Recht Des Modernen Staates*, vol 1 (Verlag von O. Häring 1905) 381–420.

2 Montevideo Convention on the Rights and Duties of States (adopted 26 December 1933, entered into force 26 December 1934) 165 LNTS 19; Montevideo Convention Article I reads, "The state as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with the other states."

3 Karl Doehring, 'State' in Rudolf Bernhardt (ed), *Encyclopaedia of Public International Law* (North-Holland Publishing Company 1987) 423; Thomas D Grant, 'Defining Statehood: The Montevideo Convention and Its Discontents' (1998) 37 Columbia Journal of Transnational Law 403; James Crawford, 'The Criteria for Statehood in International Law' (1977) 48 British Yearbook of International Law 93; JD van der Vyver, 'Statehood in International Law' (1991) 5 Emory International Law Review 9; James Crawford, *The Creation of States in International Law* (Oxford University Press 2007) 3 vd.

Leonore Herbst, bu üç varyasyonu şu şekilde genişletmekte ve örneklendirmektedir:[4]

1. Bir devletin diğerine ilhakı (1910'da Kore'nin Japonya tarafından ilhakı)
2. Birden fazla devletin birleşerek yeni bir devlet oluşturması (1958'de Mısır ve Suriye'nin Birleşik Arap Cumhuriyeti'ni kurması)
3. Bir devletin bir bölümünün başka bir devlete bırakılması (1860 yılında Haute-Savoie' un Fransa'ya bırakılması ve 1878 yılında Bosna-Hersek idaresinin Avusturya-Macaristan'a devredilmesi)
4. Bir devletin ülkesinin bir bölümünün bağımsızlığı (1919'da Finlandiya'nın Rusya'dan ayrılması ve 19. yüzyılın ikinci yarısında Mısır'ın Osmanlı İmparatorluğu yönetimi altında gelişmesi- özellikle 20. yüzyılda sömürgeciliğin sona ermesiyle bağımsızlık kazanan devletler)
5. Bir devletin dağılarak birden fazla devletin kurulması (Osmanlı İmparatorluğun dağılması)
6. Manda ve vesayet bölgelerinin kurulması [Milletler Cemiyeti Sözleşmesi'nin 22. Maddesi: üç manda sınıfı ve bölgeleri belirlemiştir: Kırmızı: A Sınıfı (eski Osmanlı toprakları); Mavi: B Sınıfı (eski Alman Orta Afrikası); Sarı: C Sınıfı (eski Almanya Güney Batı Afrika ve Pasifik bölgeleri)][5]
7. Federal bir devletin dağılması veya bir devletin federasyondan ayrılması (1991'de Sovyetler Birliği'nin çöküşü ve Yugoslavya'nın dağılması)

Her bir durumda devletin unsurlarında, "Üç Unsur Doktorini"nde, değişiklik olacak ve selef devlet ya devletlerin hak ve yükümlülüklerinin, terekesinin halef devlet ya da devletler tarafından üstlenilmesi, bölüşülmesi konusu gündeme gelecektir. Yani devletin fiziksel bileşenleri -toprak ve nüfus- dışında, söz konusu devlet yasal bir varlık olarak ortadan kalkacak, yeni ortaya çıkan devletler her zaman seleflerinin bazı unsurlarını koruyacaklar.[6] Bunlar unsurlar sadece bir yeniden yapılanma ya da değişikliğe uğrayacaktır.[7] Halef devletin, selef devletten ayrı bir tüzel kişiliği söz konusu olduğu için selef devletle kurulmuş ilişkilerin akıbetinin ne olacağı çözüm gerektiren bir hususdur.[8] Dolayısıyla devletlerin halefiyeti [state succession; succession d'États, Staatensukzession] devletin ülkesinde meydana gelen egemenlik değişiminin sonuçlarını belirleyen uluslararası hukuk kuralları

---

4 Leonore Herbst, *Staatensukzession und Staatsservituten* (Duncker & Humblot 1962) 21–22.

5 Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations* (University of Chicago Press 1930); Pitman B Potter, 'Origin of the System of Mandates Under the League of Nations' (1922) 16 American Political Science Review 563.

6 Emre Öktem, 'Turkey: Successor or Continuing State of the Ottoman Empire?' (2011) 24 Leiden Journal of International Law 561, 563.

7 Brigitte Stern, 'La Succession d'États (Volume 262)', *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Brill 1996) <https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789041113931_01> accessed 19 March 2024.

8 Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (BETA 2010) 150.

olarak tanımlanabilir. Böylece devletlerin halefiyeti hukuku, ülkesel egemenliğin bir uluslararası hukuk öznesinden başka bir uluslararası hukuk öznesine nasıl devredildiği sorusuyla ilgilenir.

I. HALEFİYET HUKUKU VE TEORİSİ

Uluslararası hukukun bir parçası olan halefiyet hukuku, "bu hukuk dalının en az gelişmiş, en bulanık ve en zor alanlarından biridir."[9] Zira bu alan "uluslararası hukukun farklı ilke ve kurallarının birbiri ile etkileşimine ve çatışmasına da sahne olmaktadır."[10] Halefiyet bir ülkenin uluslararası ilişkilerden sorumluluğun bir devletten diğerine geçmesi olarak tanımlanabilir. Ya da bir devletin başka bir devlete halefiyeti, önceki devletin hak ve yükümlülüklerinin sonraki devleti de bağladığı anlayışı değişime uğrayarak, bir ülke üzerinde yetkilerin devletler arasında el değiştirmesi olarak anlaşılabilir.[11] Zira 6 Kasım 1996 tarihinde yürürlüğe giren, Mart 2024 itibariyle yirmi üç tarafı[12] ve on dört taraf olmayan imzacısı[13] bulunan 23 Ağustos 1978 tarihli Antlaşmalarda Halefiyete ilişkin Viyana Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde "Devletlerin halefiyeti, toprakların uluslararası ilişkilerinin sorumluluğunda bir Devletin yerini başka bir Devletin alması" olarak tanımlanmıştır.[14] Aynı tanıma henüz yürürlüğe giremeyen 8 Nisan 1983 tarihli Miras, Arşiv ve Borçlarda Halefiyete ilişkin Viyana Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde de yer verilmiştir.[15]

---

9 Ceren Zeynep Pirim, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti* (Turhan Kitapevi 2016) 3–4; Ceren Zeynep Pirim, '1978 Devletlerin Uluslararası Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi Işığında İkili Andlaşmalara Halefiyet: Teorik Bir Değerlendirme' (2016) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 131, 133; Patrick Dumberry and Daniel Turp, 'State Succession with Respect to Multilateral Treaties in the Context of Secession: From the Principle of Tabula Rasa to the Emergence of a Presumption of Continuity of Treaties' (2013) 13 Baltic Yearbook of International Law 27, 28.

10 PK Menon, 'The Newly Independent States and Succession in Respect of Treaties' (1990) 18 Korean Journal of Comparative Law 139, 140 aktaran Pirim (n 10) 134.

11 Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri* (16th edn, Turhan Kitapevi 2017) 350; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap* (5th edn, Turhan Kitapevi 2015) 27 vd.

12 Bosna-Hersek (1993), Brezilya (2019), Hırvatistan (1992), Kıbrıs (2004), Çek Cumhuriyeti (1999), Dominika (1988), Ekvador (2006), Mısır (1986, Estonya (1991), Etiyopya (1980), Irak (1979), Liberya (2005), Karadağ (2006), Fas (1983), Kuzey Makedonya (1996), Moldova (2009) Saint Vincent ve Grenadinler (1999), Sırbistan (2001), Seyşeller (1980), Slovakya (1995), Slovenya (1992), Tunus (1981), Ukrayna (1992).

13 Angola (1978), Şili, Fildişi Sahili (1978), DR Kongo (1978), Kutsal Makam (Holy See) (1978), Madagaska (1978), Nijer (1978), Pakistan (1979), Paraguay (1979), Peru (1978), Polonya (1979), Senegal (1978), Sudan (1978), Uruguay (1978).

14 Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties, (adopted 23 August 1978, entered into force 6 November 1996) 1946 UNTS 3.

15 Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts (adopted 8 April 1983, opened for signature on 23 August 1978) 17 ILM 1488.

Özellikle belirtmek gerekir ki kavramların benzerliği sebebiyle bir karmaşa yaşanmaktadır. Örneğin, Rusya Federasyonu, Sovyetler Birliğine hem halef [successor] hem de devam eden [continuing] devlet olarak kabul edilmektedir. Ancak Sovyetler Birliğinin dağılmasıyla bağımsızlık kazanan 15 devlet sadece halef devlettir. Bu sebeple, Rusya, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinde, Sovyetler Birliğinin yerini almıştır. Diğer devletler ise temiz sayfa kuralını kabul etmiş, seçimlik olarak Sovyetlerin akdettiği antlaşmalara, mecburi olarak mal varlık, arşiv ve borçlarına halef olmuşlardır. Günümüzde devletlerin halefiyeti konusunda "Temiz Sayfa" (Tabula Rasa) halefiyet teorisi kabul edilmektedir. Bu teoriye göre halef devlet, selef devletin halefiyetten önce akdettiği antlaşmalarla bağlı değildir. Bir başka değişle, halef devlet yeni doğmuş bir çocuk gibidir. Halef devlet, selef devletin devamı niteliğinde algılanmamaktadır. Halef devletin geçmişle bağlarının kopmuş olduğu varsayımından hareketle, teoriye "temiz sayfa" adı verilmiştir. 1978 tarihli Antlaşmalarda Halefiyete ilişkin Viyana Sözleşmesi'nin 16. maddesi, yeni bağımsız devletlerin, halef devlet olduğu tarihten önce selef devletin akdetmiş olduğu antlaşmalarla bağlı olmadığını söyleyerek temiz sayfa kuralına işaret eder. 1978 tarihli Antlaşmalarda Halefiyete ilişkin Viyana Sözleşmesi'nin 38. Maddesi; "bağımsızlığına yeni kavuşan devlet" durumunda önceki devletin borçlarının sonraki devlete geçmeyeceğini [temiz sayfa] kabul ederken dağılan [dissolution] devlet sonrasında ortaya çıkan yeni iki ya da daha fazla halef devletin selefin borçlarına da hakkaniyet ölçüsünde [equitable proportions] halef [continuing] olacağını ifade etmektedir.

Literatürde devletlerin halefiyeti konusu; selef devletin i) akdettiği antlaşmalar ile ii) malları, arşivleri ve borçlarına halefiyet çerçevesinde ele alınmakta ve tartışılmaktadır.[16] Andrew Conteh ikili bir ayrım yapmaktadır: *Ratione Material halefiyet* antlaşmalar hukukuna dair hakları ve yükümlülükleri, toprak hakları, uluslararası örgütlere üyelik ve imtiyaz sözleşmeleri, kamu borçları, haksız fiil iddiaları, kamu fonları ve kamu mülkiyeti, uyrukluk, özel ve belediye hakları ve benzerleri dahil olmak üzere sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri içerir; *Ratione Personae halefiyet* ise i) yeni devlet ile selef devlet arasında; ii) Yeni Devlet ile üçüncü Devletler arasında; iii) Yeni Devletteki bireylere ve tüzel kişiler dahil ilişkin hak ve yükümlülükleri içerir.[17] Patrick Dumberry ise oldukça fonksiyonel bir yaklaşım benimsemektedir. Öyle ki, selef devletin tabula rasa [theory of tabula rasa (clean

[16] Pirim (n 9); Patrick Dumberry, *A Guide to State Succession in International Investment Law* (Edward Elgar Publishing 2018); Matthew Craven, *The Decolonization of International Law: State Succession and the Law of Treaties* (Oxford University Press 2007); Christian J Tams, 'State Succession to Investment Treaties: Mapping the Issues' (2016) 31 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 314; PK Menon, *The Succession of States in Respect to Treaties, State Property, Archives, and Debts* (Edwin Mellen Press 1991); Paul R Williams and Jennifer Harris, 'State Succession to Debts and Assets: The Modern Law and Policy' (2001) 42 Harvard International Law Journal.

[17] Andrew Conteh, 'State Succession in International Law' in Emeka Duruigbo, Remigius Chibueze and Sunday Gozie Ogbodo (eds), *International Law and Development in the Global South* (Springer International Publishing 2023) 156–157.

slate)] ya da devamlılık [theory of continuity] yaklaşımlarından hangisini tercih ettiğine göre önceki devletin mirasına, antlaşmalarına, hak ve yükümlülüklerine halefiyetini değerlendirmektedir.[18]

Devam eden devlet ya da halef devlet hangisidir? Temiz sayfa mı yoksa devamlılık yaklaşımı benimsenmiştir? sorularına cevap verebilmek için izlenecek *modus operandi* şu şekilde kurgulanabilir:

1. Öncelikle yeni devlet ya da devletlerin ortaya çıkışı; bütünleşme [integration], birleşme [incorporation], ayrılma [secession] ve dağılma [dissolution] başlıkları altında değerlendirilip niteliği tespit edilmeli.
2. Halef devletin devam eden halef devlet mi yoksa sadece halef devlet mi olduğu soru sorulmalı.
3. Bu çerçevede tabula rasa ya da devamlılık yaklaşımlarından hangisini benimsediği tespit edilmeli.
4. Son olarak selef devletin taraf olduğu antlaşmalara, miras, arşiv ve borçlarına yeni devlet ya da devletlerin halefiyeti hakkaniyet ölçüsünde belirlenmeli.

Uluslararası Hukuk Komisyonu ve Çalışmaları

Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'nun 21 Kasım 1947 tarih ve 174 (II) sayılı kararıyla[19] kurulmasının ardından Uluslararası Hukuk Komisyonu, ilk oturumunu 12 Nisan-9 Haziran 1949 tarihleri arasında New York'ta gerçekleştirmiştir. Tüzüğünün 18. maddesinin 1. paragrafı uyarınca Komisyon, "kodifikasyon için konuları seçmek amacıyla uluslararası hukukun tüm alanını incelemekle" görevlendirilmiştir.[20] Komisyon, bu görevi üstlenirken, başlangıçta kesin yetkilerini belirlemek ve bu bağlamda, 18. maddenin 2. paragrafının anlam ve sonuçlarını açıklığa kavuşturmak zorundaydı. Bu paragraf, "Komisyon, belirli bir konunun kodifikasyonunun gerekli veya arzu edilir olduğu kanaatine vardığında, tavsiyelerini Genel Kurul'a sunacaktır" hükmünü içermektedir. Bu hüküm uyarınca, Komisyon'un, 18. maddenin 2. paragrafı uyarınca Komisyon tarafından yapılan tavsiyeler konusunda Genel Kurul'un harekete geçmesini beklemeden 19 ila 23. maddeler uyarınca kodifikasyon çalışmalarına devam etmeye yetkili olup olmadığı sorusu ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine "Komisyon, 18. maddenin 2. paragrafı uyarınca Komisyon tarafından yapılan tavsiyeler hakkında Genel Kurul'un harekete geçmesini beklemeksizin 19 ila 23. maddeler uyarınca hareket etme yetkisine sahip midir? "sorusuna üçe karşı on

---

18 Patrick Dumberry, 'An Uncharted Question of State Succession: Are New States Automatically Bound by the BITs Concluded by Predecessor States Before Independence?' (2015) 6 Journal of International Dispute Settlement 74; Dumberry and Turp (n 9) 28.

19 UNGA Resolution 174(II) Establishment of an International Law Commission (21 November 1947). <https://www.legal-tools.org/doc/c2a5c3/pdf> accessed 18 March 2024.

20 *Statute of the International Law Commission* (Adopted by the General Assembly in resolution 174 (II) of 21 November 1947) <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf> accessed 29 March 2024.

oyla Komisyon olumlu karar vermiştir.

Statü'nün 18. maddesinin 1. paragrafı uyarınca, kodifikasyon için konuların seçilmesi amacıyla uluslararası hukukun tüm alanının incelenmesini üstlenen Komisyon, bu görevi uluslararası hukuk konularının genel bir incelemesini gerektiren bir görev olarak algılamıştır. Öncelikli amaç, Komisyon'un kodifikasyonunu gerekli veya arzu edilir bulduğu belirli konuları seçmekti; uluslararası hukukun tüm alanının incelenmesi sadece seçim yapmanın mantıksal yoluydu. Bu bağlamda, Komisyon'un önünde, Genel Sekreter tarafından sunulan, Ulusal Hukuk Komisyonu'nun Kodifikasyon Çalışmalarına İlişkin Uluslararası Hukuk Araştırması* başlıklı bir memorandum vardı. Bu memorandum, uluslararası barış hukuku alanını incelemekte ve Komisyon'un çoğunluğunun görüşüne göre, bu alandaki konuları kapsamlı ve tatmin edici bir şekilde ele almaktadır.

Komisyon, uluslararası hukukun tamamını kapsayan genel bir kodifikasyon planının hazırlanıp hazırlanmayacağı sorusunu tartışmıştır. Bu yolu tercih edenler, başlangıçta, konuların kodifiye edildikçe çerçevesine ekleneceği eksiksiz bir uluslararası kamu hukuku kodu planının hazırlanmasını düşünüyorlardı. Komisyon'un görüşü, uluslararası hukukun tamamının kodifiye edilmesi nihai hedef olmakla birlikte, daha sonra detaylandırılabilecek genel bir sistematik planı tartışmak yerine, şimdilik birkaç konunun kodifiye edilmesi üzerinde çalışmaya başlamanın arzu edilir olduğu yönündeydi.

25 farklı konu belirleyen komisyon bu konu başlıklarını 14'e kadar düşürmüş ve bu listesinin sadece geçici olduğu ve Komisyon çalışmaları ilerledikçe veya Genel Kurul'un isteklerine uygun olarak bu listeye eklemeler veya çıkarmalar yapılabileceği kararlaştırılmıştır. Çalışılmasına karar verilen listenin ikinci sırasında "Devletlerin ve Hükümetlerin halefiyeti" konusu yer almaktadır.[21] Bununla birlikte kodifikasyon için on dört konuyu geçici olarak seçen Komisyon, daha sonra bunlardan hangilerinin öncelikle incelenmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Sonunda üç konuya öncelik vermeye karar vermiştir: (1) Antlaşmalar hukuku; (2) Tahkim usulü; (3) Açık denizler rejimi.

BM Genel Kurulu; 18 Aralık 1961 tarihli ve 1686 (XVI) sayılı ve "*Future work in the field of the codification and progressive development of international Iaw*" başlığıyla Komisyon'un Devletlerin ve Hükümetlerin halefiyeti konusunu öncelik listesine dahil etmesi tavsiye kararı aldı.[22]

1962 yılındaki on dördüncü oturumunda Komisyon, Devletlerin ve Hükümetlerin Halefiyeti meselesi üzerine bir Alt Komite kurma kararı aldı ve bu Alt Komitenin görevi, konunun kapsamı, çalışma için benimsenecek yöntem ve gerekli doküman-

---

21 ILC, 'Report of the International Law Commission on the Work of Its First Session' (12 April 1949) UN Doc A/CN.4/13 and Corr. 1-3 280-281.

22 UNGA Resolution 1686 (XVI) Future Work in the Field of the Codification and Progressive Development of International Law (18 December 1961).

tasyonun nasıl sağlanacağı konusunda öneriler içeren bir ön rapor sunmaktı.[23] Devletlerin ve Hükümetlerin Halefiyeti Alt-Komitesi, sırasıyla 16 Mayıs ve 21 Haziran 1962 tarihlerinde iki özel toplantı yaptı ve bir rapor hazırlandı.[24]

Komisyon, 1963'teki on beşinci oturumunda, Alt Komite'nin raporunu inceledi ve oybirliğiyle onayladı. Hazırlanan raporda Devlet halefiyeti konusunda mevcut hukuk ve uygulamaların incelenmesi ve değerlendirilmesi ve uluslararası hukuktaki yeni gelişmeler ışığında konuyla ilgili taslak maddelerin hazırlanması önerilmekteydi. Komisyonun bazı üyeleri, modern dekolonizasyon olgusu [modern phenomenon of decolonization] göz önünde bulundurulduğunda, Devletlerin halefiyet sorunlarının günümüzde yeni Devletler ve uluslararası toplum için taşıdığı özel önemi vurgulamışlar; bunun sonucunda da konunun kodifikasyonunda yeni Devletleri ilgilendiren sorunlara özel önem verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.[25]

Alt Komite çalışmalarına başlamadan önce konunun kapsamına dair genel bir çerçeve belirlemiş ve üç başlık altında halefiyete ilişkin çalışacağı ifade edilmiştir; bu çerçeve, i) halefiyetin antlaşmalar açısından, ii) antlaşmalar dışındaki kaynaklardan kaynaklanan hak ve görevler açısından (1968'de "antlaşmalar dışındaki konular bakımından Devletlerin halefiyeti" olarak revize edilmiştir) ve iii) uluslararası örgütlere üyelik bakımından ele alınması gerektiği başlıkları içermekteydi.

Genel Kurul, 18 Kasım 1963 tarihli ve 1902 (XVIII) sayılı kararında, Komisyon'un çalışmalarına devam etmesini tavsiye etti; bu tavsiye, "Genel Kurul'un on sekizinci oturumunda ifade edilen görüşleri, Devletlerin ve Hükümetlerin Halefiyeti Alt Komitesi'nin raporunu ve Hükümetler tarafından sunulabilecek yorumları dikkate alarak, İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana bağımsızlığını kazanmış Devletlerin görüşlerine uygun şekilde atıfta bulunarak, Devletlerin ve Hükümetlerin halefiyeti konusundaki çalışmalarına devam etmesini" önerdi.

Komisyon, 1967 yılındaki on dokuzuncu oturumunda, 1963 yılındaki rapora uygun olarak meseleyi antlaşmalar bakımından halefiyet, antlaşmalar dışındaki konular bakımından Devletlerin halefiyeti ve uluslararası örgütlere üyelik bakımından halefiyet olmak üzere üç başlık altında ele almayı kararlaştırmıştır. Buna göre

---

[23] Komisyon, 7 Mayıs 1962 tarihindeki 637. toplantısında, aşağıdaki on üyeden oluşan bir Alt Komite kurulmasına karar vermiştir: Manfred Lachs (Başkan) (Poland), Milan Bartos (Yugoslavia), Herbert W. Briggs (United States of America), Erik Castrén (Finland), Abdullah El-Erian (United Arab Republic), Taslim O. Elias (Nigeria), Liu Chieh (China), Shabtai Rosenne (Israel), Abdul Hakim Tabibi (Afghanistan) ve Grigory I. Tunkin (Union of Soviet Socialist Republics). ILC, Report of the International Law Commission Covering the Work of Its Fourteenth Session (24 April - 29 June 1962) UN Doc A/CN.4/148 189.

[24] Report of the Sub-Committee on the Succession of States and Governments (A/CN.4/160 & Corr. 1) *Yearbook of the International Law Commission*, vol II (United Nations Publication, A/CN4/SERA/1963/ADD1 1963) 224.

[25] ibid.

Komisyon'un antlaşmalar hukuku konusundaki eski Özel Raportörü Sir Humphrey Waldock, antlaşmalar bakımından halefiyet konusuyla ilgilenmek üzere Özel Raportör olarak atanmıştır. Antlaşmalar dışındaki konular bakımından Devletlerin halefiyeti konusunda ise Mohammed Bedjaoui özel raportör olarak atanmıştır.

Bizim konumuz olan uluslararası örgütlere üyelikte halefiyetle ilgili olarak, Komisyon şu şekilde karar vermiştir:

> "Konunun üçüncü yönü olan uluslararası örgütlere üyelikte halefiyetin, hem antlaşmalara ilişkin halefiyetle hem de Devletler ile hükümetler arası örgütler arasındaki ilişkilerle ilgili olduğu düşünülmüştür. Bu nedenle bu konu şimdilik bir Özel Raportöre verilmeden bir kenara bırakılmıştır [It was therefore left aside for the time being…]."[26]

Bu konu başlıklarına ilişkin olarak yapılan çalışmalar neticesinde iki sözleşme oluşturulmuş ve imzaya açılmıştır: 23 Ağustos 1978 tarihli Antlaşmalarda Halefiyete ilişkin Viyana Sözleşmesi ile henüz yürürlüğe giremeyen 8 Nisan 1983 tarihli Miras, Arşiv ve Borçlarda Halefiyete ilişkin Viyana Sözleşmesi.

II. DEVLETLERİN ULUSLARARASI ÖRGÜTLERE HALEFİYETİ

Uluslararası Hukuk Komisyonu devletlerin uluslararası antlaşmalara halefiyetine ilişkin yürüttüğü çalışmalar sırasında uluslararası antlaşmaları üç başlık altında sınıflandırmış ve bu tasnif 1978 Sözleşmesinde de kabul görmüştür. Buna göre "çok taraflı uluslararası antlaşmalar", "sınırlandırılmış çok taraflı uluslararası antlaşmalar" ve "ikili uluslararası antlaşmalar" için farklı düzenlemeler öngörmüştür.[27]

Bir devletin uluslararası örgütlere üyeliğinin halefiyeti konusu antlaşmalara -özellikle çok taraflı antlaşmalara- halefiyet şeklinde düşünülebilir. Uluslararası örgütün kurucu belgesi/anayasası, bu niteliğini kazanmadan önce çok taraflı bir antlaşma olarak düzenlemiş olabilir ve selef devletin rızası ile katılma iradesi gösterdiği antlaşmaya halef devletin taraf olacağı izlenimi oluşabilir. Zira antlaşma ile kurulan uluslararası örgütün kurucu üyeleri, örgütün çalışma konusuyla ilgili olarak üye devletleri bağlayıcı kararlar alma yetkisi de dahil olmak üzere, örgütün yetki alanına giren bir dizi konuda yetkiyi devretmektedir.[28] Ancak devletlerin uluslararası örgütlere halefiyeti konusunu, uluslararası örgütlerin kurucu belgelerini bir antlaşma olarak nitelendirip, sadece antlaşmalar hukuku ve antlaşmalara halefiyet başlığı

---

[26] ILC, 'Report of the International Law Commission on the Work of Its Nineteenth Session' (8 May–14 July 1967) UN Doc A/CN.4/199.

[27] Pirim (n 9) 136.

[28] Gerd Droesse, *Membership in International Organizations: Paradigms of Membership Structures, Legal Implications of Membership and the Concept of International Organization* (TMC Asser Press 2020); Henry G Schermers and Niels M Blokker, *International Institutional Law* (Martinus Nijhoff Publishers 2011).

altında tartışmak hukuki sorunun tespitinde ve çözümünde hatalı çıkarımlara yol açacaktır. Örneğin, çok taraflı bir anlaşma olan ICSID Sözleşmesiyle "uluslararası tüzel kişiliğe" sahip olduğu kabul edilen bir uluslararası örgüt olan Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi kurulmuştur.[29] Dolayısıyla, devletler yalnızca çok taraflı bir antlaşmanın (ICSID Sözleşmesi) tarafları değil, aynı zamanda uluslararası bir örgütün (Merkez) üyeleridir.[30]

Bu noktada hukuken bir ayrım yapılması faydalı olacaktır. Zira bir uluslararası örgütün kurucu belgesini oluşturan ve uluslararası antlaşmalar hukukuna tabi olan anlaşma ile örgütün yaşamını ve işleyişini düzenleyen ve özel kurallar rejimi oluşturan anayasası/kurucu belgesi farklı hukuki düzenlemelere tabidir. Üyelik, üyelerin hakları ve yükümlülükleri ile ilgili sorular ikinci kategoriye, yani uluslararası örgütler hukukuna aittir. Kurucu belgenin uluslararası hukuka tabi bir antlaşma olarak nitelendirilmesine ilişkin sorular ise birinci gruba, yani antlaşmalar hukukuna aittir.[31] Bu ayrım, antlaşmaların halefiyetine ilişkin hukuki rejim ile uluslararası örgüt üyeliğinin halefiyetine ilişkin hukuki rejim arasındaki farkları açıklamaktadır.[32] Öte yandan uluslararası örgütlere üyelik ve halefiyet sorunu, uluslararası örgütlerin kurucu belgelerinin bir antlaşma olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği konusunda kendi başına bir etkiye sahip değildir.[33] Bühler'e göre uluslararası örgütlere üyeliğin halefiyeti konusu uluslararası örgütler hukukuna ilişkindir.[34]

Devletlerin uluslararası örgütlere halefiyetini değerlendirirken 1978 Viyana Sözleşmesi'nin bazı hükümlerine göz atmak faydalı olacaktır. Sözleşme'nin 2 (1) (b) maddesi devletlerin halefiyetini şu şekilde tanımlamaktadır: *"succession of States means the replacement of one State by another in the responsibility for the international relations of territory"*. Bu ifadeden halefiyet konusunda toprağın esas aldığını söyleyebiliriz. Kısacası bu ifade devletlerin toprağa ilişkin halefiyetini tanımlamaktadır. Ancak uluslararası örgütlere üyelik durumunda toprak değil, uluslararası kişilik temel alınmalıdır.[35] Bu açıdan devletlerin uluslararası örgütlere üyeliklerine halefiyet konusunda "devletlerin kişiliği kilit kavram olarak karşımıza çıkar."[36] Dolayısıyla devletlerin uluslararası örgütlere halefiyetleri söz konusu olduğunda

---

29 Art. 18, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (18 March 1965, entered into force on 14 October 1966), 575 UNTS 160.

30 Tams (n 16).

31 Shabtai Rosenne, *Developments in the Law of Treaties, 1945-1986* (Cambridge University Press 1989) 256–258.

32 KG Bühler, *State Succession and Membership in International Organisations* (Kluwer Law International 2001) 30–35.

33 Droesse (n 28) 134–135.

34 Bühler (n 32) 291.

35 ibid 5.

36 Craven (n 16); Matthew Craven, 'The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law' (1998) 9 European Journal of International Law 142, 152–158.

uluslararası kişiliğin halefiyetinin söz konusu olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Bu noktada 23 Ağustos 1978 tarihli Antlaşmalarda Halefiyete ilişkin Viyana Sözleşmesi'ni 4. maddesine değinmek yerinde olacaktır. Zira bu madde; "uluslararası örgütleri oluşturan antlaşmalar ve bir uluslararası örgüt bünyesinde kabul edilen antlaşmalar" kenar başlığıyla ikili bir ayrım yapmaktadır;

Bu Sözleşme, aşağıdaki hususlar bakımından Devletlerin birbirini takip etmesinin etkilerine uygulanır:

(a) *üyeliğin kazanılmasına ilişkin kurallar saklı kalmak kaydıyla* ve örgütün ilgili diğer kuralları saklı kalmak kaydıyla, bir uluslararası örgütün kurucu belgesi olan herhangi bir antlaşma;

(b) *örgütün ilgili kurallarına halel getirmeksizin*, bir uluslararası örgüt bünyesinde kabul edilen herhangi bir antlaşma.

Bu hüküm "üyeliğin kazanılmasına ilişkin kurallara halel getirmeksizin" ve "örgütün ilgili kurallarına halel getirmeksizin" halefiyetin geçerli olduğunu belirtmektedir. Bir uluslararası örgütün kurucu belgesi olan bir antlaşmaya halefiyet meselesi esasen o örgütün üyeliğe ilişkin özel kurallarına tabidir ve bu kurallar 1978 Viyana Sözleşmesi hükümlerine kıyasla *lex specialis* olarak nitelenebilir.[37] Komisyon'un 1967 yılında uluslararası örgütlerin üyeliğine ilişkin halefiyet konusunu şimdilik bir kenara bırakmaya karar vermesinin nedenlerinden biri de budur. Ayrıca Uluslararası Hukuk Komisyonu 1974 tarihli 26. toplantısında kabul ettiği şu ifadeler dikkat çekicidir:

> "Yukarıda belirtilenler ışığında, halefiyet hukukunun uluslararası örgütlerin kurucu belgelerine uygulanıp uygulanmayacağı sorusu sorulabilir. *Örneğin, yeni bağımsızlığını kazanmış bir Devletin halefiyet bildirimiyle yürürlükte olan çok taraflı antlaşmalara katılma hakkı normalde bir uluslararası örgütün kurucu belgelerini kapsayamaz çünkü bu belgelere katılım, … genellikle söz konusu örgütün üyeliğin kazanılmasına ilişkin kurallarına tabidir.* Öte yandan, bazı uluslararası örgütler, üyeliğin kazanılmasına ilişkin özel kurallara sahip değildir. Bu örgütlerde, antlaşmalarla ilgili halefiyet hukuku, bağımsızlığını yeni kazanmış bir Devletin kendi kurucu belgelerine katılımı için zaman zaman uygulanmıştır ve uygulanabilir. Ayrıca, bir Devletler topluluğundan ayrılma ile bağlantılı olarak, ayrılan Devletlerin örgütüne katılım sorununun antlaşmalara ilişkin halefiyet hukuku açısından ele alındığı durumlar da olmuştur. Buna ek olarak, bir kurucu belgeye ilişkin halefiyetin mutlaka üyelikle ilgili konularla bağlantılı olması gerekmez. Örneğin, uluslararası bir örgüt oluşturan antlaşmalar söz konusu olduğunda hareketli antlaşma sınırları [moving treaty-frontiers, (Le principe de la variabilité des limites

[37] Dumberry (n 16) 262.

territoriales des traités)] kuralı[38] geçerlidir. Kısacası, Devletlerin halefiyetine ilişkin kurallar bir uluslararası örgütün kurucu belgesine ilişkin olarak sıklıkla uygulanmasa da, bu kategorideki antlaşmalara hiç uygulanmadığını söylemek yanlış olur. İlke olarak, örgütün ilgili kuralları çok önemlidir, ancak bu kurallar, antlaşmanın uluslararası bir örgütün kurucu belgesi olduğu durumlarda, antlaşmalarla ilgili olarak Devletlerin halefiyetine ilişkin genel kuralların uygulanmasını tamamen dışlamaz."[39]

Bu çerçevede diyebiliriz ki, devletlerin uluslararası örgütlere halefiyeti temelde, o devletlerin ilgili örgüte üye olarak kabul edilmesine ilişkin kurallarla ilgilidir.

A. Uluslararası Örgütlere Üyelik

Literatürde, İskoç hukukçu James Lorimer'in "uluslararası örgüt" [international organization] terimini ilk olarak kullandığı ve uluslararası hukuka kazandırdığı noktasında mutabakat vardır.[40] Bugün kullanılan ve anlaşılan haliyle hükümetlerarası örgütler olarak uluslararası örgütler İkinci Dünya Savaşından sonra kabul görmüştür. Örneğin, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 2. maddesinde "milletlerarası [uluslararası] örgüt, bir hükümetler arası örgüt demektir" tanımına yer vermektedir.[41] 1907, 1908 ve 1909 yıllarında yayınlanan çalışmalarında Walther Schucking ve 1911 yılında yayınladığı çalışmasında Paul S. Reinsch "uluslararası örgüt" terimini erken dönemde kullanan diğer akademisyenlerdir.[42] 1935'te Pitman B. Potter uluslararası örgütü "ulusların ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere kurdukları veya tanıdıkları bir birlik veya birliktelik"" olarak tanımlamıştır.[43] Daha yakın tarihli bir çalışmada Schermers ve Blokker, uluslararası örgütleri; (1) uluslararası bir anlaşmaya dayanan; (2) kendi iradesine sahip en az bir organı olan ve (3) uluslararası hukuka göre kurulmuş işbirliği biçimleri olarak tanımlanmaktadır.[44]

---

38 Bir Devletin ülkesi genişlerse, hareketli antlaşma-sınırları kuralı, o Devlet için o sırada yürürlükte olan antlaşmaların normal olarak yeni genişleyen ülke için de geçerli sayılacağını öngörmektedir. ILC, 'Yearbook of the International Law Commission 1974' vol II Part One UN Doc A/CN.4/SER.A/1974/Add.l (Part 1) 208 para 2; ILC, 'Yearbook of the International Law Commission 1963' vol II UN Doc A/CN.4/SER.A/1963 110 para. 131.

39 ILC, 'Yearbook of the International Law Commission 1974' (n 38) 180 para 10

40 Schermers and Blokker (n 29) 30 para 29; Bardo Fassbender and others (eds), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford University Press 2014) 170; Pitman B Potter, 'Origin of the Term International Organization' (1945) 39 The American Journal of International Law 803, 805–806; '...d'un organisation européeane ou cosmopolite.' James Lorimer, 'Proposition d'un Congrés International basé sur le Principe de facto' (1871) III Revue de Droit International et de Législation Comparée 1; James Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, vol 1 (W Blackwood and Sons 1883) 11.

41 Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk* (Reşat Volkan Günel ed, 9th edn, Savaş Yayınları 2018) 58.

42 Potter, 'Origin of the Term International Organization' (n 40) 803–806.

43 Pitman B Potter, 'The Classification of International Organizations-I' (1935) 29 The American Political Science Review 212, 215.

44 Schermers and Blokker (n 40) 37 para 33.

Üyelik kavramı, geleneksel uluslararası örgüt teorileri [theories of international organization] içerisinde önemli bir yer tutmaktadır zira uluslararası kamu hukuku alanındaki temel ilkelerden biri, bir uluslararası örgütün varlığının üyelerinin varlığına bağlı olduğudur.[45] Geleneksel yaklaşıma göre uluslararası örgütlere üyelik sadece devletler ve sınırlı bir şekilde uluslararası örgütler için söz konusudur.

Konrad'a göre uluslararası örgütlere üyelik konusunu üç başlık altında değerlendirmek mümkündür;[46] resmi başvuru süreci, tek taraflı bildirimle katılma ve halefiyet bildirimi yoluyla katılma.

i. Resmi Başvuru Süreci

Uluslararası örgütlerin birçoğuna üyelik bu şekilde gerçekleşmektedir. "Dual Process" olarak da adlandırılan bu süreç, bir devletin katılma beyanı ve ilgili örgütün bu beyana olumlu cevap vermesi şeklinde işlemektedir.[47] Yani bir uluslararası örgüte üyelik genellikle iki taraflı bir işlemdir.[48] Bu tip üye kabul eden en önemli örnek BM'dir. BM Şartı 4. maddesi beyan ve kabul aşamalarını açıklamaktadır: "…her devletin Birleşmiş Milletlere üyeliğine kabulü, Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul kararı ile olur."[49] Dolayısıyla yeni üyelerin kabulü için BM organlarının onayı (ya da çekimser oy kullanmaları) gereklidir.

ii. Tek Taraflı Bildirim

Bazı örgütlerde üyeliğe kabul edilmek için, yeni devletin resmi kabul başvurusu yapması ve ikili taraflı bir işlem yapılması beklenmemektedir. Açık örgütler olarak tanımlanan bu örgütlere ilgi duyan her devlet tek taraflı bir işlem olan bildirimle üye olabilmektedir. Bu örgütlere verilebilecek en tipik örnek, Amerikan Devletleri Örgütü (OAS)'dür. 1948 OAS Bogota Şartı 1. maddesine göre "Şartı onaylayan tüm Amerikan devletleri, örgütün üyeleridir."[50] Dolayısıyla bir devletin şartı onaylaması üye olması için gerekli ve yeterli olup onay süreci bulunmamaktadır.

iii. Halefiyet Bildirimiyle Üyelik

Esasında tek taraflı bir işlem (bildirim) olan halefiyet bildirimiyle üyelik, açık örgütlerde ve özellikle kurucu belgelerinde bu konuda açıklık getiren örgütler açısından söz konusu olmaktadır. 1978 tarihli Antlaşmalarda Halefiyete ilişkin Viyana Sözleşmesi'nin 17. maddesi bu konuda önemli bir düzenleme içermektedir. Buna göre "bağımsızlığını yeni kazanan bir Devlet, bir halefiyet bildirimiyle, yürürlükte olan herhangi birçok taraflı antlaşmaya taraf olma statüsünü belirleyebilir. Antlaş-

45 Droesse (n 28) 1.

46 Bühler (n 32) 21.

47 Schermers and Blokker (n 40) 47.

48 ibid 87.

49 BM Şartı 4. madde için Gündüz (n 41) 95.

50 'Bogota Conference of American States, Charter of the Organization of American States; March 30-May 2, 1948' <https://avalon.law.yale.edu/20th_century/decad062.asp> accessed 3 April 2024.

madan anlaşıldığı veya antlaşmanın yeni bağımsız Devlet açısından uygulanmasının antlaşmanın amaç ve hedefiyle bağdaşmayacağı veya antlaşmanın işleyiş koşullarını kökten değiştireceği başka bir şekilde tespit edildiği takdirde, 1. paragraf uygulanmaz. Başka herhangi bir Devletin antlaşmaya katılımının tüm tarafların rızasını gerektirdiği düşünüldüğünde, yeni bağımsız Devlet antlaşmaya taraf olma statüsünü ancak böyle bir rıza ile tesis edebilir."[51] Dolayısıyla yeni bağımsızlığını kazanmış devletlerin halefiyet bildirimi yapmaları durumunda selef devletin üye olduğu örgüte üye olma hakkı kural olarak mevcuttur. Bu maddeye göre halefiyet yoluyla üyelik i) antlaşmanın amaç ve hedefiyle bağdaşmayacağı veya antlaşmanın işleyiş koşullarını kökten değiştireceği ii) başka herhangi bir Devletin antlaşmaya katılımının tüm tarafların rızasını gerektirdiği durumlarda mümkün olmayacaktır.

Selef devletin örgüte üyeliği varsa halef devletin de otomatik olarak üye sayılmasına ilişkin 1975 tarihli Uluslararası Kahve Antlaşması (International Coffee Agreement), 1982 tarihli Uluslararası Kalay Antlaşması (International Tin Agreement) ve 1984 tarihli Uluslararası Şeker Antlaşması (International Sugar Agreement) örnek olarak gösterilebilir. 1970 yılında Fiji devleti bağımsızlığını ilan ettikten sonra bir bildirim ile bu örgütlere üyeliğe olmuştur.[52]

Yine OAS Bogota Şartı'nın 5. maddesine göre "Birkaç üye devletin birleşmesinden doğan ve bu haliyle işbu Şartı onaylayan her yeni siyasi oluşum, Örgüt'ün bir üyesi olacaktır. Yeni siyasi oluşumun Örgüt'e girmesi, onu oluşturan devletlerin her birinin üyeliğini kaybetmesi sonucunu doğuracaktır."[53]

Bazı kurucu antlaşmalar, özellikle antlaşmanın hazırlandığı konferansta toprakları "temsil edilen" Devletler için, üyeliğe halefiyet hakkını öngörebilmektedir. 1899 ve 1907 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne Dair Lahey Sözleşmeleri Daimî Tahkim Mahkemesine ancak i) Barış Konferansında temsil edilen veya davet edilen Devletlerin onaylayabileceğini veya katılabileceğini ve ii) diğer Devletlerin katılımının "Akit Güçler arasında daha sonra yapılacak bir anlaşmanın" konusunu oluşturacağını öngörmüştür. 1955, 1957 ve 1959 tarihli kararlarla, Mahkeme İdari Konseyi, depoziter olan Hollanda Hükümetinden, yeni Devletlere kendilerini Sözleşmelerden herhangi birine taraf olarak görüp görmediklerini sormasını istemiştir. Davetiye çıkarılmadan önce Sözleşmelerin tüm Akit Taraflarına danışılmıştır, dolayısıyla bu bir halefiyet hakkı yaratmak için sonradan yapılan bir anlaşma olabilir.[54] 1993 yılında da Çek Cumhuriyeti ve Slovakya Çekoslavakya'nın halefi olarak Daimî Tahkim Mahkemesine bildirimde bulunarak üyeliklerini devam ettirmişlerdir.

---

51 Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties 1978 (n 14).

52 Bühler (n 32) 24–27.

53 Charter of the Organization of American States (n 51).

54 ILC, 'Report of the International Law Commission on the Work of Its Twenty-Fourth Session' (2 May - 7 July 1972) Supplement No.10 UN Doc A/8710/Rev1 1972 (Commentary on draft Art. 4 on succession of states in respect to treaties) 234.

Öte yandan Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO), Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO), Dünya Sağlık Örgütü (WHO) bağımsızlıktan önce örgütün rejimine tabi olan BM üyeleri için bile "halefiyet bildirimiyle" üyeliği kabul etmemektedir.[55] Başka bir deyişle, örgüt üyeliği söz konusu olduğunda, yeni Devlet, 1978 Viyana Sözleşmesi'nin 17. maddesine uygun olarak depozitere yapılan bir halefiyet bildirimiyle üye olamaz. Kurucu antlaşmada üyelik için öngörülen yoldan, yani bir kabul belgesinin tevdi edilmesi yoluyla hareket etmelidir.

BM, NATO ve AB kurucu sözleşmeleri ve teamülleri incelendiğinde prensip olarak halefiyet yoluyla üyeliğin kazanılmasının mümkün olmadığı görülmektedir. Ayrıca askeri ittifaklar bakımından yeni bağımsızlığını kazanmış bir devletin halefiyet yoluyla üye olması ittifak ilişkilerinin temelinde yatan güven ilişkisine muhalif bir durumdur.

B. Yeni bir devletin Uluslararası Örgütlere Üyeliği

İki devlet birleşerek tek bir devlet olduğunda uluslararası örgütlere üyeliklerinde otomatik olarak iki devletin yerini alır mı? Dağılan bir devletten kurulan iki ya da daha fazla devlet, dağılan devletin uluslararası örgütlere üyeliğini devam ettirebilir mi? Bağımsızlığını yeni kazanan devletler, sömürgesi oldukları devletin üye olduğu uluslararası örgütlere otomatik olarak üye olurlar mı?

Bütünleşme [integration] ve Birleşme [incorporation] Durumunda

1958'de Mısır ve Suriye'nin bir araya gelerek oluşturduğu Birleşik Arap Cumhuriyeti,[56] 1964'te Tanganika ve Zanzibar'ın bir araya gelerek oluşturduğu Tanzanya Birleşik Cumhuriyeti[57] ve 1990'da Kuzey ve Güney Yemen'in birleşmesiyle kurulan Yemen; kurucu devletlerin üye oldukları uluslararası örgütlere üyeliklerini devam ettirmişlerdir. Örneğin, Uluslararası Para Fonu'na (IMF) Mısır 1944 yılında kurucu üye olarak ile Suriye 1947 yılında katılmıştır. 1958 yılında Mısır ve Suriye'nin birleşerek tek bir Devlet haline gelmesiyle ortaya çıkan Birleşik Arap Cumhuriyeti, Mısır ve Suriye'nin kotalarına eşit tek bir kota ile Fon'un tek bir üyesi olarak Fon Anlaşması hükümlerine tabi olmuştur. "Fon, Suriye ve Mısır'ın tek bir Devlet olarak birleşmesinin bir sonucu olarak Birleşik Arap Cumhuriyeti'nin Fon'un tek bir üyesi olduğunu kabul etmiştir."[58]

IMF tarafından Uluslararası Hukuk Komisyonuna gönderilen 23 Ekim 1974 tarihli "*Practice of the IMF with Respect to Continuity of Membership*" başlıklı mektupta örgütün halefiyet konusundaki yaklaşımını özetlemektedir:

---

55 ibid 233.

56 Bühler (n 32) 50–61.

57 ibid 62–68.

58 United Nations, *Materials on Succession of States in Respect of Matters Other than Treaties* (United Nations Publications, ST/LEG/SERB/17 1978) 550.

> "Fon tarihinde, bağımsızlığını yeni kazanan herhangi bir ülkenin Fon'a otomatik üyelik veya bir üyenin haklarının herhangi bir kısmına halef olma talebinde bulunduğu hiçbir durum olmamıştır, çünkü bu üye daha önce yeni bağımsız ülke ile ilgili Maddeleri kabul etmiştir veya yeni bağımsız ülke üyenin topraklarından yaratılmıştır. *Fon, tüm bu durumlarda, hak ve yükümlülüklerinde herhangi bir değişiklik olmaksızın mevcut üyenin devam eden kimliğini tanımıştır. Hollanda, Hindistan ve Pakistan'ın devam eden üyeliklerini etkilemeksizin Endonezya, Pakistan ve Bangladeş'in kurulmasını içeren örnekler bu türdendir.* Bu durumların her birinde, yeni üyeye Anlaşma Maddeleri kapsamında ayrı bir kota tahsis edilmiş ve mevcut üyenin kotasını ya da hak ve yükümlülüklerini etkilemeksizin bu kota kapsamında bağımsız hak ve yükümlülükler üstlenmiştir."[59]

Birleşen devletlerden sadece birisinin üye olup diğerinin olmadığı durumda bile yeni kurulan devlet üyeliğini devam ettirmiştir. Örneğin Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu'na Suriye üye olmadığı Mısır üyeydi. Birleşik Arap Cumhuriyeti, Mısır'ın üyeliğini devam ettirmiştir.[60]

Dağılma [dissolution] Durumunda

Bir devlet iki veya daha fazla parçaya bölündüğünde, ortaya çıkan devletlerin, uluslararası örgütlere doğrudan bir halefiyet durumu kural olarak söz konusu değildir. Genellikle devam eden [continuing] devlet, dağılan devletin üyeliklerine de halef olarak onun yerini almaktadır. Böylece 1947'de Britanya Hindistanı, Hindistan ve Pakistan'a bölündüğünde, devam eden [continuing] devlet olarak Hindistan kabul edilmiş ve uluslararası örgüt üyeliklerine halef olmuş, Pakistan'ın yeni üyelik başvurusu yapması gerekmiştir. 1947 öncesinde Britanya Hindistan'ı, özerk sömürge olarak ya da bir koloni olarak değil ayrı bir uluslararası kişilik olarak kabul görüyordu. Zira Britanya Hindistan'ı 1919 Barış Antlaşmasının imzacı bir devleti, Milletler Cemiyeti ve ILO'nun bir üyesi olarak Versay Antlaşmasından itibaren uluslararası kişiliğe sahip olarak belirtilmiştir. 1947 yılına kadar ise Britanya Hindistan'ı kırk dört iki taraflı, yüz elli çok taraflı antlaşmaya taraf olmuştur. [61] Bu antlaşmaların bir kısmı Hindistan ya da Hindistan hükümeti adına veyahut da Birleşik Krallık Hükümeti adına akdedilmiştir. 1944 Breton Wood ve Chicago Konferanslarına katılmış; IMF, UNESCO, Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) gibi örgütlere üye olmuştur. Hatta 1945 San Francisco Konferansına katılarak BM'nin kurucu üyesi de olmuştur. Her ne kadar Hindistan bağımsız bir devlet olarak hareket etse de 2. Dünya Savaşı'na kadar Hindistan dış ilişkileri *de facto* ve *de iure* İngitere'nin

59 ibid 543.

60 UN, *Yearbook of the United Nations 1957*, (UN Publications 1958) 502.

61 Daniel Patrick O'Connell, 'The British Commonwealth and State Succesion after the Second World War' (1949) 26 British Yearbook of International Law 454, 454–455.

kontrolü altındaydı ve başka ülkelerle diplomatik ilişkiler yürütemiyordu. Britanya Hindistan'ının Birleşik Krallık tarafından uluslararası toplumda ilave oy ve destek kazanmak için yaratılmış bir yapay/soyut kişilik olduğunu belirten bazı yazarlar bulunaktadır.[62] Bu stratejinin daha sonra Sovyet Rusya tarafından BM nezdinde Ukrayna ve Belarus açısından uygulandığı belirtilmektedir.[63]

15 Ağustos 1947 tarihli "Indian Independence Act" ile resmi olarak Britanya Hindistan'ının bağımsızlığını kazandığını ve iki ayrı devletin ortaya çıkışını görüyoruz: Hindistan ve Pakistan. Britanya Hindistan'ı, BM'nin bir üyesi olduğu için ilk defa bir BM üyesi devlet dağılarak yeni devletler ortaya acıkmakta ve yeni doğan devletlerin uluslararası örgütlere üyelik bakımından halefiyet sorunu açığa çıkmaktadır.[64]

Bu konuya ilişkin olarak Hukuk İşleri Genel Sekreter Yardımcısı Dr. Ivan Kerno tarafından yazılan bir hukuk görüşte şunlar dile getirilmektedir:

> "Uluslararası hukuk noktayı nazarından var olan bir devlet parçalanarak yeni bir devlet oluşuyor. Bu bağlamda, Hindistan'ın uluslararası kişiliğinde herhangi bir değişim yoktur. Antlaşmalardan ve BM üyeliğinden doğan haklara ve yükümlülüklere sahip bir devlet olarak devam etmektedir. Indian Independence Act sadece bir anayasal değişim önermektedir. Dolayısıyla Hindistan'ın uluslararası kişiliği ve BM altındaki statüsü bu değişiklikten etkilenmeyecektir. Pakistan ise yeni bir devlettir ve BM üyeliği için madde 4 kapsamında bir başvuruda bulunmalıdır."[65]

Öte yandan Pakistan Dışişleri Bakanı, BM Genel Sekreterliği'ne bir bildiri göndererek Hindistan ve Pakistan'ın halef devletler olarak otomatik olarak BM üyesi kabul edilmeleri gerektiğini, aksi takdirde Pakistan'ın resmi üyelik için başvuruda bulunduğunu belirmiştir. BM Güvenlik Konseyi, halefiyet problemine değinmeden, Genel Kurul'a Pakistan'ın üyeliğe kabul edilmesini bildiren bir tavsiye kararı vermiştir. Genel Kurul'da dikkat çeken bir nokta, Arjantin temsilcisinin şu ifadeleri olmaktadır: "Pakistan'ın zaten [BM'ye] üyedir ve Britanya Hindistan'ından gelen üyeliğe halef olmaktadır. Aksi takdirde iki ülke arasında eşit olmayan muamele temelsiz bir ayrımcılık olacaktır."[66] Ancak bu görüş kabul görmemiş ve 30 Eylül 1947'de tarihinde Pakistan yeni bir üye olarak BM'ye kabul edilmiştir. Hindistan ise Britanya Hindistan'ının devam eden devleti ve halefi olarak uluslararası örgütlerdeki üyeliklerini devam halefiyet bildirimi yoluyla devam ettirmiştir.

---

62 Bühler (n 32) 43.

63 Sean D Murphy, 'Contemporary Practice of the United States Relating to International Law' (2000) 94 The American Journal of International Law 102.

64 Michael Scharf, 'Musical Chairs: The Dissolution of States and Membership in the United Nations' (1995) 28 Cornell International Law Journal 29, 152.

65 Bühler (n 32) 46.

66 ibid 50.

Bu noktada BM'ye üye olan devletlerden ayrılarak bağımsızlık ilan devletlerin duruma ilişkin olarak önemli bir hukuki görüş verilmiştir. Pakistan'ın üyeliği konusunda, 6. Hukuk Kurulu'na *"Gelecekte, Birleşmiş Milletler Üyesi bir Devletin bölünmesi yoluyla uluslararası hayata giren bir Devletin veya Devletlerin tabi olması gereken hukuki kurallar nelerdir?"* sorusu yöneltilmiştir.

Bu soruya yanıt olarak 6. Hukuk Kurulu, temel prensiplerini tespit ettiği ayrılan devletin uluslararası örgütlere üyelik durumu konusunda şu açıklamayı yapıyor:

1. Genel bir kural olarak, Birleşmiş Milletler Teşkilatına Üye olan bir Devletin, sadece Anayasasının veya sınırlarının değişikliğe uğraması nedeniyle Üye olmaktan çıkmadığını varsaymanın hukuk ilkelerine uygun olduğunu ve hak ve yükümlülüklerinin sona erdiğinin kabul edilebilmesi için Devletin uluslararası düzende tanınan bir tüzel kişilik olarak yok olduğunun gösterilmesi gerekmektedir.
2. *Yeni bir Devlet kurulduğunda, toprakları ve içerdiği nüfus ne olursa olsun ve bunlar Birleşmiş Milletler Üyesi bir Devletin parçası olsun ya da olmasın, Şart'ın hükümlerine uygun olarak resmen kabul edilmedikçe, Şart'ın sistemi uyarınca Birleşmiş Milletler Üyesi statüsünü talep edemez*.
3. Bunun ötesinde, her olay kendi esasına göre değerlendirilmelidir.
4. Altıncı Komite, bu ilkelerin, her davanın kendi özel koşullarına göre değerlendirileceği anlayışıyla, gelecekteki davalarla bağlantılı olarak Birleşmiş Milletler'e genel bir rehberlik sağlamak üzere Birinci Komite'ye iletilmesini uygun bulmuştur." [67]

Genel Kurulun uygulamasıyla Hindistan, Britanya Hindistanı'nın devam eden devleti ve halefi olarak uluslararası örgütlere üyeliğe devam etmiştir. Pakistan ise uluslararası örgütlerin kurucu antlaşmalarında belirlenen resmi başvuru prosedürünü takip ederek başvurularda bulunmuştur. ICAO konusunda Pakistan, halef devlet

[67] "What are the legal rules to which, in the future, a State or States entering into international life through the divison of a Member State of the United Nations should be subject?" 1.That, as a general rule, it is in conformity with legal principles to presume that a State which is a Member of the Organization of the United Nations does not cease to be a Member simply because its Constitution or its frontier have been subjected to changes, and that the extinction of the State as a legal personality recognized in the international order must be shown before its rights and obligations can be considered thereby to have ceased to exist. 2. That when a new State is created, whatever may be the territory and the populations which it comprises and whether or not they formed part of a State Member of the United Nations, it cannot under the system of the Charter claim the status of a Member of the United Nations unless it has been formally admitted as such in conformity with the provisions of the Charter. 3. Beyond that, each case must be judged according to its merits. 4. It was agreed by the Sixth Committee that these principles are to be transmitted to the First Committee as suitable to give general guidance to the United Nations in connexion with future cases, with the understanding that each case will be considered in accordance with its particular circumstances." UNGA Official Records, Second Session, First Committee (11 October 1947) UN Doc A/C.1/212 1-2 <https://digitallibrary.un.org/record/697903/files/A_C.1_212-EN.pdf?ln=en> accessed 3 April 2024.

olduğu ve otomatik olarak taraf devlet olarak kabul edilmesi gerektiğini belirten bir bildiri sunmasına rağmen bu halefiyet bildirimi kabul görmemiştir. Aynı şekilde 1944 Chicago antlaşmasına taraf olabilmek ve örgüte üye olabilmek için resmi başvuru prosedürü izlenmesi gerektiği Pakistan'a bildirilerek halefiyet beyanı kabul edilmemiştir.[68]

Benzer şekilde Ağustos 1969'da Singapur'un ayrılıp ayrı bir devlet olan Malezya, eski Malezya'nın halefi olarak tanınmış ve örgütlere üyeliğini devam ettirmiş, Singapur uluslararası örgütlere yeni başvuru yapmıştır. 1971 yılında Pakistan'dan ayrılan Bangladeş bağımsızlığını kazandığında Pakistan uluslararası örgütlere üyeliğini sürdürmüş, Bangladeş uluslararası örgütlere başvurularda bulunmuş ancak 1974 yılında BM üyeliğine kabul edilmiştir.

Benzer şekilde Güvenlik Konseyi, Yeni Yugoslavya Federatif Cumhuriyeti'ni (Sırbistan ve Karadağ) BM üyeliği bakımından Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin halefi olarak kabul etmemiş ve bu yeni devlet BM'ye üyelik başvurusunda bulunmak zorunda kalmıştır. Öyle ki, Güvenlik Konseyi 1992 ve 1993 tarihli kararlarında "eskiden Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti olarak bilinen devletin varlığının sona erdiğini, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin (Sırbistan ve Karadağ) eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin Birleşmiş Milletler üyeliğinin otomatik olarak devam etmesi yönündeki talebinin genel olarak kabul görmediğini" belirtmiştir.[69] Sırbistan, 2006 yılında Karadağ'ın bağımsız bir devlet olmasının ardından uluslararası örgütlere üyeliğini sürdürmüş, Karadağ ise yeni üyelik başvurusu yapmıştır.

Rusya Federasyonu da 1991 yılında SSCB'nin varlığı sona erdiğinde Sovyetler Birliği'nin uluslararası örgütlerdeki üyeliğini sürdürmüş, Beyaz Rusya ve Ukrayna dışındaki diğer yeni devletler BM'ye ve diğer örgütlere üyelik başvurusunda bulunmuşlardır.[70]

Çekoslovakya 31 Aralık 1992'de dağıldığında ne Çek Cumhuriyeti ne de Slovakya devam eden [continuing] devlet olduğunu iddia etmemiş ve her biri ayrı ayrı halef devletler olarak Çek Cumhuriyeti ve Slovak Cumhuriyeti, BM'ye üyelik başvurusunda bulunmuştur.[71]

SONUÇ

Devletlerin halefiyeti konusu oldukça çetrefilli ve karışık hükümler ihtiva etmekte olup her bir olay kendi dinamikleri çerçevesinde ele alınarak çözüme ka-

---

68 Bühler (n 32) 48.

69 UNSC Res 777 (19 September 1992) UN Doc S/RES/777; UNSC Res 821 (28 April 1993) UN Doc S/RES/821.

70 Bühler (n 32) 151–170.

71 United Nations, 'Czechoslovakia and Successor States: Czech Republic, Slovakia' (*United Nations*) <https://www.un.org/en/about-us/member-states/czechoslovakia> accessed 3 April 2024.

vuşturulmalıdır. Halef devletlerin uluslararası örgütlere üyeliklerinin bu halefiyet içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda derli toplu bir sözleşme metni bulunmamakla birlikte geniş bir uygulama sonucu teamüllerin oluştuğunu söylemek mümkün. Literatürde, devletlerin halefiyeti, selef devletin akdettiği ikili ve çok taraflı antlaşmalar, malları, arşivleri ve borçlarına halefiyet çerçevesinde tartışılmaktadır. Benzer şekilde Uluslararası Hukuk Komisyonu'da bu konuları gündemine alarak çalışmış ve yürürlükte olan 1978 tarihli Antlaşmalarda Halefiyete ilişkin Viyana Sözleşmesi ile 1983 tarihli Miras, Arşiv ve Borçlarda Halefiyete ilişkin Viyana Sözleşmesi kodifiye edilmiştir.

Bununla birlikte 1963 yılında Komisyonun öncelikli çalışma gündemi içinde yer alan devletlerin ulsulararsı örgütlere halefiyeti 1967 yılında konunun hem antlaşmalara ilişkin halefiyetle hem de Devletler ile hükümetler arası örgütler arasındaki ilişkilerle ilgili gerekçesiyle bir kenara bırakılmış ve çalışılmamıştır. Gerçekten de devletlerin uluslararası örgütlere halefiyeti konusunu, uluslararası örgütlerin kurucu belgelerini bir antlaşma olarak nitelendirip, sadece antlaşmalar hukuku ve antlaşmalara halefiyet başlığı altında tartışmak hukuki sorunun tespitinde ve çözümünde hatalı çıkarımlara yol açacaktır.

Bu noktada hukuken bir ayrım yapılması faydalı yapmak gerekmektedir. Zira bir uluslararası örgütün kurucu belgesini oluşturan ve uluslararası antlaşmalar hukukuna tabi olan anlaşma ile örgütün yaşamını ve işleyişini düzenleyen ve özel kurallar rejimi oluşturan anayasası/kurucu belgesi farklı hukuki düzenlemelere tabidir. Üyelik, üyelerin hakları ve yükümlülükleri ile ilgili sorular ikinci kategoriye, yani uluslararası örgütler hukukuna aittir. Kurucu belgenin uluslararası hukuka tabi bir antlaşma olarak nitelendirilmesine ilişkin sorular ise birinci gruba, yani antlaşmalar hukukuna aittir. Dolayısıyla, devam eden halef devlet ve temiz sayfa teorisini benimseyen ancak halefiyet bildirimde bulunarak zaten üye olduğunu bir uluslararası örgüte bildiren halef devlet açısından "örgüt üyeliğine halefiyet" konusu her bir örgütün kurucu belgeleri ve hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Zira örgütlerin kurucu belgeleri, *lex specialis* olarak düşünülmelidir.

İncelediğimiz örnekler ışığında, bütünleşme [integration], birleşme [incorporation] ve dağılma [dissolution] söz konusu olduğunda devam eden devlet varsa selef devletin uluslararası örgütle üyeliğine bu devlet halef olabilmektedir. Aksi durumda halef devletin yeni üyelik başvurusu yapması gerekmektedir. Ayrılma [secession] ya da bağımsızlığını yeni kazanarak sömürgelikten kurtulan devletler ise temiz sayfa teorisini benimsedikleri için her halükârda yeni üyelik başvurusu yapmaları gerekmektedir.

Benzer şekilde BM'ye üye olan devletlerden ayrılarak bağımsızlık ilan devletlerin BM'ye üye olabilmesi otomatik bir şekilde gerçekleşmeyecek, bu devletlerin BM'ye resmi başvuruda bulunması gerekmektedir. BM'e üyelik bakımından ise önemli bir teamülün oluştuğu gözlemlenmektedir. Pakistan örneği ve 6. Hukuk Kurulu tarafından verilen hukuki görüş oldukça yol göstericidir.

KAYNAKÇA

'Bogota Conference of American States, Charter of the Organization of American States; March 30-May 2, 1948' <https://avalon.law.yale.edu/20th_century/decad062.asp> accessed 3 April 2024

Bühler K, *State Succession and Membership in International Organisations* (Kluwer Law International 2001)

Conteh A, 'State Succession in International Law' in Emeka Duruigbo, Remigius Chibueze and Sunday Gozie Ogbodo (eds), *International Law and Development in the Global South* (Springer International Publishing 2023)

Craven M, 'The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law' (1998) 9 European Journal of International Law 142

——, *The Decolonization of International Law: State Succession and the Law of Treaties* (Oxford University Press 2007)

Crawford J, 'The Criteria for Statehood in International Law' (1977) 48 British Yearbook of International Law 93

——, *The Creation of States in International Law* (Oxford University Press 2007)

Doehring K, 'State' in Rudolf Bernhardt (ed), *Encyclopaedia of Public International Law* (North-Holland Publishing Company 1987) 423

Droesse G, *Membership in International Organizations: Paradigms of Membership Structures, Legal Implications of Membership and the Concept of International Organization* (TMC Asser Press 2020)

Dumberry P and Turp D, 'State Succession with Respect to Multilateral Treaties in the Context of Secession: From the Principle of Tabula Rasa to the Emergence of a Presumption of Continuity of Treaties' (2013) 13 Baltic Yearbook of International Law 27

——, 'An Uncharted Question of State Succession: Are New States Automatically Bound by the BITs Concluded by Predecessor States Before Independence?' (2015) 6 Journal of International Dispute Settlement 74

——, *Guide to State Succession in International Investment Law* (Edward Elgar Publishing 2018)

Fassbender B and others (eds), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford University Press 2014)

Grant TD, 'Defining Statehood: The Montevideo Convention and Its Discontents' (1998) 37 Columbia Journal of Transnational Law 403

Gündüz A, *Milletlerarası Hukuk* (Reşat Volkan Günel ed, 9th edn, Savaş Yayınları 2018)

Herbst L, *Staatensukzession und Staatsservituten* (Duncker & Humblot 1962)

ILC, 'Report of the International Law Commission Covering the Work of Its Fourteenth Session' (24 April - 29 June 1962) UN Doc A/CN.4/148

——, 'Report of the International Law Commission on the Work of Its First Session' (12 April 1949) UN Doc A/CN.4/13 and Corr. 1-3

——, 'Report of the International Law Commission on the Work of Its Twenty-Fourth Session' (2 May - 7 July 1972) Supplement No.10 UN Doc A/8710/Rev1 1972 (Commentary on draft Art. 4 on succession of states in respect to treaties)

——, 'Yearbook of the International Law Commission 1963' vol II UN Doc A/CN.4/SER.A/1963

——, 'Yearbook of the International Law Commission 1974' vol II Part One UN Doc A/CN.4/SER.A/1974/Add.l (Part 1)

——, 'Report of the International Law Commission on the Work of Its Nineteenth Session' (8 May–14 July 1967) UN Doc A/CN.4/199

Jellinek G, *Allgemeine Staatslehre: Recht Des Modernen Staates*, vol 1 (Verlag von O Häring 1905)

Lorimer J, 'Proposition d'un Congrés International basé sur le Principe de facto' (1871) III Revue de Droit International et de Législation Comparée

——, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, vol 1 (W Blackwood and Sons 1883)

Menon PK, 'The Newly Independent States and Succession in Respect of Treaties' (1990) 18 Korean Journal of Comparative Law 139

——, *The Succession of States in Respect to Treaties, State Property, Archives, and Debts* (Edwin Mellen Press 1991)

Montevideo Convention on the Rights and Duties of States (adopted 26 December 1933, entered into force 26 December 1934) 165 LNTS 19

Murphy SD, 'Contemporary Practice of the United States Relating to International Law' (2000) 94 The American Journal of International Law 102

O'Connell DP, 'The British Commonwealth and State Succesion after the Second World War' (1949) 26 British Yearbook of International Law 454

Öktem E, 'Turkey: Successor or Continuing State of the Ottoman Empire?' (2011) 24 Leiden Journal of International Law 561

Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri* (16th edn, Turhan Kitapevi 2017)

——, *Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap* (5th edn, Turhan Kitapevi 2015)

Pirim CZ, '1978 Devletlerin Uluslararası Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi Işığında İkili Andlaşmalara Halefiyet: Teorik Bir Değerlendirme' (2016) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 131

Pirim CZ, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti* (Turhan Kitapevi 2016)

Potter PB, 'Origin of the System of Mandates Under the League of Nations' (1945) 39 The American Journal of International Law 803

——, 'Origin of the Term International Organization' (1945) 39 The American Journal of International Law 803

——, 'The Classification of International Organizations-I' (1935) 29 The American Political Science Review 212

Rosenne S, *Developments in the Law of Treaties, 1945-1986* (Cambridge University Press 1989)

Scharf M, 'Musical Chairs: The Dissolution of States and Membership in the United Nations' (1995) 28 Cornell International Law Journal 29

Schermers HG and Blokker NM, *International Institutional Law* (Martinus Nijhoff Publishers 2011)

Stern B, 'La Succession d'États (Volume 262)', *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Brill 1996) <https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789041113931_01> accessed 19 March 2024

Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları* (BETA 2010)

Tams CJ, 'State Succession to Investment Treaties: Mapping the Issues' (2016) 31 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 314

UN, 'Czechoslovakia and Successor States: Czech Republic, Slovakia' (*United Nations*) <https://www.un.org/en/about-us/member-states/czechoslovakia> accessed 3 April 2024

——, *Materials on Succession of States in Respect of Matters other than Treaties,* (UN Publications 1978) 550

——, *Yearbook of the United Nations 1957*, (UN Publications 1958) 502

UNGA,Official Records, Second Session, First Committee (11 October 1947) UN Doc A/C.1/212 1-2

——, Resolution 1686 (XVI) Future Work in the Field of the Codification and Progressive Development of International Law (18 December 1961)

——, Resolution 174(II) Establishment of an International Law Commission (21 November 1947)

UNSC Res 777 (19 September 1992) UN Doc S/RES/777

——, Res 821 (28 April 1993) UN Doc S/RES/821

van der Vyver JD, 'Statehood in International Law' (1991) 5 Emory International Law Review 9

Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts (adopted 8 April 1983, opened for signature on 23 August 1978) 17 ILM 1488.

Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties, (adopted 23 August 1978, entered into force 6 November 1996) 1946 UNTS 3.

Williams PR and Harris J, 'State Succession to Debts and Assets: The Modern Law and Policy' (2001) 42 Harvard International Law Journal

Wright Q, *Mandates under the League of Nations* (University of Chicago Press 1930)

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article
DOI: 10.54049/taad.1515034

DÖNÜŞTÜRÜCÜ ANAYASACILIK: ORTAYA ÇIKIŞI VE EVRİMİ

Transformative Constitutionalism: Its Emergence and Evolution

Mehmet Nuri GÜZEL*

Özet

Yaygın anayasacılık anlayışı, anayasacılığa negatif terimlerle yaklaşmaktadır. Negatif anayasacılık yaklaşımlarına göre anayasacılığın amacı siyasi iktidarı sınırlamaktır. Pozitif anayasacılık ise devleti, anayasal ilkelere bağlılık yoluyla üyelerinin refahını etkin bir şekilde teşvik etme kapasitesiyle kurumsallaştırmayı amaçlar. Şiddet içermeyen ve hukuka dayalı siyasi süreçler yoluyla, toplumun dönüştürülmesini ve özellikle sosyal adaletin sağlanmasını amaçlayan dönüştürücü anayasacılık da bu açıdan bir pozitif anayasacılık yaklaşımıdır.

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası bağlamında ortaya çıkan dönüştürücü anayasacılık kavramı, farklı mekân ve zamanlarda, farklı bağlamlarda kullanılmıştır. Bu durum onu, bir üst kavram olarak değerlendirmeye olanak sağlamaktadır. Dönüştürücü anayasacılıkla ilişkilendirilen ülkelerin, bu kavramın tüm ayırt edici özelliklerini paylaşmak zorunda olmaması ise bu kavramı çok yönlü bir kategori olarak ele almaya imkân vermektedir.

Dönüştürücü anayasacılık, eşitsizliğe neden olan ve eşitsizlikleri güçlendiren yapıların açıkça hedef alınması ve ortadan kaldırılması ihtiyacı üzerine ortaya çıkmıştır. Barışçıl bir toplumsal dönüşümü ve sosyal adaletin sağlanmasını amaçlamaktadır. Dönüştürücü hedefler içeren bir anayasaya sahip olmayı ve hukuk kültüründe dönüşümü gerektirir. Ayrıca sosyal ve ekonomik haklar da önemli bir yere sahiptir.

Her ülke için farklılık gösterse bile dönüştürücü anayasacılık deneyimleri ve dönüştürücü anayasalar, ülkemizde devam eden anayasa yapımı tartışmaları için dikkate alınabilecek hususlar barındırmaktadır.

Anahtar kelimeler: Anayasacılık, negatif anayasacılık, pozitif anayasacılık, dönüştürücü anayasa, dönüştürücü anayasacılık

Abstract

The traditional understanding of constitutionalism approaches constitutionalism in negative terms. According to negative constitutionalism approaches, the aim of constitutionalism is to limit political power. Positive constitutionalism seeks to institutionalize the state with the capacity to effectively promote the welfare of its members through adherence to constitutional principles. Transformative constitutionalism, which aims to transform society, and in particular to achieve social justice, through non-violent and law-based political processes, is in this respect an approach to positive constitutionalism.

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 23.04.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, m.nuriguzel@hotmail.com, https://orcid.org/0000-0003-1467-8587.

The concept of transformative constitutionalism, which emerged in the context of the Constitution of the Republic of South Africa, has been used in different contexts in different places and times. This makes it possible to consider it as an umbrella term. The fact that the countries associated with transformative constitutionalism do not necessarily share all the distinctive features of the concept allows it to be treated as a polythetic category.

Transformative constitutionalism emerged out of the need to explicitly target and eliminate structures that cause and reinforce inequality. It aims at peaceful social transformation and social justice. It requires a constitution with transformative goals and a transformation of the legal culture. Social and economic rights also have an important place.

Even if they differ for each country, transformative constitutionalism experiences and transformative constitutions contain considerations that can be taken into account for the ongoing constitution-making debates in our country.

Key Words: Constitutionalism, negative constitutionalism, positive constitutionalism, transformative constitution, transformative constitutionalism

GİRİŞ

Anayasacılığa ilişkin hâkim bakış açısı, onu negatif bir mercekten görmektedir. Negatif anayasacılık yaklaşımlarına göre anayasacılığın amacı siyasi iktidarı sınırlamaktır. Pozitif anayasacılık ise devleti, anayasal ilkelere bağlılık yoluyla vatandaşlarının refahını etkin bir şekilde artırma kapasitesiyle demokrasiyi kurumsallaştırmayı amaçlar. Şiddet içermeyen ve hukuka dayalı siyasi süreçler yoluyla toplumun dönüştürülmesini ve özellikle sosyal adaletin sağlanmasını amaçlayan "dönüştürücü anayasacılık" (*transformative constitutionalism)* da bu açıdan bir pozitif anayasacılık yaklaşımıdır.

Bu çalışma, ağırlıklı olarak iktidarı kısıtlama hususuna odaklanan negatif nitelikteki Kuzey Anayasacılığından birçok açıdan farklılaşan dönüştürücü anayasacılık kavramına odaklanmaktadır. Dönüştürücü anayasacılık kavramının tartışmalı varsayımları bulunmaktadır. Ayrıca kavram farklı tarihsel, kültürel, siyasal, sosyal ve ekonomik yapılara sahip farklı coğrafyalarda farklı bağlamlarda kullanılmış ve kullanılmaktadır. Bu doğrultuda içeriği, amacı ve gereklilikleri de dâhil olmak üzere birçok husus değişime uğramıştır. Birçok akademisyenin de ilgisini çeken söz konusu kavramın küresel bir boyut kazanması, değişimin devam edeceğine de işaret etmektedir.

Bu çalışmada ilk olarak dönüştürücü anayasacılığın, anayasacılık teorilerine göre konumu irdelenmiştir. Ardından dönüştürücü anayasacılık kavramının nasıl kullanıldığı, hangi kullanımının kabul gördüğü, nasıl yaygınlaşıp kapsamının neden genişlediği ele alınmıştır. Standart ve yerleşmiş bir dönüştürücü anayasacılık yaklaşımı olmadığından bu kavrama yönelik farklı yaklaşımlar incelenmiştir. Dönüştürücü anayasacılık kavramının, açık ve herkes tarafından kabul görmüş genel geçer bir tanımı olmamasına rağmen, kavramı daha belirgin kılabilmek ve değerini tam olarak ortaya koyabilmek için dönüştürücü anayasacılık kavramı tanımlamaya çalışılmıştır. Son olarak dönüştürücü anayasacılığın karşı karşıya olduğu zorluklar/riskler değerlendirilmiştir.

I. DÖNÜŞTÜRÜCÜ ANAYASACILIĞIN ANAYASACILIK TEORİLERİNE GÖRE KONUMU

Loughlin'e göre anayasacılık, bir inançlar ve kültürel semboller kümesini anlamlı bir düzenlemeye dönüştüren ve böylelikle amaçlı eylem için uygun hale getiren bir yöntemdir. Bu çerçevede bir ideolojidir. Anayasacılık ideolojisi, 18. yüzyıl Aydınlanma felsefesinin temel bir unsuru olup, kendileri için bir anayasa kurma mücadelesini 19. yüzyılın en büyük siyasi meselesi haline getiren liberallerin itici gücü haline gelmiştir. Onlar için anayasa, "keyfi gücü sınırlayacak ve 'sınırlı bir hükümet' sağlayacak temel bir yasa veya temel ilkeler dizisi ve buna bağlı bir kurumsal düzenleme" anlamını taşımıştır.[1] Gelişmekte olan bir ticaret toplumunda anayasa, bu toplumun doğal yasalarının işleyişini gereksiz hükümet müdahalesinden uzak tutabilecek bir yöntem olarak tasarlanmıştır. Kamusal güçler, özgürlüklerin gelişebilmesi için kayıtlanmalıdır.[2] Başka bir deyişle anayasacılık, inançları ve kültürel sembolleri, bir ideolojiye benzer şekilde, amaçlı eylem için tutarlı bir çerçeveye dönüştürür. Ticaret toplumunda anayasa, bir toplumun doğal yasalarını aşırı hükümet müdahalesinden korumak ve böylece özel özgürlükleri korumak için gereklidir.

Charles Howard McIlwain, anayasacılığı geleneksel ve modern diye iki kategoriye ayırır.[3] Modern anayasacılık anlayışı, eski anayasacılığın yerini almıştır. Ancak bunun için belirli devletlerin yasalarının geçerli olabilmeleri için uymaları gereken

---

1 Martin Loughlin, *Against Constitutionalism* (Harvard University Press 2022) 38. Anayasacılığın, belirli bir yönetim felsefesini ifade eden farklı bir kavram olduğunu ve anayasal demokrasi kavramıyla karıştırılmaması gerektiğini vurgulayan Loughlin'in bu kitabı, anayasacılığın neden tekrardan canlandırıldığı, anayasal demokrasinin ne şekilde gerilediği ve neden anayasal demokrasinin insanlık için en iyi umut olduğu üzerinedir.

2 Ibid 111.

3 Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Revised edn, Cornell University Press 1947). Kültürel çeşitliliği ve kültürel tanınma siyasetini konu edindiği çalışmasında James Tully, modern anayasacılık ifadesini pejoratif bir biçimde ele alır ve modern anayasacılık ile çağdaş (*contemporary*) anayasacılık şeklinde bir ayırım yapar. Modern anayasacılığın dilinin, kültürel çeşitliliği dışlamak veya asimile etmek ve tekdüzeliği haklı çıkarmak için tasarlanmış olduğunu ileri sürer. Modern anayasacılığın yedi özelliği vardır. İlk özellik, siyasetin kurucu bir yönü olarak kültürel çeşitliliği ortadan kaldıran farklı halk egemenliği kavramlarını içermesidir. İkinci özelliği, eski veya tarihsel olarak daha önceki bir anayasanın aksine tanımlanmış olmasıdır. Üçüncü özelliği, eski bir anayasanın düzensizliğiyle karşıtlığıdır. Eski bir anayasa çok biçimliyken, modern bir anayasa tek tiptir. Dördüncü özellik, ilerleme teorisi içinde geleneğin tanınmasıdır. Beşinci özelliği belirli bir dizi Avrupa kurumuyla özdeşleştirilmesidir. Altıncı özellik, anayasal bir devletin bir ulus olarak bireysel bir kimliğe, tüm vatandaşların ait olduğu ve yurttaşlar olarak eşit saygınlığa sahip oldukları hayali bir topluluğa sahip olduğudur. Son olarak, modern bir anayasanın kurucu bir anda vücut bulduğu ve demokratik siyasetin arkasında durduğu - ve bunun kurallarını sağladığıdır. Tully için bu yedi özellik farklı kültürlerin yok olmasını veya asimilasyonunu haklı çıkarmak uydurulmuş ve de kullanılmıştır. Bkz. James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* (Fifth Printing, Cambridge University Press 2004) 58-70. Buna karşın çağdaş anayasacılık, kültürel çeşitliliği tanımak ve barındırmak için çeşitli açılardan şekillenmiştir. Çağdaş anayasacılığın ortak dilinin üç sözleşmesi (karşılıklı tanıma, süreklilik ve rıza) mücadelelerde ortaya çıkmıştır. Bkz. Ibid 98-99.

daha yüksek ve daha eski bir yasa kavramının ortaya çıkması gerekmiştir.[4] Keyfi gücün yasal sınırlarının ve hükümetin yönetilenlere karşı siyasi sorumluluğunun anayasacılığın birbirine bağlı iki temel unsuru olduğunu belirtmiştir.[5]

Yazılı ve eksiksiz bir belge olarak anayasaları sadece bir araç olarak gören Sartori, asıl önemli olan hususun amaç olduğu görüşündedir. Batı (İngiliz, Amerikan ve Avrupa) anayasacılığının amacını (*telos*), "garantisme" kavramıyla açıklar. Bu çerçevede Sartori anayasa teriminin keyfi iktidarı sınırlayacak ve sınırlı bir hükümet sağlayacak temel bir yasa ya da temel bir ilkeler dizisi ve buna bağlı bir kurumsal düzenleme anlamına geldiğini ifade eder.[6] Gerçekçi olmayan vaatler ve anlamsız ayrıntılar içerir hale geldikleri için çağdaş anayasaları teknik anlamda kötü anayasalar olarak adlandırır. Teknik anlamda kötü anayasaların ya iktidar sahiplerinin iradesini sınırlayamadığını ya da hükümet mekanizmasının işleyişini hükümetin çalışamayacağı kadar hantal hale getirdiğini ya da her iki duruma birden yol açtığını belirtir.[7]

Yaygın anayasacılık anlayışı anayasacılığa negatif terimlerle yaklaşmaktadır.[8] Negatif anayasacılık modeli anayasacılığın ilkelerinin devletin eylemleri üzerindeki sınırlamalar olarak anlaşılabileceği bir çerçeve sağlar.[9] Negatif anayasacılık devletin bakış açısıyla gerilim içindedir; devletin halkına fayda sağlamasını zorlaştıracak kurumsal bir yapı çağrısında bulunur.[10] Pozitif anayasacılıkta ise anayasacılığın ilkeleri, devletin, üyelerinin refahını etkili bir şekilde geliştirme kapasitesine sahip kurumsal bir yapıya sahip olmasını sağlamaya yöneliktir.[11] Bununla birlikte pozitif anayasacılık, gücün kötüye kullanılmasına karşı koruma sağlayacak anayasal ya-

---

4 McIlwain (n 3) 37. Upendra Baxi, sosyal dışlama eğiliminin "modern" anayasaların bir özelliği olduğunu ve "çağdaş (*contemporary*)" anayasaların bunu miras aldığını ileri sürmektedir. Söz konusu makalesinde anayasacılığı, anayasa teorisi ve pratiği için gerekçelendirme/mistifikasyon sağlayan bir dizi ideolojik alan olarak tanımlar. Bkz. Upendra Baxi, 'Constitutionalism as a Site of State Formative Practices' (2000) 21(4) *Cardozo Law Review* 1185-1188.

5 McIlwain (n 3) 146.

6 Giovanni Sartori, 'Constitutionalism: A Preliminary Discussion' (1962) 56(4) *The American Political Science Review* 855. Gerhard Casper da anayasacılığın sadece bir anayasaya sahip olmayı değil hükümet üzerindeki yapısal ve maddi sınırlamaları ifade ettiğini ifade etmiştir. Bkz. Gerhard Casper, 'Constitutionalism' (1987) *University of Chicago Law Occasional Paper No. 22* 16. Ergun Özbudun da "*anayasalcılığın"* amacının çoğunluk iktidarını sınırlamak olduğu belirtmiştir. Bkz. Ergun Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi* (Yetkin Yayınları 2019) 7. Ayrıca "anayasacılık" ve "anayasalcılık" ifadelerine ilişkin tartışma için bkz. Ibid 7, 1 nolu dipnot.

7 Sartori (n 6) 862. Aslında "garantisme" kavramının keyfi iktidarı dizginlemeyi amaç edinmesi, hükümetin işlerliğine olumsuz etki etmez.

8 Nick W Barber, *The Principles of Constitutionalism* (Oxford University Press 2018) 2.

9 Ibid 4.

10 Ibid 6.

11 Ibid 10. Barber'a göre anayasacılığın ilgi çekici bir açıklamasını geliştirmek için dikkate alınması gereken üç bağlantı vardır. Birincisi, anayasacılığın devlet açıklamasından türetilmesidir. İkincisi, anayasacılık ile anayasal ilkeler arasında bağlantı olduğudur. Üçüncüsü bu ilkelerle devlet arasında kurulması gereken bir bağlantı bulunduğudur. Bkz. Ibid 9.

pıların gerekliliğini de kabul eder.[12]

Bir anayasanın amacının hükümeti güçlendirmek yerine kısıtlamak (*constrain*) olup olmadığı hususu da tartışılması gereken bir konudur.[13] Günümüzde anayasacılık dendiğinde, devlet gücünün yoldan çıkmasın diye kontrol edilmesi (*controlled*), sınırlandırılması (*limited*) veya kısıtlanması (*restrained*) gerektiği varsayımları ön plana çıkmaktadır. Devleti kontrol etme fikri mutlaka olumsuz veya kısıtlayıcı bir fikir değildir. Bir aracı kontrol eden, onun sadece nereye gitmeyeceğini değil, nereye gideceğini de belirler. Öte yandan kısıtlama, hükümetin belirli şeyleri yapmasını engelleme şeklindeki olumsuz bir fikirdir.[14] Sınırlı hükümet (*limited government*) ise, yalnızca belirli suiistimallerin önlenmesine değil, aynı zamanda hükümetin asıl işlevinin ne olduğu ve neyin olmadığına dair daha geniş bir anlayışa da gönderme yapar.[15] Anayasalar, insanların kendi başlarına başaramayacakları projeleri takip etmek için işbirliği yapmalarına ve koordine etmelerine olanak tanıyan kurumlar oluştururlar.[16] Sürekli olarak kısıtlamalara odaklanmak, dikkatleri, sıradan insanların oy kullanma hakkına olan inancını korumayı amaçlayan bir demokrasideki anayasal mekanizmalardan uzaklaştırır.[17]

Robin West anayasacılığa ilişkin yaklaşımları "muhafazakâr" (*conservative*) ve "ilerlemeci" (*progressive*) anayasacılık başlıkları altında sınıflandırmıştır.[18] Muhafazakâr anayasal paradigma, toplumsal otoriteyi devlet eylemleri için meşru ve en iyi rehberlik kaynağı olarak görür. Buna göre, hem anayasayı hem de anayasa yargısını, bu otoriteyi ve onun altında yatan gücü yasama veya yargı tecavüzüne karşı koruma ve muhafaza etme aracı olarak ele alır.[19] Sosyal kurumlar saygı duyulmaya ve korunmaya değer zenginlik, güç ve normatif otorite dağılımlarına dayanır.[20] Muhafazakâr anayasacılar için anayasal yorumlama, anayasanın orijinal anlamını tespit etme ve şüphe durumunda yasama organının kararına başvurma meselesidir.[21] İlerlemeci anayasal teori, muhafazakâr anayasacılığın eleştirisi ile başlar.[22] İlerlemeci paradigma, bazı sosyal grupların diğerleri üzerindeki gücünü ve

---

12 Barber (n 8) 19.

13 Jeremy Waldron, 'Constitutionalism - A Skeptical View' in Thomas Christiano, John Christman, *Contemporary Debates in Political Philosophy* (Wiley-Blackwell, 2009) 270.

14 Ibid 271.

15 Ibid 272.

16 Ibid 273.

17 Ibid 275.

18 Robin West, 'Progressive and Conservative Constitutionalism' (1990) 88(4) *Michigan Law Review* 641-721.

19 Ibid 643. West muhazafakarları, *ahlakçı, hukuki* ve *araçsalcı* diye üç ayrı kategoride ele alır. Bu muhafazakârlık türlerinin otorite kaynakları, politik teorileri ve içtihat yöntemleri birbirinden farklıdır. Detaylı bilgi için bkz. Ibid 659-662.

20 Ibid 645.

21 Ibid 673.

22 Ibid 690. West, ilerlemecileri, *idealist, varoluşçu* ve *itaat karşıtı* diye üç ayrı kategoride ele alır. Bunların yetki kaynakları, politik teorileri ve içtihat yöntemleri birbirinden farklıdır. Detaylı bilgi için bkz. Ibid 679-690.

normatif otoritesini meşru olmayan özel hiyerarşinin ürünleri olarak görmekte ve anayasayı bu yerleşik özel düzenlere meydan okumak için önemli bir mekanizma olarak görmektedirler.[23] İlerlemeciler devletin anayasa doğrultusunda vatandaşlarını korumak için yasal gücünü kullanmak ve onları istismarcı sosyal gücün ve bu gücün neden olduğu ırk, cinsiyet ve sınıf hiyerarşilerinin yol açtığı zarardan eşit bir şekilde korumakla yükümlü olduğuna inanmaktadırlar.[24] İlerlemeciler için anayasa her zaman, ilerlemeci amaç ve politikaları kolaylaştırabilecek yorumlamaları içeren çoklu yorumlara açıktır.[25]

Anayasacılığa ilişkin bir diğer sınıflandırma, karşılaştırmalı anayasa hukuku çerçevesinde yapılan Kuzey-Güney anayasacılığı (veya Küresel Kuzey-Küresel Güney) ayrımıdır.[26] Güney anayasacılığı, benzer makro dinamiklerle şekillenmiş ancak bununla birlikte farklı mikro dinamiklere sahip ortak bir deneyim olarak ele alınmaktadır.[27] Güney anayasal deneyiminin Kuzey anayasacılığından farklılığı, bağlamsal ve normatif, tarihsel ve güncel, küresel ve yerel faktörlerin bir araya gelmesinden kaynaklanmaktadır. Sömürgecilik tarihi ve Güney'in jeopolitik sistemdeki konumu, Kuzey'le diyalektik ilişki, Güney anayasacılık deneyimini şekillendiren ayırt edici bir bağlamdır. Sosyo-ekonomik dönüşüm deneyimi olarak anayasacılık, siyasi örgütlenme hakkında bir mücadele alanı olarak anayasacılık ve adalete erişim olarak anayasacılık, Güney anayasacılığını karakterize eden üç ayırt edici temadır.[28]

Dönüştürücü anayasalar incelendiğinde bu anayasaların "*toplumun dönüştürülmesi, sosyal adaletin sağlanması, çok kültürlülüğü ve çok dilliliği teşvik, yeni bir siyasi ve ahlaki temel oluşturma, insan onuru, eşitlik, özgürlük, hesap verebilirlik, duyarlılık ve açıklık*" vb. vaatler/taahhütler içerdiği görülmektedir. Ayrıca bu anayasalar oldukça ayrıntılı bir biçimde hazırlanmışlardır. Birçok vaat içermeleri ve/veya oldukça ayrıntılı bir şekilde hazırlanmış olmaları dönüştürücü anayasaları "teknik anlamda kötü anayasa" olarak nitelendirmek için tek başına yeterli değildir. Öncelikle birçok vaat içermeleri, ağır insan hakları ihlalleri sonrasında oluşturulmalarının bir sonucudur. Ayrıca bu vaatler, insanların bir arada yaşama isteklerinin de bir göstergesidir. Ayrıca bunlar bir bakıma *halkın beklentilerinin anayasalarda karşılık bulması*dır.[29] Ayrıntılı bir şekilde hazırlanmış olmaları ise iktidar sahipleri-

---

23 Ibid 643.

24 Ibid 699.

25 Ibid 648.

26 Philipp Dann, Michael Riegner, Maxim Bönnemann, 'The Southern Turn in Comparative Constitutional Law An Introduction' in Philipp Dann, Michael Riegner, Maxim Bönnemann (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 1-2. Küresel Güney kavramının, kendine özgü bir anayasal deneyimi anlamak için faydalı bir kavram olduğu belirtilmiştir. Küresel Güney kavramının "polythetic" (çok yönlü) bir kategori" olduğu dolayısıyla tüm üyelerinin onun tüm ayırt edici özelliklerini paylaşmak zorunda olmadığı, ayrıca Kuzey-Güney ayrımının da katı bir dikotomi olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Ibid 14-15.

27 Ibid 3.

28 Ibid 14.

29 Şafak Evran Topuzkanamış'a göre, "*halka ait anayasacılık", "....halkın değerlerinin anayasa-*

nin iradesini sınırlandırmak ve eşitsizliğe neden olan ve eşitsizlikleri güçlendiren sosyal, siyasal, ekonomik yapıların bir daha ortaya çıkmasına engel olmak içindir.[30]

Dönüştürücü anayasalar sadece hükümeti kısıtlama hususuna odaklanmaz. Dönüşüm hedeflerine uygun mekanizmaların oluşturulması, bu bağlamda devletin aktif olarak bu hedefleri takip etmesi gerektiği ve bu hedeflere yönelik devleti eyleme geçirmeyi teşvik de dönüştürücü anayasacılık için elzemdir.

Dönüştürücü anayasacılık, kültürel çeşitliliği sağlamaya yönelik bir dil kullanır. Ayrıca sosyal dışlama eğilimi oldukça azdır. Kültürel olarak homojen bireylerden meydana gelen toplum anlayışı etkisizleşmeye başlar. Tekdüzelik yerine yasal, politik ve kültürel çoğulculuk egemendir.

Dönüştürücü anayasacılıkta, eski rejim ve onun mirası olan yapılar saygı duyulmaya değer değildir. Aksine eşitsizliğe neden olan ve eşitsizlikleri güçlendiren sosyal, siyasal, ekonomik yapıları kaldırmak, dönüştürücü anayasa doğrultusunda bireyleri korumak adına yasal gücü kullanmak saygı duyulmaya değer görülmektedir. Anayasal yorum da dönüştürücü amaç ve politikaları kolaylaştırabilmelidir.

Dönüştürücü anayasacılık, birçok açıdan Kuzey anayasacılığından da farklılaşmaktadır. Eşitsizliğin temel sebebi olan sömürgecilik tarihi, dönüştürücü anayasacılık deneyimini ortaya çıkaran ve şekillendiren en önemli faktördür. Eşitsizliği ve eşitsizliği devam ettiren yapıları ortadan kaldırmak için sosyo-ekonomik dönüşümü gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Dönüştürücü anayasa da bunun için gerekli mekanizmaların başında gelmektedir. Sadece belirli kesimlerin (zenginler, güçlüler vb.) değil, herkesin adaletin imkânlarından eşit bir şekilde yararlanabilmesini, adalete erişebilmesini sağlamaya çalışır.

II. DÖNÜŞTÜRÜCÜ ANAYASACILIK KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI

Dönüştürücü anayasacılık kavramını ilk kez, 1998 yılında yayınladığı "Hukuk Kültürü ve Dönüştürücü Anayasacılık"[31] adlı makalesinde Karl E. Klare kullanmış-

---

ya nasıl yansıtıldığını ve bu değerlerin halk tarafından nasıl benimsendiğini de içermektedir." "*Halkın beklentilerinin anayasalarda karşılık bulması*, "*halka ait" değerlerin anayasalarda yer alması"* durumudur. Şafak Evran Topuzkanamış, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Halka Ait Anayasacılık* (İkinci Basım, Onikilevha 2022) 3.

30 Bruce Ackerman, modern anayasacılık yollarına ilişkin makalesinde üç ideal tip oluşturur. Birinci ideal tipte dışarıdan gelen devrimci hareket mevcut hükümete karşı harekete geçer. İkinci ideal tipte siyasi düzen, içerideki pragmatik kişiler tarafından inşa edilir. Üçüncü ideal tipte rejim değişikliği kitlesel bir halk ayaklanmasının baskısı olmadan gerçekleşir. İlk ideal tipte devrimciler iktidara ulaştıklarında, beyanlarını (*public declarations*), yeni rejimi kendi devrimci ilkelerine bağlayan ve geçmişteki suiistimallerin tekrarını önlemek için iktidarı örgütleyen bir anayasaya dönüştürler. Ackerman Güney Afrika deneyimini bu ideal tipte ele alır. Bkz. Bruce Ackerman, 'Three Paths to Constitutionalism - and the Crisis of the European Union' (2015) 45(4) *British Journal of Political Science* 705-706. Ackerman bir başka makalesinde Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasını "yeni bir siyasi başlangıç vaadi" olarak nitelendirmiştir. Bkz. Bruce Ackerman, 'The Rise of World Constitutionalism' (1997) 83(4) *Virginia Law Review* 783.

31 Karl E Klare, 'Legal Culture and Transformative Constitutionalism' (1998) 14(1) *South African Journal on Human Rights* 146-188.

tır.[32] Klare dönüştürücü anayasacılık kavramını, 1996 yılında kabul edilen Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası bağlamında ortaya çıkan hukuki-siyasi durumu değerlendirmek için ortaya atmıştır. Dönüştürücü anayasacılığın özellikle Güney Afrika Cumhuriyeti'ndeki yargıçlar ve hukukçular için uygulanabilir bir proje olup olmadığının cevabını arayan Klare, dönüştürücü anayasacılığın tarafsız bir kavram olmadığını, olumlu bir değer taşımayı, toplumsal bir faydayı çağrıştırmayı amaçladığını ifade etmiştir.[33] Dönüştürücü anayasacılığın uygulanabilirliğini belirlemeyi amaçlayan Klare, dönüştürücü anayasacılığın doğasında pozitif değerler bulunduğunu ve toplumsal fayda amaçladığını vurgulamıştır.

Klare, Güney Afrika Cumhuriyeti'ndeki siyasi zorluklara uygun bir post-liberal hukukun üstünlüğünü açıklamanın, Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasının post-liberal bir okumasıyla mümkün olacağını ileri sürmüştür.[34] Hukuk kültürünün rolünü yeniden düşünmeden ve hukuki yorum anlayışını radikal bir şekilde dönüştürmeden, dönüştürücü anayasacılık doğrultusunda ilerlenemeyeceğini belirtmiştir.[35] İlerici bir hukuk kültürünün, dönüştürücü anayasacılığın uzun vadeli başarısı için gerekli bir koşul olduğunu ifade etmiştir.[36] Kısaca, Güney Afrika›nın siyasi sorunlarına çözüm bulmanın anayasanın post-liberal bir yorumunu gerektirdiğini öne süren Klare, dönüştürücü anayasacılığın sürdürülebilir gelişimi için hukuk kültü-

---

32 Michaela Hailbronner, 'Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South' (2017) 65(3) *The American Journal of Comparative Law* 532. Klare bu çalışmasının, CALS (Centre for Applied Legal Studies) Yargıçlar Konferanslarında (sırasıyla 23-25 Ocak 1995 ve 29-31 Ocak 1996 tarihlerinde Magaliesburg'da) yapılan iki sunumdan ortaya çıktığını belirtmiştir. Dolayısıyla kavramın ortaya çıkışı daha erken bir tarih olabilir. Bkz. Klare (n 31) 146.

33 Ibid 150. Dönüşüm (*transformation*) kavramını seçmesinin nedeni, reform ifadesinin yetersiz kalacağı, ayrıca yaşanan durumun devrimden daha kısa / farklı bir süreç olduğu düşüncesidir. Bkz. Ibid 150. Ortak değerlerin siyasi araçlar yerine yargılama yoluyla teşvik edilmesinin, doğrudan bu değerlerin varlığına ve bunların zaman içinde kaçınılmaz olarak gerçekleşeceğine olan inanca bağlı olduğu ve bu açıdan dönüştürücü anayasacılık kavramının özünde iyimser bir unsur barındırdığı belirtilmiştir. Bkz. Pal Sonnevend, 'Preserving the Acquis of Transformative Constitutionalism in Times of Constitutional Crisis Lessons from the Hungarian Case' in Armin Von Bogdandy and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 123.

34 Klare (n 31) 151-153. Klare post-liberal okuma ifadesiyle, anayasanın geleneksel liberal yorumdan farklı bir biçimde yorumlanmasını kastetmektedir. Post-liberal yorumu diğer yorumlardan farklı kılan, anayasanın belirli temel özelliklerine (çok kültürlülük, sosyo-ekonomik haklar, güçlendirilmiş demokrasi modeli gibi) daha iyi bir yorum sağlamasıdır. Her ne kadar post-liberal yorum, hukuki olmayan/siyasi bir yorum olarak etiketlense de post-liberal yorumun liberal yorumlar kadar yasal olduğunu belirtmiştir. Ayrıca liberal yorum post-liberal yorum kadar "siyasi" bir yorum olduğunu da ifade etmiştir. Bkz. Ibid 151-155.

35 Ibid 152. Klare, hukuk kültüründen bahsederken; mesleki duyarlılıkları, düşünce alışkanlıklarını ve entelektüel refleksleri kastetmektedir. Bir hukuk kültürünün katılımcıları genellikle, bu kültürün mesleki inançlarını ve uygulamalarını nasıl şekillendirdiğinin farkında olamamaktadırlar. Bkz. Ibid 166-168. Bir hukuk kültürünün söylemsel yapısı, katılımcılarının hukuki hayal gücüne, yapabilecekleri sorgulama türlerine ve sonuç olarak sunabilecekleri yanıt yelpazesine içerik kazandırmakla birlikte bunları sınırlandırır. Bkz. Dennis M Davis, Karl Klare, 'Transformative Constitutionalism and the Common and Customary Law' (2010) 26(3) *South African Journal on Human Rights* 406.

36 Klare (n 31) 170.

rünün yeniden değerlendirilmesinin ve hukuk yorumunun kökten değiştirilmesinin gerektiğini belirtmiştir.

Klare'a göre dönüştürücü anayasacılık; hukuka dayalı, şiddet içermeyen siyasi süreçler yoluyla büyük ölçekli toplumsal değişim yaratma girişimidir. Bir ülkenin siyasi ve sosyal kurumlarını ve güç ilişkilerini demokratik, katılımcı ve eşitlikçi bir yönde dönüştürmektir. Bu doğrultuda taahhüt edilen uzun vadeli bir anayasanın yapılması, yorumlanması ve uygulanması projesidir.[37] Başka bir ifadeyle Klare, dönüştürücü hedeflere adanmış bir anayasanın yapılması, yorumlanması ve uygulanması yoluyla siyasi ve sosyal yapıların demokrasi, katılım ve eşitlik yönünde yeniden şekillendirilmesini amaçlamaktadır.

1998 yılında Stephen Macedo da "dönüştürücü anayasacılık" kavramını kullanmıştır. Ancak Macedo, Klare'den çok daha farklı açıdan söz konusu kavramı ele almıştır. Liberal anayasacılığın kökten dönüştürücü boyutunun, bireylerin özgürlüğünün düzenlenmesine yardımcı olmaktan daha fazlasını (şekillendirme) yapması gerektiğini belirtmiştir.[38] Dönüştürücü anayasacılığın, amacını tam olarak açıklamadan, insanların liberal demokratik taahhütlerini ve alışkanlıklarını çok derinden şekillendirme etkisine sahip birçok mekanizma, uygulama ve beklentiyi hedeflediğini ifade etmiştir.[39] Macedo, Klare'den farklı olarak, bireysel özgürlükleri düzenlemenin ötesinde, dönüştürücü anayasacılık düşüncesinin, insanların bağlılıklarını ve alışkanlıklarını çeşitli mekanizmalar ve uygulamalar aracılığıyla derinlemesine şekillendirmeye kadar uzanması gerektiğini vurgulamıştır.

Dönüştürücü anayasacılığın, kendisini siyasi erdemlerle sınırladığını, özgürlüğe saygı duymayı amaçladığını ve mümkün olduğu yerde dolaylı ve baskıcı olmayan yollardan yararlandığını ileri sürmüşse[40] de, Macedo için dönüştürücü anayasacılığın özü özel inançları da dâhil olmak üzere insanların hayatlarını liberalizmle uyumlu bir biçimde ve onu destekleyecek şekilde etkilemek adına liberal kurumları, uygulamaları, ritüelleri ve normları korumak olmalıdır.[41]

---

37 Ibid 150. Dönüştürücü anayasacılık kavramını Klare gibi bir proje olarak gören Theunis Roux bu projeyi, yasal olarak yönlendirilen kolektif toplumsal değişim projesi diye açıklamıştır. Bkz. Theunis Roux, 'Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitutiıon: Distinction Without a Difference?' (2009) 20(2) *Stellenbosch Law Review* 260. Ayrıca bunun liberal bir anayasal proje olduğunu, projenin başarısının liberal siyasi kurumların sürdürülmesine bağlı bulunduğunu ve bu projenin kitlelerin tarihsel kaderi hakkında büyük teoriler üretmekten kaçındığını ve bunun yerine teknik uzmanlık ve demokratik müzakerenin uygun bir karışımı yoluyla sosyal sorunlara pragmatik çözümler bulmaya odaklandığını belirtmiştir. Bkz. Theunis Roux, 'A Brief Response to Professor Baxi' in Oscar Vilhena, Upendra Baxi, Frans Viljoen (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 51.

38 Stephen Macedo, 'Transformative Constitutionalism and the Case of Religion: Defending the Moderate Hegemony of Liberalism' (1998) 26(1) *Political Theory* 58.

39 Ibid 69.

40 Ibid 76.

41 Ibid 72.

III. DÖNÜŞTÜRÜCÜ ANAYASACILIK KAVRAMI: YAYGINLAŞMASI, GENİŞLEMESİ VE FARKLILAŞMASI

Uluslararası doktrinde, Klare'nin Güney Afrika Cumhuriyeti ve Anayasası bağlamında kullanmış olduğu "dönüştürücü anayasacılık" kavramı kabul görmüş, yaygınlaşmış ve kapsamı genişlemiştir. Dönüşüm kavramı, pozitif ayrımcılık ve siyahilerin ekonomik olarak güçlendirilmesinden Güney Afrika hukuk kültürünün tamamen elden geçirilmesine kadar geniş bir yelpazedeki süreç veya programları ifade etmek için kullanılmıştır.[42] Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi eski Başkanı Pius Langa[43], dönüşümün ruhuna uygun olarak, dönüştürücü anayasacılığın sabit bir anlayışı olmayacağını belirtmiştir.[44]

Günümüzde dönüştürücü anayasacılığa yönelik en az dört kapsamlı ve farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bunlar; anayasal yorumlama projesi olarak dönüştürücü anayasacılık, toplumsal değişim için bir model olarak dönüştürücü anayasacılık, anayasalar arasında ayrım yapmanın bir yolu olarak dönüştürücü anayasacılık ve karşılaştırmalı bir mercek olarak dönüştürücü anayasacılık yaklaşımlarıdır.[45]

---

42 Marius Pieterse, 'What Do We Mean When We Talk About Transformative Constitutionalism?' (2005) 20(1) *SA Publiekreg Public Law* 155.

43 Pius Langa hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://www.concourt.org.za/index.php/judges/former-judges/11-former-judges/62-former-chief-justice-pius-langa-1938-2013> accessed 13.03.2024.

44 Pius Langa, 'Transformative Constitutionalism' (2006) 17(3) *Stellenbosch Law Review* 351.

45 Heinz Klug, 'Transformative Constitutionalism as a Model for Africa?' in Philipp Dann, Michael Riegner, Maxim Bönnemann (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 143. Klug, dönüştürücü anayasacılığı belirli bir anayasal düzenin nasıl ortaya çıktığına dair sosyo-hukuki bir anlayış geliştirmek için kavramsal bir alan sağlamak olarak da düşünmeyi beşinci bir yaklaşım olarak önermektedir. Bkz. Ibid 143. Dönüştürücü anayasacılık kavramının bir ideal, bir mekanizma ve bir yöntem şeklinde farklı yaklaşımlar olduğu da dile getirilmiştir. Bkz. Oscar Vilhena, Upendra Baxi, Frans Viljoen, 'Some Concluding Thoughts on An Ideal, Machinery and Method' in Oscar Vilhena, Upendra Baxi, Frans Viljoen (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 617-624. Dönüştürücü anayasacılığa yönelik farklı bir yaklaşım da onun dönüşüm ve anayasacılık biçiminde iki farklı kavram olmak üzere iki farklı anlam içerdiğini akılda tutarak bu kavramların Anayasanın özlemleri ve temel değerleri dikkate alınarak anlaşılması gerektiğidir. Bkz. Mashele Rapatsa, 'Transformative Constitutionalism in South Africa: 20 Years of Democracy' (2014) 5(27) *Mediterranean Journal of Social Sciences* 890. Dönüştürücü anayasacılık kavramının iki belirsizlik barındırdığı ifade edilmiştir. İlki dönüştürücü anayasacılığın hem Güney Afrika anayasacılığının ne olduğunu hem de ne olması gerektiğini tanımlamak için kullanılmasıdır. İkincisi dönüştürücü anayasacılığın hem dönüştürücü amaçlar hem de dönüştürücü araçlar için kullanılmasıdır. Bkz. James Fowkes, 'Transformative Constitutionalism and the Global South The View from South Africa' in Armin von Bogdandy and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 100-101. Dönüştürücü özelliğin üç farklı düzeyde konumlandırılabileceği belirtilmiştir. Bu düzeyler toplumu dönüştürmeye yönelik bir vizyon / planın varlığı, anayasal belgeye göre dönüşümü teşvik etmek için ilgili aktörler arasındaki bir taahhüt ve plana göre dönüştürmek için oluşturulan bir dizi kurumsal mekanizma veya stratejidir. Bu bağlamda dönüştürücü bir metnin gerçeklikte bir fark yaratması için en iyi fırsat, üç boyutta da tam bir yakınlaşma ile sağlanacaktır. Bkz. Diego Werneck Arguelhes, 'Transformative Constitutionalism A View from Brazil' in Philipp Dann, Michael Riegner, Maxim Bönnemann (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 170.

A. Yorumlayıcı Bir Yöntem Olarak Dönüştürücü Anayasacılık

Dönüştürücü anayasacılığı; demokratik, katılımcı ve eşitlikçi bir yönde, hukuka dayalı, şiddet içermeyen siyasal süreçler aracılığıyla toplumsal değişim yaratma girişimi olarak tanımlayan Klare için önemli hususlardan biri taahhüt edilen anayasanın, bu doğrultuda yorumlanması ve uygulanmasıdır. Dönüştürücü anayasacılığın uzun vadeli başarısı için ilerici bir hukuk kültürüne ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bağlamda dönüştürücü anayasacılığa uygun dönüştürücü hukuki metodoloji geliştirilmesi gerekmektedir.[46] Söz konusu metodoloji, dönüştürücü anayasacılığın değerlerini, ilgili tüm etik ve sosyo-ekonomik hususlar çerçevesinde ele almalıdır. Hem bağlama duyarlı hem de daha geniş etik ve sosyo-ekonomik sonuçları dikkate alan bir hukuk metodolojisidir.[47] Başka bir deyişle dönüştürücü anayasacılığın ışığında, onun değerleriyle uyumlu bir hukuk metodolojisi, bağlamsal ayırımları dikkate almalı ve en iyi eylem planının belirlenmesinde etik ve sosyo-ekonomik faktörlere öncelik vermelidir.

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi eski Başkan Yardımcısı Dikgang Moseneke[48] 25 Nisan 2002 tarihinde Dördüncü Bram Fischer Anma Konuşmasını gerçekleştirirken dönüştürücü anayasacılık kavramını kullanmasa bile, "dönüştürücü" ifadesini birçok kez ve farklı açıdan kullanmıştır.[49] Sosyal adalet arayışında dönüştürücü yargısal karara yer olup olmadığını tartıştığı konuşmasında Moseneke, anayasanın yargıya kendi dönüştürücü tasarımını destekleme ve dolaylı olarak geliştirme görevi verdiğini belirtmiştir.[50] Moseneke'ye göre anayasa, yargıçların görevlerini yapma şeklini yeniden yapılandırmıştır. Yargıçları, dönüştürücü rolleriyle tutarlı hukuki yöntem, analiz ve muhakeme hakkında yeni bir hukuksal yaratıcılık ve öz değerlendirme düzlemine davet ettiğini ifade etmiştir.[51] Moseneke, anayasanın yargıçları teşvik ederek, dönüştürücü işlevleriyle uyumlu hale getirdiğini varsaymıştır.

2002 ve 2003 yılında yayınladığı iki makalesinde Henk Botha da dönüştürücü anayasa kavramını kullanır.[52] Her ne kadar dönüştürücü anayasa büyük bir öneme

---

46 Dönüştürücü metodoloji, Haklar Bildirgesi'ndeki değerleri ve özlemleri, adil, demokratik ve eşitlikçi bir toplumsal düzenin yasal temellerini oluşturmaya yönelik anayasal istek tarafından şekillendiren hukuki sorunlara yönelik bir yaklaşım olarak açıklanmıştır. Bkz. Davis, Klare (n 35) 412.

47 Ibid 412.

48 Dikgan Moseneke hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://www.concourt.org.za/index.php/judges/former-judges/11-former-judges/70-deputy-chief-justice-dikgang-moseneke> accessed 12.03.2024.

49 Örneğin dönüştürücü karar (*transformative adjudication*), dönüştürücü içtihat (*transformative jurisprudence)*, dönüştürücü girişim (*transformative enterprice*), dönüştürücü niyet (*transformative intent*) vb. için bkz. Dikgang Moseneke, 'Transformative Adjudication' (2002) 18(3) *South African Journal on Human Rights* 309-319.

50 Ibid 314.

51 Ibid 318.

52 Henk Botha, 'Metaphoric Reasoning and Transformative Constitutionalism (Part 1)' (2002) 4 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 612-627. Henk Botha, 'Metaphoric Reasoning and Transformative Constitutionalism (Part 2)' (2003) 1 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 20-36.

sahip olsa da anayasanın yorumlanması çok daha elzem bir konudur. Botha için anayasa, *apartheid* hukukunun yapılandırıldığı ikilemleri yeniden düşünmeyi, kategorizasyon konusunda nesnelci bir yaklaşımın ötesine geçmeyi ve hukuki kavram ve kategorileri ilişkisel terimlerle yeniden tasarlamayı gerektirir.[53] Yani Botha, anayasanın *apartheid* hukukunun doğasında bulunan ikilemlerin yeniden değerlendirilmesini gerektirdiğini öne sürmekte ve hukuki kavram ve kategorilerin ilişkisel olarak yeniden tasarlanmasına doğru bir değişimi savunmaktadır.

Sandra Liebenberg, sosyal adalete bağlılık ilkesinin Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasının dönüştürücü hedef ve süreçlerinin merkezinde yer aldığını ve bunun Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasında yer alan Haklar Bildirgesi'nin yorumunu da etkilemesi gerektiğini ifade etmiştir.[54] Ancak sosyal hakların dönüşüme önemli bir katkı sağlaması isteniyorsa bunların anlamlı bir şekilde yorumlanmasının hayati önem taşıdığını belirtmiştir.[55] Diğer bir anlatımla anayasa, sosyal adaleti, dönüştürücü amaçları açısından temel olarak önceliklendirmiştir ve Haklar Bildirgesi de bu çerçevede yorumlanmalıdır.

Pius Langa, gerçek anlamda eşit bir toplumun kurulmasının ve herkese temel sosyal ve ekonomik hakların sağlanmasının dönüşümün gerekli bir parçası olduğunu, bunun için de hukuk kültürünün dönüşmesi gerektiğini belirtmiştir. Dönüştürücü bir anayasa uyarınca, yargıçların, kararlarını yalnızca otoriteye atıfta bulunarak değil, aynı zamanda fikir ve değerlere de atıfta bulunarak gerekçelendirme konusunda sorumluluğa sahip olduklarını ifade etmiştir.[56]

Bogdandy ve Urueña da dönüştürücü anayasacılığı, köklü yapıların daha eşitlikçi veya demokratik bir topluma doğru etkili bir şekilde dönüştürülmesini yorumlayıcı uygulamanın en önemli hedeflerinden biri olarak gören bir hukuki yorum yaklaşımı

---

53 Ibid 21. *Apartheid*, Güney Afrika'da 1994 öncesinde ırksal baskı, ayrımcılık ve şiddeti meşrulaştırmak için devlet politikası olarak kurumsallaştırılan rejimdir. Örneğin, *apartheid* toprak hukuku, beyazların güvenliği, ekonomik gücü ve siyasi statüsüyle ilgili taleplerini somutlaştırmıştır. Bkz. Botha, 'Transformative Constitutionalism (Part 1)' (n 52) 625. Bu ikilemlerden biri hukukun üstünlüğünde ortaya çıkmaktadır. Hukukun üstünlüğü tarafından sağlanan avantajlardan öncelikle toplumdaki beyazlar faydalanmıştır. Yasaların varlığına rağmen siyahiler aynı fayda ve korumalardan yararlanamamıştır. Bkz. Botha, 'Transformative Constitutionalism (Part 1)' (n 52) 626. İdeal olarak tüm vatandaşlara eşit haklar ve korumalar sağlaması gereken hukukun üstünlüğü, aslında beyazlar için sistematik avantajlarla sonuçlanmıştır. Siyahiler ise daha düşük bir statüye indirgenerek devlet kontrolü altında ayrımcılık ve boyun eğdirme ile karşı karşıya kalmış ve eşitsizlik ortamı pekişmiştir. En nihayetinde bu ikilemler sömürgecilik, ırk ayırımcılığı ve insanlığa karşı suçlarla sonuçlanmıştır.

54 Sandra Liebenberg, 'Needs, Rights and Transformation: Adjudicating Social Rights in South Africa' (2006) 17(1) *Stellenbosch Law Review* 6.

55 Ibid 21. Bireyler ve gruplar, geçim ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin taleplerini güvenilir bir şekilde uygulayamazlarsa, sosyal ve ekonomik hakların katılımcı eşitliği artırmadaki rolü büyük ölçüde yanıltıcı hale gelecektir. Bkz. Ibid 21.

56 Langa (n 44) 353.

olarak görmüşlerdir.[57] Söz konusu hukuki yorumun toplumun sorunlarına duyarlı olmaya çabalaması gerektiği fikri etrafında birleşen anayasal metinlere, bir dizi deneysel varsayıma, tartışmaya dayalı araçlara ve normatif hedeflere yönelik olması gerektiğini ifade etmişlerdir.[58] Ampirik kanıtlarla desteklenen, belirli tartışma araçları ve normatif hedefleri kullanan anayasal metinlere odaklanan hukuki yorumu savunan Bogdandy ve Urueña, bu yorumun, ele almayı amaçladığı toplumsal meselelere uyum sağlamasının önemini vurgulamışlardır.

Dönüştürücü anayasacılığı yorumlayıcı bir yöntem olarak ele alan yazarlarca, dönüştürücü anayasacılığın yargının sosyal adaleti teşvik etmedeki ve dolaylı olarak yargısal karar verme yoluyla dönüştürücü hedefleri ilerletmedeki rolü ele alınmaktadır. Yargıçlar, anayasanın değerleriyle uyumlu dönüştürücü karar alma süreçlerine katılma sorumluluğuna sahip olarak görülmektedir. Anayasanın yorumlanması, önceki yasal çerçevelerin ötesine geçmeye ve yasal kavram ve kategorilere ilişkisel bir yaklaşım benimsemeye vurgu yapılarak önemli görülmektedir. Ayrıca, dönüşüme katkıda bulunmak için sosyal hakların anlamlı bir şekilde yorumlanmasına da odaklanılmaktadır. Ve dönüştürücü anayasacılık, yerleşik yapıları daha eşitlikçi veya demokratik bir topluma doğru dönüştürmeyi amaçlayan bir hukuki yorumlama yaklaşımı olarak görülmektedir. Bu yorum, toplumsal sorunlara duyarlı olmalı ve bu sorunları etkili bir biçimde ele alacak şekilde uyarlanmalıdır.

B. Toplumsal Değişim İçin Bir Model Olarak Dönüştürücü Anayasacılık

Güney Afrika Anayasa Meclisi[59]'nde teknik danışman olarak görev yapan Dennis Davis,[60] anayasanın dönüştürücü hedeflerine vurgu yapmış, kamu-özel ayrımını anayasal çerçevede ele almıştır. *Apartheid* mirasını sadece hükümet/birey ilişkileri çerçevesinde değil aynı zamanda birey/birey ilişkileri bakımından da sorgulamıştır.[61] Anayasanın, "oluş" halindeki bir topluma ileriye bakmak üzere tasarlandığını, üçyüz yıllık anayasal olmayan yönetim süresince toplumsal düzenlemelere yüklenen tüm kavramsal ve yasal yüklerin sorgulanması gerektiğini ve topluma yasal değişim vaat ettiğini belirtmiştir.[62] *Apartheid*in hükümet ve kişilerarası dinamikler üzerindeki etkisi de dâhil olmak üzere mirasını eleştiren Davis, Anayasa'nın tarihsel adaletsizliklere meydan okuyan ve yasal reformlar vaat eden ileriye dönük bir metin olarak hazırlandığını ifade etmiştir.

---

57 Armin Von Bogdandy, René Urueña, 'International Transformative Constitutionalism in Latin America' (2020) 114(3) *The American Journal of International Law* 405.

58 Ibid 407.

59 Anayasa Meclisi (*Constitutional Assemble*) kurucu meclis olup yeni anayasa hazırlamakla görevlendirilmişti.

60 Dennis Davis hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://law.uct.ac.za/department-commercial-law/contacts/judge-dennis-davis> accessed 12.03.2024.

61 Dennis Davis, 'Elegy to Transformative Constitutionalism' in Henk Botha, André Van Der Walt, Johan Van Der Walt (eds), *Rights and Democracy in a Transformative Constitution* (Sun Press 2003) 57-58.

62 Ibid 66.

Van Der Walt, Güney Afrika Anayasasının, yasal ve sosyal kurumları ve güç ilişkilerini daha fazla eşitlik ve adalete doğru dönüştürmeye yönelik açık bir girişim olarak görülmesi gerektiğini ifade etmiştir.[63] *Apartheid* döneminde geliştirilen hukuk kültürünün eleştirel düşünceden azade bir şekilde var olmasına müsaade edilmemesi gerektiğini, aksi takdirde bu durumun toplumun ve hukukun dönüşümünü engelleyeceğini belirtmiştir.[64] *Apartheid* tarafından şekillendirilen hukuk kültürünün eleştirel bir şekilde incelenmesinin önemini vurgulayan Van Der Walt, bu kültürün incelenmeden devam etmesine izin verilmesinin hem toplumsal hem de hukuki dönüşümü engelleyeceğini ileri sürmüştür.

Marius Pieterse, dönüştürücü anayasacılığın, anayasaların liberal tasvirinden farklılaştığını, tarihsel olarak bilinçli ve aynı zamanda henüz gerçekleşmemiş bir gelecek idealini somutlaştırdığını belirtmiş; dönüştürücü anayasacılığın, dönüşüm için tarihsel bir gerekçe sağlarken aynı zamanda bu dönüşümün gerçekleşeceği temel araçlardan birini temsil ettiğini ifade etmiştir.[65] Anayasal dönüşüm projesinin ayrılmaz bileşenleri olarak; Güney Afrikalıların çoğunluğunun sosyo-ekonomik kalkınmasını ve bununla birlikte sosyal adaletin sağlanmasını ileri sürmüştür.[66] Esaslı eşitsizliğin büyük bir kısmının özel ilişkilerden kaynaklandığını belirtmiş, özel ilişkilerdeki bu eşitsizliklerin ele alınmasının anayasal dönüşüm projesinin başka bir önemli parçası olduğunu ifade etmiştir.[67] Başka bir anlatımla, dönüştürücü anayasacılığın hem tarihsel bir bilinci hem de gelecek için istek uyandıran bir vizyonu bünyesinde barındırdığını ve toplumsal dönüşüm için bir araç olarak hizmet ettiğini öne sürmüş, anayasal dönüşümün temel yönleri olarak sosyo-ekonomik eşitsizliklerin ele alınmasını ve sosyal adaletin sağlanmasını savunmuş ve özel ilişkilerden kaynaklanan eşitsizliklerle yüzleşmenin gerekliliğini vurgulamıştır.

Solange Rosa Güney Afrika Anayasasını, Güney Afrika toplumunun eşitsiz ve adaletsiz geçmişinden sosyo-ekonomik dönüşümünü destekleyen yasal bir çerçeve olarak ele almıştır.[68] Anayasanın dönüşüm projesini destekleyen katılımcı hükümler barındırdığını,[69] anayasada yer alan katılımcı demokrasi vizyonunun Güney Afrika

---

63 A J Van Der Walt, 'Transformative Constitutionalism and the Development of South African Property Law (part 1)' (2005) 4 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 655-689.

64 A J Van Der Walt, 'Transformative Constitutionalism and the Development of South African Property Law (part 2)' (2006) 1 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 23.

65 Pieterse (n 42) 157-158.

66 Ibid 159. Dönüştürücü ile kastedilenin, daha iyi bir toplum için bir plan içeren bir metin ile uygulamada bunu teşvik edecek belirli kurumların oluşturulması ise, son zamanlarda hazırlanan ve bir dereceye kadar dönüştürücü olmayan bir anayasanın neredeyse bulunmayacağı belirtilmiştir. Bkz. Arguelhes (n 45) 165.

67 Pieterse (n 42) 160-161.

68 Solange Rosa, 'Transformative Constitutionalism in a Democratic Developmental State' (2011) 22(3) *Stellenbosch Law Review* 564.

69 Ibid 546.

toplumunun "demokratik değerlere, sosyal adalete ve temel insan haklarına dayalı" bir topluma dönüşmesini kolaylaştırmak için gerekli olduğunu ileri sürmüştür.[70]

Gautam Bhatia Hindistan Anayasası'nın özel davranışlara yatay olarak doğrudan uygulanabilen radikal bir anayasal çözüm sağladığını belirtmiştir.[71] Buradan hareketle dönüştürücü anayasal hükümlerin iki türlü olabileceğini ifade etmiştir. Birincisi, yalnızca mevcut hukuki ve siyasi manzarayı değiştirmek için tasarlanmış olan siyasi dönüştürücü hükümlerdir. İkincisi, politika ve hukukun ötesine geçen ve bir topluluğun hukukunun ve siyasi yapılarının temelini oluşturan ve meşrulaştıran kimlik, kişilik ve kişiler arası ilişkiler hakkındaki en derin toplumsal inançları dönüştürmeye çalışan kapsamlı dönüştürücü hükümlerdir.[72] İlki, hukuki ve siyasi çerçeveyi değiştirmeyi amaçlarken; ikincisi, temel sosyal inançları dönüştürmek için siyaset ve hukukun ötesine uzanır.

Khan ve Ali, devletin, özgürlük, eşitlik ve bu ideallerin içeriğinde anayasada yer alan diğer ideallerin sağlanmasında aktif rol oynadığını ifade etmişlerdir. Dönüştürücü anayasacılık anlayışının da devletin aktif olarak bu hedeflerini takip etmesini ve bu hakların kullanılmasının önündeki tüm engelleri kaldırmasını gerektirdiğini belirtmişlerdir.[73] Diğer bir anlatımla devletin proaktif olarak çabalaması gerektiğini vurgulamışlardır.

Dönüştürücü anayasacılık hususunda literatüre katkıda bulunan bahsi geçen kişiler için dönüştürücü anayasacılık, toplumsal değişim için bir modeldir. Dönüştürücü anayasacılık ile tarihsel adaletsizliklerin ele alınması ve daha fazla eşitlik ve adaleti amaçlayan yasal ve sosyal reformların savunulması gerektiğinin altı çizilmektedir. Anayasanın sosyo-ekonomik kalkınma, sosyal adalet ve katılımcı demokrasi için bir araç olarak rolü vurgulanmaktadır. Ayrıca anayasal idealleri korumak ve bunların gerçekleştirilmesinin önündeki engelleri kaldırmak için devletin aktif görev üstlenmesi gerektiği belirtilmektedir.

C. Anayasalar Arasında Ayrım Yapmanın Bir Yolu Olarak Dönüştürücü Anayasacılık

Cass R. Sunstein sosyal ve ekonomik hakları merkeze aldığı makalesinde[74], Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nı dönüştürücü anayasanın dünyadaki önde gelen örneği olarak nitelendirmiştir.[75] Sunstein; bazı anayasaların koruyucu, bazı

---

70 Ibid 547.

71 Gautam Bhatia, 'Horizontal Discrimination and Article 15(2) of the Indian Constitution: A Transformative Approach' (2016) *Asian Journal of Comparative Law* 1.

72 Ibid 18.

73 Saif Ali Khan, Sharafat Ali, 'Transformative constitutionalism: Contemporary Issues and Challenges in India' (2020) 3(3) *International Journal of Law Management & Humanities* 1417.

74 Cass R Sunstein, 'Social and Economic Rights? Lessons from South Africa' (2001) *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 124* 1-15.

75 Ibid 4.

anayasaların ise dönüştürücü nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Amerikan anayasası gibi bazı anayasaların ise koruyucu ve dönüştürücü özelliklerin bir karışımı olduğunu belirtmiştir. Sunstein'a göre koruyucu anayasalar, statükoyu korumaya ve mevcut sistem veya uygulamalarda önemli bir değişiklik veya bozulmayı önlemeye çalışırlar. Dönüştürücü anayasalar ise uzun süredir devam eden uygulamalara karşı bir meydan okumadır. Bu çerçevede vurgulanan belirli arzuları (*aspirations*[76]) ortaya koyarlar. Hatalı kararlara karşı önlem almak için tasarlanmış ön taahhüt stratejileri olarak tanımlanırlar.[77] Sunstein, dönüştürücü anayasaları yerleşik uygulamalardan bir sapma olarak görmekte ve bu anayasaların çerçeveleri içinde açık arzuların altını çizmektedir.

Dönüştürücü anayasalar geçmişten kopma, olmuşla olacak arasında kalın bir çizgi oluşturma ihtiyacı üzerine kuruludur. Bu nedenle geleneği daha fazla koruyan anayasalarla tezat oluştururlar; dönüştürücü anayasalarda önemli olan normların devamı değil, normlardan kopmadır.[78] Katılımcı bir süreçle üretilen anayasanın özellikle iki dönüştürücü sonucu olabilir. Birincisi, anayasal normların yorumlanması, geçmişten kopma, farklı bir duruma gelme isteği şeklindeki ayrıştırıcı niyeti destekleyenlerin lehine olacaktır. Yargısal denetim, emsal bir arka plan karşısında değil, geçmişteki uygulamalara aykırı yeni normlar yaratma arzusuna karşı gerçekleştirilecektir. Dönüştürücü anayasaların ayrıştırıcı karakterinin ikinci bir sonucu da meşruiyetlerinin kaynağında yatmaktadır. Yasal meşruiyetini daha önceki uygulama ve kabullerin ağırlığına dayandıran koruyucu anayasalardan farklı olarak, dönüştürücü anayasalar ağır insan hakları ihlallerinin sonrasında[79] kurulur; bu nedenle, yaratılmalarının hemen öncesindeki yeniden yapılanma döneminde oluşturulan normları onaylarlar.[80] Dönüştürücü anayasalar önemli insan hakları ihlallerine veya büyük sosyal ve siyasi çalkantılara tepki olarak ortaya çıkar. Bu tür ihlallerin ardından yeniden yapılanma dönemlerinde oluştururlar. Dönüştürücü anayasalar, yapılmalarından hemen önceki

---

76 Dönüştürücü anayasacılık kavramı yerine "aspirasyonel anayasacılık" (*aspirational constitutionalism*) kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Loughlin (n 1) 171. Aspirasyonel anayasacılık ifadesi için bkz. Rodrigo Uprimny, 'Latin Amerika'da Yeni Anayasa Hukuku Dönüşümleri: Eğilimler ve Sorunlar' (2012) 2(5) Emine Karacaoğlu (çev), *Küresel Bakış* 16. Ayrıca aspirasyonel anayasa kavramı yerine "istek uyandıran anayasa" kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Mila Versteeg, 'Popüler Olmayan Anayasacılık' (2018) 20(1) Şafak Evran Topuzkanamış (çev), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 169. Van Der Walt, dönüştürücü anayasacılık kavramının Klare tarafından temelde muhafazakâr bir hukuk kültürünün kalıntılarınca çok güçlü bir şekilde biçimlendirilen yeni Güney Afrika anayasal düzeninin istek uyandıran (*aspirational*) yönünü tanımlamak için kullanıldığını belirtmiştir. Bkz. Van Der Walt, 'Transformative Constitutionalism (part 1) (n 63) 656, 5 nolu dipnot.

77 Sunstein (n 74) 4.

78 Juan E Mendez, 'Constitutionalism and Transitional Justice' in Michel Rosenfeld, András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 1282.

79 Latin Amerika'da askeri diktatörlükler, Güney Afrika'da *apartheid* gibi bkz. Ibid 1283.

80 Ibid 1283.

yeniden inşa aşamasında oluşturulan yeni norm ve ilkeleri teyit ederler. Özünde, geçmişteki adaletsizlikleri gidermek ve daha adil ve eşitlikçi bir gelecek sağlamak için yasal ve toplumsal çerçevede köklü değişiklikler getirmeye çalışırlar. Başka bir ifadeyle dönüştürücü anayasalar, geleneğin korunmasından ziyade ondan açık bir kopuşa vurgu yapar. Bunlar iki önemli dönüştürücü sonuç doğurur: Normların bu kopuş doğrultusunda yorumlanmasına öncelik verilmesi ve geçmişteki insan hakları ihlallerinin giderilmesinden meşruiyet sağlanması.

D. Karşılaştırmalı Bir Perspektif Olarak Dönüştürücü Anayasacılık

Dönüştürücü anayasacılık kavramı ortaya atıldıktan kısa bir süre sonra (yaklaşık onbeş yıl) akademisyenler tarafından bir karşılaştırma aracı olarak da kullanılmıştır. Brezilya, Hindistan ve Güney Afrika anayasaları, dönüştürücü anayasacılık açısından mukayeseli bir biçimde ele alınmıştır. Bu bağlamda, bir ideal olarak dönüştürücü anayasacılığın, hem sağlık ve toprak hakları gibi sosyal ekonomik haklar açısından yeniden dağıtım konularını, hem de cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği gibi sembolik tanıma ile ilgili konuları kapsadığı belirtilmiştir.[81] Bu ülkelerdeki anayasa hukuku alanındaki dönüşümlerin genellikle sivil toplum örgütleri ve toplumsal hareketlerin etkisi ve bunların yüksek mahkemelerle etkileşimi sonucunda gerçekleştiği ifade edilmiştir.[82] Dönüştürücü anayasacılık kavramının artık ulusal devletlerin sınırlarının ötesinde küresel bir kavram olduğu vurgulanmıştır.[83]

Upendra Baxi, Brezilya, Hindistan ve Güney Afrika deneyimlerinden yola çıkarak dönüştürücü anayasacılığın olası okumalarının ana hatlarını ortaya koymaya çalışmıştır. Her üç ülke anayasalarının yazımında insan haklarının ilgili ülkelerdeki farklı tarihsel gelişiminin etkili olduğunu belirtmiştir.[84] Dönüştürücü anayasacılığın hem kolektif hafızayı hem de unutkanlığı yeniden düzenlemesini gerektirdiğinden, bu ülkelerdeki anayasacılığın her birindeki dönüştürücü imgenin, geçmişin nostaljik bir şekilde yeniden keşfedilmesini kesin bir şekilde geri çevirdiğini ve her birinin kolektif geçmişin inkârını onaylamaya çalıştığını ifade etmiştir.[85] Dini geleneklerin ve dini tecrübe çeşitlerinin, hakların ve anayasaların yazımında önemli bir rol oy-

---

81 Vilhena, Baxi, Viljoen (n 45) 618.

82 Ibid 619.

83 Ibid 620.

84 Upendra Baxi, 'Preliminary Notes on Transformative Constitutionalism' in Oscar Vilhena, Upendra Baxi, Frans Viljoen (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 31.

85 Ibid 28. Benzer bir şekilde Güney Afrika anayasasının, yeni bir başlangıç yapmak ve gözden düşmüş geçmiş değer ve uygulamaları reddetmek için tasarlanmış olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Jeffrey Goldsworthy, 'Constitutional Interpretation' in Michel Rosenfeld, András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 708. Ayrıca dönüştürücü anayasacılığı gayrimeşru bir geçmişten radikal bir kopuş olarak tanımlayan görüş için bkz. Sujit Choudhry, 'Postcolonial Proportionality: Johar, Transformative Constitutionalism, and Same- Sex Rights in India' in Philipp Dann, Michael Riegner, Maxim Bönnemann (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 194.

nadığını ve inanç temelli uygulamaların her yerde cinsel azınlıklara yönelik baskıyı onayladığını vurgulamıştır.[86]

Dönüştürücü anayasaların, anayasayı daha adil ve eşit bir toplum için kapsamlı bir düzen ve devleti bu amaca yönelik eyleme geçirmeyi teşvik ederken aynı zamanda onu kısıtlayan bir araç olarak kavramsallaştırmasıyla geleneksel liberal anayasalardan farklılaştığını savunduğu makalesinde Michaela Hailbronner, Almanya gibi bazı Kuzey sistemlerinin anayasa hukukunun da önemli açılardan dönüştürücü olduğunu ifade edip[87] dönüştürücü anayasacılık kavramına farklı bir karşılaştırmalı perspektif kazandırmıştır. Dönüştürücü anayasacılığın sadece güney toplumlarının ayırt edici bir özelliği olmadığını, pozitif ve sosyoekonomik hakları kapsayan ve özel ilişkileri artık anayasal sınırların dışında görmeyen daha kapsamlı anayasalara yönelik daha geniş küresel eğilimin bir parçası olduğunu belirtmiştir.[88] Diğer birçok dönüştürücü hukuk sisteminin de Almanya ve Hindistan örneklerinin arasında kaldığını ifade etmiştir.[89]

Avrupa ve Latin Amerika'dan çeşitli akademisyenlerden oluşan bir grup, zamanla Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL veya Ius Constitutionale Commune/Latin Amerikada Ortak Anayasa Hukuku) terimi etrafında giderek daha fazla bir araya gelmiştir. İlgili terimin dönüştürücü anayasacılığın özgün bir Latin Amerika şekline işaret ettiği belirtilmiştir. Latin Amerika'ya özgü bir dönüştürücü anayasacılık örneği olan ICCAL'ın; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ni, diğer Amerikalılar arası hukuki belgeleri, ulusal anayasaların uyumlu güvencelerini, iç hukuk düzenini uluslararası hukuka açan anayasal hükümlerini ve ilgili ulusal ve uluslararası içtihadı birbirine bağladığı ifade edilmiştir.[90] ICCAL'in temelinin, daha ziyade ilgili ulusal anayasaların temel vaatlerinin bölgesel olarak güvence altına alınması olduğu vurgulanmıştır.[91] Anayasa hukuku ile uluslararası hukuku bir araya getirmesi ve uluslararası kurumlara önemli bir özerklik atfetmesi ICCAL'i diğer dönüştürücü anlayışlardan ayırmıştır.[92]

---

86 Baxi, 'Preliminary Notes on Transformative Constitutionalism' (n 84) 34-35.

87 Hailbronner (n 32) 527.

88 Ibid 528.

89 Ibid 560.

90 Armin Von Bogdandy and others, 'Ius Constitutionale Commune en América Latina A Regional Approach to Transformative Constitutionalism' in Armin Von Bogdandy and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 4. "Ius Constitutionale Commune en América Latina" kavramının demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarının tam anlamıyla hayata geçirilmesi için genel bir çerçeve oluşturmak amacıyla Latin Amerika'nın siyasi ve sosyal gerçeklerini değiştirmeyi amaçlayan dönüştürücü bir yaklaşımı ifade ettiği belirtilmiştir. Bkz. Armin Von Bogdandy, 'Ius Constitutionale Commune en América Latina Observations on Transformative Constitutionalism' in Armin Von Bogdandy and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 28.

91 Ibid 31.

92 Ibid 39. Bogdany başka bir makalesinde Latin Amerika'daki anayasacılığı "uluslararası dönüştürücü anayasacılık" olarak adlandırmış, 18 Temmuz 1978'de yürürlüğe giren Amerikan İnsan Hakları

IV. DÖNÜŞTÜRÜCÜ ANAYASACILIK KAVRAMINI TANIMLAMAYA ÇALIŞMAK

Dönüştürücü anayasacılık kavramı öncelikle Güney Afrika Cumhuriyeti için ileri sürülmüş, zamanla Latin Amerika ülkelerini[93] kapsar şekilde kullanılmış, ardından küresel bir nitelik kazanmıştır. Kavramın ilişkili olarak ortaya çıktığı mekân, bağlam, içerik, amaç, gereklilikleri de dâhil olmak üzere birçok husus genişlemiş ve değişime uğramıştır. Ayrıca ülkelerin farklı tarihselliklere, kültürel, siyasal, sosyal ve ekonomik yapılara sahip olması; dönüşümün gereğini, amacını, hedeflerini, araçlarını ve yöntemlerini de çeşitlendirmektedir. Bu nedenlerle dönüştürücü anayasacılık kavramının, net ve herkes tarafından kabul görmüş bir tanımını yapmak/bulmak pek mümkün görülmemektedir. Ancak kavrama bir sınır çizilmemesi, bir yerden sonra kavramı daha da belirsizleştirecek, sonrasında ise önemsizleştirecektir. Bu nedenle, basitleştirme ve hataya düşme riskiyle birlikte, dönüştürücü anayasacılık kavramını doktrinde daha fazla vurgulanan hususlardan hareketle tanımlamaya çalışacağız.

Dönüştürücü anayasacılık, özellikle eşitsizliğe neden olan ve eşitsizlikleri güçlendiren sosyal, siyasal, ekonomik yapıların açıkça hedef alınması ve ortadan kaldırılması ihtiyacı üzerine ortaya çıkmıştır.[94] Dönüştürücü anayasacılığın, temel amaçlarını toplumun dönüştürülmesi[95] ve sosyal adaletin sağlanması[96] olarak sayabiliriz.[97] Bu doğrultuda kendisine dönüştürücü hedefler[98] belirleyen, taahhütler[99]

Sözleşmesi'nin ve kurduğu insan hakları sisteminin Latin Amerika'da uluslararası dönüştürücü anayasacılık olgusunun temel taşı haline geldiğini ileri sürmüştür. Bkz. Von Bogdandy, Urueña (n 57) 403. Hakların anayasal olarak güvence altına alınması ve iç hukuku uluslararası hukuka açan anayasal açıklık (*constitutional openness*), uluslararası dönüştürücü anayasacılık için alan yaratan birbirini tamamlayan iki süreç olarak tanımlanmıştır. Bkz. Ibid 411.

93 Örneğin Brezilya, Bolivya, Ekvador, Meksika, Kolombiya, Venezuela. Dönüştürücü anayasacılık yaklaşımını benimseyen farklı ülkelerde değişime/dönüşüme yönelik uygulamalar farklı dinamikler üzerinden ilerlemektedir. Güney Afrika'da *apartheid*, Hindistan'da sömürgecilik ve kast sistemi, Latin Amerika'da askeri diktatörlükler ve ekonomik dönüşüm programları gibi.

94 Örneğin, *apartheidin* resmi yapılarının parçalanması, sosyal sermayenin eşitlikçi bir çizgide yeniden dağıtılması bkz. Pieterse (n 42) 160. *Apartheid* mirasından kurtulma bkz. Tshepo Madlingozi, 'Post-Apartheid Social Movements and the Quest for the Elusive 'New' South Africa' (2007) 34(1) *Journal of Law and Society* 77.

95 Toplumun dönüştürülmesi amacını paylaşan yazarlara örnek olarak bkz. Klare (n 31) 150. Khan, Ali (n 72) 1417.

96 Sosyal adaletin sağlanması amacını paylaşan yazarlara örnek olarak bkz. Pieterse (n 42) 155. Rosa (n 68) 550. Khan, Ali (n 72) 1417.

97 Bu iki amaç dışında çok kültürlülüğü ve çok dilliliği teşvik etmek şeklindeki görüş için bkz. Botha, 'Transformative Constitutionalism (Part 2)' (n 52) 22. Bireysel hakların korunması amacı için bkz. Khan, Ali (n 72) 1417.

98 Anayasal hedef ifadesini kullanan yazarlar için bkz. Klare (n 31) 156. Davis (n 61) 57. Moseneke (n 49) 314. Langa (n 44) 354. Liebenberg (n 54) 6.

99 Taahhüt / anayasal taahhüt ifadesini kullanan yazarlar için bkz. Klare (n 31) 188. Frank I Michelman, 'Expropriation, Eviction, and the Gravity of the Common Law' (2013) 24(2) *Stellenbosch Law Review* 245. André Van Der Walt, 'A South African Reading Of Frank Michelman's Theory

içeren bir anayasa, dönüştürücü anayasacılığın gereklerinden biridir.[100] Dönüştürücü anayasacılığın gereklerinden bir diğeri ise hukuk kültürünün dönüşümünü[101] hedeflemesidir[102] Dönüştürücü anayasacılığın araçlarının başında sosyal ve ekonomik haklar (tanınması, sağlamlaştırılması, geliştirilmesi korunması) gelmektedir.[103] Dönüştürücü anayasacılıktaki yargılama süreci ve yöntemi için çok farklı argümanlar[104] ileri sürülmüşse de bu argümanların ortak noktasını dönüştürücü anayasaya ve anayasal dönüşüm hedeflerine uygun bir hukuki yorum anlayışı oluşturmaktadır.

Söz konusu hususları paylaşan düşünürlerin en çok vurguladıkları ögelerden hareketle dönüştürücü anayasacılığın tanımı kanaatimizce şu şekilde yapılabilir: Dönüştürücü anayasacılık, eşitsizliğe neden olan ve eşitsizliği güçlendiren sosyal, siyasal, ekonomik yapıların açıkça hedef alınması ve giderilmesi ihtiyacı üzerine ortaya çıkan; toplumun dönüştürülmesini ve sosyal adaletin sağlanmasını amaçlayan; dönüştürücü hedefler/taahhütler içeren bir anayasaya sahip olmayı ve hukuk kültüründe dönüşümü gerektiren; sosyal ve ekonomik haklara (tanınması, sağlamlaştırılması, geliştirilmesi ve korunması) büyük önem veren; dönüşüm hedeflerine uygun bir hukuki yorum gerektiren bir üst kavramdır.

Of Social Justice' in Henk Botha, André Van Der Walt, Johan Van Der Walt (eds), *Rights and Democracy in a Transformative Constitution* (Sun Press 2003) 165.

100 Anayasal hedef / taahhütlerden biri olan yeni bir siyasi ve ahlaki temel oluşturma için bkz. Vilhena, Baxi, Viljoen (n 45) 617. Yasal değişim vaadi Davis (n 61) 66. İnsan onuru, eşitlik, özgürlük, hesap verebilirlik, duyarlılık ve açıklık için bkz. Moseneke (n 49) 314. Eşit toplum için bkz. Langa (n 44) 353.

101 Hukuk kültürünün dönüşümü görüşünü paylaşan yazarlara örnek olarak bkz. Klare (n 31) 152. Langa (n 44) 353.

102 Dönüştürücü anayasacılığın gereği olarak ileri sürülen diğer görüşlerden bazıları da şunlardır: Gerekçelendirme kültürünün geliştirilmesi bkz. Pieterse (n 42) 161. Yargının dönüştürücü tasarımı desteklemesi ve geliştirmesi bkz. Moseneke (n 49) 314. Temel hakların sadece devlete karşı değil, aynı zamanda özel kişiler arasında ve özel kurumlara karşı da uygulanabilir olması bkz. Van Der Walt, 'Transformative Constitutionalism (part 1) (n 63) 662. Devlet görevlerinin yargılanabilir olması bkz. Hailbronner (n 32) 540. Demokratik müzakere bkz. Roux, 'A Brief Response' (n 37) 51. Devletin aktif olarak hedefleri takip etmesi Khan, Ali (n 72) 1417. Uzlaşma bkz. Langa (n 44) 358.

103 Sosyal ve ekonomik hakları dönüştürücü anayasacılığın araçlarından biri olarak gören yazarlardan bazıları için bkz. Sam Adelman, 'Sovereignty, Citizenship and The Universality of Socio-Economic Rights' in Oscar Vilhena, Upendra Baxi, Frans Viljoen (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 557. Fowkes (n 45) 108. Pieterse (n 42) 162. Sunstein (n 74) 4. Liebenberg (n 54) 6. Van Der Walt, 'A South African Reading' (n 66) 164. Hailbronner (n 32) 540. Langa (n 44) 353. Dönüştürücü anayasacılığının araçları olarak ileri sürülen görüşlerden bazıları da şunlardır: Katılımcı yönetişim ve çok kültürlülük bkz. Klare (n 31) 155. Katılımcı demokrasi ve demokratik kalkınmacı devlet bkz. Rosa (n 68) 553-563. Dönüştürücü içtihat bkz. Moseneke (n 49) 317. Aktivist devlet bkz. Hailbronner (n 32) 540.

104 Anayasanın postliberal okuması için bkz. Klare (n 31) 151-153. Dönüştürücü metodoloji için bkz. Davis, Klare (n 35) 412. Aktivist dönüştürücü yaklaşım için Rapatsa (n 45) 889. Evrimsel yorum ve anayasal açıklık için bkz. Von Bogdandy, Urueña (n 57) 412-413. İçtihadın dönüşümü için bkz. Adelman (n 70) 578.

V. DÖNÜŞTÜRÜCÜ ANAYASACILIĞIN KARŞI KARŞIYA OLDUĞU ZORLUKLAR / RİSKLER

Klare'a göre, hukuk kültürünün yargılama ve dolayısıyla temel hukuki gelişme üzerinde güçlü bir yönlendirici veya filtreleyici etkisi vardır. Önceki zamanlardan aktarılan kültürel olarak mevcut entelektüel araçlara ve içgüdülere bilinçli veya düşüncesizce güvenmek, anayasal yorum üzerinde baskı oluşturabilir, başarılarını sınırlayabilir.[105] Hukuksal muhafazakârlık, uygun anayasal yenilikleri engelleyen, anayasanın ve taslak tarihinin izin verdiğinden daha az yenilikçi anayasa yorumlarına ve uygulamalarına yol açan bir tür entelektüel ihtiyatı tetikleyebilir. Küresel Güney yaklaşımındaki aktivist bir rolden memnun olan ilerici yargıçlar bile, yorum kapsamları üzerinde, anayasa çerçevesindeki rollerinin sorumlulukları ve yükümlülüklerinden çok geleneğe bağlı olan sınırlamaları olduğu gibi kabul edebilirler.[106]

Klare, yargıçların muhafazakâr hukuk kültürünün etkisinde kalarak, dönüştürücü anayasacılık açısından daha pasif bir tutum sergileyebilecekleri konusunda endişe duymaktadır. Ancak yargıç Langa, fazlasıyla aktivist yargıçların dönüştürücü anayasacılık açısından pasif tutum sergileyecek olan yargıçlar kadar sakıncalı olduğu görüşündedir. Her iki kesimin de toplumun dengeye kavuşmuş düzenini bozacağını, dönüşüm ideallerini tehlikeye atacağını ileri sürmektedir.[107]

---

105 Klare (n 31) 168.

106 Klare (n 31) 170. Klare hukuksal muhafazakârlık ifadesiyle hukuki düşünce alışkanlıklarına bağlı olma ve bunu sürdürmekte kararlı olma durumunu kastetmektedir. Bkz. Ibid 168. Michelman, Güney Afrika Cumhuriyeti için yargısal karar vermede, ortak hukukun ağırlığının (*gravitiy of the common law*), anayasanın dönüştürücü amaçlarına aykırı bir güç oluşturmaması için tetikte olmanın doğru bir yaklaşım olduğunu belirtmiştir. Bkz. Michelman (n 99) 263. Yargıçların dönüştürücü anayasacılığa dair yükümlülükleri hususunda anayasal dayanaklar bulunmaktadır. 1996 tarihli Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası Bölüm 2'de yer alan Haklar Bildirgesi bunun en belirgin örneğidir. Madde 7/1'de insanların haklarının güvence altına alındığı ve insan onuru, eşitlik ve özgürlük gibi demokratik değerlerin teyit edildiği belirtilmiştir. Madde 7/2'de devletin bu haklara saygı göstermesi, bu hakları koruması, geliştirmesi ve yerine getirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Madde 8/1'de Haklar Bildirgesinin yasama, yürütme, yargı ve devletin tüm organlarını bağladığı vurgulanmıştır. Madde 8/3'te mahkemelerin gerekirse bir hakka işlerlik kazandırmak için mevzuatın söz konusu hakka işlerlik kazandırmadığı ölçüde örf ve adet hukukunu uygulaması veya gerekirse geliştirmesi gerektiği belirtilmiştir. Madde 9/2'de eşitliğin sağlanmasını teşvik etmek amacıyla, haksız ayrımcılık nedeniyle dezavantajlı duruma düşen kişileri veya kişi kategorilerini korumak veya geliştirmek için tasarlanmış yasal ve diğer tedbirlerin alınabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca madde 39, Haklar Bildirgesinin nasıl yorumlanması gerektiğini düzenlemiştir. Madde 39/1'e göre bir mahkeme, Haklar Bildirgesi›ni yorumlarken insan onuruna, eşitliğe ve özgürlüğe dayalı açık ve demokratik bir toplumun temel değerlerini desteklemeli, uluslararası hukuku göz önünde bulundurmalı ve gerektiğinde yabancı hukuku da değerlendirebilmelidir. Madde 39/2 ise, "*Herhangi bir mevzuatı yorumlarken ve örf ve adet hukukunu geliştirirken, her mahkeme, mahkeme heyeti veya forum, Haklar Bildirgesi'nin ruhunu, amacını ve hedeflerini desteklemelidir*." denmiştir. Bkz. <https://www.gov.za/sites/default/files/images/a108-96.pdf> accessed 01.03.2024.

107 Langa (n 44) 358. Ayrıca bir yargıcın başvuracağı politika veya değerlerin yeterince şeffaf olması başka bir zorluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Moseneke (n 49) 317.

Yargıçların kendi ahlaki iyilerini hayata geçirebilmek için verdikleri kararlar keyfilik riski içerebilir. Bunun sonucu olarak demokratik sürecin değerinde düşme ve demokratik sürece zarar verme ortaya çıkabilir.[108] Dönüştürücü anayasacılık anlayışı/uygulamaları, yargı ile diğer erkler arasında rekabet ve gerilim de yaratabilir.[109]

Hukuk kültüründe dönüşüm için hukuk eğitimi de değişmelidir. Anayasanın değerleriyle eleştirel bir şekilde ilgilenen ve bu değerleri uygulayan hukukçular yetiştirilmelidir. Hukuk sosyal dokunun bir parçası olarak görülmeli ve hukuk öğrencilerine bu şekilde öğretilmelidir. Hukuk eğitimindeki değişiklik öncelikle zihniyette bir değişiklik olmalıdır.[110]

Langa için dönüştürücü anayasacılığın karşı karşıya olduğu en büyük zorluk, mevcut zenginlik ve güç eşitsizlikleridir. Ceza adaleti sistemi ciddi bir zorlukla karşı karşıyadır. Mağdurlar kendilerine veya sevdiklerine zarar verenlerin adalet önüne çıkarıldığını bilmek istemektedir. Zor olan husus da ceza adaleti sisteminin mağdurlar açısından bu tatmini sağlayıp sağlayamayacağıdır. Adalete erişim, sadece zenginlerin ve güçlülerin değil, herkesin adaletin imkânlarından eşit bir şekilde yararlanabilmesini gerektirir.[111]

Langa'ya göre toplum olarak geçmişin ötesine geçme umudunun canlı tutulması oldukça önemlidir. Bu da hem hatırlamayı hem unutmayı gerektirir. Bunun için halk uzlaşı arayışı içinde olmalıdır. Uzlaşma olmaksızın maddi koşulları veya hukuk kültürünü değiştirmek, kırgınlık ve nefretle bölünmüş bir toplum ortaya çıkaracaktır.[112]

Dönüştürücü anayasacılığın araçlarının başında gelen sosyal ve ekonomik haklar (tanınması, sağlamlaştırılması, geliştirilmesi ve korunması), dönüştürücü anayasacılığın karşılaştığı başka bir zorluk düzeyidir. Bu zorluk, söz konusu hakların

---

108 Hailbronner (n 32) 557-559. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve kurduğu insan hakları sistemi, Latin Amerika'daki "uluslararası dönüştürücü anayasacılık" olgusunun temelini oluşturmaktadır. Aktif bölgesel bir mahkeme olan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesine (*Inter-American Court of Human Rights*) yöneltilen eleştiri başlıkları şu şekilde sayılmıştır: Mahkemenin dönüştürücü yetkisinin yasal sınırlarını vurgulayan ultra vires eleştirisi, demokratik karar alma süreçlerine yeterince uymadığı eleştirisi, adalet ve haklar konusunda makul ve ısrarcı görüş ayrılıklarının devam ettiğini belirtmesine yönelik eleştiri. Bkz. Von Bogdandy, Urueña (n 57) 430.

109 Fowkes (n 45) 115. Ayrıca güçlü bir anayasa mahkemesi, siyasi eliti kışkırtabilir ve kriz durumlarında bir tepkiye yol açabilir. Bkz. Sonnevend (n 33) 144. Yargıçlar ve politikacılar, hem birbirleriyle hem de kendi aralarında, sadece anayasal vaatlerin nasıl yorumlanacağı ve kullanılacağı konusunda değil, aynı zamanda bunu kimin yapması gerektiği konusunda da anlaşmazlığa düşebilirler. Bkz. Arguelhes (n 45) 180.

110 Langa (n 44) 355. Botha; hukukun indirgemeci olduğunu, toplumsal ilişkileri ve gerçek hayattaki olayların karmaşıklığını, kapsayıcı metafora göre yapılandırılmış bir ya/ya da şemasına indirgediğini ve eski düşünme tarzlarından, bunların yapılandırıldığı metaforlardan öylece vazgeçemeyeceğimizi ileri sürmektedir. Bkz. Botha, 'Transformative Constitutionalism (Part 1)' (n 52) 621-622.

111 Langa (n 44) 356. Latin Amerika'da, sonuçları belirsiz, uzun ve masraflı adli süreçlere girme imkânından yoksun olanlar, adli korumaya en çok ihtiyaç duyan kesimlerdir. Bkz. Von Bogdandy and others (n 90) 11.

112 Langa (n 44) 358.

hayata geçirilmesini engelleyen hükümet politikalarıyla çerçevelenmiş olmasından kaynaklanmaktadır.[113] Bununla birlikte kamu kaynaklarının sınırlı doğası ve demokratik imtiyazlar[114], dönüştürücü anayasacılığın sosyal ve ekonomik haklar açısından karşılaştığı diğer zorluklardır.

Geçmiş dönemin yasal mirası, eski rejimden arta kalan yasaların devamlılıkları da bir diğer zorluktur. Dönüştürücü anayasacılık, geçmişin yasal mirasını da hesaba katmalıdır. Eşitliksizliğin esas kaynağı olan eski rejimin sürdürülmesinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan tüm yasalar yeni anayasal düzen için oldukça büyük tehlike arz etmektedir.[115]

SONUÇ

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası bağlamında ortaya çıkan hukuki-siyasi durumu değerlendirmek için kullanılan dönüştürücü anayasacılık kavramı; büyük ölçekli -siyasi, hukuki, ekonomik, kültürel ve sosyal - değişim için geliştirilen bir anayasal projedir. Kavram, eşitsizliğe neden olan ve eşitsizliği güçlendiren yapıların açıkça hedef alınması ve ortadan kaldırılması ihtiyacı üzerine ortaya çıkmıştır.

Dönüştürücü anayasacılık kavramı, zamanla Latin Amerika ülkelerini kapsar şekilde kullanılmış, ardından küresel bir nitelik kazanmıştır. Kavramın ilişkili olarak ortaya çıktığı mekân, bağlam, içerik, amaç, gereklilikleri de dâhil olmak üzere birçok husus genişlemiş ve değişime uğramıştır. Dönüştürücü anayasacılık kavramının ideal, model, mekanizma, yöntem, amaç, araç şeklinde farklı bağlamlarda kullanılmış olması onu, bir üst kavram olarak değerlendirmeye imkân sağlamaktadır.

Ülkelerin farklı tarihselliklere, kültürel, siyasal, sosyal ve ekonomik yapılara sahip olması, dönüşümün gereğini, amacını, hedeflerini, araçlarını ve yöntemlerini de çeşitlendirmiştir. Dönüştürücü anayasacılıkla ilişkilendirilen ülkelerin, bu kavramın tüm ayırt edici özelliklerini paylaşmak zorunda olmaması açısından da çok yönlü bir kategori olarak ele alınabilir.

Temel amaç şiddet içermeyen ve hukuka dayalı siyasi süreçler yoluyla toplumun dönüştürülmesi ve özellikle sosyal adaletin sağlanmasıdır. Bunun için dönüştürücü hedefler/taahhütler içeren uzlaşıya dayalı bir anayasaya ihtiyaç duyulmaktadır. Vaatler/hedefler/taahhütler içermesi, bu anayasaların ağır insan hakları ihlalleri sonrasında oluşturulmalarının bir sonucudur. Sosyal ve ekonomik haklar (tanınması, sağlamlaştırılması, geliştirilmesi ve korunması), bu anayasalar için büyük önem taşımaktadır. Böyle bir anayasanın varlığı tek başına yeterli değildir. Ayrıca hukuk

---

113 Adelman (n 70) 578.

114 Sosyal ve ekonomik hakların yargısal korunmasına yönelik Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Grootboom kararının değerlendirmesi için bkz. Sunstein (n 74) 1-15.

115 Choudhry (n 85) 209. Mülkiyet hukukuna yönelik *apartheid* yasalarının kaldırılması ve *apartheid* sonrası dönüşüm sürecine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Van Der Walt, 'Transformative Constitutionalism (part 2)' (n 64) 1-31.

kültüründe değişim ve dönüşüm hedeflerine uygun bir hukuki yorum, dönüştürücü anayasacılık açısından oldukça önem arz etmektedir.

Yargıçların hukuk kültürünün etkisinde kalarak, dönüştürücü anayasacılık açısından daha pasif bir tutum sergilemeleri haklı bir endişe kaynağıdır. Ancak yargısal aktivizm boyutuna varacak bir yorumlama pratiği de son derece sakınca yaratabilir. Her iki durum da dönüşüm ideallerini tehlikeye atabilecektir. "Şiddet içermeyen ve hukuka dayalı siyasi süreç" ifadesinden de anlaşılacağı üzere demokratik değerler ve demokratik süreç, dönüştürücü anayasacılık için büyük önem arz etmektedir. Bununla beraber yargıçların, yargısal aktivizme varan kararları keyfiliğe sebep olabilecek ve bu durum da demokratik değerlere ve demokratik sürece zarar verebilecektir.

Adalete erişim, sadece zenginlerin ve güçlülerin değil, herkesin adaletin imkânlarından eşit bir şekilde yararlanabilmesini gerektirir. Adalete erişim konusunda mağdurların karşılaştıkları engeller, devam eden güç ve servet eşitsizliklerinin sonucudur. Devam eden güç ve servet eşitsizlikleri, dönüştürücü anayasacılığın karşı karşıya olduğu önemli zorluklardan bir diğeridir.

Toplum olarak geçmişi aşmak ve birlikte yaşama umudunu korumak, dönüştürücü anayasacılığın başarması gereken bir konudur. Bunun için halk uzlaşı arayışı içinde olmalı ve uzlaşabiliyor olmalıdır.

Sosyal ve ekonomik hakların tanınması, sağlamlaştırılması, geliştirilmesi, korunması hususları önemlidir. Daha mühim olan ise bu hakların hayata geçirebilmesidir. Ancak bunu engelleyen hükümet politikalarıyla karşılaşılabilmektedir. Ayrıca kamu kaynaklarının kısıtlılığı da dönüştürücü anayasacılığın, sosyal ve ekonomik haklar açısından karşılaştığı zorluklardandır. Eski rejimin devamının ayrılmaz bir parçası olan ve geçmişin yasal mirası tüm yasalar da dikkate alınmalıdır. Çünkü bunlar yeni anayasal düzen için oldukça büyük tehlike arz etmektedir.

Dönüştürücü anayasacılık deneyimleri -her ne kadar her ülke için farklılık gösterse de- ülkemizde devam eden yeni anayasa yapma ve/veya anayasayı değiştirme tartışmalarında da dikkate alınabilir. En azından dönüştürücü anayasal düzenlerin ilgi uyandıran yönleri göz önüne alınabilir.

Son olarak unutulmamalıdır ki, toplumsal değişimi teşvik etmek sadece dönüşüm odaklı bir anayasa metni ve mahkemeler tarafından yerine getirilemez. Zira ne anayasa metinleri ne de mahkemeler kendiliğinden değişimi/dönüşümü gerçekleştiremezler. Demokratik, eşitlikçi ve katılımcı bir dönüşüm için yasama, yürütme ve yargı organları beraberce dönüşüm taahhüdünü paylaşmalıdırlar. Sivil toplum örgütleri ve bireyler de bu taahhüdün takipçileri olmalıdırlar.

KAYNAKÇA

Ackerman B, 'The Rise of World Constitutionalism' (1997) 83(4) *Virginia Law Review* 771-797.

— —, 'Three Paths to Constitutionalism – and the Crisis of the European Union' (2015) 45(4) *British Journal of Political Science* 705-714.

Adelman S, 'Sovereignty, Citizenship and The Universality of Socio-Economic Rights' in Vilhena O, Baxi U, Viljoen F (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 557-579.

Arguelhes D W, 'Transformative Constitutionalism A View from Brazil' in Dann P, Riegner M, Bönnemann M (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 165-189.

Barber N W, *The Principles of Constitutionalism* (Oxford University Press 2018).

Baxi U, 'Constitutionalism as a Site of State Formative Practices' (2000) 21(4) *Cardozo Law Review* 1183-1210.

— —, 'Preliminary Notes on Transformative Constitutionalism' in Vilhena O, Baxi U, Viljoen F (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 19-47.

Bhatia G, 'Horizontal Discrimination and Article 15(2) of the Indian Constitution: A Transformative Approach' (2016) *Asian Journal of Comparative Law* 1-23.

Botha H, 'Metaphoric Reasoning and Transformative Constitutionalism (Part 1)' (2002) 4 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 612-627.

— —, 'Metaphoric Reasoning and Transformative Constitutionalism (Part 2)' (2003) 1 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 20-36.

Casper G, 'Constitutionalism' (1987) *University of Chicago Law Occasional Paper No. 22* 1-20.

Choudhry S, 'Postcolonial Proportionality: Johar, Transformative Constitutionalism, and Same- Sex Rights in India' in Dann P, Riegner M, Bönnemann M (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 190-209.

Dann P, Riegner M, Bönnemann M, 'The Southern Turn in Comparative Constitutional Law An Introduction' in Dann P, Riegner M, Bönnemann M (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 1-38.

Davis DM, Klare K, 'Transformative Constitutionalism and the Common and Customary Law' (2010) 26(3) *South African Journal on Human Rights* 403-509.

Davis D, 'Elegy to Transformative Constitutionalism' in Botha H, Van Der Walt A, Van Der Walt J (eds), *Rights and Democracy in a Transformative Constitution* (Sun Press 2003) 57-66.

Fowkes J, 'Transformative Constitutionalism and the Global South The View from South Africa' in Von Bogdandy A and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 97-121.

Goldsworthy J, 'Constitutional Interpretation' in Rosenfeld M, Sajó A (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 689-717.

Hailbronner M, 'Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South' (2017) 65(3) *The American Journal of Comparative Law* 527-565.

Khan SA, Sharafat A, 'Transformative constitutionalism: Contemporary Issues and Challenges in India' (2020) 3(3) *International Journal of Law Management & Humanities* 1411 - 1421.

Klare KE, 'Legal Culture and Transformative Constitutionalism' (1998) 14(1) *South African Journal on Human Rights* 146-188.

Klug H, 'Transformative Constitutionalism as a Model for Africa?' in Dann P, Riegner M, Bönnemann M (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 141-164.

Langa P, 'Transformative Constitutionalism' (2006) 17(3) *Stellenbosch Law Review* 351-360.

Liebenberg S, 'Needs, Rights and Transformation: Adjudicating Social Rights in South Africa' (2006) 17(1) *Stellenbosch Law Review* 5-36.

Loughlin M, *Against Constitutionalism* (Harvard University Press 2022).

Macedo S, 'Transformative Constitutionalism and the Case of Religion: Defending the Moderate Hegemony of Liberalism' (1998) 26(1) *Political Theory* 56-80.

Madlingozi T, 'Post-Apartheid Social Movements and the Quest for the Elusive 'New' South Africa' (2007) 34(1) *Journal of Law and Society* 77-98.

McIlwain CH, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Revised edn, Cornell University Press 1947).

Mendez JE, 'Constitutionalism and Transitional Justice' in Rosenfeld M, Sajó A (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 1270-1286.

Michelman FI, 'Expropriation, Eviction, and the Gravity of the Common Law' (2013) 24(2) *Stellenbosch Law Review* 245-263.

Moseneke D, 'Transformative Adjudication' (2002) 18(3) *South African Journal on Human Rights* 309-319.

Özbudun E, *Anayasalcılık ve Demokrasi* (Yetkin Yayınları 2019).

Pieterse M, 'What Do We Mean When We Talk About Transformative Constitutionalism?' (2005) 20(1) *SA Publiekreg Public Law* 155-166.

Rapatsa M, 'Transformative Constitutionalism in South Africa: 20 Years of Democracy' (2014) 5(27) *Mediterranean Journal of Social Sciences* 887-895.

Rosa S, 'Transformative Constitutionalism in a Democratic Developmental State' (2011) 22(3) *Stellenbosch Law Review* 542-565.

Roux T, 'A Brief Response to Professor Baxi' in Vilhena O, Baxi U, Viljoen F (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 48-51.

— —, 'Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitutiıon: Distinction Without a Difference?' (2009) 20(2) *Stellenbosch Law Review* 258-285.

Sartori G, 'Constitutionalism: A Preliminary Discussion' (1962) 56(4) *The American Political Science Review* 853-864.

Sonnevend P, 'Preserving the Acquis of Transformative Constitutionalism in Times of Constitutional Crisis Lessons from the Hungarian Case' in Von Bogdandy A and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 123-145.

Sunstein CR, 'Social and Economic Rights? Lessons from South Africa' (2001) *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 124* 1-15.

Topuzkanamış ŞE, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Halka Ait Anayasacılık* (İkinci Basım, Onikilevha 2022).

Tully J, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* (Fifth Printing, Cambridge University Press 2004).

Uprimny R, 'Latin Amerika'da Yeni Anayasa Hukuku Dönüşümleri: Eğilimler ve Sorunlar' (2012) 2(5) Karacaoğlu E (çev), *Küresel Bakış* 1-26.

Van Der Walt AJ, 'Transformative Constitutionalism and the Development of South African Property Law (part 1)' (2005) 4 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 655-689.

— —, 'Transformative Constitutionalism and the Development of South African Property Law (part 2)' (2006) 1 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 1-31.

Van Der Walt A, 'A South African Reading Of Frank Michelman's Theory Of Social Justice' in Botha H, Van Der Walt A, Van Der Walt J (eds), *Rights and Democracy in a Transformative Constitution* (Sun Press 2003) 163-211.

Versteeg M, 'Popüler Olmayan Anayasacılık' (2018) 20(1) Topuzkanamış Ş E (çev), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 125-197.

Vilhena O, Baxi U and Viljoen F, 'Some Concluding Thoughts on An Ideal, Machinery and Method' in Vilhena O, Baxi U, Viljoen F (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 617-624.

Von Bogdandy A, 'Ius Constitutionale Commune en América Latina Observations on Transformative Constitutionalism' in Von Bogdandy A and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 27-48.

—— and others, 'Ius Constitutionale Commune en América Latina A Regional Approach to Transformative Constitutionalism' in Von Bogdandy A and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 3-23.

——, Urueña R, 'International Transformative Constitutionalism in Latin America' (2020) 114(3) *The American Journal of International Law* 403-442.

Waldron J, 'Constitutionalism – A Skeptical View' in Christiano T, Christman J, *Contemporary Debates in Political Philosophy* (Wiley-Blackwell, 2009) 267-282.

West R, 'Progressive and Conservative Constitutionalism' (1990) 88(4) *Michigan Law Review* 641-721.

<https://law.uct.ac.za/department-commercial-law/contacts/judge-dennis-davis> accessed 12.03.2024.

<https://www.concourt.org.za/index.php/judges/former-judges/11-former-judges/70-deputy-chief-justice-dikgang-moseneke> accessed 12.03.2024.

<https://www.concourt.org.za/index.php/judges/former-judges/11-former-judges/62-former-chief-justice-pius-langa-1938-2013> accessed 13.03.2024.

<https://www.gov.za/sites/default/files/images/a108-96.pdf> accessed 01.03.2024.

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article
DOI: 10.54049/taad.1515051

HAKİME YARDIMCI YAPAY ZEKÂ

Artificial Intelligence Assisting the Judge

Şermin BİRTANE*

Özet

Yapay zekâ (YZ) hayatımızın her yönünü dönüştürmekte, iş ve yaşam alanlarımızı etkilemektedir. YZ bireyler için gerçek zorlukları da beraberinde getirmekte, mahremiyet, özel hayat ve kişisel verilerin korunması, ifade hürriyeti, yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı gibi temel insan haklarının doğrudan etkilenmesine yol açmaktadır. Bu durum YZ sistemlerinin uygulandığı alanlarla ilgili olarak insan haklarının korunması bakımından uluslararası ve ulusal düzeyde hukuki düzenlemeler yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. YZ uygulamaları yargı ve adalet hizmetlerinde de yerini almaktadır. Yapay zekâ uygulamalarının, yargısal işlemlerde ve mahkeme yönetiminde kullanılmasıyla eşitlik ve adaletin sağlanmasında yüksek bir seviyeye erişilmesine ve bu suretle insan haklarına saygının teminine olumlu katkılarının olması mümkündür. Bununla birlikte zorluklar, problemler ve olumsuz yönler de bulunmaktadır. Yargıda YZ uygulamalarının kullanılması mahremiyet, kişisel verilerin korunması, şeffaflık, ifade hürriyeti, ayrımcılık yasağı, adil yargılanma güvencelerine riayet gibi birçok temel insan haklarını doğrudan ilgilendiren olumsuz durumlara yol açabilmektedir. Bu çalışmada, yapay zekânın yargıda kullanılması bakımından etik ilkeler ve uluslararası hukuki düzenlemeler çerçevesinde değerlendirmeler ele alınmaktadır. YZ uygulamalarının tasarımı, üretilmesi ve kullanımında "insan hakları odaklı" anlayışın benimsenmesi gerekmektedir. İnsan hakları odaklı yaklaşımın benimsenmesiyle YZ uygulamalarının geçerli olduğu alanlarda insan haklarını korumanın, mahremiyet ve kişisel verilerin gizliliğine saygının sağlanması mümkün olabilir.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ, yargı, etik ilkeler, insan hakları

Abstract

Artificial intelligence changes every aspect of our lives and affects our work and living spaces. However, artificial intelligence also brings real challenges for both governments and citizens, directly affecting fundamental human rights such as privacy, private life and protection of personal data, freedom of expression, the right to life, the right to a fair trial. This situation has revealed the need to make legal regulations at international and national levels in terms of protecting human rights in the areas where artificial intelligence systems are applied. AI applications also take their place in judiciary and justice services. It is possible for artificial intelligence applications to make positive contributions to reaching a high level in ensuring equality and justice, and thus ensuring respect for human rights, by using them in judicial proceedings and court management. However, there are also difficulties, problems and negative aspects. The use of AI applications in the judiciary may lead to negative situations that directly concern many fundamental human rights such as privacy, protection of personal data, transparency, freedom of expression, prohibition of discrimination, and compliance with fair trial guarantees.

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 13.05.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Dr., Anayasa Mahkemesi Raportör/Hâkim, sermin.birtane@anayasa.gov.tr, https://orcid.org/0000-0002-2856-2369.

In this study, evaluations within the framework of ethical principles and international legal regulations in terms of the use of artificial intelligence in the judiciary are discussed. A "human rights-oriented" approach must be adopted in the design, production and use of artificial intelligence applications. By adopting a human rights-oriented approach, it may be possible to protect human rights and respect privacy and confidentiality of personal data in areas where artificial intelligence applications are valid.

Key Words: Artificial intelligence, judiciary, ethical principles, human rights

GİRİŞ

YZ günlük ve sosyal hayatımıza çoktan girmiş bir olgudur. Savunma, eğitim, tıp, ticaret, bankacılık işlemleri, vergilendirme gibi pek çok alanda YZ uygulamalarıyla karşılaşmaktayız. YZ hayatımızın her yönünü dönüştürmekte, iş ve yaşam alanlarımızı etkilemektedir. YZ sosyal hayatı olduğu kadar hukuk alanını da etkilemektedir. Ceza, adalet sistemleri ve önleyici hizmetler alanlarında suçların önlenmesi amacıyla şüphelilerin tespitinde yüz tanıma YZ teknolojilerinden faydalanılmaktadır. Ancak YZ sistemlerinin bu şekilde kullanılmasının mahremiyet, özel hayat ve kişisel verilerin korunması, ifade hürriyeti, yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı gibi birçok insan hakkını doğrudan etkilediği açıktır.

Ekonomilere ve toplumlara böylesine nüfuz ederken, YZ tasarımına ve kullanımına rehberlik edecek politika ve hukuki çerçevelerin belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Yapay zekanın regülasyonu ile ilgili olarak uluslararası hukuk alanında çeşitli gelişmeler yaşanmaktadır. Çalışmamızda detaylı olarak incelenen hukuki düzenlemelerin odağında yapay zekanın etik ilkelere bağlanması yer almakta, YZ sistemlerinin "insan yararına" ve "insanlar için" olduğu vurgulanmaktadır. Yapay zekanın regülasyonu konusu hukuku ve özellikle insan hakları hukukunu doğrudan ilgilendirmektedir. Öte yandan yapay zekanın çok çeşitli kullanım alanlarından biri de yargı ve adalet hizmetleridir. Dolayısıyla yapay zekanın regülasyonu ile ilgili olarak uluslararası hukuk alanındaki hukuki düzenlemelerde yer alan ilkelerin YZ uygulamalarının yargı ve adalet hizmetlerinde kullanılması ile ilgili hukuk kurallarına ışık tutacağı çok açıktır. Makalemiz, henüz literatürde pek işlenmemiş güncel bir mesele olan yapay zekanın insan hakları bağlamında ve yargı ekseninde kullanımını incelemektedir. Yapay zekânın yargıda kullanılması bakımından etik ilkeler ve uluslararası hukuki düzenlemeler çerçevesinde değerlendirmeler ele alınmaktadır. Çalışmamızda "yapay zekâ" ifadesi kavram olarak yapay zekayı belirtmek için; "YZ uygulamaları veya sistemleri" ifadeleri ise içerisinde YZ barındıran teknolojileri anlatmak için kullanılmıştır. Makalenin ilk bölümünde YZ kavramını tanımlama ve düzenleme ihtiyacı ele alınmıştır. İkinci bölümde yargı alanında kullanılan YZ uygulamaları ve bu uygulamaların yargı faaliyeti üzerindeki etkileri incelenmiştir. Üçüncü bölümde, YZ sistemlerinin bağlı olacağı etik ilkeleri düzenleyen uluslararası hukuk belgeleri değerlendirilmiştir. Dördüncü bölümde ise insan hakları odaklı yaklaşım temelinde yapay zekânın yargı alanında kullanımına dair sonuç ve öneriler kısmı işlenmiştir. Yapay zekânın hukuken tanınabilirliği veya kişiliği,

hukuki sorumluluğu ve fikri mülkiyet hakları konuları[1] ise her biri ayrı bir akademik çalışmanın konusunu oluşturacak kadar geniş nitelikleri sebebiyle bu çalışmanın kapsamına dahil edilmemiştir.

I. TANIMLAMA VE DÜZENLEME İHTİYACI

A. YAPAY ZEKÂ KAVRAMI

"Yapay zekâ" kavram olarak ilk kez 1955 yılında "*insan gibi düşünebilen ve kendi kendine kararlar alabilen, bunun yanında insanların odaklandıkları işleri yapma ve çözmeye çalıştıkları problemleri sonuca kavuşturma yeteneğine sahip olan makinelerdir*" şeklinde tanımlanmıştır[2]. O tarihten bu yana birçok tanım yapılmışsa da herkesin üzerinde uzlaştığı, açık, net ve kapsayıcı bir tanımı halen bulunmamakta olup YZ bir şemsiye kavram olarak kullanılmaktadır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu tarafından yapılan tanıma göre yapay zekâ, *"genel olarak makinelerin zekâ gerektiren şeyleri yapma yeteneklerinin geliştirilmesine adanmış bir dizi bilim, teori ve tekniğe atıf yapan bir şemsiye terimdir"*[3].

En basit haliyle YZ kavramı düşünebilen makineler fikrini çağrıştırmaktadır[4]. Bu nedenle yapay zekâ, akıllı ve insan benzeri davranışları taklit etme yeteneği ve insan zekâsı gerektiren görevlerin yapılması için bilgisayarların programlanması olarak tanımlanmıştır[5]. İnsana ait idrak kabiliyetinin ve zekânın taklit edilerek problem çözebilme, anlamlandırma, deneyim ile öğrenme gibi yeteneklerin bilgisayar sistemlerinde modellenmesi ile YZ meydana gelmektedir[6]. Klasik bilgisayar kodlamasında olası her senaryo için kesin komut girilmesi gerekmektedir. YZ ise bunun aksine algoritmalarının eğitilmesi ve geliştirilmesi ile öğrenebilir[7]. Yapay zekâ, makine öğrenimini sağlayan algoritmaları sayesinde elde ettiği veriler ile

---

1 Bu konularda detaylı incelemeler için pek çok eser arasında bkz. Özgür Taşdemir, Ümit Vefa Özbay ve Burhanettin Onur Kireçtepe, 'Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme', *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2020), C. 69., S. 2., s. 793-833; Çağlar Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk* (On İki Levha Yayıncılık 2019); Hazal Gülel, *Hukuki Açıdan Yapay Zekâ* (Adalet Yayınevi 2023).

2 Christoper Manning, 'Artificial Intelligence Definitions' (2020) https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf (Erişim tarihi 7/10/2023).

3 Council of Europe Commissioner for Human Rights. (2019). "Unboxing Artificial Intelligence: 10 Steps to Protect Human Rights", https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rightsreco/1680946e64 (Erişim Tarihi 18/6/2023)

4 Alan M.Turing, 'Computing Machinery and Intelligence' (1950) 59 Mind 433-460, s. 433, 442. https://redirect.cs.umbc.edu/courses/471/papers/turing.pdf (Erişim Tarihi 10/11/2023)

5 CA Keisner, JD Raffo ve SA Wunsch-Vincent, 'Breakthrough Technologies- Robotics, Innovation and Intellectual Property' (World Intellectual Property Organization (WIPO), Economic Research Working Paper No 30, 2015). s. 5.

6 Atınç Yılmaz, Yapay Zekâ (Kodlab Yayınları 2019), s. 5.

7 Joseph Pepito, Brian Vasquez ve Rozzano Locsin, 'Artificial Intelligence and Autonomous Machines: Influences, Consequences, and Dilemmas in Human Care' (2019), C. 11, S. 7 Health, Scientific Research Publishing 933 vd.

belirli bir görevi gerçekleştirebilir. Bu sayede günümüzde sesli asistanlar, dil çevirileri, öneri sistemleri, navigasyon, sosyal güvenlik, sağlık hizmetleri, e-ticaret ve yardımcı robot uygulamaları, siber güvenlik ve savunma sanayi gibi sektöre özel stratejik çalışmalarda YZ kullanılmaktadır. Bankacılık ve güvenlik işlemleri, kullandığımız akıllı telefonlardaki yüz tanıma kilidi, sesli arama özelliği ya da daha önce internette arama yaptığımız bir konu hakkında sürekli karşımıza bu konu ile ilgili çeşitli reklamların çıkması YZ ile ilgilidir[8].

Sosyal hayatı çok derinden etkilemesi nedeniyle yapay zekânın hukuki düzenlemelere konu edilmesi ihtiyacı konusunda OECD, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği önemli çalışmalar yürütmektedir.

2019 yılında AB Güvenilir Yapay Zekâ İçin Etik Yönergesi yayımlanmıştır. Yönergede, yapay zekânın hukuka ve etik değerlere uygun olması için gerekli ilkeler belirlenmiştir[9]. Etik Yönerge haricinde tüm AB üye ülkelerinde bağlayıcı düzenlemeler içeren Yapay Zekâ Tüzüğü Teklifi 2021 yılında hazırlanmış, Avrupa Parlamentosu tarafından 14 Haziran 2023 tarihinde kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemenin Avrupa Parlamentosu ve üye ülkelerin onayının ardından 2026 yılından itibaren bütün AB genelinde yürürlüğe girmesi beklenmektedir[10].

AB Yapay Zekâ Tüzüğünde, YZ sistemi, belirli teknik ve yaklaşımla geliştirilen ve belirli bir insan-tanımlı hedef kümesi için içerik, tahmin, öneriler gibi çıktılar veya etkileşimde bulundukları ortamları etkileyen kararlar üretebilen yazılım olarak tanımlanmaktadır[11]. Bu sistemin; gerçek veya sanal olan ortamı algılamak için makine ve/veya insan temelli girdiler kullanılması, bu tür girdilerin manuel ya da otomatik olarak modellere ayrılması ve son olarak bu modellerden, insan ya da otomatik araçlar yoluyla tavsiye, tahmin veya karar gibi sonuçların üretilmesi şeklinde bir süreç olduğu belirtilmektedir[12].

OECD tarafından yapay zekâ, insan odaklı hedef kümesi için tahminlerde bulunabilen, önerilerde bulunan veya gerçek veya sanal ortamları etkileyen kararlar verebilen makine tabanlı sistem olarak tanımlanmıştır. YZ sistemleri, değişen derecelerde otonomi ile çalışacak şekilde tasarlanmıştır. Bilgisayar sistemlerinin öğ-

---

8 Hüseyin Güven ve Emine Türkan Ayvaz Güven, 'Yapay Zekâ Uygulamalarının E-Ticarette Kullanımı' (2023) 7(13) International Journal of Management and Administration 69-94.

9 European Commission, 'High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI' (2019) https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai erişim (Erişim Tarihi: 8/10/2023)

10 Avrupa Parlamentosu. (2023). *EU AI Act: first regulation on artificial intelligence*, https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence (Erişim Tarihi: 19/12/2023)

11 European Commission. (2021). *Regulation of the European Parliament and of the Council: Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts*, 2021/0106 (COD), Art 3.

12 A.g.e. Art 3.

renme ve problem çözme gibi normalde insan zekâsı gerektiren görevleri yerine getirme yeteneği ile ilişkilendirilmektedir[13].

CEPEJ "Yapay Zekanın Yargı Sisteminde Kullanılmasına Dair Etik Şartı"nda yapay zekâ, amacı insanın bilişsel yeteneklerini bir makine aracılığıyla yeniden üretmek olan bir dizi bilimsel yöntem, teori ve teknik şeklinde tanımlanmıştır. Söz konusu belgeye göre, mevcut gelişmeler, daha önce insanlar tarafından gerçekleştirilen karmaşık görevleri makinelerin gerçekleştirmesini amaçlamaktadır[14].

B. YAPAY ZEKANIN REGÜLASYONU İHTİYACI

Yapay zekâ uygulamaları, bankacılık, reklamcılık, vergilendirme, ticaret alanından tıbbi uygulamalara kadar pek çok alanda kullanılmaktadır. Çeşitli kaynaklardan veri toplamak ve işlemek suretiyle veri yönetimi, tahmine dayalı modelleme, sosyal ağ analizi yapılmaktadır. Örneğin vergilendirme alanında, tapu kayıtları, banka hesapları, araç ruhsatları, sigorta poliçeleri gibi çok çeşitli kaynaklardan gelen verilerin diğer veri tabanları ile bağlanmasını sağlayan bir sosyal ağ veri madenciliği ve analiz yazılım sistemi ile mükelleflerin toplam gelirini ve vergi kaçakçılığı ihtimalinin en yüksek olduğu meslek ve faaliyetleri tespit etmeyi mümkün kılmıştır[15].

Yapay zekânın veri toplama ve işlemesinin bu kadar yaygın kullanımı nedeniyle özel yaşamın gizliliği, ifade özgürlüğü ve ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi ile işsizliğin artması gibi daha pek çok hususta olumsuz etkilerinin olabileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla günümüzde hızla ilerleyen yapay zekâ alanındaki gelişmeler insan haklarına etkilerde bulunmakta çeşitli riskler ve insan haklarının korunması bakımından daha önce öngörülemeyen problemler ortaya çıkarmaktadır. Mevcut hukuk kuralları, yaşanan teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmakta, bu alandaki gelişmelere, yaşanmakta ve yaşanacak olan sorunlara yetersiz kalmaktadır. Bu durum yapay zekâ sistemlerinin uygulandığı alanlarla ilgili olarak insan haklarının korunması bakımından hukuki düzenlemeler yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır[16].

İnsan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü üzerindeki etkisi dikkate alındığında yapay zekânın tasarım ve dizaynı aşamasından itibaren geliştirilmesi, uygulanması ve kullanılması süreçlerinde yer alan tüm üretici ve kullanıcıların belirli sınırlar içinde hareket etmelerini sağlamak ve yapay zekânın kullanımından doğabilecek risk ve zararları kontrol etmek amacıyla hukuki düzenlemeler yapılması zorunludur.

---

13 OECD Yapay Zekâ Konsey Tavsiyeleri, Kabul Tarihi 22/5/2019, Sayı 0449, https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449 (Erişim Tarihi: 7/10/2023)

14 European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). (2018). *European ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment*, s.69, https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c (Erişim Tarihi: 11/9/2023).

15 Miraç Fatih İlgün, 'Vergi Denetim Sürecinde Büyük Veri Analitiği' (2020) 8(1) Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi 1-24.; Neslihan Karataş Durmuş, 'Vergi İdaresi 3.0. Yapay Zekâ Perspektifinden Bir İnceleme' (2023) 184 Maliye Dergisi 225-253.

16 OECD Yapay Zekâ Konsey Tavsiyeleri (n 13).

Yukarıda belirtildiği üzere literatürde yapay zekâ kavramının üzerinde uzlaşılmış net bir tanımı yoktur[17]. YZ terimi sıklıkla farklı anlamlarda kullanılmakta, bu nedenle belirsizliğe ve kavram kargaşasına sebebiyet vermektedir. Yapay zekânın artık sosyal hayata bu kadar girmiş olması ve temel hakları etkileyen düzeylerde kullanılması hukuk alanında YZ ile ilgili düzenlemelerin yapılmasını, çerçeve sınırlamaların getirilmesini kaçınılmaz kılmaktadır. Hukuki düzenleme ihtiyacının karşılanabilmesi için de öncelikle "yapay zekâ" kavramının açık, net, öngörülebilir ve belirli şekilde tanımlanabilmesi hayati önem taşımaktadır.

Yapay zekânın hukuken düzenlenmesine ilişkin olarak hangi düzeyde düzenleme yapılacağının belirlenmesi gerekir. Etik kurallar veya rehber ilkeler gibi *"soft law"* olarak adlandırılan bağlayıcı olmayan hukuk kurallarıyla mı yoksa ulusal ya da uluslararası hukuktaki katı ve bağlayıcı hukuk kurallarıyla mı düzenlenmelidir[18]?

"*Soft law*", genellikle rehber ilkeler, etik kurallar, standartlar, açıklamalar veya öneriler içeren, daha esnek ve bağlayıcılığı olmayan normatif metinleri ifade eder. Sektörel düzenlemeler, davranış kuralları, kılavuzlar veya öz düzenleme (self-regulation) biçiminde ortaya çıkar ve katı yasal yükümlülükleri içermemektedir[19]. Bu yöntemlerin seçimi, belirli bir ülkenin veya bölgenin hukuki yapısına, kültürel özelliklerine ve YZ kullanımının olduğu sektörlere bağlı olarak değişebilir. Ayrıca, bu yöntemlerin uygulanabilirliği ve etkinliği, YZ teknolojisinin gelişimine ve toplumsal beklentilere göre zaman içinde evrilebilir. YZ hızla gelişen dinamik bir alandır. Geleneksel hukuk düzenlemeleri bu gelişmelere yetişmekte zorlanabilir. Bu nedenle bağlayıcı olmayan hukuk kuralları, daha hızlı ve esnek bir şekilde adapte olma olanağı sunduğundan yapay zekanın regülasyonunda öne çıkmaktadır. Üstelik yapay zekâ, ülke sınırlarını aşan küresel etkiye sahip olduğu için küresel düzeyde klasik anlamda kanunlarla standartların belirlenmesi ve uygulanması zor olabilir. Bağlayıcı olmayan hukuk kuralları, çeşitli ülkeler ve sektörler arasında işbirliği sağlamak ve esnekliği artırmak için daha uygundur. Ayrıca etik ilkeler daha çok YZ uygulamalarını geliştiren kurum ve kuruluşlara hitap etmekte olup bu kurumların kendilerini bağladıkları kurallar belirlemesi ve bunları kamuoyuyla paylaşması olumlu bir durumdur[20].

Bununla birlikte bu kuralların hukuki bağlayıcılığı ve yaptırımı olmadığından tek başına yeterli gelmesi mümkün değildir. Yapay zekânın kullanımından kaynaklanan

---

17 Mustafa Aksu, *Yapay Zekâ ve Hukuk* (Onikilevha Yayınları 2022) 28.

18 O. Gökhan Yılmaz, ‹Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı- Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?› (2021) 66(1) Adalet Dergisi 388.

19 Self-regulation" terimi, hukuk alanında bir öz düzenleme veya kendi kendini düzenleme anlamına gelir. Bu terim, bir sektör, meslek veya endüstrinin kendi içinde belirlediği kurallar ve standartlar çerçevesinde düzenlenmesini ifade eder. Bu düzenleme genellikle resmi yasal zorunluluklardan bağımsız olarak, sektörün veya mesleğin içindeki paydaşlar tarafından oluşturulan ve uygulanan bir kurumsal düzenleme biçimidir.

20 Barış Özçelik, 'Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk Ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler' (2021) 66(1) Adalet Dergisi 87-116.

bir zarar meydana gelmesi durumunda kimin hukuki sorumluluğuna gidileceği konusunda ve ayrıca hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleri bakımından bağlayıcı yasal düzenlemeler gereklidir[21]. Dolayısıyla hem bağlayıcı hukuk normlarının hem de rehber ilkeler, etik kurallar, standartlar, açıklamalar veya öneriler içeren, daha esnek ve bağlayıcılığı olmayan kuralların bir arada olması gerektiği düşüncesindeyiz.

Genel olarak YZ tasarım, üretim ve kullanımına ilişkin olarak genel kurallar/rehber ilkelerin düzenlenmesinin yanı sıra yapay zekânın kullanıldığı spesifik alanlara ilişkin hukuki düzenlemeler de olmalıdır. YZ kullanımına ilişkin mevcut bazı mevzuat hükümleri ve anayasal ilkeler YZ sistemleri için de kullanılabilir. Anayasa'da yer alan temel insan hakları, medeni hakların kullanımına ilişkin düzenlemeler ve ceza kanunlarında yer alan hükümler ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin pozitif hukuk kuralları yol gösterici olabilir. Ancak YZ kullanımına özgü sorunların dikkate alınarak yeni düzenlemeler getirilmesi özellikle çok hızlı gelişen ve mevcut hukuk sisteminin ve tanımların yetersiz kaldığı durumda önemli bir ihtiyaçtır[22]. Ayrıca, spesifik alan ihtiyaçlarına göre de düzenlemeler yapılmalıdır. Örneğin yapay zekânın savunma, tıp, hukuk alanında kullanımı gibi durumlara özgü özel düzenlemeler getirilebilmesi mümkündür. Aynı şekilde kamu hukuku, ceza hukuku ve özel hukuk ayrımına göre farklı kullanımlar için farklı düzenlemelere ihtiyaç duyulacaktır. Bununla birlikte aşırı kazuistik yaklaşımın olumsuz etkileri ve her konuda ayrı düzenlemenin mümkün olmayacağı ve düzenlense bile hızlı gelişen ve değişen YZ için yetersiz kalacağı dikkate alınarak YZ kullanımında temel ilkelerin belirleneceği çerçeve bir düzenlemenin kabulü faydalı olacaktır.

YZ alanındaki düzenlemelerin yalnızca tazmin sorumluluğunu düzenlemesi yahut sonradan denetim olması da yeterli değildir. YZ sistemlerinin tasarım, geliştirme, üretim ve dağıtım aşamalarında kuralların önceden belirlenmesi de gereklidir. Bu şekilde ex-ante düzenlemeler potansiyel riskleri en aza indirmeyi, güvenliği artırmayı ve etik standartları sağlamayı amaçlamaktadır[23].

Gerek bağlayıcı olmayan hukuk kuralları gerekse klasik anlamda hukuk normları olsun YZ alanında düzenlemeler yapılırken "insan hakları temelli" yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini savunuyoruz. İnsan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkesi, şeffaflık, güvenilirlik ve hesap verilebilirlik ilkeleri dikkate alınarak genel çerçevenin düzenlenerek temel ilkelerin belirlenmesi gerekmektedir. Yapay zekanın kullanımı kişisel verilerin ve özel hayatın korunması, mahremiyet, etik ve güvenlik gibi konu-

---

21 Council of Europe, 'A Study of the Implications of Advanced Digital Technologies (Including AI Systems) for the Concept of Responsibility within a Human Rights Framework' (2019) https://rm.coe.int/a-study-of-the-implications-of-advanced-digital-technologiesincluding/168096bdab (Erişim Tarihi 26/12/2023).

22 Osman Gazi Güçlütürk ve Yasin M Kadıoğlu, 'Yapay Zekâ ve Regülasyon' in *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ* (1st edn, Onikilevha Yayınları 2021) 75-118.

23 Florian Möslein, 'Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zekâ ve Şirketler Hukuku' (tr Sevda Bora Çınar, 2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 714.

larda temel hak ve hürriyetlere dokunan riskler ve hak ihlalleri ihtimalleri barındırmaktadır. Anılan risklerin ve ihlallerin önüne geçilebilmesi için devletler tarafından gerekli önlemlerin alınması ve YZ uygulamaları ile ilgili hukuki düzenlemelerin yapılması gerekir. Tasarımcıların ise, algoritmaları kontrollü bir biçimde oluşturması ve en önemlisi insan haklarını merkeze alan YZ sistemlerini tercih etmesi gereklidir. Düzenlemeler tartışılırken bilgisayar mühendisleri, yazılımcılar, hukukçular, alana göre değişecek uzmanların sürece dahil edilmesi gerekecektir. Hukuk bakış açısı olmadan yapılacak programlar ve düzenlemelerde temel insan haklarının etkilenebileceği ve telafisi zor mağduriyetler doğabileceği açıktır. Bu bakımdan regülasyon aşamasının yanı sıra YZ programlarının tasarım ve üretim aşamalarında da alanında uzman hukukçuların kontrolü şartının getirilmesi önerilebilir[24].

II. YAPAY ZEKÂ KULLANIMINA DAİR ETİK ÇERÇEVEYİ BELİRLEYEN ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİ

Dünyada YZ kullanımını etik ilkelere bağlama ihtiyacı çerçevesinde hukuki metinler, düzenlemelere dair hukuki çalışmalar yapılmaktadır. Makalemizde OECD, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği tarafından bu alanda kabul edilen önemli hukuki metinler işlenecektir.

A. OECD YAPAY ZEKÂ ETİK İLKELERİ

OECD, yapay zekânın güvenilir olmasının temel gereklilik olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle OECD etik kuralları güvenilir YZ geliştirmeyi amaçlamaktadır[25]. OECD güvenilir YZ için beş etik ilke belirlemiştir.

1) YZ kapsayıcı büyümeyi, sürdürülebilir kalkınmayı ve refahı desteklemeli, yani insanlar ve gezegen için faydalı sonuçların peşinde olmalıdır. Bu sonuçlar arasında insan yeteneklerinin artırılması, yeterince temsil edilmeyen nüfusların katılımının artırılması, ekonomik, sosyal, cinsiyet farklılıklarının ve diğer eşitsizliklerin azaltılması ve çevrenin korunması yer almaktadır.

2) YZ insan merkezli değerleri ve adaleti desteklemelidir; YZ aktörleri, tüm süreç boyunca hukukun üstünlüğüne, insan haklarına ve demokratik değerlere saygı göstermelidir. Özgürlük, onur ve özerklik, mahremiyet ve kişisel verilerin korunması, ayrımcılık yapmama, adalet, sosyal adalet ve işçi haklarının korunması sağlanmalıdır.

3) YZ şeffaf ve açıklanabilir olmalıdır. İnsanların YZ sistemleriyle olan etkileşimleri konusunda bilinçlendirilmesini, sonuçları anlamalarını, YZ sisteminden olumsuz etkilenenlerin, karara temel oluşturan faktörlere ilişkin bilgilere dayanarak sistemin karar sonucuna itiraz etmelerini sağlamak gereklidir.

---

[24] Pınar Karacan ve Doğa Irgız, 'Yapay Zekâ Kullanımı İçin Hukuksal Çerçeve İhtiyacı' (2023) https://blog.lexpera.com.tr/yapay-zeka-kullanimi-icin-hukuksal-cerceve-ihtiyaci/ (Erişim Tarihi: 23/ 10/2023).

[25] OECD Yapay Zekâ Konsey Tavsiyeleri (n 13).

4) YZ teknik açıdan sağlam, güvenli ve emniyetli olmalıdır. Gizlilik, dijital güvenlik ve YZ sistemleriyle ilgili riskleri ele almak için her aşamada sürekli olarak sistematik bir risk yönetimi yaklaşımı uygulanmalıdır.

5) Hesap verebilirlik. YZ sistemlerini geliştiren, dağıtan veya işleten kuruluşlar ve bireyler, OECD'nin yapay zekâya yönelik değer temelli ilkeleri doğrultusunda düzgün işleyişinden sorumlu tutulmalıdır[26].

OECD rehberi oldukça kısadır, genel ve soyut ifadeler içermektedir. Her prensip yönünden detaylı ve uygulamaya yol gösterecek nitelikte açıklamalar içermemektedir.

B. AVRUPA KONSEYİ YAPAY ZEKÂ ETİK İLKELERİ

Avrupa Konseyi tarafından YZ kullanımının hukuki düzenleme çalışmalarını yürütmek üzere üye ülkelerin temsilcilerinden oluşan. Yapay Zekâ Özel Komitesi[27] kurulmuştur. Komitenin çalışmaları halen devam etmektedir ve henüz bir düzenleme metni ortaya konulmamakla birlikte hukuki düzenlemenin çerçevesi ve temel ilkeleri konusunda tavsiyeleri bulunmaktadır. Komite, kural olarak risk odaklı bir yaklaşımın benimsenmesini, risk türlerine göre kategoriler oluşturulmasını tavsiye etmektedir. İnsan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü bakımından kabuledilemez riskler taşıyan YZ uygulamalarının yasaklanması önerilmiştir. Bu şekilde yasaklanması gereken durumlara örnek olarak kamuya açık alanlarda "gerçek zamanlı" uzaktan biyometrik tanıma sistemlerinin kullanılması gösterilmiştir[28].

Komite tarafından YZ sistemlerinin insan haklarının korunmasıyla uyumlu olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu kapsamda, insan onuru, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne yönelik zararların engellenmesi, ifade özgürlüğü, ayrımcılık yasağı, cinsiyet eşitliği, adil yargılanma, YZ sistemlerinin şeffaflığı ve açıklanabilirliği, kişisel verilerin korunması ve mahremiyet hakkı, hesap verilebilirlik ve hukuki sorumluluk ilkelerine dikkat çekilmiştir.

C. CEPEJ YAPAY ZEKÂNIN YARGI SİSTEMİNDE KULLANILMASINA DAİR AVRUPA ETİK ŞARTI

Avrupa Konseyi Avrupa Adalet Verimliliği Komisyonu (CEPEJ), yargı sistemlerinde yapay zekânın kullanımına ilişkin etik ilkeleri belirleyen ilk Avrupa metnini kabul etmiştir. CEPEJ tarafından 3-4 Aralık 2018 tarihli "Yapay Zekânın Yargı Sisteminde Kullanılmasına Dair Avrupa Etik Şartı" kabul edilmiştir[29]. CEPEJ Etik Şartı ile yasa koyucu ve uygulayıcılarına ulusal yargı süreçlerinde rehberlik edebilecek çerçeve ilkeler sunulmaktadır.

---

26 ibid.

27 Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI), *Feasibility Study* (2020)23, para 42.

28 Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI). (n 27)

29 European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment* (2018) https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c (Erişim Tarihi: 11/9/2023)

CEPEJ Etik Şartında yargıda YZ kullanılan alanlar ayrı başlıklar altında gösterilmiştir. Buna göre yargıda YZ araçlarının kullanılabildiği alanlar, gelişmiş içtihat arama motorları, çevrimiçi anlaşmazlık çözümü, senetlerin hazırlanmasında yardım, analiz (tahmin edici, ölçekler), sözleşmelerin farklı kriterlere göre sınıflandırılması ve tespiti, dava taraflarını bilgilendirmek veya onları hukuki işlemlerde desteklemek için "chatbotlar" olarak belirtilmiştir[30].

CEPEJ Etik Şartı YZ yazılımlarının en az risk ile en üst fayda elde edecek şekilde kullanımını amaçlamakta, bu yazılımların hangi kurallar çerçevesinde ve nasıl kullanılması gerektiğine yönelik rehber olma özelliği taşımaktadır. CEPEJ Etik Şartı'na göre, yargıda yapay zekânın kullanımı için yargı kararlarının ve verilerinin algoritmalarla işlenmesinde ve bu kararların kullanımında uyum sağlanması gereken beş temel prensip bulunmaktadır. Bu prensipler;

(1) İnsan haklarına saygı,

(2) Ayrımcılık yasağı,

(3) Kalite ve güvenlik,

(4) Şeffaflık, tarafsızlık ve adil olma,

(5) Kullanıcı kontrolü altında olma ilkeleridir[31].

Birinci ilke YZ uygulamalarının insan haklarına uygun olması zorunluluğunu ifade etmektedir. Yapay zekânın adalet alanında uygulanmasının, verimliliğin ve niteliğin artırılmasına katkı sunabileceği belirtilmekle birlikte yapay zekânın, özellikle AİHS ve Avrupa Konseyi Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'nde güvence altına alınan temel haklara uygun ve sorumlu bir şekilde uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. Mahkemelerin karar alma süreçlerinde hukukun üstünlüğü, yargı bağımsızlığı ve adil yargılanma hakkının güvencelerine riayet edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla YZ araçlarının daha tasarım aşamasından itibaren bu ilkelerle uyumlu olması için önlemler alınmalıdır.

İkinci ilke olan ayrımcılık yasağının amacı YZ araçlarının kullanımı dolayısıyla bireyler veya toplumun belirli grupları arasında ayrımcılığın önlenmesidir. Verilerin gruplandırılması veya sınıflandırılmasında ayrımcılık meydana gelebileceği dikkate alınarak kamu ve özel sektör paydaşlarının ayrımcılığı engellemesi gerektiği vurgulanmıştır. Irk, etnik köken, sosyoekonomik geçmiş, siyasi görüşler, dini veya felsefi inançlar, sendika üyeliği, genetik bilgiler, biyometrik bilgiler, sağlığa ilişkin bilgiler, cinsel hayata veya cinsel yönelime ilişkin hassas verilere dikkat edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrımcılığın teşhis edilmesi halinde ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik düzeltici önlemler alınması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca makine öğrenmesi kullanımında ayrımcılıkla mücadele konusunda disiplinler arası

30 A.g.e. s.5-13.

31 A.g.e. s. 5-13.

bilimsel analizlerin teşvik edilmesi gerektiği düzenlenmiştir[32].

Üçüncü ilke olan kalite ve güvenlik prensibi, yargısal kararların ve verilerin işlenmesiyle ilgili olarak sertifikalı kaynakların ve güvenli teknolojik ortamların kullanılmasına vurgu yapmaktadır. Makine öğrenimi modellerinin tasarımcıları, ilgili adalet sistemi profesyonellerinin (hâkimler, savcılar, avukatlar vb.) uzmanlığından ve sosyal bilimler alanında örneğin ekonomistler, sosyologlar ve filozofların çalışmalarından geniş ölçüde yararlanabilmelidir. Ayrıca, makine öğrenimi algoritması uygulayan bir yazılıma girilen yargı kararlarına dayalı veriler onaylı kaynaklardan gelmeli ve öğrenme mekanizması tarafından gerçekten kullanılana kadar değiştirilmemelidir. Kararın içeriğini veya anlamını değiştirecek herhangi bir değişiklik yapılmadığından emin olmak için tüm sürecin izlenebilir olması ve üretilen model ve algoritmaların güvenli bir çevrede saklanması gerektiği belirtilmiştir.

Dördüncü ilke olan şeffaflık, tarafsızlık ve adil olma ilkesi, veri işleme yöntemlerinin erişilebilir ve anlaşılır olması, dış denetimlere izin verilmesi ile ilgilidir. İster yasal tavsiye sağlanmasına yardımcı olmak, ister taslak hazırlamaya veya karar verme sürecine yardımcı olmak veya kullanıcıya tavsiyelerde bulunmak amacıyla tasarlanmış olsun, veri işlemenin şeffaflık, tarafsızlık ve hakkaniyetle gerçekleştirilmesi gerekir. Bu yönlerden harici ve bağımsız bir uzman değerlendirmesi esastır. Şeffaflık, YZ sisteminin nasıl çalıştığı, hangi verileri kullandığı ve hangi algoritmalara dayandığı konusunda kullanıcıların bilgilendirilmesini de içermektedir. Bu sayede kullanıcıların daha bilinçli kararlar alması ve olası risklere karşı farkındalık geliştirmeleri sağlanacaktır. Yargı kararlarının işlenmesinde kullanılan yöntem ve tekniklerin şeffaflığı ilkesi büyük önem taşımaktadır. Veri işleme tekniklerinin erişilebilirliği ve anlaşılmasının yanı sıra yetkililerin veya bağımsız uzmanların dış denetimler yürütmesi gereklidir. Düzenli olarak yenilenecek bir sertifikasyon sistemi teşvik edilmektedir.

Beşinci ilke kullanıcı kontrolü altında olma ise kullanıcıların otonomluğunu güvence altına almaktadır. Adalet sistemindeki profesyoneller her aşamada YZ aracının kullandığı verileri inceleyebilir, denetleyebilir ve yargısal süreçlerde kullanılan aracın önerileriyle bağlı hissetmeden somut olayın özellikleri ışığında hareket edebilir. Bir davanın yargı süreci öncesinde veya sırasında YZ tarafından veri işlenmesi söz konusu olduğunda, YZ araçlarının sunduğu çözümlerin bağlayıcı olup olmadığı, farklı seçeneklerin neler olduğu, hukuki tavsiye alma ve mahkemeye erişim hakkına sahip olduğu konularında kullanıcıya açık ve anlaşılır bir dille bilgi verilmeli ve AİHS'nin 6. maddesi anlamında davasının doğrudan bir mahkeme tarafından görülebilmesi için itiraz etme hakkına sahip olduğu açıklanmalıdır[33].

Bu ilkeler arasında insan haklarına saygı ve ayrımcılık yapmama temel öneme sahiptir. Amaç, tasarım aşamasından pratik uygulamaya kadar, çözümlerin AİHS

[32] A.g.e. s. 9.

[33] A.g.e. s. 12.

tarafından güvence altına alınan temel haklara saygıyı garanti etmesini sağlamaktır. Ayrımcılık yapmama ilkesi, veri setlerinin belirlenmesi, programlama, tasarım ve kullanım gibi sürecin tüm aşamalarında dikkate alınmalıdır.

D. AVRUPA BİRLİĞİ GÜVENİLİR YAPAY ZEKÂ İÇİN ETİK İLKELER REHBERİ

Yapay zekânın kullanımıyla ilgili etik ilkeleri belirleyen bir diğer önemli belge ise Avrupa Birliğinin 2019 yılında çıkardığı "Güvenilir Yapay Zekâ İçin Etik İlkeler Rehberi" dir (AB Etik İlkeler Rehberi)[34].

Bu rehbere göre; YZ sistemi için üç temel gereklilik vardır: 1. Yasallık ilkesi, 2. Etik ilkelere uygunluk, 3.Teknik ve sosyal açıdan sağlamlık ilkesi.

İlk ilke olan yasallık ilkesine göre YZ uygulamaları yürürlükte bulunan tüm ilgili mevzuata uyumlu olarak geliştirilip kullanılmalıdır. Bu ilke kapsamında demokrasi, hukukun üstünlüğü ilkelerine, kişisel verilerin korunması ile ilgili mevzuatın yanı sıra AİHS ve AB Temel Haklar Şartına özellikle vurgu yapılmıştır.

Etik ilkelere uygunluk prensibi ise, yapay zekânın etik ilke ve değerlere bağlı olarak geliştirilip kullanılması hususunu içermektedir. Bu kısımda dört temel etik prensibi vurgulanmıştır. Bu ilkeler, (i)insan özerkliğine saygı, (ii) zararın önlenmesi, (iii) adalet (iv) şeffaflık-açıklık ilkeleridir. YZ sistemlerinin tasarımı, geliştirilmesi ve kullanımı sırasında insan özerkliğine saygı, zararın önlenmesi, adalet ve şeffaflık ilkelerine uyulması gereklidir.

İnsan özerkliğine saygı, YZ sistemleriyle etkileşime giren insanların kendi kararlarını tam ve etkili bir şekilde alabilmeleri ve demokratik sürece katılabilmelerinin sağlanmasını gerektirir. YZ sistemleri insanları haksız yere zorlamak, aldatmak, manipüle etmek, şartlandırmak veya bağımlı kılmak için kullanılamaz. Bunun yerine insanın bilişsel, sosyal ve kültürel becerilerini geliştirmek, tamamlamak ve güçlendirmek için tasarlanmalıdır. İnsanlar ve YZ sistemleri arasında insan odaklı tasarım ilkeleri takip edilmeli ve programlar kişilerin bilinçli seçimler yapabilmesine olanak tanıyacak şekilde geliştirilmelidir. Bunun sağlanması için YZ sistemlerindeki işleyiş süreçleri üzerinde insan gözetiminin güvence altına alınması gereklidir[35].

Zarar vermeme yahut zararın önlenmesi ilkesi, insanların zihinsel ve fiziksel bütünlüğünün ve insan onurunun korunmasını ifade etmektedir. YZ sistemlerinin çalışmaları güvenli ve emniyetli olmalı, teknik yönden sağlam olmalıdır. Kötü niyetli kullanıma sebebiyet verilmediğinden emin olunmalıdır. Çocuklar, engelli kişiler gibi sosyal hayatta daha dezavantajlı ve hassas durumda olan gruplar veya dışlanma riski altında olan diğer kişilerin hukuki menfaatlerine özellikle dikkat edilmesi gerekmektedir. İşverenler ve işçiler arasında yahut ticari işletmeler ile tüketiciler

---

[34] European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, *Ethic Guidelines for Trustworthy AI* (2019) Publications Office.

[35] A.g.e. s. 14.

arasında olduğu gibi güç dengesizliğinin olabileceği durumlara daha hassas yaklaşılması vurgulanmaktadır[36].

Adalet ilkesi ise YZ sistemlerinin tasarımdan itibaren geliştirilmesi ve kullanımının adil olmasına işaret etmektedir. Adalet kavramının soyut ve yoruma açık olduğu kabul edilmekle birlikte hem maddi hem de usuli boyutu olduğu belirtilmekte, maddi boyut bakımından, fayda ve maliyetlerin eşit ve adil dağılımının sağlanması, bireylerin ve grupların haksız önyargılardan, ayrımcılıktan ve damgalamadan uzak kalmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Ek olarak YZ sistemlerinin üreticileri, hedef amaçlar ile kullanılan araçlar arasındaki orantılılık ilkesine saygı göstermeli ve çatışan çıkarlar ile hedeflerin nasıl dengeleneceğini dikkate almalıdır. Usul boyutu yönünden, YZ sistemleri üreticileri tarafından alınan kararlara karşı etkili dava ve tazmin yolları bulunmalıdır. Bunun için söz konusu kararlardan sorumlu olan kuruluşun kimliği belirlenebilir olmalı ve karar verme süreçleri açıklanabilir olmalıdır.

Şeffaflık ve açıklık, kullanıcıların YZ sistemlerine güven duymalarını sağlamak ve bu güveni sürdürmek için çok önemlidir. YZ uygulamasının izlediği sürecin ve karar almasının şeffaflığını ifade etmektedir. YZ sisteminin teknik süreçleri ve alınan kararlar şeffaf şekilde açıklanabilir olmalıdır. Bunun sağlanması izleme ve denetleme mekanizmalarının kurulmasıyla mümkündür. İnsanlar bir YZ sistemi ile etkileşime girdiklerinin farkında olmalı, sistemin yetenekleri ve sınırlamaları hakkında doğru şekilde ve zamanında bilgilendirilmelidir.

AB Etik İlkeler Rehberi'nin ikinci bölümünde, soyut olan söz konusu etik ilkelerin pratikte gerçekleştirebilmesi için özellikle YZ sistemlerini üreten aktörlere yönelik yedi ayrı gereklilik belirlenmiştir. Bu şartlar yedi ayrı başlıkta gösterilmekle birlikte sınırlı sayıda olmadığı vurgulanmıştır. Buna göre, güvenilir YZ sistemlerinin pratikte geliştirilmesinde dikkate alınması önerilen gereklilikler şunlardır: a) insan kontrolü ve denetim, b) teknik dayanıklılık ve güvenlik, c) mahremiyet ve veri yönetimi, d) şeffaflık, e) çeşitlilik, ayrımcılık yasağı ve adalet, f) toplum ve çevrenin korunması, g) hesap verilebilirlik.

İnsan kontrolü ve denetim ilkesine göre temel haklar üzerindeki olumsuz etkiler yapay zekânın geliştirilmesinden önce değerlendirilmeli ve olumsuz etkilerin azaltılması yahut ortadan kaldırılması için gerekli tedbirler alınmalıdır. YZ sistemleri insanın özerkliğini azaltmamalı, bireylerin daha iyi ve daha bilinçli seçimler yapmalarına destek olmalıdır. YZ sistemlerinin uygun araçlarla denetlenmesi için mekanizmalar oluşturulmalıdır. Belirli konularda yapay zekânın kullanımının önceden alınacak izne tabi tutulması, YZ aktivitesinin izlenmesi ve insanın takdir yetkisinin olması, gerekli hallerde YZ kararlarını geçersiz kılma imkanının sağlanması gereklidir. Kamu makamları YZ üreticileri ve kullanıcıları üzerinde denetleme ve düzenleme yetkisine sahip olmalıdır.

Teknik sağlamlık ve güvenlik: YZ araçları, güvenilir, emniyetli ve hackleme ve manipülasyon gibi saldırılara karşı dayanıklı olmalıdır; Bir sorun olması durumun-

[36] A.g.e.

da uygulamanın iptal edilmesi, geri alınmasına olanak tanınmalıdır. YZ verileri ve çıktıları doğru olmalı ve kullanıcıları olası hatalara karşı bilgilendirmelidir. YZ aynı koşullar altında aynı, yani "tekrarlanabilir" ve öngörülebilir sonuçlar yaratmalıdır[37].

Mahremiyet ve veri yönetimi ilkesi uyarınca, bireyler, YZ tarafından toplanan verileri üzerinde tam kontrole sahip olmalıdır. Kişisel verilerin yasa dışı şekilde toplanması, işlenmesi ve kullanılmasına izin verilemez. Ayrıca YZ sistemini besleyen verilerin önyargı, ayrımcılık ve hatalara karşı kalitesi, bütünlüğü ve uygunluğu sağlanmalıdır.

Şeffaflık; verilerin, YZ sistemlerinin ve iş modellerinin şeffaflığı sağlanmalıdır. Bunun sağlanması, YZ sistemlerinin izlenebilirliği, diğer hususların yanı sıra, kararların ve temel süreçlerin (YZ sisteminin analiz, tasarım ve eğitiminde kullanılan veriler dahil) belgelenmesi yoluyla sağlanabilir. Algoritmik karar verme süreçlerinin mümkün olduğu ölçüde açıklanabilir olması gereklidir. Özellikle yapay zekânın "insanların yaşamları üzerinde önemli bir etkiye sahip olması" durumunda söz konusu karar verme sürecinin açıklanması elzemdir. Bireylerin bir YZ sistemiyle etkileşimde oldukları durumlarda, sistemin yetenekleri, sınırlamaları ve nasıl tercihlerde bulunabilecekleri konusunda uygun şekilde bilgilendirilmesi gereklidir. Temel hakların korunması bakımından muhatap alınacak sorumlu kişilerin belirli ve ulaşılabilir olması sağlanmalıdır.

Çeşitlilik, ayrımcılık yasağı ve adalet: YZ insan odaklı olmalı, ürün ve hizmetlerin kullanılmasında herkese eşit muamele ve erişim sağlanmalıdır. Eşit muamele yoluyla eşit erişim sağlanmalıdır.

Hesap verebilirlik: YZ uygulamaları, fikri mülkiyetle ilgili veya diğer özel bilgilerin yayınlanmasına gerek kalmadan denetlenebilecek şekilde tasarlanmalıdır. Olumsuz etkiler rapor edilmeli, en aza indirilmeli ve yeterli telafi mekanizmaları sağlanmalıdır. Özellikle temel hakları etkileyen ve güvenlik açısından kritik uygulamalar söz konusu olduğunda bağımsız denetçiler tarafından denetleme sağlanmalıdır.

E. AB YAPAY ZEKÂ TÜZÜĞÜ

AB Yapay Zekâ Tüzüğü Tasarısı, YZ sistemlerinin geliştirilmesi, piyasaya arzı ve kullanımı için uyumlaştırılmış kurallar ortaya koymaktadır [38]. İnsan hakları yönünden zararlı olan bazı YZ uygulamaları yasaklanırken, kolluk faaliyetleri amacıyla uzaktan biyometrik tanıma sistemlerinin belirli kullanımlarına yönelik belirli kısıtlamalar ve koruyucu önlemler önerilmektedir[39].

---

37 A.g.e.

38 AB Yapay Zeka Tüzüğü (2021) https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI(2021)698792_EN.pdf (Erişim tarihi 11/10/2023)

39 Avrupa Parlamentosu, 'EU AI Act: First Regulation on Artificial Intelligence' (2023) https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence (Erişim Tarihi: 19/12/2023)

Tüzük, AB Temel Haklar Şartı ve veri koruma, tüketicinin korunması, ayrımcılık yapılmaması ve cinsiyet eşitliği ile ilgili düzenlemelerle uyum gerekliliğini vurgulamaktadır. Bu kapsamda, güvenilir yapay zekâ, insan onuru, özel hayata saygı ve kişisel verilerin korunması, ayrımcılık yasağı ve kadın erkek eşitliği, ifade, toplantı ve örgütlenme özgürlüğünün korunmasını, bu haklar üzerinde caydırıcı bir etkinin önlenmesini, etkili başvuru ve adil yargılanma hakkını, savunma haklarını ve masumiyet karinesini ve de iyi idare/iyi yönetişim ilkesinin korunmasını amaçlamalıdır. Ayrıca, işçilerin adil çalışma koşullarına ilişkin hakları, tüketicinin yüksek düzeyde korunması, çocuk hakları ve engelli kişilerin entegrasyonu gibi özel olarak korunması gerekli grupların hakları dikkate alınmalıdır. Eğitim ve öğretim, istihdam, kolluk ve yargı gibi kritik önemdeki alanlarda hatalı veya önyargılı YZ destekli karar riskini en aza indirerek temel haklara riayet edilmesini sağlamak üzere önceden test etme, risk yönetimi ve denetleme yükümlülükleri önerilmiştir. YZ sistemlerinin şeffaflığı, izlenebilirliği ve kontrolü sağlanmalıdır[40].

AB Yapay Zekâ Tüzüğü YZ uygulamalarını risk durumuna göre kategorilere ayırmaktadır. Tüzük, (i) kabul edilemez risk, (ii) yüksek risk ve (iii) düşük veya minimum risk oluşturan YZ kullanımları arasında ayrım yaparak riske dayalı bir yaklaşım izlemektedir. İnsan haklarını ihlal eden, AB değerlerine aykırı olan YZ sistemleri kabul edilemez riskte görülerek tümüyle yasaklanmaktadır. Örneğin, insanların davranışlarını kendilerine veya başkalarına psikolojik veya fiziksel zarar verme ihtimali olan tarzda yönlendiren yahut bilinçaltı teknikleriyle manipüle etme veya çocuklar ya da engelli kişiler gibi özel kırılgan grupların kırılganlıklarını istismar etme yönünde ciddi potansiyeli olan uygulamalar yasaklanmıştır. Ayrıca, belirli sınırlı istisnalar geçerli olmadıkça, kolluk faaliyeti amacıyla kamuya açık alanlarda "gerçek zamanlı" uzaktan biyometrik tanıma sistemlerinin kullanılması yasaklanmıştır.

Gerçek kişilerin sağlığı ve güvenliği veya temel hakları bakımından yüksek risk oluşturan YZ sistemleri, yüksek riskli kategoride ele alınmaktadır. Yüksek riskli kategorideki YZ uygulamaları yasaklanmamıştır ancak bu uygulamaların oldukça sıkı ve belirli kurallar çerçevesinde yürütülmesi öngörülmüştür. Yüksek riskli YZ sistemlerinin AB çapında bir veri tabanına kaydedilmesi suretiyle Komisyonun ve ulusal makamların denetimine tabi tutulması amaçlanmaktadır. Veri tabanı, Komisyon tarafından işletilecek ve YZ sistemlerinin piyasaya arz edilmeden veya başka bir şekilde kullanılma sunulmadan önce bu veri tabanına kayıt edilmesi zorunlu olacaktır.

Düşük veya minimum risk oluşturan YZ sistemleri yönünden ise şeffaflığı sağlamaya yönelik önlemler alınması öngörülmüştür. İnsanlarla etkileşime giren, duyguları tespit etmek veya biyometrik verilere dayalı olarak (sosyal) kategorilerle ilişkileri belirlemek için kullanılan veya içerik üreten yahut manipüle etme riski bulunan sistemler için şeffaflık önlemleri geçerli olacaktır. Kişiler bir YZ sistemiyle

[40] AB Yapay Zekâ Tüzüğü (2021). s. 11-12.

etkileşime girdiğinde, duyguları veya özellikleri otomatik araçlarla tanındığında, bu durumdan haberdar edilmelidirler. Gerçek içeriğe önemli ölçüde benzeyen görüntü, ses veya video içeriğini oluşturmak veya işlemek için bir YZ sistemi kullanılıyorsa, içeriğin meşru amaçlar (kolluk, ifade özgürlüğü vb.gibi) yönünden istisnalara tabi olarak otomatik yollarla üretildiğini açıklama yükümlülüğü olmalıdır. Bu şekilde, kişilerin bilinçli seçimler yapmasına olanak tanınmalıdır.

AB Komisyonu, yargıda kullanılacak YZ sistemlerinin bir adli makama gerçekleri ve hukuku araştırma ve yorumlamada, kanunu somut olaya uygulamada yardımcı olmayı amaçlaması gerektiğini belirtmiştir. Yargıcın yerine geçecek veya robot hakimler olarak ifade edilen YZ sistemlerinin uygun görülmediği vurgulanmıştır. AB Komisyonu, mahkemelerin idaresine yönelik önyargılar içeren ve şeffaflık ilkesi yönünden kusurlu olan YZ sistemlerinin adil yargılanma ve etkili başvuru hakkına verebilecekleri önemli zararlar nedeniyle "yüksek riskli" olarak sınıflandırmıştır. Bu kapsamda yargı ile ilgili olarak şu kategoriler yüksek riskli sayılmıştır:

1. Bir gerçek kişinin suç işlemesi veya yeniden suç işlemesi riskini yahut ceza gerektiren suçların potansiyel mağdurları riskini değerlendirmek amacıyla tasarlanan YZ sistemleri,
2. Gerçek kişilerin suç işleme konusunda bireysel risk değerlendirmelerini yapmak için kolluk kuvvetleri tarafından kullanılması amaçlanan YZ sistemleri;
3. Kolluk kuvvetleri tarafından yalan makinesi ve benzeri araçlar olarak kullanılması veya gerçek bir kişinin duygusal durumunu tespit etmeyi amaçlayan YZ sistemleri;
4. Cezai suçların soruşturulması veya kovuşturulması sırasında delillerin güvenilirliğinin değerlendirilmesi için kullanılması amaçlanan YZ sistemleri[41].

Yüksek riskli YZ sistemlerini hizmete açmadan önce, sistemin bir uygunluk değerlendirmesine tabi tutulması gerekmektedir. Bu değerlendirme, sistemlerin güvenilir bir YZ için zorunlu koşullara (örneğin veri kalitesi, belgelendirme ve izlenebilirlik, şeffaflık, insan gözetimi, doğruluk, siber güvenlik ve dayanıklılık) uygun olduğunu göstermelerini amaçlamaktadır. Yüksek riskli YZ sistemleri yönünden ayrıca insan hakları etki analizi yapılması gereklidir[42]. Söz konusu değerlendirme, dağıtıcının yüksek riskli YZ sistemini kullanacağı süreçleri, sistemin kullanılmasının amaçlandığı süre ve sıklığı, sistemin belirlenen bağlamda kullanımından etkilenmesi muhtemel gerçek kişi ve kişi grubu kategorilerini, bu kategorileri etkilemesi muhtemel zarar risklerini ve uygulanacak insan gözetim önlemleri ile risklerin gerçekleşmesi durumunda alınacak önlemleri içermelidir[43].

41 AB Yapay Zekâ Tüzüğü (2021).

42 AB Yapay Zekâ Tüzüğü (2021). s. 11-12.

43 AB Yapay Zekâ Tüzüğü (2021). s. 11-12.

III. YAPAY ZEKÂNIN YARGI ALANINDA KULLANILMASI

Dijitalleşme, bilgi teknolojileri ve YZ uygulamaları yargı ve adalet hizmetlerinde de yerini almaktadır. Yargılama aşaması, her bir davada adaleti sağlamak görevini üstlenmiştir. Bilişim gözüyle bakıldığında dava konusu ne olursa olsun, mahkemelerin ve hakimlerin görevi bilgiyi işlemeyi içermektedir. Taraflar bilgiyi mahkemeye getirir, yargılama sırasında bu bilgiler muhakeme edilir ve yargılama sonucunda çıkan karar aynı zamanda bilgidir. Hakimler karar verme sürecinde kanunların yorumlanması tekniklerinden ve mantık kurallarından faydalanmaktadır. Söz konusu hukuk ilke ve kurallarının bir sistematik içerisinde somut olaya uygulanması ile sonuca ulaşılmaktadır. Davada uygulanacak hukuk kurallarının (büyük önerme) somut olaya (küçük önerme) uygulanması ile karara (sonuç önerme) ulaşılır[44]. Dolayısıyla adalet alanındaki bilgi işleme süreçlerinin yapay zekanın çalışma yöntemine uyumlu olmadığı yahut uzak olduğu söylenemez.

Mahkemeler önüne gelen tüm davalar karmaşık konuları içermemektedir. Çoğunlukla birbirini tekrar eden, yerleşik ve rutin kararların verildiği davalar bulunmaktadır. Bazı davalarda konu duruşma açılmasına bile gerek olmadan çözümlenebilmektedir. Yargının ilgilenmesi gereken davaların yalnızca sınırlı bir kısmı karmaşık ve kompleks durumlar içermektedir. Yargının üzerindeki aşırı işyükü adalet hizmetlerinin verimliliğini ve etkinliğini iyileştirmeyi gerektirmektedir. Ülkemizde ve dünyanın çeşitli yerlerinde yargı sistemlerinde, UYAP benzeri elektronik ve çevrimiçi sistemlere geçilmiştir. Mahkemelerde belgelerin elektronik olarak dosyalanmasına, tasnif edilmesine ve erişilmesine, davaların çevrimiçi olarak açılmasına ve yönetilmesine izin verilmektedir[45]. Video konferans yöntemleriyle duruşmalar yapılmakta, tarafların ve tanıkların duruşmaya uzaktan katılmalarına imkân sağlanmaktadır.

A. YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİNİN YARGI HİZMETLERİNDE KULLANILMASININ TÜRLERİ

Yapay zekâ sistemlerinin yargı hizmetlerinde kullanılması konusunda üç kategoriden bahsedilmektedir. 1. Destekleyici YZ sistemleri 2. Tahmin ve öngörü sunan YZ sistemleri 3. Hâkimin yerini alan yapay zekâ-robot hakimler[46]. Yapay zekânın yargı uygulamasında, hâkime yardımcı yapay zekâ, karar taslaklarını hazırlayan YZ ve karar veren YZ olarak üç şekilde kullanılabileceği anlaşılmaktadır[47]. Öte yandan destekleyici, yerine gelen ve bozucu teknolojiler şeklinde tasnif yapılması

---

44 Ernst Hirch, *Pratik Hukukta Metot* (8th edn, Seçkin Yayıncılık 2017) s 8; Rona Serozan, *Hukukta Yöntem* (Vedat Kitapçılık 2015) s 25.

45 Gökhan Erdoğan, 'Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış' (2021) *Adalet Dergisi* 66:131.

46 Paula C. Arias, 'Artificial Intelligence & Machine Learning: a Model for a New Judicial System?' (2020) *Revista Internacional Jurídica y Empresarial* (3) 81-91.

47 Yılmaz (n 45) 379-415.

da önerilmiştir[48]. Destekleyici yapay zekâ, hukuk sistemi içerisindeki kişileri bilgilendiren, destekleyen ve tavsiye veren sistemlerdir. Yerine gelen teknoloji, daha önceden insanların üstlendiği işlev ve faaliyetleri teknolojinin üstlenmesidir. Son olarak bozucu teknoloji ise hukuk sisteminin kökten bir biçimde değişmesidir[49].

1. Destekleyici Yapay Zekâ

Destekleyici yapay zekânın özellikle dosya tasnifi, karar destek sistemi gibi uygulamalar ile hukuk ve yargılama alanına yardımcı olabileceği tartışmasız kabul görmektedir. Buna örnek olarak içtihat tarama programları gösterilebilir. Belirli bir geçmişten günümüze kadar verilmiş yargı kararlarının sisteme girilmesi neticesinde, bu sistemi içeren programların kullanıcıları dünya üzerindeki yargı kararlarına saniyeler içinde ulaşılabilmektedir. Böylece, yargı kararlarının anahtar kelimeler veya karar künyesi kullanılarak bulunmasını sağlayan içtihat tarama programları, binlerce sayfa karar arşivini araştırıp bulup okumak yerine, hukukçuların diledikleri mahkemenin kararlarına ulaşmasını sağlayan oldukça pratik bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

Destekleyici yapay zekâ, günümüzde hukuk büroları ve mahkemelerde kullanılan içtihat programlarından daha farklıdır. Destekleyici yapay zekâ, hukuk sistemi içerisindeki kişileri bilgilendiren, destekleyen ve tavsiye veren sistemlerdir. Sadece mevzuat, anahtar kelime yazarak karar arama değil, doğal dil işleme özellikleri sayesinde veri bankalarında bulunan milyonlarca kararı çok hızlı bir şekilde analiz ederek arama yapılan konuyla doğrudan ilgili olan karar gerekçelerini bulabilmekte, sözleşme metinlerini inceleyerek hangi kısımlarının kabul edilir olduğunu veya hangi kısımlarının sorun teşkil ettiğini analiz edebilmektedir[50]. Ross, mevzuatı ve mahkeme kararlarını tarayabilen, avukatlara rapor hazırlayabilen ve icra iflas hukuku alanında hizmet veren bir yazılımdır. Lex Machina ise geçmiş davalardaki hukuki adımları inceleyerek mevcut hukuki süreç hakkında öngörüde bulunmaktadır.

Ayrıca dil işlemcileri ve çeviri özelliklerini örnek gösterebiliriz. Konuşmayı, sesi işleyerek yazıya dökebilen ve farklı dillerden çeviri yapabilen sistemler destekleyici YZ örnekleridir[51]. Bu sistemler kısaltmaları ve yasal kurallara yapılan atıfları algılayabilmektedir. Bu şekilde duruşma tutanakları ve kararlar sesten yazıya doğru, hızlı ve kolay şekilde aktarılabilmektedir.

---

48 Tania Sourdin, *Justice in the Age of Technology: The Rise of Machines is Upon Us* (2017) Sydney: Australian Lawyers Alliance, s 1.

49 A.g.e. s. 4-9.

50 Nicole Yamane, 'Artificial Intelligence in the Legal Field and the Indispensable Human Element Legal Ethics Demands' (2020) *The Georgetown Journal of Legal Ethics* 33(4) 877. s. 877.

51 Courts of Hungary, 'Speech Recognition and Transcription Software' (2016) https://birosag.hu/en/speech-recognition-and-transcription-software (Erişim Tarihi: 23/10/2023)

2. Tahmin ve Öngörü Sunan Yapay Zekâ/Kararları Tahmin Eden Yapay Zekâ

Yapay zekâ mahkemedeki karar aşamasından önce iki şekilde kullanılabilir. Birincisi mahkemeye başvurmadan önce kararı tahmin etmektir ve ikincisi ise mahkeme aşamasında hâkime davaya ilişkin bir karar taslağı/önerisi sunmaktır[52].

Yargı kararlarının istatistiksel analizi, değerlendirilmesi ve kararların veri destekli tahmini (sonuç tahmini, tahmine dayalı analitik) ile ilgilenen sistemleri içermektedir. Karar tahmininde bulunan YZ sistemleri, içtihatlardan hareketle makine öğrenmesi teknolojisini kullanır ve davaya bakmakta olan hâkimin, davayı hangi hukukî gerekçeye dayanarak hangi olasılığa göre karara bağlayacağını önceden tahmin etmeye çalışır[53].

Tahmine dayalı (öngören) YZ uygulamaları, temel olarak avukatlar veya dava yoluna başvurmayı düşünen kişiler tarafından davalarında başarılı olup olmayacaklarını anlayabilmeleri bakımından fayda sağlayabilir.

Ülkemizde Yargıtay'ın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi kapsamında YZ sistemi kullanılarak emsal kararların özetlerinin hızlı bir şekilde erişime sunulacağı bir çalışma olduğu açıklanmıştır[54]. Yargıtay içtihatlarını yaygınlaştırmak amacıyla YZ destekli İçtihat Merkezi kurulmuştur. Bu yazılım sayesinde avukatlar ve başvuruculara emsal kararları değerlendirerek davalarının başarı şansı olup olmadığını önceden değerlendirebilecekleri ifade edilmiştir. Bu proje kapsamda Yargıtay İçtihat Merkezinde geliştirilecek olan yapay zekânın tahmine dayalı yapay zekaya örnek olabileceği söylenebilir.

Karar taslağı hazırlayan YZ esas olarak hâkimler, arabulucular ve hakemler için söz konusudur. YZ burada mahkemenin aynı/benzer olaylar için daha önce verdiği kararları esas alarak öneride bulunacaktır. Sonrasında ise hâkim doğal olarak yapay zekanın önerisi gibi karar verme, onu revize etme ya da yok sayma seçeneklerine sahiptir. Yapay zekânın bu kullanımı ceza hukuku uyuşmazlıklarından ziyade özel hukuk ve idare hukuku uyuşmazlıklarında daha iyi sonuçlar verebilir[55]. Zira cezai konularda hâkim serbestçe takdir edeceği delillere göre tamamen kendi vicdanına ve takdirine göre karar vermelidir. Avrupa Etik Şartında[56] bahsedildiği üzere cezai konularda YZ tarafından hâkim için karar taslağı hazırlanması, hâkimin yaklaşımını etkilemeye elverişli olduğundan tarafsızlığını ve bağımsız mahkemede yargılanma güvencesi bakımından adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verebilir[57].

---

52 Yılmaz, O. G. (2021). s. 405.

53 Hikmet Bilgin, 'Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hâkimler Hakkında Düşünceler' (2022) *İnÜHFD* 13(2) 405-419.

54 Yargıtay web sitesi-duyuru (2023). https://www.yargitay.gov.tr/icerik/1727/yargitayin-kurumsal-kapasitesinin-guclendirilmesi-projesi-kapanis-konferansi-gerceklestirildi (Erişim Tarihi:18/10/2023).

55 Yılmaz, O. G. (2021). s. 405.

56 European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment* (2018) https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c (Erişim Tarihi: 11/9/2023).

57 A.g.e. s.47-53.

3. Hâkimin Yerini Alan Yapay Zekâ/Robot Hakimler

Yapay zekanın otonom olarak adeta gerçek bir hâkim gibi davalar hakkında karar vermesini ifade eder[58]. Bu ihtimalde taraflar uyuşmazlığı önce YZ sistemine taşırlar ve sonrasında gerçek hâkimler önünde itiraz edebilirler. Hemen belirtmek gerekir ki bu seçenek günümüzde sadece teorik tartışmalarda yer alan bir unsurdur, yakın zamanda gerçekleşebilecek bir durum olarak görünmemektedir[59].

Anayasa'ya göre yargı yetkisi, bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır. Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Hâkimin yerine YZ tarafından karar verilmesi yetki kurallarına aykırı olacaktır.

Hakimlik vicdani kanaate göre karar vermeyi, mantık, muhakeme yürütmeyi, kanunların lafzını ve ruhunu yorumlamayı gerektirdiğinden insana özgü bilişsel ve duyusal özellikleri gerektirmektedir. Dolayısıyla insan hâkimin tümüyle yerini alabilecek robot yahut YZ sistemleri- teknoloji bir gün buna elverişli olsa dahi- hakimlik mesleğinin gereklerine uygun olmayacaktır.

Yargılamada her somut olayın özelliğine göre adaletin gerçekleştirilmesi gereklidir. Hissetme, empati yapabilme, davacı veya davalının duygu, hal ve tavırlarını okuyabilme, toplumsal değerleri anlama gibi insana özgü özelliklerin somut olayda adaleti sağlamak bakımından önemi büyüktür. YZnin söz konusu özelliklere sahip olması mümkün değildir.

B. DÜNYADA YARGI ALANINDA YAPAY ZEKÂ UYGULAMALARI

Günümüzde adalet sisteminde ve mahkeme yönetiminde YZ uygulamalarının kullanıldığı pek çok örnek bulunmaktadır. Yargı alanında YZ sistemlerinin halihazırda kullanıldığı ülkelerin başında Çin ve Amerika bulunmaktadır. Aşırı nüfus yoğunluğu ve dünya çapında ekonomik aktiviteleri olan Çin'in dava yükü mevcut insan kaynaklarıyla yönetilemez hale geldiği için 2014 yılından itibaren yargı sisteminde teknolojik sistemlerin kullanılmasını içeren bir dizi reform çalışması başlatılmıştır. Çin, adalete daha fazla erişimi teşvik etmek, yargı şeffaflığını artırmak ve hukuki konularda ihtilaflı olan taraflar için adil sonuçları teşvik etmek amacıyla adalet sektörüne yeni teknolojileri adapte etmiştir. Bu kapsamda mail yoluyla dilekçe ve belge gönderilmesi, elektronik başvuru, online duruşma imkanlarının yanı sıra 2017 yılından itibaren mahkeme resepsiyon alanında mahkeme kullanıcılarına çevrimiçi hukuki yardım sunan statik bir robot, belgelerin e-dosyalanması için tesis içi olanaklar; özel sanal mahkeme salonları, konuşmacıdan bağımsız ses tanıma ile

---

58 Simon Chesterman, *We, the Robots?: Regulating Artificial Intelligence and The Limits of The Law* (Cambridge University Press, 2021).

59 Briony Harris, 'Could an AI ever replace a judge in court?' (2017) https://www.worldgovernmentsummit.org/observer/articles/2017/detail/could-an-ai-ever-replace-a-judge-in-court erişim (Erişim: 20.09.2023).

sesi yazıya çeviren dil işlemcileri ve internet alışverişleriyle ilgili anlaşmazlıkları çözen Çin'in ilk "internet mahkemesi" bulunmaktadır. Söz konusu internet mahkemesi, çevrimiçi krediler, e-ticaret (sözleşme ve ürün sorumluluğu sorunları), alan adı anlaşmazlıkları ve çevrimiçi telif hakkı sorunlarıyla ilgili işlerde uyuşmazlıkları çözmektedir[60].

İnternet mahkemesi davacının kimliğini doğrulamak için yüz tanıma teknolojisinin yanı sıra hakimler için otomatik olarak kararlar oluşturmak için makine öğrenimi teknolojisi dahil olmak üzere çoğunlukla YZ uygulamaları kullanmaktadır. Blockchain teknolojisi, internet mahkemelerinde delillerin korunması amacıyla kullanılmıştır ve 2018'de Hangzhou İnternet Mahkemesi, Çin'de telif hakkı ihlali vakalarıyla başa çıkmada yardımcı olacak delilleri saklama aracı olarak blockchain'i tanıyan ve kullanan ilk mahkeme olmuştur[61]. Çin internet mahkemeleri, fikri mülkiyet, e-ticaret, internet üzerinden yapılan işlemlerle ilgili mali anlaşmazlıklar, çevrimiçi olarak edinilen krediler, alan adı sorunları, internet ile ilgili mülkiyet ve medeni haklar davaları, çevrimiçi satın almalardan kaynaklanan ürün sorumluluğu gibi çeşitli anlaşmazlıkları ele almaktadır. Bir dava ortalama 40 günde sonuçlanmaktadır. Internet mahkemeleri önündeki davacıların neredeyse yüzde 80'i bireyler, yüzde 20'si ise kuruluşlardır; bu mahkemeler tarafından alınan kararların yüzde 98'i itiraz edilmeden kesinleşmiştir[62].

Amerika'da, veri setlerinin kapsadığı hukukî konularda hukukî danışmanlık hizmeti verebilen, tüketiciler tarafından bilgisayar üzerinden girilen soruları mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde yanıtlayabilen YZ uygulamaları kullanılmaktadır. Ayrıca sözleşme inceleme ve değerlendirme üzerine programlanmış bir YZ yazılımının ise deneyimli avukatlara kıyasla daha hızlı ve etkili sonuçlara ulaşabildiği anlaşılmıştır[63]. Bunlara örnek olarak IBM tarafından üretilen YZ sistemi olan ROSS[64], veri toplayıp analiz eden LEX-MACHINA[65] ve sözleşme analizinde kullanılan KIRA[66] isimli YZ uygulamaları belirtilebilir. Ross sistemi, avukatlara yardımcı olmak için tasarlanmıştır ve sisteminde doğal dil işlemcisi bulunan, hukukî araştırma yapabilen ve sorulan sorulara belgelerle cevap verebilen bir donanıma sahiptir[67].

---

60 Changqing Shi, Tania Sourdin, Bin Li, 'The Smart Court- A New Pathway to Justice in China?' (2021) *International Journal for Court Administration* 12(1) 4.s. 4.

61 Jimmy Aki, 'Chinese Internet Court Uses Blockchain To Combat Online Plagiarism' (2018) https://au.finance.yahoo.com/news/chinese-internet-court-uses-blockchain-055508526.html (Erişim Tarihi: 20/10/2023)

62 Shi, Sourdin ve Li (n 60) 369.

63 İlay Yılmaz, Can Sözer ve Ecem Elver, 'Yapay Zekâ İle İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme' (2021) *Adalet Dergisi* 66(1) 445-469.

64 https://www.rossintelligence.com/what-is-ai

65 https://lexmachina.com/

66 https://kirasystems.com/

67 Yamane (n 50) 877.

İngiltere'de kullanılan DoNotPay isimli YZ uygulamasından da bahsetmekte fayda bulunmaktadır. Uygulamayı indirmek ücretsizdir ve kullanıcılarına küçük miktarlardaki kredi kartı ücreti, park cezaları, yeşil kart ve vize alma gibi uyuşmazlıklar bakımından yasal tavsiye sağlamaktadır. Söz konusu uygulama ilgili uyuşmazlığa dair başvuru dilekçesini otomatik olarak oluşturmaktadır. Uygulama kullanıma sunulduğundan bu yana 160.000 park cezasının iptalini başarıyla sağlamıştır[68]. Bahsi geçen uygulamalar kişilerin yargıya erişimini kolaylaştırmakta ve avukatlık ücreti gibi yargısal maliyetlerin azalmasına yardımcı olmaktadır.

Estonya mahkemelerinde 7 bin avrodan daha az tutarlı özel hukuk uyuşmazlıklarında yasal belgelerin incelenmesi ve analiz edilmesi konusunda YZ sistemlerinden yararlanılması planlanmaktadır. Projenin amacı, YZ sistemi sayesinde yargının iş yükünü azaltmaktır. Uyuşmazlığın tarafları, ilgili belgeleri sisteme yükleyecek ve YZ mevcut bilgilere göre bir karar verecektir. Bu kararlara hâkim önünde itiraz edilebilmesi mümkün olacaktır[69].

AİHM kararlarının analizi sonucunda benzer davalarda olası kararları tahmin edebilen bir YZ yazılımı geliştirilmiştir. YZ sistemi AİHS'in 3. maddesi (işkence yasağı), 6. maddesi (adil yargılanma hakkı) ve 8. maddesi (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ile ilgili 600'e yakın kararı gerekçeleriyle birlikte analiz etmiştir. Bu yazılım %79 oranında doğru şekilde tahminde bulunmuştur. Yazılım makine öğrenmesi algoritması kullanarak önceki kararlardaki vaka metinlerini analiz etmiş ve AİHM'in karar sonuçlarını büyük oranda tahmin edebilmiştir[70].

Türkiye'de Avrupa Konseyi ile yürütülen Yargıtay'ın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi kapsamında YZ sistemi kullanılarak emsal kararların özetlerinin hızlı bir şekilde erişime sunulacağı bir çalışma olduğu açıklanmıştır[71]. Yargıtay içtihatlarını yaygınlaştırmak amacıyla YZ destekli İçtihat Merkezi kurulmuştur. Sonraki aşamalarda gerekçeli karar yazma, rapor hazırlama gibi işlemlerde yapay zekâdan faydalanılması için hazırlıklar olduğu, iş yükünün adil dağıtılması,

---

68 A.g.e. s. 877.

69 Estonian Artificial Intelligence Deployment (KRATT). "Estonia's National Artificial Intelligence Strategy 2019-2021", https://f98cc689-5814-47ec-86b3-db505a7c3978.filesusr.com/ugd/7df-26f_27a618cb80a648c38be427194affa2f3.pdf (Erişim Tarihi: 20/10/2023), s. 10, para. 4.1; David Cowan, 'Estonia: a Robotically Transformative Nation' (2019) *Robotics Law Journal*, (Erişim Tarihi: 07.10.2023).

70 Nikolaos Aletras vd, 'Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing perspective' (2016) *PeerJ Computer Science* 2:1-19; Medvedeva, M. v.d., (2021). "Automatic Judgement Forecasting for Pending Applications of the European Court of Human Rights, Proceedings of the fifth workshop on automated semantic analysis of information in legal text", *CEUR Workshop Proceedings*, pp 12-23; Masha Medvedeva vd, 'Automatic Judgement Forecasting for Pending Applications of the European Court of Human Rights' in *Proceedings of the fifth workshop on automated semantic analysis of information in legal text* (CEUR Workshop Proceedings, 2021) 12-23.-266.

71 Yargıtay web sitesi-duyuru (2023). https://www.yargitay.gov.tr/icerik/1727/yargitayin-kurumsal-kapasitesinin-guclendirilmesi-projesi-kapanis-konferansi-gerceklestirildi (Erişim Tarihi:18/10/2023).

dosyaların tevzi edilmesi, ön inceleme yapılması, çalışanların performanslarının ölçülmesi gibi yargının birçok alanında YZ araçlarının kullanılacağı ifade edilmiştir[72].

Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi[73] doğrultusunda Nisan 2020 tarihinde Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Genel Müdürlüğü Yazılım Teknolojileri Daire Başkanlığı bünyesinde Büyük Veri ve Yapay Zekâ Şubesi kurulmuştur. Güncel YZ teknolojileri ve büyük veri uygulamalarının UYAP sistemine entegre edilmesi suretiyle ilk derece ve kanun yollarında hâkim, savcı, başkan ve üyelere, yargılama safahatında hataları asgariye indirecek mahiyette destek ve yardımcı olmak hedeflenmektedir[74].

Büyük Veri ve Yapay Zekâ Şubesinin çalışmaları kapsamında UYAP'ta İcrada Yapay Zekâ ana başlığı altında "İcra Evrak Sınıflandırma" YZ projesi geliştirilmiş, 2022 Ocak ayında UYAP'a yüklenmiştir. Bu proje sayesinde icra dairelerinin evrak tarama, sınıflandırma, resim ve metin tasnifi yapılarak 94 milyon evrakın dijitalleştirilmesi sağlanmıştır[75].

UYAP'ta yapay zekanın kullanıldığı bir diğer alan aidiyet kararlarıdır. İstinaf mahkemesi dairelerinin hangi konulara bakacakları iş bölümü esasına göre belirlenmiştir. İstinaf dairesi, ön inceleme aşamasında kendisinin bu iş bölümü uyarınca görevli olmadığı kanaatine varırsa, dosyayı görevli gördüğü daireye gönderir. Bu kararlara aidiyet kararları denilmektedir. İstinaf yoluna başvurulduğunda yanlış daireye gönderilme nedeniyle aidiyet kararları verilmesi yargılama sürecinin uzamasına sebebiyet vermektedir. UYAP'ta bu problemin çözümü amacıyla hukuk mahkemelerinde en çok aidiyet kararı verilen konular esas alınarak 50 konuda YZ modeli geliştirilmiştir. Söz konusu YZ modelleri sayesinde dosyanın iş bölümüne göre doğru daireye gönderilmesi konusunda %88 oranında isabet elde edilmiştir[76].

Savcılık dosyalarında insan kaynaklı hataları ve eksik veri girişini engellemek ve adli istatistik verilerinin, denetçi kuruluşların talep ettiği raporların doğruluğunu artırmak amacıyla terör örgütleri bilgilerini YZ aracılığıyla tahmin ederek sistemde kayıtlı terör örgütü bilgisiyle eşleştirmek için YZ modelleri geliştirilmiş ve UYAP'a yüklenmiştir[77]. Ayrıca tebligat işlemlerinde daha önce elle yapılan tebliğ mazbatası bilgilerinin dosyaya yazılması işlemlerinin YZ kullanılarak tespit edilmesi sağlanmıştır. PTT tebliğ mazbatalarının toplu ve otomatik olarak ilgili dosyaya kaydedilmesi

---

72 Yargıtay Başkanı Mehmet Akarca'nın Adli Yıl Açılış Töreni Konuşması, 3/9/2023, https://www.hurriyet.com.tr/gundem/yargitay-baskani-mehmet-akarca-yapay-zekâ-karar-yazacak-42324616 (Erişim Tarihi: 22/10/2023)

73 T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ve Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. (2021).

74 Servet Gül, 'Yargıda Yapay Zekâ ve Büyük Veri Teknolojileri', 156. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (2024) Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Genel Müdürü Servet Gül tarafından sunulan tebliğ, 10/5/2024.

75 A.g.e. s. 3.

76 A.g.e. s. 3.

77 A.g.e. s. 4.

için YZ ile barkodun tespit edilmesi ve PTT ile yapılan entegrasyon ile tebligatın durum, tarih ve sair bilgilerinin otomatik olarak doldurulması mümkün olmuştur. Bu proje, zamandan ve iş gücünden tasarruf edilmesini ve insan hatalarının en aza indirilmesini sağlamıştır[78].

UYAP'ta belge hazırlama süreçlerinde sesin yazıya çevrilmesini sağlayacak "Söyle Yazsın" YZ uygulaması, avukat ve vatandaş portalda yargısal süreçler hakkında bilgi sağlayacak akıllı asistan ve kılavuz YZ uygulamalarının geliştirilmesi çalışmaları devam etmektedir[79].

C. YAPAY ZEKANIN YARGI ALANINDA KULLANILMASININ ETKİLERİ

Yapay zekâ uygulamalarının, yargısal işlemlerde ve mahkeme yönetiminde kullanılmasıyla eşitlik ve adaletin sağlanmasında yüksek bir seviyeye erişilmesine ve bu suretle insan haklarına saygının teminine olumlu katkılarının olması mümkündür. Yapay zekâ, mahkeme yönetimi ve yargı alanında işlemlerin daha hızlı, daha ekonomik, etkili ve adil bir şekilde yürütülmesini sağlayabilir. İnsan faktörlerine bağlı önyargıları azaltabilir ve eşitlik ilkesine daha uygun sonuçlar üretebilir, daha adil ve tarafsız kararlar alınmasına yardımcı olabilir. Bunun yanı sıra, insan hakları ihlallerinin tespiti ve önlenmesinde olumlu etkisi olabilir. Yapay zekâ, büyük veri analizi ve örüntü tanıma gibi tekniklerle insan hakları ihlallerini tespit edebilir. Sağlık hizmetlerinde iyileştirmeler sayesinde yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı yönünden faydalar sağlayabilir. Hukuk ve güvenlikte veri analitiğinin kullanılmasının olumlu etkisinden söz edilebilir. Yapay zekâ, suç öncesi ve suç sonrası durumlarda veri analitiği kullanarak güvenlik güçlerine yardımcı olabilir. Dolayısıyla suçların önlenmesi ve suçluların adalete teslim edilmesi açısından olumlu katkı sunması mümkündür.

Mahkeme yönetiminde ve yargı alanında yapay zekanın olumlu etkilerini çeşitli başlıklarda ele alabiliriz:

Hız ve Verimlilik Artışı: yapay zekâ, hukuki belgelerin analizi, dosya incelemesi ve bilgi yönetimi gibi rutin görevleri otomatikleştirerek işlemlerin hızını artırabilir. Bu şekilde mahkemelerin daha verimli çalışmasına olanak tanır.

Doküman Analizi ve Hukuki Araştırma: yapay zekâ, büyük miktarda hukuki belgeyi analiz edebilir ve hukuki araştırmalarda kullanılabilecek önemli bilgileri çıkarabilir. Bu durum, hukuk profesyonellerinin daha etkili ve kapsamlı araştırmalar yapmalarını sağlar.

Risk ve Tahmin Analizi: Yapay zekâ, davaların olası sonuçları konusunda risk analizi yapabilir. Bu sayede avukatların müvekkillerine daha iyi danışmanlık yapmalarına ve mahkemelerin iş yükünü azaltmalarına yardımcı olabilir.

---

78 A.g.e. s. 4.

79 A.g.e. s. 5.

Makine Çevirisi ve Dil Hizmetleri: Mahkemelere farklı dillerde sunulan belgelerin hızlı bir şekilde çevrilmesi, yargılama süreçlerini hızlandırabilir. Makine çevirisi ve dil hizmetleri tutanakların sesten yazıya dökülmesi konusunda etkili olabilir.

Daha Adil ve Objektif Kararlar: Yapay zekâ, verilere dayalı objektif analizler yapabilir ve yargılama süreçlerinde daha adil ve tarafsız kararlar alınmasına yardımcı olabilir. Yapay zekanın kullanımı, insan etkileşimindeki önyargıları azaltabilir.

Dosya Yönetimi ve Takip Sistemleri: yapay zekâ, dosya yönetimi ve takip sistemlerinde etkili bir şekilde kullanılabilir. Dosyaların düzenli ve erişilebilir olmasını sağlayıp kaynakların daha etkin kullanımını ve süreçlerin izlenmesini kolaylaştırabilir. Pratiklik ve verimlilik sağlayarak dava masraflarının azalmasına yardımcı olabilir.

YZ uygulamalarının kullanılması, insanlara özgü olan önyargı, fiziksel etkenler (yorgunluk, hastalık, açlık, duygusal durum bozukluğu, psikolojik sorunlar gibi) yahut yeterli bilgi arşivine ve güncel gelişmelere vâkıf olamama gibi hatalı kararlar verilmesine yol açacak risklerin önlenmesi, muhakeme farklılıkları dolayısıyla çelişkili kararlar ortaya çıkmasının engellenmesini sağlayabilir. YZ sayesinde herkese aynı kalitede ve eşit olarak uygulanacak hızlı ve etkili bir adalet sistemine ulaşılması mümkün olabilir. Bu şekilde herkesin yasalar önünde gerçekten eşit olmasının sağlanabileceği beklenmektedir[80]. Bunun yanı sıra, YZ insanlara özgü sübjektif etkilenmeler ve hayatı algılamalarına dair öznel yargılardan bağımsız, gerçekten tarafsız ve nesnel bir şekilde sonuçlara ulaşabilir. Ayrıca aşırı iş yükü ile baş edilmesinde YZ araçları katkı sağlayacaktır, bu sayede adaletin makul sürelerde tesisi ile herkesin adalete daha kolay ve daha masrafsız erişiminde önemli aşamalar kaydedilebilir.

Özetle belirtilen gelişmelerin adalete daha kolay erişimi teşvik edebileceğini, anlaşmazlıkların daha hızlı çözülmesini sağlayabileceğini, yargı sürecini çevrimiçi hale getirerek maliyetlerden tasarruf sağlayabileceğini ve kararların infazında yaşanan sorunların azalabileceğini ifade etmek mümkündür. Ayrıca hâkimlerin, aynı çalışma süresi içinde daha fazla davanın sonuçlandırılmasını sağlayacak şekilde araştırma yapmalarına ve karar taslakları hazırlamalarına yardımcı olabilecek teknolojik yeniliklerden yararlanmaları sağlanabilir. Adalet sistemi açısından teknoloji kullanımının aynı zamanda sistemin şeffaflığını ve açıklığını teşvik ettiği ve halkın yargıya olan güvenini güçlendirdiği söylenebilir.

Bununla birlikte zorluklar, problemler ve olumsuz yönler de bulunmaktadır. Yargıda YZ uygulamalarının kullanılması mahremiyet, kişisel verilerin korunması, şeffaflık, ifade hürriyeti, ayrımcılık yasağı, adil yargılanma güvencelerine riayet gibi birçok temel insan haklarını doğrudan ilgilendiren olumsuz durumlara yol açabilmektedir. YZ veri toplama, işleme, bu verilerden sonuç çıkarma esasına göre çalışmaktadır. Örneğin ChatGpt'nin veri tabanına Eylül 2021 yılına kadar internette

[80] Max Tegmark, *Yaşam 3.0- Yapay Zekâ Çağında İnsan Olmak* (tr Ekin Can Göksoy, Pegasus Yayınları, İstanbul, 2019) s 142.

yer alan tüm verilerin yüklendiği, güncel verilere de ulaşacağı duyurulmuştur[81]. Bu durum bireylerin özel bilgilerinin toplanması ve kullanılmasıyla ilgili gizlilik endişelerine yol açmakta kişisel verilerin korunması, mahremiyet ve özel hayata saygı hakkını doğrudan etkilemektedir. Kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında bireylerin kendileriyle ilgili bilginin kontrolünü elinde tutma hakkı bulunmaktadır. YZnin öğrenmesi için oluşturulan veri tabanlarına söz konusu kişisel verilerin yüklenmesinin ticari firmalar tarafından nasıl gerçekleştirildiği, algoritmaların nasıl oluşturulduğu açıklanması güç ve karmaşık teknik süreçleri içerdiğinden bireylerin kendileri hakkındaki bilgileri kontrol imkanlarının ellerinden alınması kuvvetle muhtemeldir. Bu olumsuzluğun önlenmesi bakımından kişisel veri işleme temelli YZ ve veri toplama çalışmalarının, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruyan bir yaklaşım içerisinde yapılması elzemdir. Hukuka uygunluk, dürüstlük, ölçülülük, hesap verebilirlik, şeffaflık, kişisel verilerin doğru ve güncel olması, kişisel veri kullanım amacının belirli ve sınırlı olması ilkeleri esas alınmalıdır[82].

Bir diğer olumsuz etki eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelerini ilgilendirmektedir. Yapay zekânın eğitildiği veri setlerine yüklenen bilgiler halihazırda ayrımcılık içeren birtakım önyargılara dayalı ise yapay zekanın ürettiği kararların da ayrımcı sonuçlar doğurması mümkündür. Burada ABD'de kullanılan COMPAS sistemi örneğini hatırlatmakta fayda bulunmaktadır. Ceza İnfaz Kurumu Alternatif Yaptırımlar için Yönetim Profili (İngilizce adıyla COMPAS) sistemi, ABD Eyalet mahkemeleri tarafından sanıkların suçu tekrarlama riskinin hesaplanmasında kullanılmıştır. Bu sistemin ten rengine göre ayrımcı sonuçlara yol açtığı, siyahi kişilerin aleyhine olacak şekilde yeniden suç işleme riskini yüksek gösterdiği anlaşılmıştır. ABD'de yapılan bir araştırmada, önceki olaylardan YZ yazılımına girilen veriler neticesinde, şartlı tahliye edilenlerden suç işlemeye geri dönme eğilimine sahip kişiler yazılım tarafından tespit edilmiştir. Ancak bu tespite dayalı yargılama yapıldığında, siyahilere karşı sistemde adil olmayan bir önyargı oluştuğu ve dolayısıyla haksız cezaların uygulanmasına neden olduğu tespit edilmiştir[83]. Aslında COMPAS sistemi veri setinde doğrudan ırkla ilgili verilerin yer almamasına rağmen yoksulluk oranları gibi göstergelerin işlenmesi sonucu bu şekilde taraflı sonuçlara yol açıldığı anlaşılmıştır[84].

---

81 BBC haber (2023). "ChatGPT Artık Güncel Verileri de Kullanabilecek" https://www.bbc.com/turkce/articles/c51wjwp4wqyo Erişim Tarihi (28/9/2023).

82 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 'Yapay Zeka Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler' (2022 https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zeka-Alaninda-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Dair-Tavsiyeler (Erişim Tarihi:14/10/2023)

83 Julia Angwin, Jeff Larson, Surya Mattu ve Lauren Kirchner, 'Machine Bias', (2016) ProPublica, https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing (Erişim Tarihi: 18/9/2023), s. 23.

84 Julia Angwin, Jeff Larson, Surya Mattu ve Lauren Kirchner, 'How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm' (2016) ProPublica, https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm (Erişim Tarihi: 18/9/2023)

Bir diğer ayrımcılık örneği Hollanda'da gerçekleşmiştir. Hollanda'da 2005 yılında ailelere kreşe giden çocuklarını masraflarının bir kısmına devletin katkı yapmasını öngören bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, devlet beyanda bulunan ailelere yıllık olarak peşin ödeme yapmaktadır. 2013 yılında bir suç örgütü tarafından söz konusu sistemin yıllardır kötüye kullanıldığı ve ülkeye geçici sürelerle ziyarete gelmiş kişilerin bu beyannameyle başvuru yaparak kreş yardımı parasını aldıkları ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine Hollanda vergi idaresi bir YZ uygulaması kullanarak sahte beyanname düzenleyen kişileri tespit etmeyi amaçlamıştır. YZ sisteminin belirlediği ailelerden geçmiş yılları da kapsayacak şekilde ödenmiş olan tüm paranın iadesi istenmiştir. Bu işlemlere karşı idari yargıda açılan davalar da reddedilmiştir. Ancak yargılama süreçlerinde ve ombudsman incelemesinde söz konusu YZ uygulamasının hatalı sonuçlar verdiği, özellikle çifte vatandaşlığa sahip olanları ve farklı etnik kökenli kişileri sahte beyanname düzenleyen kişiler olarak gösterdiği, bu suretle bu kişilerin haksız olarak suçlanmasına ve ayrımcılığa uğramasına sebebiyet verdiği anlaşılmıştır. Konu Venedik Komisyonunun önüne de taşınmıştır[85]. Venedik Komisyonu ilgili kararının bu makalenin konusunu ilgilendiren çok önemli yönleri bulunmaktadır. Venedik Komisyonu kararında, YZ araçlarının veri işleme ve makine öğrenmesi aşamalarında ayrımcılığa yol açabileceği ve bu durumun tespitinin giderek imkânsız hale gelebileceği uyarısı yapılmıştır[86]. Gelecekte daha karmaşık YZ algoritmalarının kullanılması muhtemeldir ve bu sistemlerin öğrenme modellerinin doğası gereği, algoritmalar tarafından hangi kriterlerin kullanıldığını belirlemek çok daha zor olacaktır. Böyle bir sistemde önyargının tespit edilmesi imkansıza yakın olabilir, çünkü kendi kendine öğrenen YZ sistemleri gerçek dünyadan edinilmiş büyük miktarda eğitim verisiyle beslenir. Bu veriler insanlar tarafından alınan bireysel kararların toplanmasından gelmektedir. Ancak geçmişte alınmış bu kararların bir kısmı zaten önyargılı ve ayrımcı bir temelde alınmış olabilir. Bu durum veriyi kullanan yapay zekânın da ayrımcılık yapmasına yol açabilir. Diğer taraftan, normalde bu tür bir veri toplama, sınıflandırma ve işleme olmadan sözü edilen önyargının ve ayrımcılığın keşfedilmesi mümkün değildir. Bu nedenle YZ geçmiş uygulamaları gözden geçirmek için bir fırsat olarak görülmeli ve bu önyargıları tespit etmek için kullanılmalıdır[87]. Bunun sağlanabilmesi için öneri olarak YZ sistemlerinin işlediği anonimleştirilmiş eğitim verilerinin kamuya açıklanması ve önyargı ve ayrımcılık bulunup bulunmadığının araştırılması sağlanabilir.

YZ sistemleri genellikle karmaşık ve anlaşılması zor teknik süreçleri içermektedir. Literatürde bu durum opaklık sorunu olarak adlandırılmaktadır[88]. Veri bankalarına

---

85 Venedik Komisyonu, 18/10/2021, 1031/2021 sayılı kararı, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)031-e (Erişim Tarihi: 19/9/2023), para. 93-99.

86 Venedik Komisyonu, 18/10/2021, 1031/2021 sayılı kararı.

87 Venedik Komisyonu, para. 97.

88 Simon Chesterman, 'Through a Glass, Darkly: Artificial Intelligence and the Problem of Opacity' (2021) *The American Journal of Comparative Law* 69(2) 271–294. https://doi.org/10.1093/ajcl/

yüklenen verilerin kaynağının, bu verilerin süzülme, seçilme, işlenme süreçlerinin şeffaf olmayışı şirketler arasında telif hakları gibi pek çok medeni hukuk uyuşmazlığına yol açabilecek niteliktedir.

Söz konusu şeffaflık sorunu, yapay zekanın yargı alanında karar alım süreçlerinde kullanılması durumunda adil yargılanma hakkının güvencelerini zedeleyebilecek niteliktedir. YZ uygulamaları geliştiren şirketlerin ticari birtakım kaygılarla sistemi kendi çıkarları doğrultusunda karar üretecek şekilde programlaması riski de bulunmaktadır. Yargılama aşamasında tarafların kararların nasıl alındığını anlamadıkları, algoritmanın tasarımına dair yeterli şeffaflık ve gerekçelendirme imkanlarının bulunmadığı durumlarda savunma hakkı, gerekçeli karar hakkı gibi adil yargılanma güvenceleri yönünden olumsuzluklar ortaya çıkabilir. Ayrıca, yargıcın kendi hukuki araştırması ve vicdani takdirine göre karar vermesi gerekirken karar öneren YZ uygulamalarından psikolojik olarak etkilenebilmesi mümkündür. Bu durumda bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma ilkesinin zarar görmesi kuvvetle muhtemeldir[89].

Yukarıda belirtilen örneklerden anlaşılacağı üzere YZ sistemlerinin yargı faaliyetinde yer almasında karşılaşılan en önemli sorun sisteme yüklenen veri setlerinin kalitesi ve güvenilirliğidir[90]. YZ sistemleri, yüklenen verileri işleyip analiz ederek çıkarımlar ve sonuçlar üretme mantığına dayanmaktadır. Sisteme yüklenen veri setlerinde hali hazırda ayrımcılık oluşturan bilgilerin olması YZ sisteminin de ayrımcı sonuçlar doğurmasına yol açacaktır. YZ sistemlerinin algoritmalarının karmaşıklığı ve bu sistemleri üreten şirketlerin ticari sır kapsamında sistemin yazılım ve işleyiş bilgilerini saklamak istemeleri nedenleriyle yapay zekânın şeffaflığını sağlamak oldukça güçtür. Bu durum yapay zekânın yargıda kullanılmasının adil yargılanma dahil birçok insan hakkının korunması, ayrımcılık yasağı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri bakımından kaçınılmaz problemlere yol açabilecektir.

Veri setleri bakımından karşılaşılan diğer bir zorluk ise veri kalitesidir. Yapay zekânın hukuk alanında destekleyici araç olarak kullanılmasında en büyük zorluk güvenilir veri setleri temin etmektir. YZ sistemleri yüklenilen veri setleri temelinde, verileri işleme, analiz etme ve bunlardan sonuçlar çıkarma mantığıyla çalışmaktadır. Hukuk alanında adli kararlar ve görüşler gibi kamuya açık verilerin ya mevcut olmadığı ya da format açısından etkili bir şekilde kullanılması zor olacak kadar çeşitlilik gösterdiği söylenebilir. Eldeki belirli bir konuyla ilgili en güncel yargı kararları aranırken istisna-olaya özgü bir kararla karşılaşmak çok olasıdır. Yerleşik içtihat olduğunu ifade eden bir karar bulunmuş olabilir ancak eski yerleşik görüşten vazgeçildiğini belirten daha yeni tarihli kararlar da bulmak zor değil-

avab012 (Erişim Tarihi: 24/11/2023).

89 Kalliopi Terzidou, 'The Use Of Artificial Intelligence in the Judiciary and Its Compliance with the Right to a Fair Trial' (2022) *Journal of Judicial Administration* 31(3) 154-168.

90 Zichun Xu, 'Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities' (2022) *Applied Artificial Intelligence* 36(1) 8.

dir. Öte yandan yüksek mahkemelerin farklı daireleri tarafından hatta aynı daire tarafından aynı konudaki bir uyuşmazlıkta birbirinin zıttı kararlar verilmesi de uygulamada çok sık karşılaşılan bir durumdur. Farklı istinaf mahkemeleri tarafından aynı konuda farklı kararlar verilmesi neredeyse olağan bir durum haline gelmiştir. Yargısal kararlarda istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik olmayışı sorunu derin bir sorundur. Yargısal hizmetlerde YZ sistemlerinin geliştirilmesi ve kullanımı, kolay erişilebilir ve analiz edilebilir veri setlerinin olmaması nedeniyle sınırlıdır, düşük kaliteli veya hatalı veri kümeleri, YZ sistemlerinin sonuçlarının da hatalı, önyargılı ve ayrımcı olmasına neden olabilmektedir. Yargı makamlarının benzer davalarda daha önceki kararlarıyla kabul edilebilir, makul oranlarda uyumlu kararlar vermesi gerekir. Mahkeme kararlarında istikrarlı değerlendirmelerin dışındaki bir yaklaşımın hukukun dinamik yorumuyla uyumlu ve gelişmeye yönelik olarak verildiğinin yeterli ve makul gerekçeyle açıklanması gerekir[91].

YZ algoritmalarının doğruluk, güvenilirlik ve tarafsızlıklarının -işledikleri veri setlerine bağımlı olmalarından dolayı- doğası gereği sınırlı olduğu ileri sürülebilir[92]. Bu sınırlamalar zaten önyargı içeren verilerin yüklenmesinden kaynaklanabileceği gibi algoritmaların nasıl oluşturulduğundan da kaynaklanabilmektedir. Bir YZ algoritmasını kodlarken ve eğitirken programcıların karar verme süreçleri ve yöntemleri hakkında daha fazla araştırma yapılması, disiplinler arasında koordineli şekilde bilgi alışverişi gerekmektedir. Yargısal bir konuda analiz için yüksek yargı makamlarının kararlarının muhtemelen tarihsel olarak eski yıllara ait kararları da içerecek şekilde çok büyük miktarda verinin sisteme yüklenmesi gerekecektir. Bu noktada içtihat istikrarı ve tutarlılık problemleriyle karşılaşılacaktır. Bu problemin aşılması için alanında uzman hukukçuların titiz incelemeleriyle veri setine alınacak kararların belirlenmesi gereklidir. Bu bakımdan yargıda YZ uygulamaları geliştirilirken doğru, güncel ve güvenilir verilerin seçilmesi, yazılımcılar, mühendisler ve üreticilerin kıdemli ve mesleğinde uzman hukukçularla iş birliği içinde olmaları çok önem arz etmektedir. Aslında doğru, güncel ve güvenilir veriler seçilerek geliştirilecek YZ uygulamalarının yargı kararlarındaki istikrarı artırmada çok önemli bir fayda sağlayacağı kuşkusuzdur. YZ sayesinde mahkeme kararlarında istikrar sağlanabilirse hukuki güvenlik ilkesinin tesisi sağlanacak, kişilerin yargı organlarına duyacağı saygı ve güven artacaktır. Bu durum adalet duygusuna, eşitlik ve adil yargılanma hakkının korunmasına katkı yapacaktır.

Hukukçuların kullandıkları YZ araçlarının nasıl çalıştığı konusunda temel bilgiye sahip olmaları ve YZ tarafından ulaşılan sonuçları otomatik olarak doğru kabul etmeyip mutlaka inceleyerek test etmeleri elzemdir. Ancak YZ uygulamaları giderek teknolojik olarak daha karmaşık ve ileri seviyelere geldikçe bunun yapılması her zaman kolay olmayabilir.

---

91 *Ahmet Acar*, B. No: 2014/19936, § 58.

92 Pawel. M. Nowotko, 'AI in Judicial Application of Law and the Right to a Court' (2021) *Procedia Computer Science* 192, 2220-2228.

İlgili bir diğer endişe ise, hukuk teknolojisi şirketlerinin mahkemeler için ürünlerini tasarlarken büyük miktarda adli veriye erişebilmesidir ve bu durum açıkça bir bilgi güvenliği sorunu oluşturmasının yanı sıra sistem geliştiricileri tarafından toplanan verilerin yetkisiz üçüncü şahıslar tarafından kötü amaçlarla toplanmaya ve kullanmaya açık olması riskini de beraberinde getirmektedir[93].

YZ sistemleri, büyük miktarda veriyi analiz etme ve bu analiz neticesinde çıkarım yapabilme yeteneğine sahip olması sebebiyle, mahremiyet ve kişisel veriler yönünden ciddi etkilerin doğmasına yol açabilir. Bu sistemler, bireylerin ne zaman nerede olduğu, sosyal çevresinin kimlerden oluştuğu, siyasi veya cinsel tercihlerinin ne yönde olduğu gibi çok fazlaca sayıda hassas veriye dair birtakım analizler yapmaktadır[94]. Elektronik ticarette veya bankacılık işlemlerinde kullanılan YZ tarafından müşterilerin kişisel verilerinin başka firmalarla paylaşılması gibi örnekler artık günümüzde bireylerin kişisel verilerinin ve mahremiyetinin ne kadar savunmasız hale geldiğini göstermektedir. Kişisel verilerin bireylerin bilgisi dışında ve açık rızası olmadan YZ uygulamalarında kullanılarak, analiz edilmesi durumunda özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edileceği açıktır. Yapay zekânın kişisel verileri nasıl ve hangi amaçlarla kullanabileceği, hangi durumlarda paylaşabileceği, meydana gelecek hukuka aykırı kullanım ve insan hakları ihlallerinde yasal sorumluluğun kimde olacağı gibi birçok hukuki problem ortaya çıkmaktadır.

Mahkeme yönetiminde YZ kullanımında karşılaşılabilecek diğer bazı sorunlar da söz konusudur. Çevrim içi duruşma yapılmasının özellikle Covid 19 gibi pandemi dönemlerinde büyük kolaylıklar sağladığı tartışmasızdır. Ancak çevrimiçi duruşma süreçlerinde internet bağlantısıyla ilgili teknik sorunlar ve duruşmaları geciktirebilecek arıza sorunlarıyla ilgili endişeler de yaşanmıştır. Bu tür teknik sorunlar, farklı yargı bölgelerinde geleneksel yüz yüze duruşmaların tercih edilmesine yol açabilir. Ayrıca çevrim içi duruşma adil yargılanma hakkı yönünden titizlikle incelenmesi gereken bir konudur. Ülkemizde SEGBİS sistemiyle çevrim içi duruşma belirli koşullara bağlı olarak ceza davalarında kullanılabilmektedir. Adil yargılanma hakkı duruşmada hazır bulunma hakkını da kapsamaktadır. Hakkaniyete uygun bir ceza yargılaması için sanığın mahkeme huzuruna çıkarılması büyük önem arz etmektedir. Sanık duruşmada hazır bulunmadan adil yargılanma hakkı içinde yer alan "*bizzat savunma*", "*tanık sorgulama veya sorgulatma*" ve "*ücretsiz tercüman yardımından yararlanma*" haklarının kullanılması zordur. Dolayısıyla sanığın duruşmada hazır bulunma hakkını güvence altına alma yükümlülüğü adil yargılanmanın temel gerekliliklerindendir. Dahası duruşmada hazır bulunma hakkı sanığın savunmasının doğruluğunu kanıtlama, onu tanık ve mağdur ifadeleriyle karşılaştırma olanağı sunar. Ceza adaletinin hakkaniyete uygun şekilde gerçekleşebilmesi için sanığın

---

93 Sevda Bora Çınar, 'Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler' (2022) *Legal Hukuk Dergisi* 20(234) 2089-2130.

94 Nesrin Singil, 'Yapay Zekâ ve İnsan Hakları' (2022) *Public and Private International Law Bulletin* 42(1), 121.

mahkemenin huzuruna çıkarılması büyük önem arz etmektedir[95]. Öte yandan yüz yüze duruşma yapılması, vücut dili ve mimiklerin anlaşılması, hâkimin duyularıyla vicdani kanaatini oluşturabilmesi bakımından da oldukça önemlidir. Duruşmada bizzat hazır bulunmanın önemine istinaden kanun koyucu 5271 sayılı Kanun'un uygulandığı durumlarda hâkim veya mahkemenin ancak *zorunlu gördüğü durumlarda* görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle duruşmalara katılıma karar verilebileceğini düzenlemiştir. Anayasa Mahkemesi sanığın ses ve görüntü aktarımı suretiyle duruşmaya katılımının sağlanmaya çalışılmasının duruşmada hazır bulunma hakkına yönelik bir müdahale teşkil etmektedir[96].

Kişilerin internet, akıllı telefon ve çeşitli uygulamaları kullanma konusundaki bilgi düzeyleri ile internet ağının yaygınlığı, internete erişim olanakları yapay zekânın yargı alanında kullanımında oldukça önemli bir faktördür. Taraflar çevrimiçi dava platformunun kullanımı veya akıllı telefonlar ve adalet uygulamaları hakkında sınırlı bilgiye sahip oldukları için zorlanabilirler. Bu durum dijital okuryazarlık düzeyi olarak adlandırılmaktadır[97]. Dijital kapasite ve okuryazarlık sorunları, yargıçların iş yükünü artırabilir ve çevrimiçi duruşma platformlarının nasıl kullanılacağı konusunda insanları bilgilendirmeleri gerekebilir[98].

Yukarıda belirtilen sorunlar gelecekte teknolojik ilerlemeler, dava destek hizmetlerinin sağlanması, okuryazarlık geliştirme programları ve dava tarafları ve mahkeme personeli için eğitim girişimleri yoluyla kademeli olarak çözülebilir.

Asıl odaklanılması gereken sorun YZ kullanımıyla adaletin nasıl elde edilebileceği sorunudur. Anlaşmazlıkların ucuz ve hızlı çözümü çok önemli olmakla birlikte içeriği ve niteliği ıskalamamak, yargılamanın asıl ve nihai amacının adaleti sağlamak olduğunu gözden kaçırmamak gereklidir. Yapay zekânın bir gün hakimlerin yerine geçebileceği, robot hakimlerin davaları çözebileceği teorilerinden bahsedilmektedir[99]. Yargılamada her somut olayın özelliğine göre adaletin gerçekleştirilmesi gereklidir. Hissetme, empati yapabilme, davacı veya davalının duygu, hal ve tavırlarını okuyabilme, toplumsal değerleri anlama gibi insana özgü özelliklerin somut olayda adaleti sağlamak bakımından önemi büyüktür. Dolayısıyla robot hâkim kavramının yargı faaliyetinin doğasıyla bağdaşmadığını, başta adil yargılanma hakkı olmak üzere temel insan haklarını zedeleyici nitelikte sonuçlar doğuracağını düşünüyoruz.

Olumsuz etkilerden bahsetsek de sağladığı yararlar dikkate alındığında YZ sistemlerinin geliştirilerek uygulanmaya devam edilmesinin önemi inkâr edilemez.

---

95 *Asciutto/İtalya* B. No: 35795/02, 27/11/2007, § 57; *Medenica/İsviçre*, B. No: 20491/92, 12/12/2001, § 54.

96 Anayasa Mahkemesi *Şehrivan Çoban* [GK], B. No: 2017/22672, 6/2/2020, §§ 82-88.

97 *H. Öngören, 'Türkiye'de İnternet Kullanım Eğilimi ve Dijital Vatandaşlık Algısının İnsan Hakları Bağlamında İncelenmesi' (2022) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi 5(9) 47-82.*

98 Shi, Sourdin ve Li (n 60) 369.

99 Briony Harris (n 59).

Bununla birlikte YZ teknolojilerinin odağında insan bulunmalı, insan haklarının korunması temel ilke olmalıdır. Yapay zekânın insan becerilerinin yerine geçmesi değil, bilakis onları destekleyip geliştirmesi ve güçlendirmesiyle faydalı olabileceği açıktır. İnsanların, düşünüp yorumlamak ve duygusal zekâlarını kullanmak, sanatçıların sahip olduğu yaratıcılık gibi insanlara özgü şeyler makineler için zor veya imkânsız iken; makinelerin çok büyük miktarda veriyi çok kısa sürelerde işleme ve analiz yapmaları da insanlar için imkânsız olabilir. Bu nedenle YZ teknolojilerine insan hayatını kolaylaştıracak, ticaret, çevre, tıp ve daha birçok alanda insanlara yardımcı olacak araçlar gözüyle bakılarak yaklaşmak daha rasyonel görünmektedir[100]. Bu nedenle YZ sistemlerinden hâkime yardımcı destek mekanizması olarak yararlanılabileceğini düşünüyoruz. YZ hizmetlerinin yargı sistemlerinde güvenle kullanılabilmesi için, "insan hakları odaklı" anlayışın benimsenmesi gerektiğini öneriyoruz. İnsan hakları odaklı yaklaşımın benimsenmesiyle YZ uygulamalarının geçerli olduğu alanlarda insan haklarını korumanın, mahremiyet ve kişisel verilerin gizliliğine saygının, adalet ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin sağlanması mümkün olabilir.

Yargılama süreçlerinin adil, bağımsız ve güvenilir olmasını sağlamak için, yapay zekânın kötüye kullanımını ve olumsuz sonuçlarını önlemek, temel insan haklarına saygı göstermek, ayrımcılığı engellemek, veri işleme yöntemlerini şeffaf, tarafsız ve anlaşılır hale getirmek ve denetlenebilir kılmak gereklidir. Bunun sağlanabilmesi için uluslararası ve ulusal düzeyde temel etik ilkeleri ve uygulamaya yön verecek kanunları oluşturmak hayati önem taşımaktadır.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Çalışmada incelediğimiz hukuki metinler içinde en detaylı ve uygulamada üretici ve kullanıcılara somut durumlara dair yol gösterebilecek nitelikte ilkeler sunan belgeler AB Etik İlkeler Rehberi ve AB Yapay Zekâ Tüzüğüdür. AB Yapay Zekâ Tüzüğü ekinde üreticilere yönelik bir rehber de bulunmaktadır. OECD Yapay Zekâ Etik İlkeler Rehberi ise oldukça soyut ve genel ifadeler içermektedir. AB'nin rehberinin aksine OECD rehberinde söz konusu prensiplerin uygulanmasına ilişkin detaylı açıklamalar bulunmamaktadır. Bu nedenle YZ üretici ve uygulayıcılarına yol göstermede çok etkili olduğunu söylemek zordur.

İncelenen tüm belgeler etik prensipleri düzenlemektedir. Etik kavramların doğası gereği soyut ve genel olması nedeniyle bu ilkelerin pratikte hayata geçirilmesi yönünden nasıl düzenlemeler yapılması gerektiği konusunda henüz yeterli kanun ve alt mevzuat çalışmaları bulunmamaktadır ve bu konudaki ihtiyaç giderilmemiştir.

AB'nin Etik İlkeler Rehberi ve Yapay Zekâ Tüzüğü daha detaylı ve daha açık ifadeler içermesine rağmen, etik prensiplerin kavramsal olarak belirsiz ve soyut olması zorluğunun yanı sıra söz konusu belgeler genel çerçeve niteliğindedir ve pratik ör-

[100] Merve Abanoz Eray Acar, 'Yapay Zekâ ve Ontolojik Güvensizlik: Bireysel ve Toplumsal Kaygı Dinamikleri Üzerine Bir Değerlendirme' (2023) *LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi* XIV-I, 22-51.

nekler içermemektedir, dolayısıyla etik ilkelerin hayata geçirilmesinde üye ülkelerin kamu makamlarına ve özel sektöre önemli ölçüde takdir yetkisi bırakılmaktadır.

CEPEJ Etik Şartı yargı sistemlerinde yapay zekânın kullanımına ilişkin etik ilkeleri belirleyen ilk Avrupa metnidir. Bu belge gerek insan haklarının korunmasına vurgu yapması gerekse spesifik olarak yapay zekânın adalet sistemi ve mahkeme yönetiminde kullanılmasına dair temel ilkeleri belirlemesi açısından son derece önemlidir. CEPEJ Etik Şartı YZ tekniklerine dayalı adli kararlar ve verilerin otomatik olarak işlenmesine uygulanan önemli ilkeleri ortaya koymaktadır.

Yer verdiğimiz söz konusu hukuki belgelerin hepsi insan haklarına saygı, ayrımcılık yasağı, kalite ve güvenlik, şeffaflık, tarafsızlık ve adil olma, insan kontrolü altında olma ilkelerini ortak olarak paylaşmaktadır.

İncelediğimiz uluslararası hukuk belgelerinde belirtildiği üzere YZ sistemlerinin "insan yararına" ve "insanlar için" olduğu unutulmamalıdır[101]. YZ kullanımı sisteme ve insanlara yardımcı olmalıdır. Ayrıca yapay zekânın sağlayacağı avantajlar ile temel insan hakları, hukukun üstünlüğü kavramları arasında gözetilecek denge çok önemlidir. Yapay zekânın doğurabileceği olumsuzluklar insan kontrolüyle engellenmeli ya da düzeltilebilmelidir. Özellikle yapay zekânın hukuk alanında kullanımında, karar alma aşamalarında ve kararların denetiminde insan faktörü çok önemlidir.

YZ uygulamalarının tasarımı, üretilmesi ve kullanımında "insan hakları odaklı" anlayışın benimsenmesi gerekmektedir. İnsan hakları odaklı yaklaşımın benimsenmesiyle YZ uygulamalarının geçerli olduğu alanlarda insan haklarını korumanın, mahremiyet ve kişisel verilerin gizliliğine saygının sağlanması mümkün olabilir. Yapay zekânın veri işleme ve analiz yöntemlerinin anlaşılabilir, gözlemlenebilir, şeffaf olması gereklidir. Ayrımcılık yasağının sağlanması bakımından YZ sisteminde kullanılan veri setlerinin seçilmesinde, yapay zekânın eğitiminde dikkatli bir denetim sağlanmalıdır. Aynı şekilde yapay zekânın aldığı kararların ayrımcılığa yol açmaması yönünden de çeşitli denetim mekanizmaları oluşturulabilir. YZ kararı olduğunun yapay zekâyla etkileşime geçen bireylere bildirilmesi, sorumlu tutulacak muhatapların belirli olması, gerektiğinde YZ kararına karşı yasal yollara başvurma imkanının tanınması gereklidir. Ancak bu şekilde "güvenilir yapay zekâ"[102] oluşturularak yapay zekânın kötüye kullanımının ve zararlı sonuçlarının önlenmesi ile yargılamanın adil, bağımsız ve güvenilir olması hedefine ulaşılabilecektir.

Yapay zekânın kullanımında benimsenecek ilkelerin düzenlenmesi bakımından uluslararası kuruluşların açıkladığı rehber ilkeler metinlerine çalışmamızda yer verilmiştir. Bununla beraber ülkeler henüz bağlayıcı yasal metinler oluşturmamışlardır. Avrupa Konseyine üye ülkelerin hiçbirinde henüz yapay zekânın tasarımı, geliştirilmesi ve kullanılması konusunda genel çerçeveyi çizen kanunlar bulunma-

---

101 European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology. (2019).

102 Ag.e.

maktadır. Bu durum yapay zekânın henüz evrimini tamamlamamış olması ve gün geçtikçe hızlı bir şekilde bu alanda yeni gelişmelerin olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle YZ kullanımı ile ilgili olarak esnek ve gelişmelere uyarlanabilecek bağlayıcı olmayan hukuk kurallarının tercih edildiğini görmekteyiz. Bu belgelerde yargı alanında yapay zekânın kullanılmasında temel insan haklarına saygı, ayrımcılık yasağı, kalite ve güvenlik, şeffaflık, tarafsızlık, adalet ve kullanıcı kontrolü altında olma ilkeleri vurgulanmaktadır.

YZ uygulamaları sayesinde davaların daha hızlı görülmesi sağlanarak makul sürede yargılanma hakkının tesisi sağlanabilir. Bireylerin daha az maliyetlerle yargıya erişimi mümkün olabilir. Emsal kararlara ulaşma ve bu kararların analizinde yapay zekânın sağlayacağı kolaylık sayesinde yargısal kararlarda istikrar ve tutarlılık hedefine ulaşılabilir. Tüm bunlar, toplumun her kesiminden tüm insanlara eşit ve adil hizmet sunulmasına, eşitlik, adalet ve hukuk devleti ilkelerinin tesis edilmesine katkıda bulunabilir. Ancak yapay zekânın yargı faaliyetlerinde kullanımı konusunda fayda-zarar dengesi gözetilmeli, her bir kullanım alanı yönünden risk temelli bir değerlendirme yapılmalı, insan hakları odaklı bir yaklaşımla hukuki ve etik ilkeler belirlenmelidir. YZ uygulamalarının tasarımından itibaren sürecin tüm aşamalarında insan denetimine tabi olması zorunludur.

Teknolojik seviye olarak bir gün yapay zekânın doğrudan karar mekanizması olabilmesi mümkün olsa dahi yargı alanında bunun başta adil yargılanma hakkı olmak üzere temel insan haklarına uygun olmadığını, YZ sistemlerinden ancak şeffaflık ve denetim mekanizmaları vasıtasıyla gerekli tedbirler alındığı takdirde hâkime yardımcı destek mekanizması olarak yararlanılabileceğini düşünüyoruz.

Yargıda kullanılacak YZ uygulamaları öncelikle insan hakları temelli anlayışla üretilmeli, demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan haklarının korunması ve adil yargılanma ilkelerine uymalıdır. Böylece adalete erişime katkıda bulunabilir ve vatandaşların yargı sistemine olan güvenini arttırabilirler.

YZ sistemlerinin yargı faaliyetinde yer almasında karşılaşılan en önemli sorun sisteme yüklenen veri setlerinin kalitesi ve güvenirliğidir. Sisteme yüklenen veri setlerinde hali hazırda ayrımcılık oluşturan bilgilerin olması YZ sisteminin de ayrımcı sonuçlar doğurmasına yol açacaktır. YZ sistemlerinin algoritmalarının karmaşıklığı ve bu sistemleri üreten şirketlerin ticari sır kapsamında sistemin yazılım ve işleyiş bilgilerini saklamak istemeleri nedenleriyle yapay zekanın şeffaflığını sağlamak oldukça güçtür. Bu durum yapay zekanın yargılamada adil yargılanma, kişisel verilerin korunması, mahremiyet gibi birçok insan hakkının korunması, ayrımcılık yasağı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri bakımından kaçınılmaz problemlere yol açabilecektir. Veri setleri bakımından karşılaşılan diğer bir zorluk ise veri kalitesidir. YZ sistemleri, yüklenen verileri işleyip analiz ederek çıkarımlar ve sonuçlar üretme mantığına dayanmaktadır. Yargısal bir konuda analiz için yüksek yargı makamlarının kararlarının muhtemelen tarihsel olarak eski yıllara ait kararlarını da içerecek şekilde çok büyük miktarda verinin sisteme yüklenmesi gerekli olacaktır. Bu noktada içtihat istikrarı ve tutarlılık problemleriyle karşılaşılacaktır. Bu prob-

lemin aşılması için alanında uzman hukukçuların titiz incelemeleriyle veri setine alınacak kararların belirlenmesi gereklidir.

YZ uygulamalarının başarısı ve insan haklarıyla uyumlu olmasında en önemli etken veri kalitesi ve güvenliğidir. YZ uygulamaları çok yüksek miktarda veriyi işlemeye dayalı olarak çalışmaktadır. YZ uygulamalarının tasarım ve geliştirilmesinde yüklenen veri setleri ne kadar doğru, çok çeşitli ve güvenilir kaynaklardan sağlanmış olursa o kadar başarılı, önyargı ve ayrımcılıktan uzak sonuçlar elde edilecektir. Ancak veri kalitesi, ölçümü kolay bir husus değildir. Kullanılan algoritmaya, ilgili YZ sisteminin kullanım amacına göre veri setinin kalitesini gösteren hususlar değişiklik gösterebilecektir. Bu itibarla veri kalitesinin tespitine yönelik alanında uzman ve tecrübeli hukukçuların görüşlerinin alınması, yargı profesyonelleri ile yazılımcı ve mühendislerin, psikolog ve sosyologların iş birliği ve koordinasyonu ile süreçlerin yönetilmesi risk ve olumsuzlukların azaltılmasında etkili olacaktır[103].

Şeffaflık ve hesap verilebilirlik bu alanda olması gereken çok önemli güvencelerdir. Kişiler bir YZ sistemiyle etkileşime girdiğinde veya duyguları veya özellikleri otomatik araçlarla tanındığında, bu durumdan haberdar edilmelidir. Etkileşime giren bireyler sistemin yetenekleri, sınırlamaları ve nasıl tercihlerde bulunabilecekleri konusunda uygun şekilde bilgilendirilmelidir. Ayrıca temel hakların korunması bakımından muhatap alınacak sorumlu makam/kişilerin belirli ve ulaşılabilir olması, gerekli hallerde bu kişi ve makamlara karşı dava yollarının erişilebilir olması sağlanmalıdır.

YZ yoluyla adli kararların işlenmesi, ayrımcılık yasağına ve adil yargılanma güvencelerine uyulması, kişisel verilerin korunması koşuluyla, hukuki, ticari ve idari davalarda hukukun uygulanmasının öngörülebilirliği ve mahkeme kararlarının tutarlılığını sağlamada yardımcı olabilir. Ceza davalarında YZ uygulamalarının kullanımı konusunda ise adil yargılanma hakkının ihlaline yol açma riski çok büyüktür. Hâkimin vicdani kanaatini oluşturabilmesi ve somut olayın koşullarını değerlendirerek hakkaniyetle hükmedebilmesinin sağlanması gereklidir. Ceza davalarında YZ uygulamaları kullanılmak isteniyorsa, kanunilik ilkesinin gereği olarak kullanıma ilişkin gerekli olan yasal düzenlemelerin yapılması, gerekli koşullar ve sınırlandırmaların belirli ve öngörülebilir şekilde ortaya konulması gerekir. Ayrıca ceza davalarında yapay zekânın sunduğu önerilere yargıcın büyük çekincelerle yaklaşması ve uygulamanın sonuçlarının titizlikle değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

YZ sistemlerinin tasarımı, geliştirilmesi, üretiminde yer alan kişi/kişiler ve kuruluşlar, YZ sisteminin bağlamına uygun olarak, şeffaf ve açıklanabilir olmasını sağlamalıdır. İnsanlar, YZ algoritmalarına dayanarak alınan bir karardan haberdar olma ve bu durumda kamu kurumları ve özel sektör kuruluşlarından açıklayıcı bilgi talep edebilme hakkına sahip olmalıdır. Otomatik ve algoritmalara dayanılarak

[103] Maria Stefania Cataleta, 'Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle' (2020) *Journal of International Law CIFILE* 1(2) 40-63.

alınan kararların, bu kararlara yol açan verinin ve o veriden elde edilen bilginin; neden, nasıl, nerede ve ne amaçla kullanıldığı, teknik olmayan terimlerle ve yalın bir dille son kullanıcıya ve diğer paydaşlara açıklanabilmelidir[104].

YZ uygulamalarının tasarımı, üretilmesi ve kullanımında "insan hakları odaklı" anlayışın benimsenmesi gerekmektedir. İnsan hakları odaklı yaklaşımın benimsenmesiyle YZ uygulamalarının geçerli olduğu alanlarda da insan haklarını korumanın, mahremiyet ve kişisel verilerin gizliliğine saygının sağlanması mümkün olabilir. Yapay zekânın veri işleme ve analiz yöntemlerinin anlaşılabilir, gözlemlenebilir, şeffaf olması gereklidir. Ayrımcılık yasağının sağlanması bakımından YZ sisteminde kullanılan veri setlerinin seçilmesinde, yapay zekânın eğitiminde dikkatli bir denetim sağlanmalıdır. Aynı şekilde yapay zekânın aldığı kararların ayrımcılığa yol açmaması yönünden de çeşitli denetim mekanizmaları oluşturulabilir. YZ kararı olduğunun yapay zekâyla etkileşime geçen bireylere bildirilmesi, sorumlu tutulacak muhatapların belirli olması, gerektiğinde YZ kararına karşı yasal yollara başvurma imkanının tanınması gereklidir. Bu şekilde "güvenilir yapay zekâ"[105] oluşturularak yapay zekânın kötüye kullanımının ve zararlı sonuçlarının önlenmesi ile yargılamanın adil, bağımsız ve güvenilir olması hedefine ulaşılabilecektir.

KAYNAKÇA

Acar E ve Abanoz M, "Yapay Zekâ ve Ontolojik Güvensizlik: Bireysel ve Toplumsal Kaygı Dinamikleri Üzerine Bir Değerlendirme", LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi, (2023) XIV-I, 22-51.

Aksu M, Yapay Zekâ ve Hukuk, (Onikilevha 2022).

Aletras N, "Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing perspective", PeerJ Computer Science, (2016) 2, 1-19.

Angwin J, Larson J, Mattu S ve Kirchner L, "Machine Bias" (2016) Propublica https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing (Erişim Tarihi 18/9/2023).

—— —, "How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm", (2016) Propublica https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm (Erişim Tarihi: 18/9/2023).

Arias PC, "Artificial Intelligence & Machine Learning: a Model for a New Judicial System?", Revista Internacional Jurídica y Empresarial, (2020)(3), pp. 81-91.

[104] T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ve Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. (2021). s. 61.

[105] European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology (2019).

Bilgin H, "Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hâkimler Hakkında Düşünceler", İnÜHFD, (2022) 13.,(2) 405-419.

Bora Çınar S "Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler", Legal Hukuk Dergisi, 20(234) 2022, s.2089- 2130.

Cataleta MS, 'Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle', Journal of International Law CIFILE (2020)Sayı 1 (2) s. 40-63.

Chesterman S, We, the Robots? Regulating Artificial Intelligence and The Limits of The Law, (Cambridge University Press 2021).

—, "Through a Glass, Darkly: Artificial Intelligence and the Problem of Opacity", The American Journal of Comparative Law, (2021) Volume 69, Issue 2, June 2021, Pages 271–294, https://doi.org/10.1093/ajcl/avab012 (Erişim Tarihi: 24/11/2023).

Cowan D, "Estonia: a Robotically Transformative Nation", Robotics Law Journal, (2019) https://www.roboticslawjournal.com/global/estonia-a-robotically-transformative-nation-28728942, Erişim Tarihi: 07.10.2023.

Erdoğan G, "Yapay Zekâ Ve Hukukuna Genel Bir Bakış". Adalet Dergisi, (2021) 66, 117-192.

Ersoy Ç, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, (4th edt On İki Levha 2019).

European Commission, High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI, (2019). https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai (Erişim Tarihi: 8/10/2023)

Güçlütürk OG ve Kadıoğlu YM, "Yapay Zekâ ve Regülasyon", Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ, (1st edt. Onikilevha 2021).

Gül S, "Yargıda Yapay Zekâ ve Büyük Veri Teknolojileri", 156. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumunda sunulan tebliğ, 10/5/2024.

Gülel H, Hukuki Açıdan Yapay Zekâ, (Adalet 2023).

Güven H, Ayvaz-Güven ET, Yapay Zekâ Uygulamalarının E-Ticarette Kullanımı. International Journal of Management and Administration, (2023)7(13), 69-94.

Harris B, 'Could an AI ever replace a judge in court?', (2017) https://www.worldgovernmentsummit.org/ observer/articles/2017/detail/could-an-ai-ever-replace-a-judge-in-court (Erişim: 20.09.2023).

Hirch Ernst, Pratik Hukukta Metot, (8th edt, Seçkin 2017).

İlgün MF, "Vergi Denetim Sürecinde Büyük Veri Analitiği'. Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi (2020) 8/1, 1-24.

Karacan P ve Irgız D, 'Yapay Zekâ Kullanımı İçin Hukuksal Çerçeve İhtiyacı', (2023) https://blog.lexpera.com.tr/yapay-zekâ-kullanimi-icin-hukuksal-cerceve-ihtiyaci/ (Erişim Tarihi: 23/10/2023)

Karataş Durmuş N, 'Vergi İdaresi 3.0. Yapay Zekâ Perspektifinden Bir İnceleme, Maliye Dergisi, (2023); 184:225-253

Keisner CA, Raffo JD ve Wunsch-Vincent SA, 'Breakthrough Technologies- Robotics, Innovation and Intellectual Property', World Intellectual Property Organization (WIPO), Economic Research Working Paper,(2015) No 30.

Manning C, 'Artificial Intelligence Definitions', (2020) https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf (Erişim Tarihi: 7/10/2023)

Medvedeva M ve vd, 'Automatic Judgement Forecasting for Pending Applications of the European Court of Human Rights, Proceedings of the fifth workshop on automated semantic analysis of information in legal text', CEUR Workshop Proceedings, (2021)12-23,

Medvedeva M, Vols M ve Wieling M, 'Using Machine Learning to Predict Decisions of the European Court of Human Rights', Artificial Intelligence and Law (2019) 237-266.

Möslein F, 'Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zekâ ve Şirketler Hukuku', Çev. Sevda Bora Çınar, İstanbul Hukuk Mecmuası, (2021) 79, 2, 700-728.

Nowotko PM, 'AI in Judicial Application of Law and the Right to a Court', Procedia Computer Science, (2021)192, 2220-2228.

Öngören H, 'Türkiye'de İnternet Kullanım Eğilimi ve Dijital Vatandaşlık Algısının İnsan Hakları Bağlamında İncelenmesi', Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi,(2022) Volume: 5 Issue: 9, s.47 - 82

Özçelik B, 'Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk Ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler', Adalet Dergisi, (2021) 2021/1 66. sayı ss.87-116

Pepıto J, Vasquez, B. ve Locsin, R. (2019). 'Artificial Intelligence and Autonomous Machines: Influences, Consequences, and Dilemmas in Human Care', Health, Scientific Research Publishing, (2019)11(7), 932-949.

Serozan R, Hukukta Yöntem, (Vedat Kitapçılık 2015).

Shi C, Sourdin T ve Li B, 'The Smart Court- A New Pathway to Justice in China?' International Journal for Court Administration (2021)12(1) 4.s. 4.

Singil N, 'Yapay Zekâ ve İnsan Hakları', Public and Private International Law Bulletin, (2022) 42., S. 1., 121-158.

Sourdin T, 'Justice in the age of technology: 'The rise of machines is upon us' Sdyney: Australian Lawyers Alliance (2017).

Terzidou K, 'The Use Of Artificial Intelligence in the Judiciary and Its Compliance with the Right to a Fair Trial', Journal of Judicial Administration,(2022) 31 (3), p. 154-168.

Turing AM, 'Computing Machinery and Intelligence' (1950) 59 Mind 433-460 https://redirect.cs.umbc.edu/courses/471/papers/turing.pdf.

Xu Zichun, 'Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities', Applied Artificial Intelligence, (2022). C. 36., S. 1., ss. 1025-1045.

Yamane N, 'Artificial Intelligence in the Legal Field and the Indispensable Human Element Legal Ethics Demands', The Georgetown Journal of Legal Ethics, (2020) C. 33., S. 4., ss. 877-890.

Yılmaz İ, Sözer C ve Elver E, 'Yapay Zekâ İle İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme', Adalet Dergisi, (2021) 66(1) 2021, s.445-469.

Yılmaz A, Yapay Zekâ, (Kodlab 2019).

Yılmaz OG, 'Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı- Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?', Adalet Dergisi, (2021) 66., S. 1.,379-415.

Uluslararası Belgeler

Council of Europe Commissioner for Human Rights. Unboxing Artificial Intelligence: 10 Steps to Protect Human Rights, (2019) https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rightsreco/1680946e64 (Erişim Tarihi: 18/9/2023)

European Commission. Regulation of the European Parliament and of the Council: Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, 2021/0106 (COD).

OECD Yapay Zekâ Konsey Tavsiyeleri, Kabul Tarihi 22/5/2019, Sayı 0449, https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449 (Erişim Tarihi: 18/9/2023)

European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology. Ethic Guidelines for Trustworthy AI, Publications Office (2019).

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article
DOI: 10.54049/taad.1515058

ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇUNDA MAĞDURUN KİM OLDUĞU SORUNU VE CENİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

The Problem of Who is the Victim in the Offence of Miscarriage and the Legal Nature of the Foetus

Fulya KORKMAZ *

Özet

Çocuk düşürme suçu öteden beri pek çok yönden tartışılmaktadır. Ancak bu çalışmada söz konusu suç tüm yönleriyle değil, tartışmaların en çok yoğunlaştığı mağdurun belirlenmesine ilişkin sorunlar yönünden ele alınmıştır. Çocuk düşürme suçu Türk Ceza Kanunu'nun "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısmında düzenlenmiştir. Oysaki bu suçun maddî konusunu oluşturan "cenin" henüz bir "kişi" veya "insan" niteliğini kazanmış bir varlık değildir. Öte yandan, bu suçun faili bizzat gebe kadının kendisidir. İnsanın kişiliği aynı anda bir suçun hem faili hem de mağduru olmak biçiminde ikiye bölünemeyeceğinden, gebe kadını bu suçun mağduru olarak kabul etmek mümkün değildir. Ne var ki kanun koyucu çocuk düşürme suçunu "Topluma Karşı Suçlar" kapsamında değil de "Kişilere Karşı Suçlar" kapsamında düzenlemek suretiyle, bu suçta mağdurun belirli bir kişi olmasını öngörmüştür. Şu hâlde çocuk düşürme suçunun mağduru kimdir sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada ceninin hukukî niteliğine yönelik çeşitli yaklaşımlar ele alınarak Türk Ceza Kanunu'nda buna ilişkin hangi yaklaşımın benimsendiği ve çocuk düşürme suçunda mağdurun kim olduğu tespit edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Çocuk düşürme, mağdur, çocuk düşürme suçunda mağdurun belirlenmesi, cenin, ceninin hukukî niteliği

Abstract

The offence of miscarriage has long been discussed from many aspects. However, in this study, this crime is discussed not in all aspects, but in terms of the problems related to the determination of the victim, where the discussions are the most focused. The offence of miscarriage is regulated in the Second Part of the Turkish Penal Code titled "Offences Against Persons". However, the "foetus", which constitutes the material subject of this offence, is not yet a "person" or an entity that has acquired the characteristics of a "human being". On the other hand, the perpetrator of this offence is the pregnant woman herself. Since the personality of a human being cannot be divided into two as being both the perpetrator and the victim of a crime at the same time, it is not possible to accept the pregnant woman as the victim of this crime. However, by regulating the crime of miscarriage within the scope of "Crimes Against Persons" rather than "Crimes Against Society", the legislator envisaged that the victim of this crime should be a specific person. In this case, the question of who is the victim of the crime of miscarriage arises. In this study, various approaches

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.06.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Dr. Öğr. Üyesi, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, fulyakorkmaz_88@hotmail.com, https://orcid.org/0000-0002-5800-9812.

to the legal nature of the foetus are discussed and it is tried to determine which approach about foetus is adopted in the Turkish Penal Code and who is the victim in the crime of miscarriage.

Key Words: Miscarriage, victim, determination of the victim in the offence of miscarriage, foetus, legal nature of the foetus

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) "*Kişilere Karşı Suçlar*" için ayrılan İkinci Kısmının "*Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma*" başlıklı Beşinci Bölümünde sırasıyla; çocuk düşürtme (m. 99)[1], çocuk düşürme (m. 100)[2] ve kısırlaştırma (m. 101)[3] suçları düzenlenmiştir. Çocuk düşürtme ve düşürme suçlarını düzenleyen hükümlerin incelenmesinden anlaşılmaktadır ki; gebelik süresi on haftayı aşmayan bir kadının gebeliğini kendisinin sonlandırması veya on haftayı aşmayan gebeliğin kadının rızasıyla yetkili bir üçüncü kişi tarafından sonlandırılması hukuka uygundur.[4] Buna karşılık tıbbî zorunluluk bulunmamasına rağmen, rızayla bile olsa, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürtmek (m. 99/2) ve gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu kendi isteğiyle düşürmesi (m. 100) suç teşkil etmektedir.[5]

---

1 TCK m. 99: "*(1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur. (3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur. (6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.*"

2 TCK m.100: "*(1) Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur*."

3 TCK m. 101: "*(1) Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır. (2) Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*."

4 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem and Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (Seçkin Yay. 2022) 372

5 Kanun koyucunun suçun cezası yönünden gebelik süresinin 11. haftası ile 40. haftası arasında bir fark gözetmemiş olması öğretide eleştirilmiştir. (Bkz. Mustafa Özen, 'Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (2007) (5) THD 97, 101)

Ne var ki TCK m. 99/6'da kadının mağduru olduğu bir suçun sonucunda gebe kalması hâlinde, gebelik süresinin yirmi haftayı aşmaması ve kadının da rızasının bulunması koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmeyeceği belirtilmiştir. Ancak bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekmektedir. Bununla beraber, Kanunda mağduru olduğu suçun sonucunda gebe kalan kadının yirmi haftayı aşmayan gebeliğini kendisinin sonlandırması hâlinde cezalandırılmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, bazı yazarlar bu durumda da fiilin suç teşkil edeceğini düşünmektedir.[6] Fakat böyle bir durumda şeref ve haysiyeti tehdit eden bir tehlikenin varlığını kabul etmek gerektiğini düşünen diğer bazı yazarlar, zorunluluk hâli nedeniyle burada herhangi bir suçtan söz edilemeyeceğini ifade etmektedir.[7]

Gebeliğin sonlandırılmasına yönelik esas düzenleme 27.05.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da (NPHK) yer almaktadır. İlgili Kanunun 2. maddesinin son paragrafında, burada öngörülen hâller dışında gebeliğin sona erdirilemeyeceği ve streliziasyon ve kastrasyon ameliyesi yapılamayacağı belirtilmiştir. Yine anılan Kanunun 5. maddesine göre gebeliğin sona erdirilmesinin koşulları şunlardır:

> *"Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.*
>
> *Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir."*[8]

Belirtilmelidir ki, 1983 tarihli NPHK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte Türkiye'de gebeliğin sona erdirilmesi ve çocuk düşürme bakımından "süre modeli"

---

6 Veli Özer Özbek, Koray Doğan and Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Seçkin Yay. 2022) 323

7 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (Fakülteler Mat. 1991) 176-177

8 Maddenin devamı şu şekildedir:
"*Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.*
Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak yönetmelikte belirtilir."

ile "endikasyon modeli" benimsenmiştir.[9] Oysa bundan evvel yürürlükte bulunan 10.04.1965 tarihli (yürürlük tarihi) 557 sayılı NPHK'de gebeliğin ancak tıbbî zorunluluk bulunması hâlinde sonlandırılabileceği düzenlenmişti.[10] Dolayısıyla gebeliğin isteğe bağlı olarak belirli bir süre içerisinde sonlandırılabilmesi 1983 tarihli NPHK'nin yürürlüğe girmesiyle söz konusu olabilmiştir.[11] Nitekim bunun önemli bir sonucu olarak, o dönem yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'de çocuk düşürme ve düşürtme fiillerine ilişkin birtakım değişikliklerin yapılması gerekli hâle gelmiştir. Bu kapsamda bazı fiiller suç olmaktan çıkarılmış, ilgili suçların düzenlendiği dokuzuncu babın dördüncü faslının başlığı "*ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine cürümler"* iken, yapılan değişiklikle "*çocuk düşürme ve düşürtme cürümleri*" başlığı tercih edilmiştir.[12]

Mülga 765 sayılı TCK'nin ilk hâlinde de benzer şekilde "*kasten çocuk düşürmek ve düşürtmek"* başlığı kullanılmıştı[13]; ancak bu başlık 1936 yılında 3038 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle "*ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine cürümler"* olarak değiştirilmişti.[14] Bu itibarla 1983 tarihli NPHK'nin yürürlüğe girmesiyle, 765 sayılı TCK'nin yürürlüğe girdiği ilk hâlindekine benzer bir başlığa geri dönülmüştür. Esasen 765 sayılı TCK'deki bu değişiklikle çocuk düşürtme ve düşürme fiillerine

---

9 Erdener Yurtcan, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması (Kazancı Hukuk Yay. 1990) 73
Belirtilen bu modelleri açıklamak gerekirse; on haftaya kadar olan gebeliklerde rızaya dayalı kürtaj bakımından süre modeli, on haftayı aşan gebeliklerde tıbbî zorunluluğun bulunması hâlinde tıbbî endikasyon modeli, gebeliğin doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hâllerde embriyopatik endikasyon modeli uygulanmaktadır. Bunun yanı sıra, TCK'de yer alan bugünkü düzenlemeler karşısında, kadının mağduru olduğu bir suç nedeniyle gebeliğin sonlandırılmasında ise kriminolojik endikasyon modeli uygulama alanı bulmaktadır. (Dilek Özge Erdem, 'Çocuk Düşürtme Düzenlemesi' (2016) 65 (4) AÜHFD 1637, 1640)

10 Söz konusu Kanunun 3. maddesine göre; "*Gebeliğin ana hayatını tehdidettiği veya edeceği, rüşeymin veya ceninin normal gelişmesini imkânsız kılan veya doğacak çocuk ile onu takibedecek nesiller için ağır maluliyet sebebi teşkil edecek hallerde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının yetkili kılacağı kurulların objektif arazlara dayanan gerekçeli raporları üzerine rahim tahliye edilebilir. Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdideden âcil hallerde, durumu tesbit eden yetkili hekim tarafından da gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilebilir.*
Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan evvel veya mümkün olmadığı ahvalde en geç yirmidört saat içinde yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde Sağlık ve Sosyal Yardım müdürlüklerine, ilçelerde Hükümet tabipliklerine bildirmeye mecburdur.
Müdahale yoluyla rahmin tahliyesiyle ilgili esaslar, hastalıklar, tahliyenin yapılabileceği yer ve kurumlar ile âcil hallerin nelerden ibaret bulunduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir tüzükle düzenlenir."

11 Tuğrul Katoğlu, 'Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması' Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan içinde (2004) 2 GÜHFD 269, 280; Türkân Yalçın Sancar, Türk Ceza Hukukunda Kadın (Seçkin Yay. 2013) 233

12 Yurtcan (n 9) 73

13 Bkz.<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400765.pdf> erişim tarihi 05.05.2024

14 Erdem (n 9) 1645

olan yaklaşımının olumlu yönde değiştiğini[15] ve bu son yaklaşımın yürürlükteki TCK'de de benimsendiğini ifade etmek mümkündür. Ne var ki söz konusu suçlar hâlen yoğun tartışmalara konu olmaya devam etmektedir. Bu tartışmalardan biri ve belki de en önemlisi ceninin ceza hukukundaki statüsüdür; yani insan olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesidir. Bu elbette salt ceza hukukunu ilgilendiren bir sorun değildir; hukukun her dalında ele alınan, hatta kişilik ve hak ehliyeti tartışmaları bakımından Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) ayrı bir düzenleme alanı bulan bir konudur.[16] Nitekim TMK m. 28'e göre çocuk, sağ doğmak koşuluyla, hak ehliyetini ana rahmine düştüğü andan itibaren elde eder. Bu itibarla medeni hukuk bakımından çocuk hak ehliyetini tam ve sağ doğduğu anda, yani kişi hâline geldiği anda geçmişe etkili olarak kazanır.[17]

Ceza hukuku bakımından ceninin niteliği fiilin hukukî niteliğini etkileyebilen ve bu nedenle de çözüme kavuşturulması gereken önemli bir sorundur. Şöyle ki ceninin insan kavramına dâhil olduğu düşünülürse, bunun aynı zamanda insan öldürme suçunun maddî konusunu oluşturabileceği sonucuna varılır ve ceninin düşürülmesine ilişkin fiillerin bir kısmı insan öldürme suçuna vücut verir. Fakat -birazdan detaylı olarak açıklanacağı üzere- TCK'ye göre insan olma niteliği sağ ve tam doğumla kazanılır.[18] Dolayısıyla Türk ceza hukuku bakımından cenin, anadan tamamen ayrıldıktan sonra, yani doğum tamamlandığında "insan" niteliğini haiz hâle gelir.[19]

Öte yandan insan olma niteliğini kazanmadan önce, cenine veya embriyoya yönelik gerçekleştirilen bazı fiiller çocuk düşürtme ve düşürme suçları kapsamında cezalandırılmaktadır. Keza gebe kadına karşı gerçekleştirilen öldürme ve yaralama fiilleri için daha ağır bir ceza öngörülmektedir.[20] Şu hâlde yalnızca insan değil, gebelik ürünü varlık da ceza kanunu tarafından himaye edilmektedir.[21]

---

15 Nitekim o dönemde "ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine cürümler" başlığı ile kanun koyucunun milletin bütünlüğünü, çoğalma gücünü korumayı amaç edindiğini açıkça beyan ettiği ifade edilmiştir. (Bkz. Sulhi Dönmezer, 'Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü' (2011) 50 (1-4) Journal of Istanbul University Law Faculty 3, 7-8)

16 TMK m. 28: "*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*"
TMK m. 427: "*Vesayet makamı, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gereken önlemleri alır ve özellikle aşağıdaki hâllerde bir yönetim kayyımı atar:*
.....3. Bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse veya ceninin menfaatleri gerekli kılarsa,"
TMK m. 582: "*Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz.*"
TMK m. 643: "*Mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğumuna kadar ertelenir.*
Ana muhtaç ise, doğuma kadar geçim giderlerinin terekeden sağlanmasını isteyebilir."

17 Leyla Müjde Kurt, 'Ceninin Malvarlığı Hakları' (2011) 2 (1) İÜHFD 177, 180-181

18 Güneş Okuyucu Ergün, 'Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler' (2015) II Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan içinde 821, 829

19 Nevzat Toroslu and Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım (Savaş Yay. 2021) 25

20 Okuyucu Ergün, 'Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı' (n 18) 830

21 Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu (Savaş Yay. 2019) 335

Bu çalışmada TCK m. 100'de düzenlenen "çocuk düşürme" suçu mağdurun belirlenmesine ilişkin sorunlar bakımından inceleme konusu yapılmıştır. Öncelikle, her nasıl ki biçimsel kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak kanuni tipte cezaî yönden meşru olanla olmayanın açık ve kesin bir biçimde belirlenebilir olması gerekiyorsa[22], aynı şekilde suçun failinin kim olduğunun da hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenebilir olması gerekir. Aslında buna suçun mağdurunu da eklemek gerekir. Gerçekten de suçların düzenlendiği yer itibarıyla mağdurun şüpheye yer vermeyecek bir biçimde belirlenebilir olması, suç genel teorisine ilişkin birçok meselenin doğru bir biçimde çözülmesini sağlar. Zira ceza hukukunda mağdur kavramı; suçun özel kurucu unsurları, arızi unsurları, cezasızlık nedenleri gibi pek çok kuruma ilişkin önemli sonuçlar doğurur.[23] Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması yönünden de mağdurun belirlenmesi oldukça önemlidir. Ancak çocuk düşürme suçunda mağdurun kim olduğu hususu söz konusu suçun düzenlendiği yer itibarıyla tereddütlere yol açmakta ve bu durum ceninin ceza hukuku bakımından niteliğini ele almayı gerekli kılmaktadır.

I. ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇUNA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

TCK m. 100'e göre; "*gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur*." Bu itibarla, çocuk düşürme suçu "gebe kadının bizzat kendisi"[24] tarafından işlenebilen bir özgü suçtur.[25] Eğer ki gebe kadın dışında bir başkası çocuğun düşürülmesine yönelik davranışlarda bulunursa, fiil TCK m. 99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçuna vücut verebilir. Bu noktada belirtilmelidir ki TCK'de "çocuk" kavramı tercih edilmiş olmasına rağmen, aynı Kanunun 6. maddesinin (b) bendinde çocuk; "*henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi*" olarak tanımlanmıştır.[26] Öyleyse TCK bakımından çocuk bir "insan" ve "kişi" niteliğini haiz bir varlıktır. Hâlbuki çocuk düşürme suçu bakımından henüz "kişi" niteliğini kazanmış bir varlıktan söz etmek mümkün değildir. Burada esasen "çocuk" ibaresiyle kastedilen tıbbî tabiriyle "cenin"dir.[27] Bu nedenle kanun koyucunun madde başlığına ilişkin bu

---

22 Nevzat Toroslu and Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım (Savaş Yay. 2023) 58; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Güneş Okuyucu Ergün, Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi (Yetkin Yay. 2023) 75 vd.

23 Tuğrul Katoğlu, 'Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları' (2012) 61 (2) AÜHFD 657, 658

24 Özbek, Doğan and Bacaksız (n 6) 322

25 Serap Keskin Kiziroğlu, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (2013) MÜHFD Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan içinde 165, 184; Zeki Hafızoğulları and Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar (US-A Yay. 2022) 147. Çocuk düşürme suçunda failin sıfatının doğal niteliğe, yani cinsiyete dayandığı yönünde bkz. Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin Yay. 2022) 528

26 Hakan Hakeri, Tıp Ceza Hukuku (Seçkin Yay. 2023) 220

27 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı (n 7) 174; ibid

tercihi eleştirilmiş, söz konusu seçimin suçun tanımı bakımından doğru olmadığı değerlendirilmiştir.[28]

Çocuk düşürme suçunda korunan hukukî varlık veya menfaatin ne olduğu da oldukça tartışmalıdır.[29] Kimi yazarlar bu suç ile ceninin gelecekteki yaşam hakkının korunduğunu savunurken[30], kimileri devletin nüfus politikasının korunduğunu düşünmektedir.[31] Hatta gebe kadının sağlığının korunduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır.[32] Belirtelim ki söz konusu suç hukukî konu değil de maddî unsur esas alınarak TCK'de "*Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma*" başlığı altında düzenlendiğinden, kanun koyucunun hangi varlığın veya menfaatin korunmasına üstünlük tanıdığını buradan tespit etmek mümkün değildir.[33] Bununla beraber buradaki esas sorun, anılan suçun "*Kişilere Karşı Suçlar*" kısmında düzenlenmiş olmasıdır; çünkü cenin bir kişi olarak kabul edilemeyeceğinden[34] bir varlık veya menfaatin sahibi ya da hamili olarak değerlendirilemez. İşte bu noktada söz konusu suçun mağduru kim olabilir sorusu karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda bu konu detaylı olarak ele alınacağından burada suça ilişkin diğer bazı bilgilere yer verilecektir.

Her şeyden önce çocuk düşürme suçunda davranışın ön şartı kadının on haftadan fazla gebe olmasıdır.[35] Kanunda çocuk düşürmenin hangi araçlarla veya davranışla

---

28 Bkz. Burcu Dönmez, 'TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması' (2007) 9 (2) DEÜHFD 99, 106

29 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erman and Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 449-490) Sahir Erman (Dünya Yay. 1994) 187 vd.

30 Keskin Kiziroğlu (n 25) 184; Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kiziroğlu, Ali Kemal Yıldız, Pınar Memiş Kartal, Sinan Altunç, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Barış Erman, Fulya Eroğlu Erman, Gülşah Kurt and Hasan Sınar, Özel Ceza Hukuku (C. II Kişilere Karşı Suçlar On İki Levha 2017) 448; Tezcan, Erdem and Önok (n 4) 373; Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Adalet Yay. 2022) 347; Salih Oktar, Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları (Oniki Levha Yay. 2016) 232; Berrin Akbulut and Ola Raheem Kareem, 'Türk Ceza Kanunu ve Irak Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (2018) 13 (37) CHD 11, 41; Aylin Kul, 'Türk Ceza Hukuku'nda Çocuk Düşürme Suçu'nun Tartışmalı Yönleriyle İncelenmesi' (2018) 4 (7) BÜHFD (Prof. Dr. Erol Cihan Armağanı C. I içinde) 85, 87

31 Yurtcan (n 9) 45

32 Bkz. Özbek, Doğan and Bacaksız (n 6) 322

33 Hukukî konunun belirlenmesi ve belirli bir kategoriye sokulması, "üstünlük" kriterine göre gerçekleştirilir. Bu konuda hükmü verecek olan kanun koyucudur. Zira kanun koyucu muhtelif hukukî konular arasından tipik fiil bakımından daha önemli, daha karakteristik olanı, ayrıca fiilin hukukî mahiyetine daha uygun olanı tercih etmek suretiyle, normun üstün gayesini tespit eder. Bkz. Toroslu, Cürümlerin Tasnifi (n 21) 284

34 Çoğul gebelikler bakımından diğer fetüs veya embriyoları kurtarmak amacıyla yapılan müdahaleleri başkası lehine zaruret hâli kapsamında değerlendirmenin mümkün olmadığına, zira gerek embriyonun gerek ceninin hukuken kişi ve dolayısıyla "başkası" olarak kabul edilemeyeceğine yönelik değerlendirme için bkz. Katoğlu, 'Çoğul Gebelikler' (n 11) 284

35 Bazı suçların varlığı bakımından gerekli olan ve suç fiilinden önce gelen, ondan bağımsız olan fiilî ve hukukî unsurların "davranışın ön şartları" olarak ifade edilmesinin daha doğru olduğu; bu unsurların failin davranışından bağımsız olmakla beraber suç olarak öngörülen fiile yabancı olmadıkları, bu itibarla suç yapısına dâhil olan asli unsurlar oldukları yönünde bkz. Toroslu and Toroslu,

gerçekleştirilebileceği belirtilmediğine göre, söz konusu suç çocuk düşürmeye elverişli her türlü davranışla işlenebilir.[36]

Yargıtay geçmişte bir kararında rahme kibrit sokulmasından ibaret olan davranışın çocuk düşürme fiili bakımından elverişli olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir.[37] Nitekim çocuk düşürme olaylarında rahimden çıkan varlığın cenin olup olmadığının tespit edilmesi oldukça önemlidir; örneğin rahimden çıkanın ur olması hâlinde fiil suç teşkil etmeyecektir.[38]

Çocuk düşürmeye yönelik davranışın gerçekleşmesinden önce ceninin hayatını kaybetmesi hâlinde fiil çocuk düşürme suçunu oluşturmaz; fakat çocuk düşürmeye yönelik davranışın sonucunda, ceninin yaşam için yeterli olgunluğa ulaşmaması nedeniyle ölmesi hâlinde fiil çocuk düşürme suçunu oluşturur.[39] Belirtilmelidir ki Yargıtay, yaşama yeteneği bulunan yedi aylık çocuğun rahimden tahliye edilmesi olayında, hem çocuk düşürme hem de insan öldürme suçundan dolayı ceza verilmesini -yerinde olarak- hukuka aykırı bulmuş ve burada yalnızca çocuk düşürme suçunun gerçekleştiğini kabul etmiştir.[40]

Öğretide bir anlayış «çocuk düşürme» olarak ifade edilen bu suçun «ceninin öldürülmesi» şeklinde adlandırılmasının daha isabetli olacağını savunmuştur. Zira buna göre çocuk düşürme suçunun maddî unsuru bakımından önemli olan öncelikle bir gebeliğin varlığı ve ardından da ister rahmin içinde ister dışında meydana gelsin; ceninin ölmesidir. Öte yandan bu suçun gerçekleşebilmesi için ceninin ölmesini gerekli olmadığını, zamanından önce zorla dışarıya atılmasının yeterli olduğunu savunan bir başka anlayış da bulunmaktadır.[41] Esasen her ikisi arasındaki fark ceninin düştüğü fakat ölmediği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki ilk anlayışa göre çocuk düşürmeye yönelik davranışın sonucunda cenin ölmezse suç

Genel Kısım (n 22) 131. Ne var ki genel olarak yazarlar burada "suçun ön şartı" kavramını tercih etmişlerdir. (Bkz. Faruk Erem, 'Çocuk Düşürme' (1958) Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hâtırasına Armağan içinde 307, 311; Erman and Özek (n 29) 208; Katoğlu, 'Çoğul Gebelikler' (n 11) 282) "*Çocuk düşürme suçunun oluşumu için gebelik süresinin 10 haftadan fazla olması gerektiği, dosya kapsamı, doktor raporları, taraf beyanları ve sanık savunmasına göre gebeliğin 10. haftadan sonra sonlandığına dair delil bulunmadığı, sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,"* Yargıtay 9 CD 18455/7329, 04.07.2022 <https://kararara ma.yargitay.gov.tr/> erişim tarihi 22.03.2024

[36] Doktrinde suçun ihmalle de işlenebileceği şöyle bir örnekle ifade edilmiştir; "*hamileliğini yatakta geçirmesi kendisine tavsiye edilen bir kadının, hekim sözü dinlemeyerek, çocuğun düşmesini sağlaması halinde, çocuk düşürme fiili ihmali davranışla işlenmiş olmaktadır*." Bkz. Hafızoğulları and Özen (n 25) 147

[37] Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı (n 7) 172-173. Benzer şekilde tuz, soda, patlıcan sapı da bu kapsamda kararlara konu olmuştur. Bkz. Yurtcan (n 9) 75

[38] Bkz. Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı (n 7)174; Yurtcan (n 9) 76

[39] Erem (n 35) 309

[40] Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı (n 7) 175

[41] Bu konudaki tartışmalar için bkz. Erem (n 35) 309-310

teşebbüs aşamasında kalmış sayılır. Hâlbuki diğerine göre ceninin ölmesi gerekli olmadığından yalnızca rahimden tahliye edilmiş olması suçun tamamlanması bakımından yeterlidir.[42] Ancak TCK m. 100'deki düzenleme ilk anlayışı yansıtmakta, çocuk düşürmeye yönelik davranışın sonucunda ceninin ölmesini öngörmektedir. Bize göre burada tartışılması gereken esas mesele; vaktinden önce doğan çocuğun ileride sağlık sorunları yaşaması muhtemel olacağından, suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü hâlinde verilecek cezanın tatmin edici olmayacak olmasıdır.[43]

Çocuk düşürme suçunun manevî unsuru bakımından belirtilmelidir ki, söz konusu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Bu itibarla tedbirsizlik sonucu alınan ilaçların tesiriyle çocuk düşüren kadının fiili suç teşkil etmez.[44] Bununla beraber suçun olası kastla da işlenmesi mümkün değildir; çünkü Kanunda yer alan "*...kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi...*" ifadesiyle isteme unsurunun doğrudan neticeyi de kapsaması gerektiği anlaşılmaktadır.[45] Şu hâlde bu suç yalnızca doğrudan kastla işlenebilir.

İntihar etmeyi düşünen gebe kadının bu yöndeki girişiminin ölümle sonuçlanmaması ancak ceninin düşmesine neden olması hâlinde sorumluluğun ne olacağı da tartışılan bir mesele olmuştur. Öğretide kimi yazarlar bu suçun olası kastla işlenemeyeceğinden hareketle böyle bir durumda gebe kadının cezaî sorumluluğunun bulunmayacağı düşüncesindedir.[46] Ancak bize göre burada doğrudan kast söz konusudur; zira gebe kadının intiharı hâlinde ceninin düşmesi, gerçekleşmesi muhakkak olan bir neticedir. Nitekim fail tarafından doğrudan hedeflenen neticeler ile zorunlu bir bağlantı içerisinde olan ve hareketin yapıldığı anda işlenmek istenen suçun gerçekleşebilmesi için ortaya çıkması muhakkak gözüken neticelerin doğrudan kast kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir.[47] Ne var ki öğretide kastın niteliği ne olursa olsun intiharı göze alıp hayatına son vermek isteyen gebe kadını cezalandırmanın suç politikası açısından ne ölçüde uygun olabileceği hususunun tartışılması gerektiği belirtilmiştir.[48]

Sonuç itibarıyla doğrudan kastın arandığı bu suç yönünden; gebe kadın gebelik süresinin on haftayı aştığını, gerçekleştirdiği davranışın çocuk düşürmeye yönelik olduğunu ve bunun neticesinde çocuğunu düşüreceğini biliyor ve tüm bunları istiyorsa kasıtlıdır.[49]

---

42 ibid 310

43 Bu durumda Erem'e göre; "Yaşasa bile zamanından evvel doğmuş olmak çocuğun ilerdeki fizyolojik ve hattâ ruhî hayatı üzerinde bazen vahim tesirler doğurur. Bu neticelerin vahametine nazaran teşebbüs halinde kalan suça verilecek cezanın kifayetsizliği kabul olunursa ikinci nazariye, aksi takdirde birinci nazariye tatmin edici sayılabilir." Bkz. ibid

44 Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı (n 7) 176

45 Özbek, Doğan and Bacaksız (n 6) 324

46 Bkz. ibid

47 Bkz. Toroslu and Toroslu, Genel Kısım (n 22) 221-222

48 Bkz. Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar (Filiz Kit. 1994) 185

49 Erman and Özek (n 29) 209

II. İNSAN OLMA NİTELİĞİNİN BAŞLANGICI VE CENİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİNE YÖNELİK TARTIŞMALAR

İnsan varlığının korunmasının kapsamı ve sınırları sorunu ile bununla ilgili olarak ortaya çıkan yasal tercihler; insanı anlama biçimine, insanın kendisini ve kendi kimliğini kavramasına ilişkin temel meselelere bağlıdır.[50] Bu konuda faydacı ve bireyci olarak ifade edilen iki temel anlayış daimî çatışma içerisindedir. Faydacı anlayış insana adeta bir şey olarak, kütle olarak, bir araç olarak veya kişisel olmayan amaçlar için araç hâline getirilmiş bir varlık olarak yaklaşırken; bireyci anlayış insana bir değer olarak, bir kişi olarak, bir amaç olarak, tabii haklara sahip bir özne olarak ve bu nedenle de kişisel olmayan çıkarlar için araç hâline getirilemeyecek bir varlık olarak yaklaşmaktadır. Bireyci anlayışa göre iyi ile ortak iyi hiçbir zaman çatışmaz, aksine bunlar birbiriyle örtüşür; kişiye saygı ve destek tüm bireylerin ve hatta toplumun ortak amacıdır.[51] Öte yandan bu anlayış, kişiye yönelik müdahalelerin hukuka uygunluğuna ilişkin olarak iki mutlak sınırın varlığından söz eder. Bunlar her şeyden önce hayatın, fiziksel bütünlüğün, sağlığın, insan onurunun, eşitliğin ve insan haysiyetinin eşit korunmasına yönelik ilkelerle belirlenen objektif sınırlar ve ardından da süjenin rızasıyla belirlenebilen sübjektif sınırlardır.[52]

Bireyci ve faydacı anlayış insan kavramını, insanın ve insan cesedinin cezaî himayesi bakımından da insan olma niteliğinin başlangıcına ve sonuna ilişkin temel sorunları ele almıştır. Elbette bu gibi hayatî öneme sahip konularda hukukçunun görevi yalnızca bugünü anlamak değildir; biyomedikal alanındaki gelişmeler geleceği dönüştürme eğiliminde olduğundan, aynı zamanda geleceği plânlamaktadır. Bireyci anlayışın en önemli sonucu insan kavramına yalnızca geleneksel anlamdaki insanı değil, aynı zamanda insan yaşamının gerçek organizması olan (potansiyel değil) cenini ve insan benzeri varlığı da dâhil etmesidir.[53] İşte tam da bu noktada ceninin niteliğinin ne olduğu sorunu karşımıza çıkmaktadır. Bu konuya ilişkin iki temel tartışma göze çarpmaktadır: Cenin insan varlığına mı, yoksa eşya kavramına mı dâhildir; hukukun öznesi mi, yoksa nesnesi midir? Bu sorular karşısında üç farklı çözüm önerilmiş ve hatta benimsenmiştir. Bunlardan ilkine göre ceninle doğmuş kişi arasında mutlak bir fark bulunmaktadır; ceninin bir özne olarak doğrudan korunması söz konusu değildir. Cenin insan vücudunun diğer kısımlarına veya nesnelere ilişkin hukukî rejime tabi tutulur, bu da onu diğer hakların (örneğin anneye ait olanların) nesnesi hâline getirir. Esasen bu yaklaşımda cenin eşyadan farksızdır.[54]

Bu konudaki ikinci yaklaşım ise cenini insanla tamamen eşitler.[55] Buna göre cenin doğmuş kişiyle aynı özün ve haysiyetin hamili olarak; hayat, kişilik, sağlık,

---

50 Ferrando Mantovani, Diritto Penale Parte Speciale I Delitti Contro la Persona (Cedam 2005) 2

51 ibid 2

52 ibid 3

53 ibid 4

54 ibid; Okuyucu Ergün, 'Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı' (n 18) 823

55 ibid; ibid

insan onuru gibi doğuştan var olan kişisel ve dokunulmaz hakların süjesidir.[56] Kural olarak korunmayı hak eden bu varlık, hayata ve vücut bütünlüğüne karşı suçlar kapsamında himaye edilir. Söz konusu varlığa yönelik müdahaleler tedavi edici nitelik arz ettikleri ölçüde hukuka uygundur. Diğer menfaatlerle olası bir çatışmanın ortaya çıkması hâlinde, ceninin korunmasına yönelik hukukî menfaat; anne olma özgürlüğü, bilimsel araştırma veya endüstriyel üretim yönünden değil, yalnızca annenin yaşamının korunması veya ceninin gelişimi yönünden tehlikeye atılabilir. Ebeveynlerin cenin üzerinde hakları yoktur; olsa olsa onun yaşamını, sağlığını, gelişimini korumak bakımından ona karşı yükümlülükleri vardır. Bu düşünceye göre kürtaj nedeniyle yaşamı sona eren cenin, doğan insan cesediyle aynı hukukî korumadan yararlanır.[57]

Son yaklaşım ise ceninle doğan insan arasında kısmî bir farklılık olduğunu savunur. Bu düşünceye göre cenin insan varlığına dâhil olmakla beraber, henüz bir "kişi" ve "insan" niteliğini haiz değildir; yalnızca doğan kişi bu niteliklere sahip olabilir. Cenin bir nesne olarak değil, bir özne olarak hukukî korumadan yararlanır; fakat yararlandığı bu koruma doğan insanla bire bir aynı özelliklere sahip değildir, aksine daha zayıf niteliktedir.[58] Bu yaklaşım ceninin insan öldürme suçuna göre daha hafif suçlar (örneğin; kürtajla ilgili veya embriyoya yönelik suçlar) kapsamında korunmasını öngörür.[59]

Cenin kavramının kapsamı da ayrı bir tartışma konusudur. Gerçekten de döllenme ve gebelik konularına ilişkin geleceğe yönelik tartışmalar, cenin kavramının oldukça kapsamlı bir şekilde ele alınmasına neden olmaktadır.[60] Bu tartışmalara girmeksizin belirtelim ki; cenin genel itibarıyla "*döllenmeden doğuma kadar geçen sürede ana rahminde bulunan varlık*" olarak tanımlanmaktadır.[61] Öte yandan bazı yazarlar, bunu "*yaşama ümidini taşıyan bir varlık*" olarak da nitelendirmektedir.[62]

Ceza hukukunda önem arz eden bir diğer husus da insan olma niteliğinin hangi andan itibaren kazanılmış sayılacağı sorunudur. Zira bu anın belirlenmesi yalnız çocuk düşürme, düşürtme ve insan öldürme suçlarını birbirinden ayırmak bakımından değil; hekimlerin, embriyonun sağlığına zarar verilmesine veya yaşamının sonlanmasına neden olan davranışları yönünden cezaî sorumluluklarını tespit edebilmek bakımından da oldukça önemlidir.[63] Bu konuya ilişkin olarak biyolojik ve felsefî argümanlara dayanan iki karşıt tez karşımıza çıkmaktadır: İnsan olma niteliğini öne alan tez ile sonraki bir aşamaya erteleyen tez.[64]

---

56 Mantovani (n 50) 4-5

57 ibid 5

58 ibid 6; Okuyucu Ergün, 'Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı' (n 18) 823

59 Mantovani (n 50) 6

60 ibid 9

61 Hakeri (n 26) 220

62 Erman and Özek (n 29) 187

63 Hakeri (n 26) 221

64 Mantovani (n 50) 9

Bunlardan ilkine göre, insan olma niteliği döllenmeden itibaren başlar. Ontolojik temellerini biyolojik gerçekliğe dayandıran bu düşünceye göre; döllenme, birey olmanın ilk adımını oluşturur ve bu süreç en bilindik insan formuna ulaşana kadar devam eder. Yaşamın en erken belirtilerinden itibaren embriyoya yönelik daha bütüncül bir koruma sağlamayı amaçlayan bu tez, ceninin doğum sonrası yaşamını ve sağlığını korumakla sınırlı bir nesne olarak değil, hukukun bir öznesi olarak korunması gerektiğini savunur ve embriyo üzerinde yalnızca tedaviye yönelik müdahalelere izin verilebileceğini öngörür. Keza bu tez, cenini -insan olma kapasitesine bakılmaksızın- insan varlığına dâhil kabul ettiği için dış gebelik gibi ölümün kesin olduğu durumlarda dahi onun insan olma niteliğinin korunacağını savunur.[65]

Buna karşılık insan olma niteliğinin daha sonraki bir aşamada başladığını savunan diğer tez, bir taraftan embriyonik gelişimin birbirini izleyen aşamalarını ele alırken diğer taraftan ceninin hangi andan itibaren insan kabul edileceği sorunu üzerinde dursa da buna esaslı bir çözüm getiremez. Döllenme sonrası evreleri kendi içerisinde farklı görüşlere göre tasnif eden bu tez kapsamında; döllenmiş yumurtanın rahme yerleşmesi ve implantasyonun başlaması, ilk embriyonik izlerin ortaya çıkması, embriyonik hücrelerin başka embriyolar doğurma kapasitesi gibi aşamaların yanı sıra, beynin oluşma sürecini[66], ana organların oluşumuyla bir insan formunun görünürlüğünü veya döllenmenin tamamlanmasıyla iki genetik mirasın birleşmesini yeterli kabul eden farklı aşamalar tartışılmıştır.[67]

İnsan olma niteliğini öne almayı savunan tez ile bunu sonraki bir aşamaya ertelemeyi savunan tezin dayandığı esaslar çerçevesinde; biyolojik olarak insan varlığına dâhil olan bir varlığın[68], felsefî, sosyal ve hukukî anlamda bir insan olarak benimsenmesi oldukça zordur. Her şeyden önce ceninin annesi ve babası tarafından kabul edilmesi; ebeveynlere bir çocuk dünyaya getirme ve onun sorumluluğunu üstlenme iradesinin tanınması gerekir. Ne var ki bu düşünce, embriyo veya cenini, onun geleceğini belirleme hakkına sahip olan ebeveyninin özel mülkiyeti olarak değerlendirme tehlikesiyle karşı karşıya kalmıştır.[69]

Şu durumda ceninin belirli kapasitelerinin veya yetilerinin ortaya çıkmasının, yani gerçek bir insana ve kişiye dönüşmesinin aranması en doğru çözüm olacaktır. Bu konuda da birbirinden farklı aşamalar ve/veya tezler ileri sürülmüştür: Ceninin

---

65 Bkz. ibid 9 vd.

66 Tüm organizmaların birleştirici ve koordine edici merkezi olan beynin yokluğunda bir insandan söz edilemeyeceğinden, beynin doğumu ve ölümü arasında bir uyum olduğu kabul edilir. Bkz. ibid

67 Bkz. ibid 12 vd.

68 Biyolojik açıdan insan yaşamının parçalara bölünemeyeceği, ancak ceza hukukunda insan yaşamının çeşitli bölümlere ayrıldığı (cenin, insan veya çocuk olmak üzere) ve her bölümün muhtelif hükümlerle korunduğu ifade edilmiştir. Bkz. Hans Lüttger, 'Gebeliğin Önlenmesi İle Çocuk Düşürme Arasındaki Sınırı Tesbitte Federal Almanya Ceza Hukukunda Yeni Problemler' (Özet Çeviri: Eralp Özgen) (1971) 28 (1) AÜHFD 250, 250

69 Bkz. Mantovani (n 50) 16-17

anneyle ilişki kurma kapasitesini kazandığı an, asgari yaşam kalitesi eşiğini aştığı an (yaşam kalitesi tezi), rahim dışında hayatta kalma kapasitesi (otonom yaşam), kendinin farkında olma ve rasyonellik tezi, ceninin potansiyel bir insan olduğu tezi gibi.[70]

Bu konuya ilişkin olarak İtalyan ceza hukuku sistemi insan olma niteliğinin doğumla, yani gebelik ürününün ana rahminden tamamen ayrılmasıyla değil, biraz daha erken bir aşamada; ceninin ana rahminden ayrılmaya başladığı anda kazanıldığını kabul eder.[71] Nitekim İtalyan Ceza Kanunu m. 578'e göre ceninin doğum esnasında öldürülmesi ile yeni doğan çocuğun öldürülmesi birbiriyle eşdeğerdir.[72]

Ne var ki Mantovani bu konuda biraz daha farklı düşünerek, insan kavramına -hâlen anne karnında olsa bile- otonom yaşama kabiliyetine sahip olan varlığı da dâhil eder. Şu hâlde adı geçen yazara göre; yalnızca doğmuş olan, henüz yeni doğan veya doğmakta olan değil, anne karnında olup da otonom yaşama kabiliyeti bulunan varlık da insan niteliğini haizdir.[73] Esasen yazar bu düşüncesini "Anneliğin Sosyal Açıdan Korunması ve Gebeliğin İsteğe Bağlı Olarak Sonlandırılmasına İlişkin Hükümler"i düzenleyen 22 Mayıs 1978 tarihli, 194 sayılı Kanunun 7. maddesine[74] ve söz konusu maddenin yaptığı atıfla, gebeliğin sonlandırılmasını düzenleyen aynı Kanunun m. 6/a hükmüne dayandırmaktadır. Buna göre; otonom yaşama kabiliyeti bulunan cenine ilişkin olarak gebeliğin sonlandırılması ancak hamileliğin veya doğumun annenin hayatı bakımından ağır bir tehlike içermesi hâlinde söz konusu olabilir (m. 6/a). Ancak bu durumda hekimler ceninin yaşamının korunması için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür (m. 7).[75]

Türk ceza hukukunda ise, aksi yönde düşünceler olmakla birlikte[76], insan olma niteliği doğumun tamamlandığı, yani ceninin anadan tamamen ayrıldığı anda kazanılır.[77] Bu demek oluyor ki çocuğun öldürme suçunun mağduru olabilmesi için

---

70 Bkz. ibid 17 vd.

71 Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale Parte Speciale-I (Giuffrè Editore 2016) 11; Toroslu and Toroslu, Özel Kısım (n 19) 24

72 <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capo-i/art578.html> erişim tarihi 24.04.2024; Toroslu and Toroslu, Özel Kısım (n 19) 25

73 Mantovani (n 50) 27-28; Okuyucu Ergün, 'Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı' (n 18) 824

74 Mantovani (n 50) 28

75 <https://www.sardegnasalute.it/documenti/9_26_20061201121241.pdf> erişim tarihi 24.04.2024

76 Kimileri normal doğumda doğum sancılarının başlamasıyla, sezeryanla doğumda ise ana rahminin açılmasıyla insan olma niteliğinin kazanıldığını ileri sürerken (bkz. Tezcan, Erdem and Önok (n 4) 138; Timur Demirbaş, Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu (DEÜHF Yay. 1992) 84; doğumun başlamasını gerekli ve yeterli görenler için ayrıca bkz. Özbek, Doğan and Bacaksız (n 6) 111); kimileri vücudun bir kısmının ana rahminden ayrılmasıyla çocuğun insan öldürme suçunun maddî konusunu oluşturabileceğini belirtmiştir. (Bkz. Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı (n 7) 11, Ahmet Gökcen and Murat Balcı, 'Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)' 17 (1-2) MÜHF-HAD 95, 124; M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin and Ü. Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Adalet Yay. 2022) 105)

77 Toroslu and Toroslu, Özel Kısım (n 19) 25; Erman and Özek (n 29) 7; Hakeri (n 26) 221; Bayraktar, Keskin Kiziroğlu, Yıldız, Memiş Kartal, Altunç, Bostancı Bozbayındır, Erman, Eroğlu Erman, Kurt

doğması yeterli olup ayrıca yaşama kabiliyetine sahip olması gerekmez.[78]

Yaşamın hangi andan itibaren başladığı[79] ve sona erdiği sorunu, ceninin yaşam hakkının korunmasına ve kürtaj yasasına yönelik başvurular kapsamında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de önüne gelmiştir. Ne var ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bu konuda kesin standartlar belirlemekten kaçınmıştır.[80] Bunun nedeni konuya ilişkin gerek Avrupa'da gerek dünyada hukukî ve bilimsel bir uzlaşının sağlanamaması olarak gösterilmiş ve bu husus AİHM'nin Vo-Fransa kararında[81] şu şekilde ifade edilmiştir:

---

and Sınar (n 30) 16; Tuğrul Katoğlu, 'Ceza Hukuku ve Etik' (2004) 19 (4) Toplum ve Hekim 300, 303; Okuyucu Ergün, 'Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı' (n 18) 829; Köksal Bayraktar, 'Kasten Öldürme' (2013) MÜHFD Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan içinde 57, 61; ceninin ana rahminden çıkıp ayrı bir varlık hâline gelmesi gerektiğini belirtenler için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer and Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (C. I Beta Yay. 2017) 28

78 Morgane Daury-Fauveau and Jacques-Henri Robert, Droit Pénal Spécial (Puf 2010) 179

79 Bu konuya yönelik tartışmalar için bkz. Hamide Tacir, 'Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı' (2013) MÜHFD Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan içinde 1301,1302 vd.

80 Douwe Korff, Yaşam Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap (Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya) (Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No. 8 2006) 8-9

81 08.07.2004 53924/00 Vo-Fransa davasının esası şu şekildedir:
"*Başvurucu Bayan Thi-Nho Vo, 1967 doğumlu Fransız vatandaşıdır. Altı aylık hamile olan başvurucu 27 Kasım 1991'de Lyons Devlet Hastanesine randevulu muayeneye gitmiştir. Aynı gün, Bayan Thi Thanh Van Vo adında bir başka kadın, aynı hastaneye karnındaki bir kisti aldırmak için gelmiştir. Her iki kadının aynı soyadı taşımalarından kaynaklanan bir karışıklık nedeniyle, doktorun odasına başvurucu girmiş, doktor ikinci kadına müdahale ettiğini zannederek, hamile olan başvurucunun rahmini delmiş ve başvurucuya kürtaj yapılması zorunlu hale gelmiştir.*
Başvurucu ve erkek arkadaşı, doktor aleyhine başvurucu bakımından üç aydan daha az iş göremezliğe sebebiyet verecek şekilde yaralama ve doğmamış çocuk bakımından da taksirle öldürme suçu şikâyetinde bulunmuşlardır. Üç bilirkişi raporu alındıktan sonra doktor hakkında dikkatsizlik ve ihmal suretiyle başvurucunun içinde ceninin büyüdüğü rahmini tahrip ederek bebeğin ölümüne sebebiyet vermekten ve anneyi yaralayıp üç aydan daha az iş göremez durumuna sokmaktan ceza davası açılmıştır.
Ceza Mahkemesi başvurucuyu iş göremez şekilde yaralama suçunun af kapsamına girdiğini; öte yandan yirmi bir haftalık olan ceninin yaşayabilir (viable) olmadığını ve Ceza Kanunu anlamında 'insan' veya 'başkası' olmadığını kabul etmiştir. Buna göre Ceza Mahkemesi, yirmi bir haftalık ceninin hayatına son verme veya taksirle öldürme suçunun işlenmiş olmadığı sonucuna varmıştır. Bu karara karşı başvurucu Üst Mahkemeye başvurmuş, bu mahkeme kararı bozmuştur. Üst Mahkeme hukukun, yaşamın başlangıcından itibaren insana saygı prensibini içerdiğini, çocuğun canlı olarak doğmuş olmasını gerektirmediğini, saldırı anında çocuğun yaşar durumda bulunduğu ve olayda suç fiilinin taksirle öldürme olarak nitelendirilmesi gerektiğini, çünkü olayın yirmi ile yirmi dört hafta arasında sağlığı gayet iyi durumda bulunan bir ceninin kusur veya ihmal sonucu ölümüne sebebiyet veren bir eylemle ilgili olduğunu belirtmiştir. Doktora altı ay hapis cezası verilip ertelenmiş ve ayrıca 10,000 Frank para cezası verilmiştir.
Doktorun kararı temyiz etmesi üzerine Temyiz Mahkemesi mahkûmiyet kararını bozmuştur. Temyiz Mahkemesine göre dava konusu olaylar, taksirle öldürme suçu oluşturmaz. Temyiz Mahkemesi cenini ceza hukuku tarafından korunmayı hak eden bir insan olmadığını kabul etmiştir.
Başvurucu Sözleşme'nin 2. maddesine dayanarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda, ulusal makamların olayı doğacak çocuğun taksirle öldürme olarak nitelendirilmeme-

> *"Yaşam hakkının "genel olarak gebelikten itibaren" korunması gerektiğini bildiren Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesine aykırı olarak, Sözleşme'nin 2. maddesi, yaşam hakkının zaman sınırları hakkında sessiz kalmaktadır ve özellikle Sözleşme tarafından "yaşamı" korunan "kişiyi" tanımlamamaktadır (Vo/Fransa [BD], § 75)."*[82]
>
> *"Mahkeme, Avrupa'da yaşamın başlangıcı hakkında bilimsel ve hukuki bir tanımla ilgili mutabakat bulunmaması sebebiyle, yaşam hakkının başlangıç noktasının, genel olarak bu alanda Devletlerin sahip olması gerektiği sonucuna vardığı takdir yetkisine bağlı olduğu kanaatine varmaktadır (Vo/Fransa [BD], § 82)."*[83]

Esasen AİHM'nin Vo-Fransa kararından evvel, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, kürtaj başta olmak üzere çeşitli konular vesilesiyle ceninin yaşam hakkını etraflıca tartışmış ve bu tartışmalar Vo-Fransa kararı bakımından da yol gösterici olmuştur.[84]

Örneğin; karısının sağlık nedeniyle kürtaj olmasına izin verilmesinden şikâyetçi olan eşin[85] başvurusunun incelendiği *X-Birleşik Krallık* davasında, Komisyon, AİHS'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinde kürtajdan söz edilmediğine ve yine aynı maddenin ikinci paragrafında "bu maddenin ihlâli anlamına gelmeyecek" eylemler arasında kürtaja yer verilmediğine dikkat çekerek şu üç ihtimal üzerinde durmuştur: Ya söz konusu düzenleme doğmamış cenini kapsamamakta, ya ceninin yaşam hakkını istisnaî olarak tanımakta veyahut da cenine mutlak bir yaşam hakkı tanımaktadır. Ancak Komisyon bu son yorumun annenin yaşamına yönelik tehdi-

---

sinden şikâyetçi olmuştur. Başvurucu Fransa'nın bu tür eylemleri suç olarak nitelendiren kanun çıkarmakla yükümlü olduğunu savunmuştur.
Konuyla ilgili hukuk ve uygulama: Mahkeme kararının bu bölümünde, ilk olarak Ceza Kanununun kasıtsız öldürmeyle ilgili hükümlerine ve ardından Kamu Sağlığı Kanunu hükümlerine yer vermiştir. Daha sonra Temyiz Mahkemesinin konuyla ilgili kararları yer almıştır. Mahkeme daha sonra konuyla ilgili Avrupa Hukuku belgelerinden alıntılar yapmıştır. Bu belgeler arasında, İnsan Hakları ve Biyotıp Oviedo Sözleşmesi (1997), İnsan Klonlanmasının Yasaklanması Hakkında İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol (1998), Biyotıp Araştırmalarıyla İlgili İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol (2004), Biyoetik Daimi Komitesi tarafından kurulan İnsan Embriyo ve Fetüsün Korunması üzerine Çalışma Gurubunun görüşü (2003), Avrupa Komisyonunda Bilim ve Yeni Teknolojilerde Etik hakkında Avrupa Gurubunun görüşü (1998) yer almaktadır. Mahkeme ayrıca, karşılaştırmalı hukuk başlığı altında, Avrupa Konseyine üye devletlerin çoğunluğunda taksirle öldürme suçunun fetüse uygulanmadığını tespit etmiştir.", (Osman Doğru and Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (1. Cilt Şen Mat. 2012) 30-31)

82 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Madde Rehberi (Son Güncelleme: 31.12.2028) 16 <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_2_TUR> erişim tarihi 27.04.2024

83 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Madde Rehberi (Son Güncelleme: 31.12.2028) 16 <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_2_TUR> erişim tarihi 27.04.2024

84 Bkz. Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]}> erişim tarihi 27.04.2024

85 Komisyon bu davada babanın ceninin yaşam hakkının ihlâli yönünden "mağdur" olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Bkz. Doğru and Nalbant (n 81) 3

di dikkate almadığını ve hatta bunun "ceninin daha 'doğmamış yaşamının'" gebe kadının yaşamından daha değerli olduğu anlamına gelebileceğini değerlendirerek cenine mutlak yaşam hakkı tanındığı tezini reddetmiştir. Netice itibarıyla Komisyon 2. maddeyi tüm yönleriyle tartışarak ilk ihtimale yönelmiş ve bu madde kapsamının -doğası gereği- doğmuş kişilerle ilgili olduğu ve cenine uygulanamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca AİHS'de yer alan "herkes" ("*toute personne*") ifadesinin cenini kapsamadığını, bunun gerek sözleşme genelindeki kullanımından gerek 2. maddedeki bağlamından anlaşıldığını ifade etmiştir.[86]

H-Norveç davasında ise Komisyon, aksine, ikinci teze yönelerek ceninin yaşamının korunmasının 2. madde açısından ele alınabileceğini değerlendirmiştir. Tıbbî nedenlere dayanmayan ve babanın iradesine aykırı olarak gerçekleştirilen bir kürtajla ilgili olan bu davada, Komisyon, taraf devletlerin kürtaj konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiş, -her ne kadar bu yetkinin Norveç mevzuatında aşılmadığı sonucuna varmışsa da- bazı hâllerde ceninin yaşamının 2. madde kapsamındaki korumadan yararlanabileceğini değerlendirmiştir.[87] Komisyon, AİHS'nin 2. maddesinin devletlere yaşamı korumak için gerekli tedbirleri almaları şeklinde bir yükümlülük yüklediğini ifade etmiş, ancak ceninin söz konusu maddenin ilk cümlesi yönünden belirli bir korumadan yararlanıp yararlanmadığına ilişkin bir karar vermesinin gerekli olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[88]

Komisyonun kaldırılması üzerine, AİHM, 2002 yılında *Boso-İtalya* davasıyla kürtaj konusunu doğrudan ele almıştır. *H-Norveç* davasına benzer olan bu davaya konu olayda, bir kadın kocasının rızası bulunmamasına rağmen, 1978 tarihli 194 sayılı Kanuna dayanarak kürtaj olmuştur.[89] Mahkeme söz konusu olayda Komisyonun *H-Norveç* davasındaki yaklaşımını benimsemiş ve kararında şu ifadelere yer vermiştir:

> *"Mahkeme, ceninin yukarıda yorumlandığı şekliyle 2. maddenin ilk cümlesi kapsamında korunup korunmayacağını belirlemenin gerekli olmadığı kanaatindedir. Bazı durumlarda, ceninin Sözleşme'nin 2. maddesi tarafından korunan haklara sahip olabileceği düşünülse bile, ... delillerden, eşinin hamileliğinin 1978 tarihli 194 sayılı Kanun'un 5. bölümüne uygun olarak sonlandırıldığı anlaşılmaktadır.*
>
> *İtalyan mevzuatı, kadının fiziksel veya ruhsal sağlığı için bir risk söz konusu olduğunda, hamileliğin ilk on iki haftası içinde kürtaja izin vermektedir. Bunun ötesinde, kürtaj ancak hamileliğin veya doğumun devam etmesinin kadının hayatını riske atacağı veya çocuğun kadının fiziksel veya zihinsel*

86 Bkz. Korff (n 80) 10

87 Doğru and Nalbant (n 81) 33; bkz. Korff (n 80) 10 vd.

88 Doğru and Nalbant (n 81) 33

89 Korff (n 80) 12

sağlığını tehlikeye atacak kadar ağır bir durumla doğacağının tespit edildiği durumlarda gerçekleştirilebilir. Bu durumda, kadının sağlığını korumak için kürtaj yapılabilir...

Mahkeme'nin görüşüne göre, bu tür hükümler, bir yandan ceninin korunmasını sağlama ihtiyacı ile diğer yandan kadının çıkarları arasında adil bir denge kurmaktadır. Hamileliğin sona erdirilmesi için gerekli koşulları ve davanın özel koşullarını göz önünde bulunduran Mahkeme, davalı Devlet'in böylesine hassas bir alanda takdir yetkisini aştığını düşünmemektedir."[90]

Nihayet 2004 yılında AİHM, başta belirttiğimiz *Vo-Fransa* kararında yaşamın başlangıcı, insan olma niteliğinin kazanılması ve ceninin hukukî statüsüne ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

"82. Yukarıdaki içtihat özetinden de anlaşılacağı üzere, 2. maddenin bu bağlamda yorumlanmasında açık bir denge kurma iradesi bulunmaktadır ve Sözleşme organları, insanın tanımlanmasının hukuki, tıbbi, felsefi, etik veya dini boyutlarına ilişkin tutumunu belirlerken, konuya ilişkin ulusal düzeydeki çeşitli yaklaşımları dikkate almıştır. Bu durum, yaşamın başladığı noktaya ilişkin görüşlerin, hukuk kültürlerinin ve ulusal koruma standartlarının çeşitliliğine verilen önemde yansıtılmış ve Avrupa Komisyonundaki Bilim ve Yeni Teknolojilerde Etik Avrupa Grubunun görüşünde de uygun bir şekilde ifade edildiği gibi, Devlete bu konuda önemli ölçüde takdir yetkisi bırakılmıştır.

Günümüz koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olan Sözleşmenin evrimsel yorumuna rağmen, yaşam hakkının ne zaman başladığı meselesinin, Mahkemenin genel olarak devletlerin bu alanda sahip olması gerektiğini düşündüğü takdir yetkisine girdiği sonucuna varılmaktadır..."[91]

"84. Mahkeme, Avrupa düzeyinde, embriyo ve/veya fetüsün doğası ve statüsü konusunda bir fikir birliği olmadığını gözlemlemektedir, ancak bilimsel ilerleme ve genetik mühendisliği, tıbbi destekli üreme veya embriyo deneyleri ile ilgili araştırmaların potansiyel sonuçları ışığında bir miktar koruma almaya başlamışlardır. En iyi ihtimalle, embriyonun/fetüsün insan ırkına ait olduğu Devletler arasında ortak bir zemin olarak kabul edilebilir. Bu varlığın potansiyeli ve kişi olma kapasitesi -üstelik Fransa gibi birçok Devlette miras ve hediye bağlamında ve Birleşik Krallıkta medeni hukuk kapsamında korumadan yararlanmaktadır -onu 2. maddenin amaçları

[90] Boso v. Italy (Application no: 50490/99) <https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-23338%22]}> erişim tarihi 27.04.2024

[91] Bkz. Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) 82. Paragraf <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]}> erişim tarihi 28.04.2024

doğrultusunda "yaşam hakkı" olan bir "kişi" haline getirmeksizin, insan onuru adına korumayı gerektirmektedir..."[92]

"85. .... Mahkeme, doğmamış çocuğun Sözleşme'nin 2. maddesinin (Fransızca metinde "personne") amaçları doğrultusunda bir kişi olup olmadığı sorusuna soyut olarak cevap vermenin ne gerekli olduğuna ne de bunun mümkün olduğuna kanaat getirmiştir. Mevcut davayla ilgili olarak, başvuranın hamileliğinin aniden sona ermesinin 2. madde kapsamına girip girmediğini incelemenin gereksiz olduğunu düşünmektedir, çünkü bu hükmün uygulanabilir olduğu varsayılsa bile, davalı Devletin kamu sağlığı alanında yaşamın korunmasına ilişkin gerekliliklere uymaması söz konusu değildir. Bu konuyla ilgili olarak Mahkeme, doğmamış çocuğunun kaybıyla ilgili olarak Fransa tarafından başvurana sağlanan yasal korumanın Sözleşmenin 2. maddesindeki usule ilişkin gereklilikleri karşılayıp karşılamadığını değerlendirmiştir."[93]

"86. Bu bağlamda, doğmamış çocuğun açık bir yasal statüsünün olmamasının, onu Fransız hukuku kapsamında her türlü korumadan mahrum bırakmayacağını gözlemlemektedir. Bununla birlikte, mevcut davanın koşullarında, ceninin yaşamı annenin yaşamıyla yakından ilişkilidir ve onun aracılığıyla korunabilir, özellikle de anne ile babanın veya doğmamış çocuk ile ebeveynlerin hakları arasında bir çatışma olmadığından, ceninin kaybı üçüncü bir tarafın kasıtsız ihmalinden kaynaklanmıştır."[94]

Özetle AİHM, ceninin insan veya kişi niteliğini haiz olup olmadığını soyut olarak belirlemenin gerekli olmadığını ve bunun esasen mümkün de olmadığını değerlendirmiş; cenine bir hukukî statü atfedilmemiş olmasının onun hiçbir hukukî korumadan yararlanmadığı anlamına gelmediği sonucuna ulaşmıştır. İnsan yaşamının hangi andan itibaren başlamış sayılacağı konusunun devletlerin takdir yetkisi dâhilinde olduğunu belirten AİHM, bu konuda kesin standartlar belirlemeyi uygun bulmamıştır.

III. ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇUNDA MAĞDURUN KİM OLDUĞU SORUNU VE KONUYA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMEMİZ

Kanun koyucu çocuk düşürme suçunu "*Kişilere Karşı Suçlar*" başlıklı İkinci Kısımda düzenlemek suretiyle bu suçta mağdurun belirli bir kişi olması gerektiğine işaret etmiştir.[95] Ne var ki, yukarıda ele aldığımız üzere ceninin hukuken "*kişi*"

---

92 Bkz. Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) 84. Paragraf <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]}> erişim tarihi 28.04.2024

93 Bkz. Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) 85. paragraf <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]}> erişim tarihi 28.04.2024

94 Bkz. Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) 86. Paragraf <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]}> erişim tarihi 28.04.2024

95 Belirtilmelidir ki; yalnızca münferit insan değil, örgütlü hâlde yaşayan insan toplulukları da çeşitli varlıkların süjesi olabilir. İşte bu noktada hukukî varlıkların ferdî ve toplumsal hukukî varlıklar

olarak nitelendirilmesi söz konusu olmadığından[96], suçun mağdurunun kim olduğu sorunu karşımıza çıkmaktadır.[97]

Her şeyden önce belirtilmelidir ki, çocuk düşürme suçunda korunan hukukî varlık veya menfaat tespit edilmeden suçun mağduruna ilişkin doğru bir belirleme yapmak mümkün değildir. Nitekim ceza normu tarafından korunan varlık veya menfaatler suçun hukukî konusunu oluşturur ve suçun mağduru hukukî konudan hareketle belirlenir. Bu itibarla, ceza normu tarafından korunan ve suç fiili ile ihlâl edilen varlık veya menfaatin sahibi ya da hamili suçun mağdurudur.[98] Esasen kanunda çocuk düşürme suçunun düzenlendiği yerde hukukî konuya işaret edilmediğinden, bu suçta ancak hukukî ihlâlin, yani normatif anlamda neticenin veya fiilin "zararlı olma" niteliğinin tam olarak tespiti suretiyle himaye edilen hukukî varlığın belirlenmesi mümkün hâle gelebilir.[99]

Bu belirtilenler çerçevesinde çocuk düşürme suçunun düzenlendiği TCK m. 100 hükmü incelenecek olursa:

Burada kanun koyucu gebe kadına anne olup olmayacağına ilişkin karar vermek üzere on haftalık bir süre tanımış ve bu süre içerisinde çocuğunu isteyerek düşürme yetkisi vermiştir. Belirtilen bu süreden sonra gebe kadının isteyerek çocuğunu düşürmesi yasaklanmıştır. Fail ve mağdur sıfatlarının aynı kişide birleşmesi söz konusu olamayacağından[100], bizzat faili olduğu bu suç yönünden gebe kadına ait varlık veya menfaatlerin himaye edildiğini; bu itibarla onun bu suçun mağduru olabileceğini tartışmanın mümkün olmadığı açıktır. Şu hâlde bu suç ile gebe kadının yaşamının veya sağlığının korunduğu da iddia edilemez.

Öte yandan bu suçun mağdurunun toplum olabileceğini düşünmek de mümkün değildir; zira söz konusu suç topluma karşı suçlar kapsamında değil, kişilere karşı

şeklinde ayrılmasından söz edilir. Bu elbette ilk temel ayrımdır. Zira ortak yaşamın farklı görünüm biçimleri, sosyal toplulukların biçimini de değiştirmekte ve toplumsal varlıkların süjenin aile, toplum, devlet veya devletler topluluğu olmasına göre farklı ayrımlara tabi kılınmasına neden olmaktadır. Bkz. Toroslu, Cürümlerin Tasnifi (n 21) 301-302

96 ibid 308

97 Bu suçta mağdurun muayyen olmadığı yönündeki görüş için bkz. Hüseyin Ertuğrul, 'Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu' (2016) 6 (2) KÜSBD 361, 374; suçun kanundaki düzenlenişinden hareketle suçun mağdurunu belirlemenin mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz. Berna Ayşen Yılmaz, 'Suçun Hukuki Konusu ve Mağduru Bağlamında Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçlarında Zincirleme Suç Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2018) 1(2) R&S- Research Studies Anatolia Journal 260, 267

98 Toroslu and Toroslu, Genel Kısım (n 22) 115; Katoğlu, 'Ceza Hukukunda Suçun Mağduru' (n 23) 661. Öte yandan öğretide suçun mağdurunu kendisine karşı suç işlenen kimse şeklinde tanımlayan yazarlar da bulunmaktadır. (Bkz. Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer (Seçkin Yay. 2003) 140; Mahmut Koca and İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin Yay. 2023) 116)

99 Hukukî konunun bu şekilde belirlenmesine ilişkin bkz. Toroslu, Cürümlerin Tasnifi (n 21) 223

100 Nitekim insanın kişiliği bir suçun aynı anda hem faili hem de mağduru olacak biçimde ikiye bölünemez. Bkz. Toroslu and Toroslu, Genel Kısım (n 22) 113

suçlar arasında düzenlenmiştir. Normun yorumundan müstakbel babaya ait varlık veya menfaatlerin korunduğu sonucuna ulaşmak da söz konusu olamayacağına göre, burada cenine ait varlık veya menfaatlerin korunduğunu benimsemek en doğru yaklaşım olacaktır. Bu itibarla söz konusu düzenleme ile himayesi amaçlanan ceninin yaşamıdır; ancak potansiyel değil, mevcut yaşamıdır. Esasen bu husus TCK'nin cenine ilişkin genel yaklaşımından da kolayca anlaşılmaktadır.

Şöyle ki Kanunda gebe kadını yaralamaya veya öldürmeye yönelik davranışlarla nedensellik ilişkisi bulunan ve doğumdan sonra bebek üzerinde ortaya çıkan zararlı sonuçları cezalandıran bir hüküm bulunmazken[101], ceninin mevcut yaşamını sona erdirmeye yönelik davranışlar cezalandırılmaktadır; çocuk düşürtme ve düşürme suçlarında olduğu gibi. Keza yaralama sonucunda gebe kadının çocuğunun düşmesini düzenleyen TCK m. 87/2-e hükmü ile yaralama fiilinin çocuğun vaktinden önce doğmasına sebebiyet vermesini düzenleyen m. 87/1-a hükmü de bu duruma örnek olarak gösterilebilir (taksirli hâlleri de buna dâhildir: m. 89/2-f, m. 89/3-e). Zira bunlar da kişiye ait çeşitli varlık veya menfaatlerin yanı sıra, ceninin mevcut yaşamını himaye etmeyi amaçlayan düzenlemelerdir. Öte yandan, gebe kadına yönelik işlenen işkence (m. 94/2-a) ve eziyet (m. 96/2-a) suçlarının daha ağır bir cezayla cezalandırılması veya işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri (m. 95/1-e, m. 95/2-e) bakımından da aynı hususlar düşünülebilir.

Öyleyse Türk ceza hukukunda ceninin bir süje olarak korunduğunu, ancak onun niteliğine ilişkin olarak yukarıda ele aldığımız yaklaşımlardan "kısmî farklılık" tezinin benimsendiğini ifade etmek yanlış olmaz. Gerçekten de cenine ilişkin TCK'deki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; onun doğana kadar bir "kişi" veya "insan" niteliğini haiz olmadığı, fakat insan varlığına dâhil sayıldığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Bununla beraber, doğan insanla eşit bir himayeden yararlanmayıp daha zayıf bir korumaya tabi kılındığı da açıktır.

Kanun koyucunun çocuk düşürme suçunu "Kişilere Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlemiş olmasının temel nedeni de cenini insan varlığına dâhil olarak kabul etmesidir. Elbette bu varlık anneden bağımsız, otonom yaşama kabiliyetini haiz değildir; ancak biyolojik açıdan insan varlığına dâhildir. Bu itibarla yaşayan ve insan varlığına dâhil bir organizma olan cenin, hukukumuzda potansiyel bir kişi olarak sayılmakta ve bu kapsamda bir korumadan yararlanmaktadır. Belirtilen nedenlerle ceninin mevcut yaşamını sona erdirmeye yönelik davranışlar cezalandırılmakta; fakat gebe kadını veya cenini öldürmeye yönelik davranışların doğumdan sonra bebek üzerinde etkilerini göstermesi hâlinde sorumluluğun ne olacağı meselesi çözümsüz bırakılmaktadır. Nitekim gelecekte dünyaya gelse bile sağlıklı bir birey olamaması durumunu göz ardı eden kanun koyucunun iradesi, bize göre, bu varlığın gelecekteki veya potansiyel yaşamını değil, cenin hâlindeki yaşamını himaye etmektir.

[101] Bu konudaki tartışmalar için bkz. Okuyucu Ergün, 'Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı' (n 18) 830 vd.

Öte yandan kanun koyucunun geleceğe yönelik varlık veya menfaatleri koruma-sına ne gerek vardır ne de bu çoğu zaman mümkündür. Ceza hukukunu ilgilendiren genelde suçun işlendiği anda mevcut olan varlık veya menfaatlerin ihlâlidir.[102] Şüphesiz kimi zaman zararlı sonuçlar davranış gerçekleştiği anda değil, çok daha sonraki bir zamanda ortaya çıkabilir. Ancak bu durumda bile suçun işlendiği zaman, failin hukuk düzenine karşı geldiği an olan davranışın gerçekleştiği zamana göre belirlenir.[103] Bu itibarla, davranış gerçekleştiği anda henüz "insan" veya "kişi" niteliğini kazanmamış cenine verilen zararın neticeleri cenin doğduktan sonra ortaya çıksa bile, fail, insan öldürme suçuna değil, olsa olsa çocuk düşürme veya düşürtme suçuna teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabilir.

Şu hâlde; çocuk düşürme fiilini kişilere karşı suçlar kapsamında düzenlemek suretiyle kanun koyucu suçun mağdurunu cenin olarak belirlemiş, annenin faili olduğu bu suç ve m. 99/5[104] kapsamında rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu yönünden "kişi" kavramına "potansiyel kişi" olan cenini de dâhil etmiştir. Ceninin yaşamını ona ait bir varlık olarak değerlendiren kanun koyucu, bu yöndeki düzenlemelerle onu annesinin haklarının bir nesnesi olarak değil, aksine -annesinin hukuka aykırı davranışlarına karşı- hukukun bir öznesi olarak himaye etmeyi tercih etmiştir.

SONUÇ

Çocuk düşürme suçuna ilişkin tartışmalar, bu suçta mağdurun kim olduğu sorunu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Nitekim kanun koyucu "Kişilere Karşı Suçlar" kapsamında düzenlemek suretiyle söz konusu suç yönünden mağdurun belirli bir kişi olmasını öngörmüştür. Ne var ki suçun mağdurunun hukukî konudan hareketle belirlenmesi gerekirken, çocuk düşürme suçunun düzenlendiği yerde hukukî konuya işaret edilmemiş olması, bu suçta mağdurun belirlenmesini daha da güç hâle getirmektedir. Şu durumda ancak hukukî ihlâlin, yani fiilin zararlı olma niteliğinin tam olarak tespit edilmesi suretiyle bu suçta himaye edilen hukukî varlığın belirlenmesi mümkün hâle gelebilir. Çocuk düşürme suçunu düzenleyen hüküm bu yönden ele alındığında görülmektedir ki; kanun koyucu gebe kadına anne olup olmayacağına ilişkin karar vermek üzere on haftalık bir süre tanımış ve bu süreden sonra annenin isteyerek çocuk düşürmesini yasaklamıştır. Bu itibarla çocuk düşürme suçunda

---

[102] Ceza hukukunun özel görevi, ceza tehdidiyle bireysel ve toplumsal mevcudiyete ilişkin varlıkları veya menfaatleri korumaktır (bkz. Toroslu, Cürümlerin Tasnifi (n 21) 17). Esasen burada belirtilen "hukukî varlık veya menfaat" kavramı, salt cezaî himayenin konusunu değil, suçun gerçek özünü de ortaya koyan bir kavramdır. Öyle ki normun korumak istediği varlık veya menfaatin ihlâli, suçun özünü oluşturan zararı ifade eder. Bkz. Toroslu and Toroslu, Genel Kısım (n 22) 110

[103] Toroslu and Toroslu, Genel Kısım (n 22) 75; bu konuda detaylı bilgi için bkz. Tuğrul Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması (Seçkin Yay. 2008) 43 vd.

[104] *"Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur."*

gebe kadına ait varlık veya menfaatlerin himaye edildiğini; yani bu suç ile onun yaşamının veya sağlığının korunduğunu ifade etmek mümkün değildir. Zira gebe kadın aynı anda suçun hem faili hem de mağduru olamaz. Öte yandan normun yorumundan bu suç ile müstakbel babaya ait varlık veya menfaatlerin korunduğu sonucuna da ulaşılamayacağına göre, cenine ait varlık veya menfaatlerin korunduğunu benimsemek en doğru yaklaşım olacaktır. Her ne kadar "cenin" henüz "kişi" veya "insan" niteliğini kazanmış olmasa da biyolojik açıdan insan varlığına dâhildir; dolayısıyla "potansiyel kişi"dir.

Şu hâlde çocuk düşürme suçu ile himayesi amaçlanan ceninin yaşamıdır; fakat gelecekteki veya potansiyel yaşamı değil, mevcut yaşamıdır. Nitekim bu husus TCK'nin cenine ilişkin genel yaklaşımından da anlaşılmaktadır. Gerçekten de ceninin mevcut yaşamını sona erdirmeye yönelik davranışlar cezalandırılırken, gebe kadını veya cenini öldürmeye yönelik davranışların doğumdan sonra bebek üzerinde etkilerini göstermesi hâlinde sorumluluğun ne olacağına ilişkin kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Gelecekte dünyaya geldiğinde sağlıklı bir birey olamaması durumunu göz ardı eden kanun koyucunun iradesi, esasen bu varlığın gelecekteki veya potansiyel yaşamını değil, cenin hâlindeki yaşamını korumaktır. Bu itibarla cenin, hukukumuzda potansiyel bir kişi olarak kabul edilmekte ve bu kapsamda bir korumadan yararlanmaktadır. Şüphesiz bu koruma doğan insan göre daha zayıf bir nitelik arz etmektedir ki bu husus hukukumuzda ceninin niteliğine ilişkin olarak "kısmî farklılık tezi"nin benimsendiğinin de önemli bir işaretidir. Bu belirtilenlerden hareketle, kanun koyucu çocuk düşürme suçunu kişilere karşı suçlar arasında düzenleyerek bu suçun mağdurunu cenin olarak belirlemiş; annenin faili olduğu bu suç açısından "kişi" kavramına "potansiyel kişi" olan cenini de dâhil etmiştir. Ceninin yaşamını ona ait bir varlık olarak değerlendiren kanun koyucu, onu annesinin hukuka aykırı davranışlarına karşı hukukun bir öznesi olarak korumayı amaçlamıştır.

KAYNAKÇA

Akbulut B and Kareem OR, 'Türk Ceza Kanunu ve Irak Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (2018) 13 (37) CHD 11-85

Antolisei F, Manuale di Diritto Penale Parte Speciale-I (Giuffrè Editore 2016)

Artuk ME, Gökcen A, Alşahin ME and Çakır ÜK, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Adalet Yay. 2022)

Bayraktar K, 'Kasten Öldürme' (2013) MÜHFD Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan içinde 57-77

— —, Keskin Kiziroğlu S, Yıldız AK, Memiş Kartal P, Altunç S, Bostancı Bozbayındır G, Erman B, Eroğlu Erman F, Kurt G and Sınar S, Özel Ceza Hukuku (C. II Kişilere Karşı Suçlar On İki Levha 2017)

Centel N, Zafer H and Çakmut Ö, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (C. I Beta Yay. 2017)

Daury-Fauveau M and Robert J-H, Droit Pénal Spécial (Puf 2010)

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin Yay. 2022)

— —, Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu (DEÜHF Yay. 1992)

Doğru O and Nalbant A, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (1. Cilt Şen Mat. 2012)

Dönmez B, 'TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması' (2007) 9 (2) DEÜHFD 99-141

Dönmezer S, Ceza Hukuku Özel Kısım Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (Fakülteler Mat. 1991)

— —, 'Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü' (2011) 50 (1-4) Journal of Istanbul University Law Faculty 3–11

Erdem DÖ, 'Çocuk Düşürtme Düzenlemesi' (2016) 65 (4) AÜHFD 1637-1688

Erem F, 'Çocuk Düşürme' (1958) Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hâtırasına Armağan içinde 307-338

Erman and Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 449-490) Sahir Erman (Dünya Yay. 1994)

Ertuğrul H, 'Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu' (2016) 6 (2) KÜSBD 361-368

Gökcen A and Balcı M, 'Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)' 17 (1-2) MÜHF-HAD 95-218

Hafızoğulları Z and Özen M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar (US-A Yay. 2022)

Hakeri H, Tıp Ceza Hukuku (Seçkin Yay. 2023)

Katoğlu T, 'Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması' Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan içinde (2004) 2 GÜHFD 269-292

— —, 'Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları' (2012) 61 (2) AÜHFD 657-693

— —, 'Ceza Hukuku ve Etik' (2004) 19 (4) Toplum ve Hekim 300-306

— —, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması (Seçkin Yay. 2008)

Keskin Kiziroğlu S, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (2013) MÜHFD Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan içinde 165-190

Koca M and Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin Yay. 2023)

Korff D, Yaşam Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap (Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya) (Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No. 8 2006)

Kul A, 'Türk Ceza Hukuku'nda Çocuk Düşürme Suçu'nun Tartışmalı Yönleriyle İncelenmesi' (2018) 4 (7) BÜHFD (Prof. Dr. Erol Cihan Armağanı C. I içinde) 85-110

Kurt LM, 'Ceninin Malvarlığı Hakları' (2011) 2 (1) İÜHFD 177-209

Lüttger H, 'Gebeliğin Önlenmesi İle Çocuk Düşürme Arasındaki Sınırı Tesbitte Federal Almanya Ceza Hukukunda Yeni Problemler' (Özet Çeviri: Eralp Özgen) (1971) 28 (1) AÜHFD 250-253

Mantovani F, Diritto Penale Parte Speciale I Delitti Contro la Persona (Cedam 2005)

Oktar S, Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları (Oniki Levha Yay. 2016)

Okuyucu Ergün G, Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi (Yetkin Yay. 2023)

Okuyucu Ergün G, 'Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler' (2015) II Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan içinde 821-844

Önder A, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar (Filiz Kit. 1994)

Özen M, 'Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (2007) (5) THD 97-101

Özbek VÖ, Doğan K and Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Seçkin Yay. 2022)

Tacir H, 'Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı' (2013) MÜHFD Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan içinde 1301-1319

Tezcan D, Erdem MR and Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (Seçkin Yay. 2022)

Toroslu N and Toroslu H, Ceza Hukuku Genel Kısım (Savaş Yay. 2023)

— — and Toroslu H, Ceza Hukuku Özel Kısım (Savaş Yay. 2021)

— —, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu (Savaş Yay. 2019)

Ünver Y, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer (Seçkin Yay. 2003)

Yalçın Sancar T, Türk Ceza Hukukunda Kadın (Seçkin Yay. 2013)

Yılmaz BA, 'Suçun Hukuki Konusu ve Mağduru Bağlamında Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçlarında Zincirleme Suç Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2018) 1(2) R&S- Research Studies Anatolia Journal 260-268

Yokuş Sevük H, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Adalet Yay. 2022)

Yurtcan E, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması (Kazancı Hukuk Yay. 1990)

İnternet Kaynakları

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400765.pdf> erişim tarihi 05.05.2024

Yargıtay 9 CD 18455/7329, 04.07.2022 <https://kararara ma.yargitay.gov.tr/> erişim tarihi 22.03.2024

<https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capo-i/art578.html> erişim tarihi 24.04.2024

<https://www.sardegnasalute.it/documenti/9_26_20061201121241.pdf> erişim tarihi 24.04.2024

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Madde Rehberi, Son Güncelleme: 31.12.2028 16, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_2_TUR> erişim tarihi 27.04.2024

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Madde Rehberi, Son Güncelleme: 31.12.2028 16, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_2_TUR> erişim tarihi 27.04.2024

Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]}> erişim tarihi 27.04.2024

Boso v. Italy (Application no: 50490/99) <https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-23338%22]}> erişim tarihi 27.04.2024

Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) 82. Paragraf <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]}> erişim tarihi 28.04.2024

Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) 84. paragraf <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]}> erişim tarihi 28.04.2024

Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) 85. paragraf <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]}> erişim tarihi 28.04.2024

Case of Vo v. France (Application no. 53924/00) 86. paragraf <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22]}> erişim tarihi 28.04.2024

ÖZEL HUKUK

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article
DOI: 10.54049/taad.1515061

BOŞANMADA ORTAK (BİRLİKTE) VELAYETİN KABULÜ SONRASI TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM ÜZERİNE ELEŞTİREL BİR DEĞERLENDİRME

A Critical Evaluation of the Situation in Turkish Law After the Acceptance of Joint Custody in Divorce

Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU*

Özet

Boşanma sonrası ortak velayet, tüm modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukuku bakımından da çocuğun üstün yararının sağlanmasında gerekli bir müessesedir. Ancak bu müessesenin Türk hukukuna dahil oluşu, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerden farklı bir süreçle gerçekleşmiştir.

Türk hukukunda boşanma sonrası ortak velayet, bütüncül bir çocuk hukuku revizyonu yahut Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir ihlal veya iptal kararının ardından yasa koyucunun harekete geçmesi suretiyle değil, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol m. 5 hükmünün boşanma sonrası ortak velayet öngördüğü yorumu neticesinde yargı uygulamasıyla dahil olmuştur. Böylece merkezinde çocukların yer alması sebebiyle hukuki olduğu kadar toplumsal önemi de bulunan bir müessese, Medeni Kanun'da şartları, hüküm ve sonuçlarına ilişkin düzenlemesi olmaksızın Türk hukukunda uygulanır hale gelmiştir.

Bu çalışmada, esasen, boşanma sonrası ortak velayetin Türk hukukuna dahil olma biçimiyle birlikte yasal düzenleme eksikliğine rağmen Türk hukukunda uygulanıyor olmasının değerlendirmesi yapılmıştır. Bunun yanında, bir müessese olarak velayetin, soybağı, kişisel ilişki, bakım ve himaye gibi kavramlarla olan ilişkisi ve ayrımı da hatırlatılarak, bazı yargı kararları ve literatürde bu kavramların kullanımında zaman zaman kendini gösteren karışıklık ve belirsizliğin de tespiti yapılmak istenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Velayet, boşanma sonrası ortak velayet, çocuğun üstün yararı, çocukla kişisel ilişki

Abstract

Joint custody after divorce is a necessary institution in ensuring the best interests of the child in Turkish law, as in all modern legal systems. However, the inclusion of this institution in Turkish law took place through a process different from the developments in comparative law.

In Turkish law, joint custody after divorce has been accepted by judicial practice. Thus, an institution that has both legal and social importance because children are at its center has become applicable in Turkish law without the regulation of its conditions, provisions and consequences in the Civil Code.

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 14.05.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, reyhan.demircioglu@hbv.edu.tr, https://orcid.org/0000- 0002-5934-5623.

In this study, how joint custody was included in Turkish law after divorce and its implementation in Turkish law despite the lack of legal regulation were evaluated. In addition, the similarites and differences of concepts such as lineage, personal relationship with the child, care and protection with the institution of custody are also reminded.

Key Words: Custody, joint custody after divorce, best interest of the child, lineage, personel relationship with the child

GİRİŞ

Boşanmanın küçük çocuklar açısından en önemli sonucu, velayete ilişkin yapılacak düzenlemedir. Evlilik içinde velayetin kapsamına dahil olan tüm hak ve yetkileri birlikte kullanan ve yükümlülükleri birlikte yerine getiren ana babanın, evliliğin sona ermesi üzerine çocuğun bakımı, korunması, yetiştirilmesine ilişkin yetki ve yükümlülüklerinin ne şekilde düzenleneceği meselesi, hukuk sistemlerinde tarihsel süreç içerisinde bazı değişimlere uğramıştır. Modern hukuk sistemlerinde bu değişim, babayı veya anneyi önceleyen tek başına velayetin sözkonusu olduğu sistemlerden, boşanma sonrasında da ortak velayetin sözkonusu olduğu sistemlere doğru gerçekleşmiştir. Bugün modern hukuk sistemlerinin hemen hepsi, ana babanın boşanma sonrası ortak velayetini farklı modellerle de olsa benimsemekte ve uygulamaktadır.

Velayet hukukuna ilişkin gelişmeler Türk hukuk doktrinini de etkilemiş ve en çok *"Velayet, ana ve babadan birinin ölümü üzerine sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir"* şeklindeki TMK m. 336/III hükmü karşısında boşanma sonrası ortak velayetin Türk hukuku bakımından da mümkün olup olmadığı hususu tartışılmıştır. Bu kapsamda hükmün emredici olup olmamasından, contra legem yorumla düzeltilmesi veya örtülü ya da gerçek boşluğun kabulü halinde başvurulabilecek çözümler gibi birçok müessesenin tartışıldığı görülmektedir. Nihayetinde 20.02.2017 tarih 2016/15771E. 2017/1737 K. sayılı kararıyla[1] Yargıtay'ın boşanma sonrası ortak velayeti Türk kamu düzenine aykırı görmeyerek konuya ilişkin bir yabancı mahkeme kararının tanınmasına hükmetmesinin ve aynı kararda Anayasa m. 90/V'e göndermeyle 6684 sayılı Kanun'un[2] uygun bulduğu İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol[3] m. 5 hükmünü doğrudan velayetle ilişkilendirmesinin ardından, Türk mahkemeleri boşanma sonrası ortak velayet kararları vermeye başlamıştır. Ancak bu gelişmeden sonra dahi Türk hukukunda boşanma sonrası ortak velayetin uygulanabilirliğine ilişkin tartışmalar tamamen sona ermediği gibi, bu tartışmalara uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi meselesi de eklenmiş ve Türk hukukunda konuya ilişkin yoğun ve takibi zor bir literatür oluşmuştur. Ne var ki, Türk hukukunda konuya ilişkin bazı çözüm ve düzenleme önerilerini de kapsayan bu yoğun

1 bkz. https://mevzuat.kararara.com/viewtopic.php?t=9710#google_vignette

2 10. 03. 2016 kabul tarihli 6684 sayılı Kanun için bkz. 25. 03. 2016 tarihli ve 29664 Sayılı Resmî Gazete

3 Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss123.pdf

literatüre ve yargı kararlarıyla sürdürülen fiili uygulamaya rağmen boşanma sonrası ortak velayet halen yasal bir düzenlemeye kavuşmamıştır. Bu durum, başka ülke hukuklarında yasal düzenlemelere konu olan çocuğun bakım ve himayesi, yerleşim/bulunma yeri ve gerektiğinde çocuğun bulunduğu yerin değiştirilmesi yahut dönüşümlü/paylaşılmış (alternatif) himaye, çocuğa ilişkin kararların alınmasında ve yasal temsilde ana babanın hareket biçimi gibi çocuk merkezli olmakla ileride telafisi güçlük arzedebilecek önemli birçok meseleye ilişkin devam eden bir eksiklik anlamına gelmektedir.

Bu çalışmanın amacı, boşanma sonrası ortak velayete ilişkin Türk hukukundaki mevcut literatürü biraz daha yoğunlaştırmak değildir. Tersine, müessesenin gerek karşılaştırmalı hukuktaki yeri ve hükümleri gerek TMK m. 336/III hükmü uyarınca Türk hukukunda uygulanmasının mümkün olup olmadığı meselesiyle Yargıtay'ın 20.02.2017 tarih 2016/15771E. 2017/1737 K. sayılı içtihadının buna etkisi, boşanma sonrası ortak velayete ilişkin Türk hukukunda düzenleme önerileri gibi hususlarda yapılmış bir çok tartışmayı temel noktaları bakımından ele almak -hatırlatmak-; böylece meselenin, hem teori hem uygulama bakımından önem arzeden noktalarını görünür kılarak, kendi değerlendirmelerimiz doğrultusunda sadeleşmesine katkı sağlamaktır. Bu doğrultuda, boşanma sonrası ortak velayet kabul edildiğinde dahi yine Türk Medeni Kanunu'na göre çözüme kavuşturulması gereken meseleler ile bu tür bir velayette Türk Medeni Kanunu'nun karşılaştırmalı hukuktan hareketle yetersiz kaldığı meselelerin neler olduğuna işaret edilmesi gerekmektedir. Ayrıca Türk hukukunda boşanma sonrası ortak velayetin Anayasa Mahkemesi'nin önüne TMK m. 336/III'ün iptali için değil, bu tür bir velayet uygulamasının aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddiasıyla getirilmiş olduğuna da işaret edilmelidir[4]. Anayasa Mahkemesi'nin bu iddiayı haklı bularak mahkemece belli husus ve koşullar değerlendirilmeksizin tesis edilen ortak velayetin aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine hükmetmesi -kararın isabetliliği veya isabetsizliğinin ötesinde- aile ve özellikle çocuk merkezli böylesine önemli bir müessesenin yasal düzenleme eksikliğine rağmen Türk mahkemelerinde uygulanıyor olmasının yol açabileceği zararları akla getirmektedir. Yine boşanma sonrası ortak velayete ilişkin yargı kararları ve literatür dikkate alındığında, bir müessese olarak velayetin, ilgili olduğu soybağı, kişisel ilişki, bakım ve himaye gibi kavramlarla ayrımının bir kez daha yapılmasına ihtiyaç bulunduğu görülmektedir. Öyle ki ortak veya tek başına olmasından bağımsız olarak velayet, yine soybağının bir sonucu olmakla birlikte bu sonuç, kişisel ilişki, soyadı, bakım ve eğitim giderlerine katılma gibi sonuçlardan farklı bir biçimde soybağına doğrudan bağlı değildir. Velayet, ana baba ve çocuk arasında daha tabii nitelikle bir ilişki olan soybağına nispetle tamamen hukuki bir bağdır ve velayetin bu niteliği boşanma sonrası ortak velayette ortaklık arz eden hususların neler olduğunun, tersi bir ifadeyle, velayet ortak olmasa dahi soybağının varlığı sebebiyle zaten ortaya çıkacak sonuçların neler olduğunun bir kez daha göz

[4] Bkz. AYM'nin 06.10.2021 tarih ve 2018/27658 sayılı kararı (30.11.2021 tarih 31675 sayılı RG).

önünde tutulmasını gerektirmektedir. Ancak bu değerlendirmeden sonradır ki karşılaştırmalı hukukta boşanma sonrası olduğu kadar evlilik dışı doğumlarda da ana babanın ortak velayetini mümkün kılmakla ana baba ve çocuk arasındaki ilişkiyi evlilik düzeninin dışında ve soybağı gibi daha tabii nitelikteki bir ilişkiye yaklaştırma yönündeki eğilimin Türk hukukundaki karşılığı sorgulanabilir.

I. VELAYET KAVRAMI, VELAYETİN SOYBAĞININ GENEL HÜKÜMLERİNDEN VE ÇOCUĞUN BAKIMINDAN (HİMAYESİNDEN) AYIRT EDİLMESİ

A. VELAYET KAVRAMI

Velayet, Türk hukukunda, kural olarak küçük istisnai hallerde ise reşit çocukların bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla, onların şahısları, malları ve temsilleri konusunda ana babaya yüklenen ödevler ile bu ödevlerin daha iyi ifasını sağlamak amacıyla tanınan hak ve yetkilerin bütünü olarak tanımlanmaktadır[5]. Bu itibarla çocuk hukukunun en temel kavram ve müesseselerinden birini oluşturan velayet, Türk Medeni Kanunu'nun 335 ve 352'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Çocukların, her toplumda en kırılgan ve korunmaya muhtaç kesimi oluşturduğuna şüphe yoktur. Her gerçek kişi, sağ doğma kaydıyla medeni haklardan yararlanma ehliyetine ana rahmine düştüğü andan itibaren kavuşur; ancak hukuken ergin kabul edilmedikçe medeni hakları kullanma ehliyetine tam olarak sahip olmaz. Çocukların medeni hakları kullanma /fiil ehliyeti bakımından içinde bulundukları bu kısıtlı durum, sadece hukuki işlem sahasına ilişkin değildir. Onların aynı zamanda doğdukları andan kural olarak ergin oldukları ana kadar bakım ve gözetim ihtiyaçlarının karşılanmasının, eğitimleri ile her bakımdan topluma faydalı bireyler olarak yetiştirilmelerinin sorumluluğunu da kapsayan bir müesseseye ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaç, zaman içerisinde haktan ziyade ödevlerin, otoriteden ziyade sorumluluğun öncelenmesi anlayışını yansıtan bir terminolojiyle[6] ve tüm hukuklarda velayet veya

---

5 Huriye Reyhan Öztürk, *Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Çocuğun Şahsı Bakımından Sonuçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2000) 37. Velayete ilişkin doktrinde yapılmış benzer tanımlar için bkz. H. Veldet Velidedoğlu, *Aile Hukuku, C. II* (Nurgök Matbaası 1949) 326; Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan, *Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 1993) 341; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt* (Beta Yayınları 2023) 415; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku, Çocuk Hakları ve Korunması* (Pegem Akademi 2020) 222; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (Vedat Yayıncılık 2017) 250; Ali Naim İnan, *Çocuk Hukuku* (Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları 1968) 125; Aydın Zevkliler ve Emre Cumalıoğlu ve Beşir Acabey, *Medeni Hukuk III Aile Hukuku* (Adalet 2024) 407; Ömer Uğur Gençcan, *Velayet Hukuku Yargıtay Uygulaması Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar* (Yetkin 2015) 61. Mustafa Dural ve Tufan Öğüz ve M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2024) 383; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015) 1074; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk C. III, Aile Hukuku* (Yetkin Yayınevi 2023) 535.

6 Arapça kökenli olup sözlükte *"yakın olmak, sevmek, yönelmek, yardım etmek, bir işin sorumluluğu kendi üstünde olmak"* anlamlarına gelen (bkz. https://islamansiklopedisi.org.tr/velayet--fikih; https://www.nisanyansozluk.com/kelime/velayet; bkz. Öztürk (n 5) 4), velayet kelimesi, fikrimizce

Türk hukukundaki velayete denk gelen benzeri bir müesseseyle karşılanmaktadır. Türk hukukunda da içerdiği hak/yetki ve yükümlülüklerin birlikte vurgulanabilmesi, velayet hakkı kavramı içerisinde yükümlülüklerin görünmez bir hal almaması için velayete "yüküm-hak" nitelendirilmesi yapıldığı görülmektedir[7].

Velayetin anlam ve içeriğinin tarihsel süreç içerisinde[8] geçirdiği değişim ile niteliğine ilişkin yaklaşım ve tartışmalar, Türk hukukuna son yıllarda dahil olan boşanma sonrası ortak velayetin değerlendirilmesini amaçlayan bu çalışmanın konusundan uzaktır. Bununla birlikte modern hukuklarda velayetin dönüşen anlam ve içeriği sebebiyle silikleşme yönündeki hak niteliğinin, ana-baba ve çocuk arasındaki ilişki bakımından değil, velayete sahip olan ana-babanın üçüncü kişilere yönelik taleplerinin dayanağı olması bakımından önemli olduğuna işaret edilmelidir. Ana-baba ve çocuk arasındaki ilişki bakımından velayet, içerdiği yükümlülüklerin daha iyi ifasını sağlamaktan başka bir amaç taşımayan ve çocuğun üstün yararı ilkesine[9] uygun kullanımının yanında yaşıyla orantılı olarak ayırt etme gücüne kavuşmasıyla gittikçe daralan kapsamda bir egemenlik yetkisini ifade ederken, bunun üçüncü kişilere karşı korunması, velayetin mutlak karakterini ifade eder[10]. Velayetin bu mutlak karakteri de yine çocuğun üstün yararı ilkesiyle sınırlıdır[11]. Buna göre

---

hukuktaki velayet müessesesini doğru şekilde ifade etmektedir. Buna karşılık, batı dillerinde bu içeriği tam karşılayan tek bir kavramın bulunmayışı ve çocuk – ebeveyn ilişkisinin mutlak ve ataerkil bir otoriteden (patria potestas) günümüzde ebeveyn gözetim ve himayesi, ebeveyn sorumluluğuna dönüşmüş olması, karşılaştırmalı hukukta bu müesseseyi ifade etmek üzere kullanılan terminolojiye de (elterliche Gewalt - elterliche Sorge/Obsorge; parentel authority - parental responsibility) yansımıştır; sözkonusu terminolojik değişim hakkında ayrıca bkz. Fulya Erlüle, *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velâyet* (Yetkin Yayınevi 2019) 95 vd. Türk hukuku bakımından ise velayet müessesenin *anlam ve içeriğinin* değiştiği gerekçesiyle '*terim* tartışması' yapmaya ve karşılaştırmalı hukuktaki bu tartışmaları Türk hukukuna taşımaya fikrimizce gerek yoktur.

7 Serozan (n 5) 250.

8 Velayetin tarihsel süreci için bkz. Seldağ Güneş Ceylan, *Roma Hukukundan Günümüze Velâyet Vesayet Hukuku* (Yetkin Yayınevi 2004).

9 Velayette çocuğun üstün yararı ilkesi hakkında bkz. Yıldız Abik, 'Türk Medeni Kanunu'ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velâyette Çocuğun Yararı' *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan* (Filiz Kitabevi 2011) 1-73.

10 Velayetin mutlak hak karakterine, bu benzetmenin eşya üzerindeki mülkiyet çağrışımı yapması sebebiyle karşı çıkan Serozan'a göre *"çocuk sanki bir nesneymişçesine onun şahsı üzerinde mülkiyet benzeri bir mutlak hak gözüyle bakılamaz",* Serozan (n 5) 253. Oysa velayet, ana baba lehine tanınmış bir hak olmadığı gibi, diğer mutlak hakların aksine daimî nitelikte de değildir. Velayetin mutlak karakteri, çocuğun bakımı, korunması, yetiştirilmesi gibi yükümlülüklerle birlikte karar alma ve temsil yetkisini de içeren bu müessesenin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilirliği noktasındadır ki, hukukumuzda sınırı belirsiz bir çevre içerisinde herkesin riayetle yükümlü olduğu haklara "mutlak" nitelendirmesinin yapılmış olması, bu nitelikteki tüm hakların mülkiyete benzetilmesini gerektirmez; bu hakların konusunu da nesne durumuna getirmiş olmaz. Mutlak haktan maksat, bu haklara herkesin riayetle yükümlü olmasıdır: *"herkesin mutlak haklara riayet etme ve saygı gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır",* İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Kesin, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku)* (Adalet Yayınevi 2023) 166.

11 Velayetin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesindeki mutlak karakterinin dahi çocuğun üstün ya-

velayet, tarafları dışında kalan herkese (örneğin çocuğun ana-babası dışında kalan diğer hısımlarına), yükümlülüklerini çocuğun üstün yararı ilkesine uygun şekilde ifa eden (örneğin çocuğun eğitimiyle, gideceği okulla ilgili bir karara varmış olan) ana-babaya müdahale etmeme yönünde bir *negatif* yükümlülük yükler[12]. Çünkü çocuğun velayeti, münhasıran ana-babaya aittir ve bu yönü itibariyle velayet aynı zamanda soybağı hukukunun da bir parçasıdır. Buna göre, velayete sahip olabilmek için önce çocuk ile ana-babası arasında soybağının kurulmuş olması gerekmektedir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nda velayet, aile hukuku kitabının hısımlık kısmında soybağının kurulması başlığını taşıyan birinci bölümünün altında yer almaktadır.

Velayet soybağı hukukunun bir parçası olmakla birlikte, soybağından farklı bir anlama sahip olduğu gibi, iki müessesenin hükümleri de birbirinden farklıdır. Bu sebeple ortak (birlikte) velayet gibi bir mesele ele alınırken, ana baba arasında hangi hak ve yükümlülüklerin velayet dolayısıyla ortak olduğunun hangilerinin ise velayet ortak olmasa dahi sırf soybağının mevcudiyeti dolayısıyla ortaya çıkacağının anlaşılmasında yarar vardır.

B. VELAYETİN SOYBAĞININ GENEL HÜKÜMLERİNDEN AYIRT EDİLMESİ

1. SOYBAĞININ GENEL HÜKÜMLERİ, ÖZELLİKLE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ VE ÇOCUĞUN BAKIM VE EĞİTİM GİDERLERİ MESELESİ

Soybağı, bir kişinin ana ve babasıyla olan soy ilişkisidir ve özünde tabii bir bağdır. Bununla birlikte böyle bir tabii bağın hukuk tarafından tanınması, bilinebilir hale gelmesi, yine hukukun koyduğu kurallarla mümkün olmaktadır. Hukuk düzeni, dünyaya gelen çocukların soybağlarını belirleyen kuralları, biyolojik sebeplerle annesi ve babası için ayrı ayrı düzenlemiştir. Buna göre "*Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur"* (TMK m. 282/I). *"Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma ve hâkim hükmüyle kurulur"* (TMK m. 282/II)[13].

Böylece, hukuk düzeni bir çocuğun annesinin onu doğuran kadın olduğunu

rarıyla sınırlı olması, özellikle çocuğun eğitiminin veya tedavisinin engellenmesi, zorunlu aşı uygulamasına karşı çıkılması gibi haller bakımından tartışılır. Bkz. Aslı Başak Makaracı ve Seda Öktem Çevik, 'Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları', *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması* (Seçkin 2021) 363-380.
Küçüklerin tedavisi bakımından yasal temsilcinin kararlarında tamamen özgür olmadığı, ebeveyn temsilinin önündeki en önemli engelin çocuğun yüksek yararı olduğu yönünde, bkz. A. Dilşad Keskin, *Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı (Selbstbestimmungsrecht)* (Adalet Yayınevi 2022) 108.

12 Özel hukukta mutlak hak kavramının 'herkese karşı ileri sürülebilen haklar' olarak tanımlanmasının zorlayıcı ve kafa karıştırıcı olduğu, mutlak haklar için 'ödev' kavramını öne çıkaran bir tanımın tercih edilmesi gerektiği yönünde bkz. Yaşar Salihpaşaoğlu, *Hukuka Giriş* (Adalet Yayınevi 2023) 208. Bize göre de muhatabı belirsiz bir çevre içerisinde mutlak haklara riayet, herkesin bu haklara müdahale etmeme yönünde negatif bir yükümlülüğünün bulunması şeklinde ifade edilebilir.

13 *"Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur"* (TMK m. 282/III).

kesin bir karineyle kabul etmiş olmaktadır[14]. Buna karşılık, TMK m. 282/II hükmü çocuk ile babası arasında soybağının kurulması için evlilik, tanıma ve hâkim hükmü olmak üzere üç ayrı ihtimal öngörmüş ise de TMK m. 285 ve devamı hükümleri birlikte değerlendirildiğinde çocuğun hukuki babasının belirliliğinin annenin evli olup olmamasına göre değiştiği görülmektedir. Buna göre *"Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır"* (TMK m. 285/I). Babalık karinesi olarak isimlendirilen bu karine adi nitelikte olup, aksi soybağının reddi davası açılarak ispatlanabilir. Bununla birlikte evlilik içinde veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuklar için babalık karinesinin işliyor olması, nikah akdiyle kurulan evlilik birliğinin sadece karı koca arasındaki hukuku belirlemekte değil, aynı zamanda koca ile çocuk arasındaki soybağını belirlemekte de kurucu bir öneme sahip olduğunu göstermektedir. Annenin evli olmadığı durumlarda ise, baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulması ya tanıma ya da tanımanın dahi gerçekleşmediği durumlarda açılacak bir babalık davası sonucu hâkim hükmüyle mümkündür.

Çocuk ve ana baba arasındaki soybağı ilişkisine hukukun bağladığı sonuçlar, aslında ana baba ve çocuk arasındaki hukuki bağın adeta asgari içeriğini oluşturur niteliktedir. Çocuğun soyadına ilişkin TMK m. 321[15] ile ana baba ve çocuğu ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etme, saygı ve anlayış göstermekle yükümlü tutan TMK m. 322[16] hükümleri bir tarafa bırakılırsa, velayet hukuku bakımından da önem arz eden ve soybağının velayete bağlı hükümlerinden ayırt edilmesinde özel bir önemi bulunan düzenlemeler, TMK m. 323 ile TMK m. 327'dir.

Çocuk ile kişisel ilişkiyi düzenleyen TMK m. 323'e göre *"Ana babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir."* Böylece çocuk ile kişisel ilişki, ana babanın velayete sahip olup olmamasından bağımsız, doğrudan soybağının mevcudiyetine bağlanmış bir nevi ana-babalık hakkı olarak ortaya çıkmakta, bu itibarla medeni bir hakkın ötesinde bir insan hakkı olarak nitelendirilmek gerekmektedir[17]. Çünkü çocukla kişisel ilişki kurma hakkının esası, çocuk üzerindeki egemenliğe bağlı bir

---

14 Anne ile çocuk arasındaki soybağının kesinliğine ilişkin bu düzenleme, günümüzdeki üremeye yardımcı yöntemler sebebiyle önemli tartışmaların konusu haline gelmiştir, bkz. A. Dilşad Keskin, 'Bölünmüş Annelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi' (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1989-2016.

15 TMK m. 321/c.1'e göre *"Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin, (...) soyadını taşır"*.

16 TMK m. 322'ye göre *"Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler"*.

17 Aynı yönde bkz. Fulya Erlüle, 'Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması' (2010) 16(3-4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 217. Medeni hukuk literatürü bunu ayrıca kişilik hakkı olarak da kabul etmektedir, bkz. Sanem Aksoy Dursun, 'Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Uygulamadaki Sorunlar' *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması* (Seçkin 2021), 182; Yılmaz (n 5) 524.

yasal temsil veya karar alma değil, esas olarak ana babanın genetik mirasçıları olan çocuklarıyla aralarında manevi bir bağın geliştirilmesine duydukları insani ihtiyaçtır[18]. Kişisel ilişki kapsamında çocukla birlikte zaman geçirilerek bu süre zarfında ona ilgi ve şefkat gösterilmesi, dertleriyle dertlenip mutluluğuna ortak olunması, bir yandan çocuğun birlikte yaşamadığı ebeveyne yabancılaşmasının önlenmesine diğer yandan o ebeveynin ana babalık duygularını tatminine yönelik bir amaç taşır[19]. Bununla birlikte Kanun, çocuğun üstün menfaatinin icap ettiği durumlarda ana babanın bu hakkına sınırlama getirmektedir:

"Ana babadan her biri, diğerinin çocukla kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesini ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür.

Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir" (TMK m. 324).

Çocukla kişisel ilişki kurulması hakkı velayetten bağımsız olsa da bu durum velayete sahip ana babanın da gerektiğinde çocukla kişisel ilişki talebinde bulunmasına engel değildir. Nitekim TMK m. 323'üncü madde *"kendisine bırakılmayan çocuk"* ile uygun bir ilişki talebini de kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Bu durum, çocuğun bakım ve himayesi meselesinin velayetten farklı olmasının sonucudur. Ana babanın velayet hakkı devam ederken de ana baba için müşterek hayatın tatili (TMK m. 197) veya ayrılık kararı verilmiş olması (TMK m. 182) sebebiyle çocuğun ana babadan birine bırakılması sözkonusu ise diğer ebeveynin yine çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesi gerekmektedir. Ana babadan velayet hakkı kaldırılmaksızın çocuğun bir kuruma veya aile yanına yerleştirildiği hallerde de (TMK m. 347) kişisel ilişkinin tesisi gerekmektedir.

Soybağının önemli hükümlerinden bir diğeri ana babayı çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılamakla yükümlü tutan TMK m. 327'dir. Hükme göre *"Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır"* (TMK m. 327/I). Çocuğun bakım ve eğitim giderleri ana babaya ait bir yükümlülük ise de TMK m. 327 hükmünün devamında, ana babanın yoksul olduğu

---

[18] Kişisel ilişki, Medeni Kanun'da ana-babaya ait bir hak görünümünde düzenlenmiştir. Oysa burada çift yönlü bir ilişki sözkonusu olup, kişisel ilişkinin çocuk açısından da insani bir ihtiyaç teşkil ettiğine hiç şüphe yoktur. Ana babasıyla kişisel ilişki kurulmasının çocuk açısından da bir hak olarak tanımlanması gerektiği yönünde bkz. Aksoy Dursun (n 17) 184. Zira Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 9/3'e göre *"Taraf Devletler, ana–babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler",* https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme

[19] Bununla birlikte Türk Medeni Kanunu m. 325, bu hakkı belli koşullar altında üçüncü kişilere de tanımıştır: *"Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir"* (TMK m. 325/I).

veya çocuğun özel durumunun olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği haller bakımından varsa çocuk mallarının hâkim izniyle sarfedebilebileceği hükme bağlanmıştır (TMK m. 327/II). Çocuk mallarını *kullanma* sözkonusu olduğunda ise, TMK m. 354'ün *"Ana ve baba, kusurları sebebiyle velayetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler"* şeklindeki ifadesi, velayetin kusurları ile kaldırıldığı haller müstesna olmak üzere, ana babanın çocuğun mallarını kendileri için kullanma haklarının velayetten bağımsız olduğunu göstermektedir. Yine malvarlığı hukukunun bir parçasını oluşturmak üzere, çocuk ile ana babanın birbirlerine mirasçı olmalarına ilişkin TMK m. 495[20] ve m. 496[21] hükümleri de doğrudan soybağının varlığından doğan bir sonuçtur.

Böylece çocuk ile ana baba arasındaki ilişkinin ahlaki bir temele dayanan en genel hükmü niteliğindeki karşılıklı yardım ve dayanışmadan (TMK m. 322) çocuğun soyadına (TMK m. 321), çocukla kişisel ilişki kurulmasından (TMK m. 323) çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanmasına (TMK m. 327) ve gerektiğinde mallarının kullanılmasına (TMK m. 354), nihayetinde -aynı zümreden olmasa da- karşılıklı yasal mirasçılığa (TMK m. 495 ve m. 496) uzanan hükümler, soybağının velayetten bağımsız sonuçlarını oluşturur. Bu itibarla soybağının sözkonusu hüküm ve sonuçları, yasal temsil ve çocuğun bakımına, korunmasına, eğitim ve yetiştirilmesine ilişkin yükümlülükler ile bunların ifasına yönelik kararların alınmasını gerektirir bir müessese olan velayetin, tek başına veya ortak mevcudiyetinden etkilenmez. Başka bir deyişle, velayetin ana babadan birine ait olması veya ortak aidiyeti halinde değerlendirilmesi gereken hak ve yükümlülükler, soybağının velayete bağlı olan hükümleridir.

2. SOYBAĞININ VELAYETE BAĞLI HÜKÜMLERİ (VELAYETİN İÇERDİĞİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER)

Türk Medeni Kanunu m. 335 ve devamı, soybağının velayete bağlı olan sonuçlarını düzenlemektedir. Kanunda velayetin açık bir tanımı yapılmamıştır; ancak kapsamına ilişkin hükümlerden, velayetin ana baba için çocuğun şahsı ve malları üzerinde hem hak hem yükümlülükleri ayrıca çocuğun temsilini içeren geniş kapsamlı bir müessese olduğu anlaşılmaktadır.

Velayetin çocuğun şahsı üzerindeki hükümleri, esas olarak çocuk üzerindeki egemenliği ifade etse de bu egemenliğin günümüzdeki anlamı, Roma hukukundaki patria potestastan[22] uzaktır. Günümüzde çocuk üzerindeki egemenliğin varlığı, çocuğun korunması, bakımı, eğitimi ve neticede bağımsız bir fert olarak yetişkinliğe hazırlanmasını amaçlayan yükümlülüklerin daha iyi ifası için ve mutlaka çocuğun üstün yararı ilkesi ile sınırlı olarak kabul edilmektedir[23]. Bu sınırlar dahilinde, ana

---

20 TMK m. 495/I'e göre *"Mirasbırakanın birinci derece mirasçıları, onun altsoyudur"*.

21 TMK m. 496/II, c.1'e göre *"Altsoyu bulunmayan mirasbırakanın mirasçıları, ana ve babasıdır"*.

22 bkz. Öztürk (n 5) 7-8.

23 "*Velayet, ana baba için değil, çocuk içindir; aynı zamanda onu korumak ve giderek korunmaya*

ve babayı çocuğun bakım ve eğitimi konusunda gerekli kararları alıp uygulamakla ve çocuğu ana babasının sözünü dinlemekle özellikle onların rızası olmaksızın evi terketmemekle yükümlü tutan TMK m. 339 ile çocuğun dini eğitimini belirlemeyi ana babaya bir hak olarak tanıyan TMK m. 341 hükmü, çocuk üzerindeki ana baba egemenliğinin Türk hukukundaki başlıca görünümleridir. Keza *"Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar"* şeklindeki TMK m. 340/I hükmü de çocuğun eğitimine dair karar alma yetkisinin esasını oluşturmaktadır; bu sebeple çocuk üzerindeki egemenliğin günümüzdeki modern anlamı ile ilişkilidir.

Çocuğun malları üzerinde ana babanın sahip olduğu hak ve yükümlülükler ise TMK m. 352 ve devamında düzenlenmiştir[24]. *"Ana ve baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler"* şeklindeki TMK m. 352/I hükmü, velayetin hak ve yükümlülüğü bir arada barındıran karakterini en net şekilde ortaya koyan hükümdür. Buna karşılık çocuk mallarının kullanılması *"Ana ve baba, kusurları sebebiyle velayetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler"* şeklindeki TMK m. 354 hükmünden hareketle, velayetten önce soybağı ile ilişkilendirilmesi gereken bir haktır. Yine Kanun çocuk mallarının sarfı (çocuk malları üzerinde tasarruf) meselesini, malların aynı ile gelirlerini (TMK m. 355), ayrıca çocuk malının sermaye biçiminde ödemeler, tazminat ve benzeri edimler olması ile diğer tür mallarını (TMK m. 356) birbirinden ayırarak farklı hükümlerle düzenlemiştir. Böylece çocuk mallarının yönetilmesi, kullanılması ve sarfı da esasen velayete bağlı hükümler olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte çocuğun ana babanın sarf ve/veya yönetimi dışında bırakılan serbest malları da sözkonusu olabilir (TMK m. 357 vd).

Çocuğun temsili meselesi ise çocuğun ehliyetinin sınırlı olmasının bir sonucu olup, velayeti, çocuğun şahıs ve malları üzerinde yine çocuğun üstün yararı ilkesi uyarınca ve bununla sınırlı olarak sahip olunan hak ve yükümlülüklerin ötesinde, aynı zamanda temsil hukukunun bir parçası haline getirmektedir. Çocuk fiil ehliyeti açısından, ayırt etme gücüne sahip olmadığı durumlarda tam ehliyetsiz, ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlarda ise sınırlı ehliyetsiz kategorisinde bulunduğundan, hukuki işlem sahası içerisinde kimi zaman daha geniş, kimi zaman daha dar bir kapsamda yasal temsile ihtiyaç duyar[25]. Buna göre, ayırt etme gücüne sahip

muhtaç olmaktan çıkartmak içindir. Gerçekten de velayetin asıl işlevi, çocuğa bağımsız kişilik kazandırarak, kendi kendisini zamanla gereksiz hale getirmektir", Serozan (n 5) 250.

[24] Akıntürk ve Ateş (n 5) 429 vd. Çocuk malları üzerinde ana babanın sahip olduğu hak ve yükümlülükler hakkında etraflı bilgi için bkz. Hayrünnisa Özdemir, 'Çocuk Mallarının Yönetilmesi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması' (2013) 17(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-105; Mehmet Altunkaya, 'Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı' *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan* (Yetkin Yayınevi 2006) 111-29; Cem Baygın ve Murat Doğan, 'Çocuk Mallarının Kullanılması, Yönetilmesi ve Sarfı' (2005) 9(1- 2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 379-427.

[25] Huriye Reyhan Demircioğlu, 'Velayetin İçerdiği Hak ve Yükümlülükler Bakımından Boşanma

bulunmadığı durumlarda çocuğu borç altına sokan veya sokmayan her türlü işlem velayet hakkına sahip ana baba tarafından yapılır. Ayırt etme gücünün bulunduğu durumlarda ise çocuğu borç altına sokan işlemler yine ya velayete sahip ana baba tarafından gerçekleştirilir ya da çocuk bu tür işlemleri bizzat fakat velayet hakkına sahip ana babanın rızasıyla gerçekleştirir[26]. Şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması sözkonusu olduğunda ise, ayırt etme gücüne sahip çocuğun bu haklarını rızaya gerek olmaksızın bizzat kullanabileceği kural olarak kabul edilir. Bununla birlikte, bu tür haklardan çok önemli bazılarının kullanılması, özel mevzuat düzenlemeleriyle yine yasal temsilcinin iznine bağlanmış olabilir. Bunlardan Türk Medeni Kanunu'nda yer alanların başlıcaları yargısal erginliğe ilişkin TMK m. 12, onyedi yaşındaki küçüğün evlenmesine ilişkin TMK m. 126, küçüğün nişanlanmasına ilişkin TMK m. 118/II ile evlilik dışı çocuğunu tanımasına ilişkin TMK m. 295/II hükümleridir. Yine 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70 ile Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/I, tıbbi müdahalelerde aydınlatılmış onamın alınmasında; benzer şekilde Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 6 gebeliğin sonlandırılmasında yasal temsilcinin rızasını aramaktadır. Bu gibi hallerde gerçekleştirilen yasal temsil, ana baba ile çocuk arasındaki soybağının mevcudiyeti sebebiyle doğrudan değil, ancak velayet hakkı dolayısıyla sözkonusu olur.

C. VELAYETİN ÇOCUĞUN BAKIM VE HİMAYESİNDEN AYIRT EDİLMESİ

Velayet, soybağı kavramından farklı olduğu gibi, çocuğun bakım ve himayesinden de kavramsal olarak farklıdır. Gerçi velayete sahip olan ana baba, çocuğun bakımını da himayesiyle birlikte gerçekleştirmekle yükümlüdür (TMK m. 339). Bununla birlikte, çocuğun velayeti ile bakım ve himayesi, bazı hallerde birbirinden ayrılır.

Velayet, her ne kadar çocuğun bakım ve korunmasıyla birlikte bağımsız bir fert olarak yetişkinliğe hazırlanmasını amaçlayan bir müessese olsa da velayeti salt bakım ve himayeden ayırt eden husus, çocuğun şahsı ve malları üzerindeki karar alma yetkisi ile temsiline ilişkin hak ve yükümlülüklerin bir bütün oluşturacak şekilde bünyesinde barınıyor olmasıdır. Öyle ki velayetin, gerek evlilik içinde ortak kullanımında gerek boşanma sonrası tevdiinde, içeriğindeki hak ve yükümlülüklerin ana baba arasında bölüştürülmesi dahi mümkün değildir. Velayetin bölünmezliği olarak ifade edilen bu prensip[27], aslında velayet müessesesinin çocuğun sadece bakım ve korunmasından, yasal temsilinden yahut çocuk üzerindeki egemenlikle birlikte karar alma yetkisinden daha fazlasını ifade eden bir müessese olduğunu ortaya koymaktadır. Oysa çocuğun bakım ve himayesi için, velayetine sahip olmaya gerek yoktur. Bununla birlikte, velayet ile çocuğun bakım ve himayesinin birbirin-

Sonrası Ortak Velayetin İşlevselliği' *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu Aralık 2019,* Türkiye Barolar Birliği Yayınları 381 (Şen Matbaa 2019) 1452.

26 Çocuğun ehliyeti ve temsili hakkında bkz. Öztan (n 5) 1115 vd.

27 bkz. Öztürk (n 5) 31; Akyüz (n 5) 224.

den ayrıldığı durumlar Türk hukukunda pek de fazla değildir.

Türk hukukunda çocuğun bakım ve himayesinin velayetten ayrılmasının başlıca görünümü, koruma amacıyla aile yanına veya kuruma yerleştirilme müessesesidir. TMK m. 347'ye göre:

> *"Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.*
>
> *Çocuğun aile yanında kalması, ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir.*
>
> *Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa, bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır".*

Çocukların yerleştirilmesi, çocuğun şahsının korunması için Medeni Kanun kapsamında alınan tedbirlerden biridir[28]. Bu tedbirin uygulandığı hallerde, eğer çocuk velayet altında idiyse ana babadan velayet kaldırılmış olmaz; ancak ana babanın çocuk üzerindeki yetiştirme hakları kısıtlanmış olur[29]. Çünkü çocuğun yetiştirilmesinden maksat, barınmasıyla birlikte yeme içme, giydirme, uyku, temizlik gibi bakım ihtiyaçlarının karşılanması ve bu günlük rutin içerisinde çocuğun korunarak, genel eğitimi ile gerekiyorsa mesleki eğitiminin sağlanmasıdır[30]. Çocuğun bir aile ya da kuruma yerleştirildiği hallerde ise artık ana babasıyla birlikte yaşamayan çocuk üzerinde bu hak ve yetkilerin fiilen gerçekleştirilemeyeceği açıktır. O halde velayetin ana babadan kaldırılmamış yahut sadece birine tevdi edilmemiş olduğu hallerde dahi çocuğun bakım ve himayesinde çocukla birlikte yaşıyor olmanın belirleyici olduğu söylenebilir.

Kurum veya aile yanına yerleştirmede çocuğun bakım ve himayesi, velayete sahip olmayan kişiler tarafından yerine getirilmekte, velayetin kendilerinden kaldırılması için sebep bulunmayan ana baba açısından ise velayete bağlı diğer sonuçlar, hak ve yükümlülükler devam etmektedir. Buna özellikle çocuk hakkında karar alma ve temsil yetkileri dahildir[31].

---

[28] Etraflı bilgi için bkz. Sevgi Usta Sayıta, *Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi* (Filiz Kitabevi 1996).

[29] Usta Sayıta (n 28) 81.

[30] Bkz. a.g.e. 79 vd.

[31] Bununla birlikte *"yerleştirme tedbirine zaten ana-babanın bakım ve eğitim hak ve ödevlerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemeleri sonucu başvurulmuştur. Bu sebeple bu hak ve ödevin ana-babadan yalnızca fiilen değil, hukuken de kaldırıldığı söylenebilir. Ancak doktrinde çocuğun mesleki ve dini eğitimine ilişkin karar verme hakkının yerleştirmeden sonra da devam edeceği savunulmaktadır. Bununla beraber ... ana – babanın çocuğun mesleki ve dini eğitimi konusundaki*

Türk hukukunda çocuğun velayeti ile bakım ve himayesinin birbirinden ayrıldığı bir başka hal, TMK m. 197 hükmü[32] uyarınca evliliğin korunması tedbirlerinden olmak üzere birlikte yaşamaya ara verilmesi veya TMK m. 170[33] ve devamına göre hâkim kararıyla hükmedilen ayrılık müesseseleridir. Bu hallerde eşler arasında evlilik devam etmektedir ve velayetin kaldırılması için herhangi bir sebep olmadıkça ana babanın çocuk üzerindeki velayetleri de devam eder. Nitekim *"Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir"* şeklindeki TMK m. 336/II hükmünün mefhumu muhalifinden bu hallerde aslolanın ortak velayetin devamı olduğu hususu anlaşılmaktadır. Ancak evliliğin ve ortak velayetin devam ettiği bu hallerde dahi *"Eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkim, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır"* (TMK m. 197/IV). Buna göre hâkim, çocuğun hangi ebeveynle birlikte yaşayacağına karar verir ve diğer eşin çocukla kişisel ilişkisini ayrıca bakım ve eğitim giderlerine yapacağı katkıyı (iştirak nafakasını) düzenler. O halde evliliğin devamına rağmen eşlerin fiilen birlikte yaşamadığı bu ihtimallerde, küçük çocuklar bakımından üzerinde durulması gereken mesele, velayetin akıbeti olmayıp, bakım ve himayesinin hangi ebeveyn tarafından yerine getirileceği meselesidir; çünkü velayetin çocukla ilgili kararları alma ve yasal temsile ilişkin hükümlerinde herhangi bir değişiklik olmaz.

Çocuğun bakım ve himayesi ile velayetinin birbirinden ayrıldığı bu durumlar, Türk hukuku açısından istisnaidir. Gerçekten de velayete sahip olan ana baba aynı zamanda çocuğun bakım ve himayesini de gerçekleştireceğinden, velayetin kapsamı içerisinde bir bütünlük arz eden tüm bu hak, yetki ve yükümlülüklerin birbirinden ayrılarak kavramlaştırılması da ancak bazı istisnai hallere işaret eden teorik bir meseledir. Ancak boşanma sonrası ortak velayetin kabulüyle modern hukuk sistemlerinde çocuğun bakım ve himayesinin teorik bir mesele olmaktan çıkarak önemli bir pratik meseleye dönüştüğü ve farklı bir kavramsal içeriğe büründüğü söylenebilir; çünkü bu gibi hallerde, en azından ebeveynlerden biri için çocuğun velayeti ile bakım ve himayesi, fiilen, birbirinden ayrılmış demektir. Özellikle boşanma sonrası ortak velayetin genel kural olarak benimsenmesi sözkonusu olduğunda, artık çocuğun velayetinin kime bırakılacağı meselesi gündeme gelmez; çünkü velayet ortaktır. Fakat bu ortaklık, çocuğun bakım ve himayesinde de ortaklık anlamına

---

kararları, ancak çocuğun menfaatlerine uygun olması halinde dikkate alınır", Öztürk (n 5) 152.

32 TMK m. 197/I'e göre *"Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir" ve hükmün son fıkrasına göre "Eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkim, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır",* (TMK m. 197/IV).

33 TMK m. 170/I'e göre *"Boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hâkim boşanmaya veya ayrılığa karar verir*". Bu durumda çocuklar bakımından ana babanın haklarını hâkimin takdir yetkisi kapsamında düzenlemesini öngören TMK m. 182 hükmü, boşanma ve ayrılık durumunu birlikte düzenlemektedir (TMK m. 182/I).

gelmeyeceğinden[34] bu gibi hallerde çocuğun velayetinin tevdii meselesinin yerini, *himayesinin* tevdii meselesi almış olur. Böylece velayet -tıpkı ayrılık veya birlikte yaşama ara verilmesi hallerinde olduğu gibi- her iki ebeveyne ait olsa da, çocuğun hangi ebeveynin yanında kalacağı ve bu fiili duruma bağlı olarak bakım, koruma, genel eğitimi gibi yetiştirilmesine ilişkin meselelerde etkin rol üstlenecek ebeveynin belirlenmesi yahut çocuğun bakım ve himayesinin de paylaşılmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi, boşanma sonrası ortak velayet uygulamasının temel meselelerinden birini oluşturur[35].

II. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN BOŞANMA SONRASI ORTAK VELAYET MESELESİ

A. GENEL OLARAK BOŞANMA SONRASI ORTAK VELAYETİN MODERN HUKUK SİSTEMLERİNDE KABULÜ

Evlilik birliğinin devamı süresince ana baba velayete birlikte sahiptir ve velayetin kapsamına dahil olan tüm hak ve yetkileri birlikte kullanarak yükümlülükleri birlikte yerine getirirler[36]. Boşanmadan sonra ise küçük çocukların velayetinin nasıl düzenleneceği, boşanmanın en önemli meselelerinden biridir. Bu mesele tarihsel süreç içerisinde babaya öncelik veren bir anlayıştan anneye öncelik veren bir anlayışa ve nihayetinde çocuğun üstün yararı doğrultusunda hareket edilmesi gerekliliğinin temel yaklaşım olarak benimsendiği bir döneme doğru gelişmiştir[37]. Çocuğun üstün yararının gereklilikleri sözkonusu olduğunda ise tek başına velayetin mi ana babanın

---

34 *"Velayetin ebeveynlere ortak verilmiş olması, onların zorunlu olarak bakım ve yetiştirme yükümlerini de bölüşecekleri anlamına gelmemektedir. Başka bir ifadeyle; çocuğun yararı göz önünde bulundurulduğunda, birlikte velayetin ebeveynlere, eşit oranda bakım hakkı verdiği sonucu çıkarılamaz",* Canan Yılmaz, 'Birlikte Velayet Çerçevesinde Alternatif (Dönüşümlü) Himaye' *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyum Tebliğleri'* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 34.

35 Böylece velayet ile çocuğun bakım ve himayesi müesseseleri arasındaki fark, ortak velayette daha belirgin bir hal almaktadır. Bununla birlikte İsviçre hukuku, boşanma sonrası ortak velayetin genel kural haline getirilmesiyle birlikte, çocuğun bakım ve himayesinin de ana baba arasında paylaşımlı olarak (birlikte) gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğinin incelenmesini öngörmektedir (ZGB 298/IIter). *"Gerekçede; 'velayet hakkı' ve 'himaye'nin birbirinden farklı kavramlar olduğu; bir yüküm-hak olarak velayet hakkında, ebeveynler, kişiye ve çocuğun malvarlığına ilişkin önemli kararlar aldıkları; buna karşılık, himaye kavramının çocuğun ebeveynlerinden biriyle birlikte geçirdiği zamanı ifade ettiği belirtilmiştir. Himaye kavramı ile çocuğun günlük bakımı sorunu birbiriyle bağlantılıdır",* Yılmaz (n 34) 33.

36 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde evli ana babanın velayete birlikte sahip oldukları ve birlikte kullanacakları, anlaşmazlık halinde ise babanın oyunun geçerli olacağına hükmedilmiş idi: *"Evlilik mevcut iken, ana ve baba, velayeti beraberce icra ederler. Anlaşamazlarsa babanın reyi muteberdir"* (eMK m. 263). 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda bu hükmün yerini *"Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar"* şeklindeki m. 336/I hükmü almıştır ve hükme eMK m. 263/c. 2 dahil edilmemiştir.

37 Bkz. Nagehan Çakır, *Boşanma Sonrası Ortak Velayet (*Yetkin Yayınevi 2020) 58 ve devamı; Nurten İnce, 'Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet' (2018) 34, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 192 vd.

ortak (birlikte) velayetinin mi öncelenmesi gerektiği yönünde çeşitli araştırmalar ortaya koyulmuş[38], bu araştırmaları da dikkate alan çeşitli tartışmalar sürdürülmüştür[39]. Günümüzde artık, ortak velayeti sürdürmeye istekli ve yetenekli ana babalar açısından velayetin boşanma sonrasında da ortak olmasının çocuğun üstün yararına uygunluğu hususunda neredeyse fikir birliği mevcuttur[40] ve birçok modern hukuk sisteminin velayet düzenlemeleri de bu yöndedir. Fikrimizce de ortak velayeti başarıyla sürdüren ana babalar sözkonusu olduğunda boşanmanın olumsuzluklarından en az etkilenmesi arzu edilen ve ergin olana kadar ana babası tarafından bakılma ve onlardan ayrılmama gibi bir tabii hakka[41] sahip çocuk açısından bu velayet modelinin üstün yarara uygunluğu kabul edilebilir[42]. Bu noktada tartışılması gereken

---

38 *"Ortak velayet çocuklar için iki aktif sosyal destek ve aile bağlarının var olması, artan ilgi ve bakım, kadın ve erkek cinsiyet rolünü modelleme imkânı gibi belirgin faydalar sağlar. Ebeveynler 'gerçek zamanlı' ebeveynlik ile haz yaşamaya devam eder ve bu durum birincil ebeveynlik stresini ortadan kaldırır ... babaların çocuk yetiştirmeye katılım sağlamalarına izin vermek babalar için sevindirici olabilir",* Müge Kiremitçi, *Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı* (Legal Kitabevi 2015) 22; ayrıca bkz. Erlüle (n 6) 123 vd; Sinan Sami Akkurt, 'Boşanma Sonrası 'Ortak Velâyet' Kavramının Özellikle Türk Hukuk Uygulaması Bakımından Genel Olarak Değerlendirilmesi' (2019) 27(202) Legal Hukuk Dergisi 4191, dpn. 18.

39 Boşanmada ortak velayet lehine ve aleyhine ileri sürülen görüşler ve tartışmalar hakkında bkz. Erlüle (n 6) 114 vd; Tuba Birinci Uzun, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli' (2016) 6(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 148 vd.

40 Aksi yönde bkz. Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 134. *"Kanunda, boşanmaya rağmen, boşanan eşlerde 'birlikte velayet'in bırakılacağı konusunda bir 'boşluk değil, bir 'menfi çözüm' olduğu kanaatindeyim ve de lege ferenda bir öneri olarak da kanunda bu konuda bu yönde bir hüküm konmasını onamıyorum. Boşanmış eşleri, çocuk üzerinde 'savaşlarını' devam ettirmelerine yol açabilecek bu düzenlemeyi çocuk yararına uygun görmüyorum",* Hatemi (n 40) 134.

41 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 'çocuğun ana babası tarafından bakılma ve onlarla birlikte yaşama hakkını' düzenleyen 7 inci ve 9 uncu maddeleri bu hususu ifade etmektedir: *"Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana–babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır"* (BMÇHS m. 7/1); *"Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana–babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana–babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana–babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir"* (BMÇHS m. 9/1); https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme , (03. 04. 2024).

42 Ancak fikrimizce bu gibi hallerde dahi boşanma sonrası ortak velayetin çocuk açısından yararının, bu velayet modelinin tercihinden mi yoksa ana babanın bu modeli başarıyla yürütebilecek istek ve yetenekte olmalarından mı kaynaklandığı hususu, yine de tartılmaya muhtaçtır. İşaret ettiğimiz bu hususun açıklığa kavuşması, boşanma sonrası ortak velayete sahip ana babaların, tek başına velayet modelindeki davranış, tavır ve tutumlarının da ayrıca gözlenmesi suretiyle ortaya konulabilirdi ki, böyle bir çalışmanın yapılması pek mümkün görünmemektedir. Tersine, literatürün bazı çalışmalardaki şu hususa dikkat çektiği görülmektedir: *"Birlikte velayetin kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirebilmesi daha ziyade, birlikte velayet uygulamasını benimseyen anne ve babaların aralarında anlaşmazlık yaşandığında çözüm odaklı kişiler olup olmadıkları ve çocuğun yararını göz önünde bulundurarak çocuk için en iyisini gerçekleştirecek şekilde birlikte hareket*

mümkün olduğunca hâkim müdahalesinden uzak, ihtilafsız bir biçimde sürdürülecek ortak velayetin çocuğun üstün yararına uygunluğu değil, boşanma sonrası çocuğun üstün yararına uygun düşecek ortak velayet modelinin yasal düzeninin nasıl olmasının gerektiği ile ortak velayetten uygulamada beklenen faydaların bu model ile karşılanıp karşılanmadığı olmalıdır[43]. Nitekim boşanma sonrası ortak velayeti benimseyen hukuk sistemleri konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içermekte ve gerektiğinde İsviçre hukukunda olduğu gibi önemli revizyonlarla ortak velayetin uygulamadaki işlevselliğini artırmayı amaçlamaktadırlar[44].

Günümüzde boşanma sonrası ortak velayet, evliliğin boşanmayla sona ermiş olmasına rağmen ana babanın küçük çocukları üzerindeki velayete birlikte sahip olup, velayetin içerdiği hak, yetki ve yükümlülükleri birlikte kullanmalarının esas olduğu velayet modelini ifade etmektedir. Ancak çeşitli hukuk sistemlerinin boşanmış veya evli olmayan çiftler sözkonusu olduğunda tek başına velayetten ortak velayet modellerine geçişleri farklı süreçleri takiben gerçekleşmiştir ve bu süreç içerisinde ortak velayete ilişkin benimsedikleri esaslar da farklı olmuştur. Örneğin, Almanya'da boşanma sonrası ortak velayetin kabulü, boşanmada velayetin tek bir ebeveyne bırakılmasını öngören hükmün (BGB §1671/IV) Anayasa Mahkemesi tarafından

eğiliminde olup olmadıkları ile doğrudan ilgilidir" (Balloff-Walter araştırmasından; ERÜLE, s. 126-127'den naklen). Nitekim Erlüle de, boşanmada birlikte velayeti kitaplaştırdığı çalışmasını, bu tespiti tekrarlayan bir cümle ile sonlandırmıştır, bkz. Erlüle (n 6) 357.

43 Boşanma sonrası ortak velayetin çocuğun yararını sağlamakta elverişli bir model oluşturmasını pek çok faktörle birlikte değerlendiren farklı bir yaklaşım için bkz. Özgün Çelebi, 'Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenilmesi' (2021) 79(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 22-77. Yazara göre *"Ortak velayet, sadece hukuki yetkilerin birlikte kullanılması anlamına geliyorsa, ebeveynlerden birine sadece müdahale yetkisini muhafaza etme hakkı tanınmış olmaktadır",* Çelebi (n 43) 69. Yine yazara göre ortak velayette bakım yükümlülüğünün paylaşıldığı hallerde dahi, bunun ana baba arasında eşitlikçi sonuçlar ortaya koyması, başka bir çok faktöre bağlıdır: *"... fiilî bakım açısından geçmiş bakım örüntüsünün devam ettirilmesi, daha önce de belirtildiği gibi, ebeveynler arasında yüksek seviyede bir iletişimin yanı sıra her bir ebeveynin çocuğun maddi ve manevi ihtiyaçlarını çocuğun yaşantısındaki istikrarı zedelemeyecek şekilde karşılayacak finansal olanaklara sahip olmasını gerekli kılar. Bu da eşitlikçi bir velayet çözümünün çocuğun menfaatine uygun biçimde işlemesinin ancak belirli bir sosyal sınıfa ait aileler arasında, azınlıkta kalan bir çözüm olarak kabul edilebilmesi anlamına gelir. Pratik engeller nedeniyle bu devamlılığın sağlanamadığı veya babanın çocuğun fiilî bakımına zaten hiç katılmamış olduğu hallerde, geçmiş bakım örüntüsüne dayalı, yani eşit sorumluluğu teşvik eden bir ortak velayet sisteminde dahi sadece hukuki karar alma yetkisi açısından devamlılık sağlanabilmekte ve böylece hukuki müdahale yetkisine sahip kılınan bir ebeveyn, çocuğa fiilen bakma açısından bütün sorumlulukların dışına çıkmış olmaktadır. ... Uyumlu bir birlikte ebeveynlik ilişkisinin başka biçimlerde de elde edilebileceği göz önüne alındığında, ortak velayetin çocuğun menfaatine kural olarak en uygun çözüm olduğunu kabul etmek için de sebep bulunmamaktadır",* Çelebi (n 43) 70.

44 Velayete ilişkin İsviçre hukukunda yapılan tüm değişiklik ve gelişmeler hakkında etraflı bir çalışma için bkz. Canan Yılmaz, *Velayet Hukuku (Özellikle İsviçre Medeni Kanunu'ndaki 01.07.2014 Tarihli 'Velayet Hukuku Revizyonu' ile 01. 01. 2017 Tarihli 'Çocuk Nafakası Revizyonu' Kapsamında)* (Seçkin 2023). Aynı konuya ilişkin makale çalışması için bkz. Bahar Öcal Apaydın, 'İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi' (2016) 11(145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 631 – 658.

iptalini takiben gerçekleşmiştir[45]. Alman hukukunda 1997 tarihinde yapılan çocuk hukuku reformunda[46] doğumun evlilik içi veya dışı gerçekleşmiş olmasına bağlanmış tüm farklı sonuçların ortadan kaldırılmasıyla birlikte, velayet de ana babanın birbiriyle evli olup olmamasından bağımsızlaştırılmıştır. Buna göre evlilik içinde zaten birlikte olan velayet boşanmadan etkilenmemekte, ana baba boşandıktan sonra da velayete kural olarak birlikte sahip olmaya devam etmektedir[47]. İsviçre'de ise boşanma sonrası ortak velayet, ilk kez 2000 tarihli boşanma hukuku revizyonu ile ancak belli şartların varlığı halinde uygulanan istisnai bir müessese olarak hukuk sistemine girmiş, 2014 revizyonuyla birlikte kural haline getirilmiştir[48]. Doktrinde İsviçre'deki bu değişikliklerin yapılmasında toplumsal talep kadar[49], Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin başka ülkeler aleyhine vermiş olduğu bazı iptal kararlarının da etkili olduğu ifade edilmektedir[50]. Gerçekten de Avusturya-Sporer ve Almanya-Zaunegger kararları olarak anılan[51] iptal kararlarının esasını evlilik dışı doğumlarda ana babanın ortak velayetinin birlikte talep şartına bağlanmış olmasının baba açısından hak ihlali teşkil ettiği fikri oluşturmaktadır. Buna göre, çocuğun evlilik dışı doğduğu hallerde annesiyle soybağı doğum yoluyla doğrudan kurulmuş olduğundan, velayeti de anneye aittir; babasıyla soybağının kurulmasından sonra ise velayete ortak sahip olabilmek için birlikte talep şartının aranması AİHM tarafından baba aleyhine bir tür veto yetkisi ve hak ihlali olarak değerlendirilmiştir[52]. İsviçre hukukunda 2014 reformları yapılırken AİHM'nin bu kararları da dikkate alınmış ise de evlilik dışı doğumlarda babanın velayeti yine doğrudan soybağının varlığı-

---

45 Bkz. L. Müjde Kurt, 'Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet' (2018) 9(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 163.

46 Bkz. Çakır (n 37) 91 vd.

47 Erlüle (n 6) 163; Çakır (n 37) 92; İnce (n 37) 202. Alman hukukunda boşanma sonrası istisna olan tek başına velayet, BGB §1671/I'e göre ancak şu hallerde sözkonusudur:
"(1) Ortak velayete sahip ana babanın kalıcı olarak ayrı yaşamaları halinde, taraflardan her biri, velayetin veya velayetinin (içerdiği yetki ve sorumluluklardan) bir kısmının yalnız kendisine verilmesini aile mahkemesinden isteyebilir. Talebin kabulü için:
1. 14 yaşını tamamlamış çocuğun tek başına velayete itiraz etmemesi ve diğer ebeveynin de tek başına velayeti kabul etmesi veya
2. Ortak velayetin kaldırılarak tek başına velayet talep eden tarafa verilmesinin çocuğun üstün yararına uygun olması, gerekir"
Hükmün ikinci fıkrası ise evlilik dışı doğumlarda annenin velayete tek başına sahip olduğu haller bakımından, babanın velayetin kendisine verilmesini talep koşullarını düzenlemektedir.

48 Çakır (n 37) 94.

49 *"İsviçre İstatistik Kurumu verilerine göre, İsviçre Medeni Kanununda yapılan 2000 yılındaki değişikliklerin ardından boşanma sonrası ortak velayet taleplerinin %15 arttığı, 2010 yılında ise bu artışın %45 oranına ulaştığı anlaşılmaktadır",* Öcal Apaydın (n 44) 642.

50 Bkz. Erlüle (n 6) 221 vd; Öcal Apaydın (n 44) 638 vd.

51 İnce (n 37) 204; Erlüle (n 6) 221. Sözkonusu kararlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Öcal Apaydın (n 44) 639 vd.

52 İnce (n 37) 204.

na bağlanmış olmayıp[53], ortak velayete sahip olma hususunda ana babanın birlikte bildirimde bulunması koşulu öngörülmüştür (ZGB Art. 298a[54]). Boşanma sonrası ortak velayet bakımından ise esaslı bir değişikliğe gidilmiş ve boşanmada ortak velayet kural, tek başına velayet bazı koşulların varlığı halinde uygulanan bir istisna haline getirilmiştir[55]. Bu noktada mehaz teşkil etmesi sebebiyle Türk hukukunda özel bir önemi bulunan İsviçre Medeni Kanunu'nun boşanma sonrası ortak velayete geçişte diğer ülkelerin düzenlemelerine göre[56] daha geriden geldiği söylenebilir ise de nihayetinde birçok modern hukuk sisteminin günümüzde velayet hukukunu, özellikle velayetin birlikte kullanımını evlilik dışı doğumları da kapsayacak şekilde ana babanın birbiriyle evli olup olmamasından bağımsızlaştırma yönünde düzenlemeler içerdiği görülmektedir[57]. Bunun anlamı, velayet ile soybağının yukarıda izah ettiğimiz farklılıkları içeren hüküm ve sonuçlarının birbirine yaklaştırılması, hukuki bir kavram olan velayetin mevcudiyet ve kullanımına ilişkin esasların, soybağı gibi özünde tabii bir ilişkiye daha yakın bir hal almasıdır.

Türk hukuku bakımından ise evlilik, aile hukukunun genel sisteminde olduğu gibi, velayet hukuku bakımından da halen merkez kavramdır. Buna göre, boşanma sonrası ortak velayetin yargı kararlarıyla Türk hukukuna dahil olmasının ardından dahi, evli olmayan -boşanmış yahut hiç evlenmemiş[58]- ana babanın velayete birlikte

---

53 Bu düzenlemenin İsviçre hukukunda eleştirildiği yönünde bkz. Yılmaz (n 44) 84 *"... ebeveynlerin medeni durumlarından tamamen bağımsız bir düzenleme, her iki ebeveynin velayetini, çocuk ile aralarında soybağının kurulmasına bağlayabilirdi".*

54 ZGB art. 298a hükmüne göre *"1. Ana babanın birbiriyle evli olmadığı hallerde, babanın çocuğu tanımış olması koşuluyla veya mahkeme tarafından babalığa hükmedilmiş olup da kararda ortak velayete de hükmedilmemişse, ana babanın birlikte yapacakları bildirimle (einer gemeinsamen Erklaerung) ortak velayet kurulur.*

2. Bu bildirimde, ana baba:

1. çocuğun sorumluluğunu ortaklaşa üstlenmeye hazır olduklarını,

2. çocuğun bakım ve himayesiyle birlikte kişisel ilişki veya bakımının paylaşılması, ayrıca iştirak nafakası hususlarında anlaşmaya vardıklarını teyit ederler.

3. Ana baba, bildirimden önce, çocuk koruma dairesine danışarak tavsiye alabilirler.

4. Tanımayla birlikte gerçekleştirilen bildirim nüfus memurluğuna, daha sonraki bildirim çocuğun yerleşim yerindeki çocuk koruma dairesine yapılır.

5. Bildirim yapılıncaya kadar velayet, sadece anneye aittir".

55 ZGB art. 298/I hükmüne göre *"Boşanma veya evlilik birliğinin korunması sürecinde mahkeme, çocuğun üstün yararının korunması için gerekli olduğu takdirde, velayeti ana babadan birine tevdi eder".*

56 Boşanma sonrası ortak velayete geçişte diğer ülkeler hakkında genel bilgi için bkz. Çakır (n 37) 91; Özge Bölükbaşı, 'Karşılaştırmalı Hukuka Göre Birlikte Velayet Kararlarında Hakimin Dikkate Alabileceği Bazı Esaslar ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği', (2021) 157 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 319 vd.

57 *"Belirtelim ki evlilik dışı dünyaya gelen çocukların sayısının tasarının gündeme geldiği dönemde İsviçre'de doğan çocukların neredeyse beşte birini oluşturması ve son yıllarda bu oranı katlanarak artması da 2014 revizyonunun gündeme gelmesinin başlıca nedenlerini oluşturmuştur",* Erlüle (n 6) 171.

58 Türk hukukunda evlilik dışı doğmuş çocukların velayeti sadece anneye aittir (TMK m. 337/I). Ev-

sahip olmalarını 'açıkça mümkün kılan' bir düzenleme Türk Medeni Kanunu'nda mevcut değildir.

B. TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA SONRASI ORTAK VELAYETİN KABULÜ

Modern hukuk sistemlerinde velayet hukukuna ilişkin yaşanan gelişmeler ve yapılan yeni düzenlemeler Türk hukuk doktrinini de etkilemiştir. Özellikle modern hukuk sistemlerinde bilinen ve yerleşik bir uygulamaya dönüşen boşanma sonrası ortak velayetin, *"Velayet, ana ve babadan birinin ölümü üzerine sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir"* şeklindeki TMK m. 336/III hükmü karşısında Türk hukuku bakımından da mümkün olup olmadığı hususu doktrinde birçok yönden tartışılmıştır[59]. Sözkonusu tartışmalar kapsamında Türk hukukunda, hükmün lafzının açıkça emredici olup olmadığından[60], lafız açık ve emredici olsa dahi çocuğun üstün yararı gözetilerek contra legem yorum ile aksine

lilik dışı doğmuş çocuğun velayetinin babaya verilmesi -babayla soybağının hukuken kurulmuş olması şartıyla- ancak istisnai bazı hallerde mahkeme kararıyla mümkündür: *"Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir"* (TMK m. 337/II). Ancak hangi koşullarda olursa olsun, birbiriyle hiç evlenmemiş ana babanın 'velayete ortak sahip olması', Türk Medeni Kanunu'nun halihazırdaki düzenlemeleri dikkate alındığında, mümkün değildir, Abdulkerim Yıldırım, *Türk Aile Hukuku* (Monopol Yayınları 2021) 155. Türk hukukunda bu durumun eleştirisi için bkz. Hayrünnisa Özdemir ve A. Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku* (Adalet Yayınevi 2012) 312. Konu hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Özge Uzun Kazmacı, 'Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması' (2018) 6(1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171-186.

59 Türk Hukuku'nda TMK m. 336/III hükmü karşısında boşanma sonrası ortak velayetin mümkün olup olmadığı yönündeki tartışmalar hakkında bkz. Eylem Apaydın, 'Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği', (2018) 9(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 451 vd; Erlüle (n 6) 275 vd; Çakır (n 37) 108 vd; Kurt (n 45) 166; İnce (n 37) 215; Bölükbaşı (n 56) 324 vd; H. Kübra Ercoşkun Şenol, 'Türk Hukukunda Boşanma Halinde Ortak Velâyete Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu' (2021) 12(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 758; Özdemir ve Ruhi (n 58) 334 vd.

60 Hükmün lafzının açık olduğu yönünde bkz. Dural ve Öğüz ve Gümüş (n 5) 149; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2024) 153. Yazar, TMK m. 336/III hükmünü lafzına uygun ele aldıktan sonra, son zamanlarda boşanma sonrası ortak velayete hükmedilmekte olduğuna da işaret etmiştir, bkz. Kılıçoğlu (n 60) 500. Benzer şekilde Yıldırım da, boşanma sonrası ortak velayet hususunda TMK m. 336/III hükmünün niteliğini tartışmaksızın, mevcut Yargıtay uygulamasına işaret etmektedir, bkz. Yıldırım (n 58) 90. Yılmaz da, aksi yöndeki görüşlere ve Yargıtay uygulamasına işaret etmekle birlikte, TMK m. 336/III hükmünün lafzından hareketle Türk hukukunda boşanma sonrasında velayetin ortak kullanımının kabul edilmediğini belirtmektedir, bkz. Yılmaz (n 5) 256. Zevkliler/Cumalıoğlu/Acabey, meseleyi TMK m. 182 hükmü üzerinden ele almışlardır ve TMK m. 182 hükmünden velayetin mutlaka ana babadan birine verilmesi gerektiği anlamı çıkartılamaz görüşündedirler, bkz. Zevkliler ve Cumalıoğlu ve Acabey (n 5) 312. Buna karşılık yazarların TMK m. 336/III hükmünün lafzını açık değerlendirdikleri anlaşılmaktadır, bkz. Zevkliler ve Cumalıoğlu ve Acabey (n 5) 409. Hükmün lafzının açık ve emredici olup eleştiriye açık olduğu yönünde bkz. Kurt (n 45) 172; Serozan (n 5) 256. Hükmün lafzının açık, emredici ve isabetli olduğu yönünde Hatemi (n 40) 134. Hükmün emredici olmadığı yönünde Cengiz Koçhisarlıoğlu, *Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması* (Turhan Kitabevi 2004) 105 vd; İlknur Serdar, 'Birlikte Velayet' (2008) 10(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175.

hükmedilmesinin[61] veya hükümde örtülü bir boşluğun bulunduğu kabul edilerek teleolojik redüksiyonla düzeltilmesinin mümkün olduğu[62] yahut hükmün vaaz edildiği dönemde boşanma sonrası ortak velayet gibi bir müessesenin bilinmemesi sebebiyle düzenlenmediğinden hareketle bugün için gerçek bir boşluktan bahsedilebileceği[63] yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Ancak boşanma sonrası ortak velayetin Türk hukukunda kabul edilişi, doktrinde bu müesseseyi olumlu bulan -ve fikrimizce TMK m. 336/III hükmünün sınırlarını zorlayan[64]- birçok önemli görüş ve yaklaşımın etkisinde gerçekleştirilmiş bir yasal düzenlemeyle değil, yabancı bir mahkeme kararının iç hukukumuzda tanınması ve tenfizine ilişkin hükümde ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığının tespitinin ardından gerçekleşmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2016/15771 esas, 2017/1737 karar sayılı bu içtihadında[65], 6684 sayılı Kanunla[66] uygun bulunan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokole[67] de işaret edilmiştir. Kararda *"Eşler evliliğin sona ermesi durumunda, çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir"* şeklinde hüküm içeren Protokolün 5 inci maddesi velayet hakkıyla doğrudan ilişkilendirilmiş ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermeleri halinde ise uluslararası anlaşma hükümlerinin esas alınacağını ifade eden Anayasa m. 90/V'e[68] gönderme yapılmıştır[69]. Bu kararın ardından Bölge Adliye Mahkemeleri[70] TMK m. 336/III'ün uygulanma

---

61 Koçhisarlıoğlu (n 60) 105 vd.

62 Hükümde örtülü boşluk olduğu yönünde Akyüz (n 5) 235; Erlüle (n 6) 283 vd. Aynı durum için istisna boşluğu nitelendirmesi için bkz. Öztan (n 5) 1090 – 1091.

63 Apaydın (n 59) 459.

64 Aynı yönde bkz. Kurt (n 45) 174.

65 Karar için bkz. https://mevzuat.kararara.com/viewtopic.php?t=9710#google_vignette

66 10. 03. 2016 kabul tarihli 6684 sayılı Kanun için bkz. 25. 03. 2016 tarihli ve 29664 Sayılı RG.

67 Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss123.pdf

68 *"... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır"* Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 90/V.

69 Doktrinde Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalardan ve Anayasa m. 90/V hükmünden hareketle boşanma sonrası ortak velayetin Türk hukukunda mümkün olduğu yönünde görüşler için bkz. Ömer Uğur Gençcan, 'Ortak Velâyet', İzmir Barosu Dergisi 8 Mart 2017 Özel Sayısı, 26; Kurt (n 45) 174; Kudret Güven, 'Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velâyet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velâyet' (2018) 4(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, 25; Akıntürk ve Ateş (n 5) 315 dpn. 267; Özdemir ve Ruhi (n 58) 345 vd.

70 Bu yöndeki bazı kararlar için bkz. Apaydın (n 59) 463 vd.

kabiliyetinin kalmadığını kabul ederek[71] boşanma sonrası ortak velayet kararları vermeye başlamışlardır. Böylece boşanma sonrası ortak velayet, Türk hukuk uygulamasının bir parçası haline gelmiştir[72].

C. TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA SONRASI ORTAK VELAYETE İLİŞKİN DEVAM EDEN DÜZENLEME EKSİKLİĞİ VE UYGULAMAYA İLİŞKİN TEMEL MESELELER

1. GENEL OLARAK

Boşanma sonrası ortak velayet, Türk hukukuna, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir iptal veya bireysel hak ihlali kararının yahut artan toplumsal ihtiyaçların harekete geçirdiği yasa koyucunun, karşılaştırmalı hukuk ile doktrinel yaklaşımları da dikkate alan bir düzenlemesi neticesinde dahil olmuş değildir. Müessesenin Türk hukukuna dahil oluşu, yukarıda da kısaca değinildiği gibi, boşanma sonrası ortak velayet hükmü içeren yabancı mahkeme kararının tanınma ve tenfizinin Türk kamu düzenine aykırı olmadığının tespitini takiben yargı uygulaması ile gerçekleşmiştir. Oysa fikrimizce velayetin evlilik içinde, evlilik dışında veya boşanma sonrası farketmeksizin, tek başına yahut birlikte mevcudiyeti ve kullanımı, kamu düzeniyle ilgili bir husus zaten değildir[73]; tek başına veya ortak velayet, kamu düzeninden farklı bir kavram ve prensip olan çocuğun üstün yararı çerçevesinde ele alınması gereken bir meseledir. Velayet hukuku sahasında kamu düzeni, toplumun en kırılgan kesimini oluşturan küçük çocukların bakım ve himayesiz, hukuki işlem sahasında ise yasal temsilcisiz bırakılmaması hususları ile tüm bu hususların gerektiğinde devlet müdahalesine açık bir şekilde düzenlenmesi zaruretini ifade eder[74]. Mevcut durumda ise boşanma sonrası ortak velayetin yerel mahkemelerde uygulanışı, Medeni Kanun'da hiçbir düzenlemesi olmayan, üstelik merkezinde boşanma ve sonrası gibi son derece hassas bir sürece şahitlik etmekle kırılganlığı daha da artmış çocukların bulunduğu bir müessesenin, uluslararası sözleşme hükmünde yer alan soyut bir eşitlik prensibinin[75] yorumundan hareketle doğrudan somut olaya

---

71 Burada zımni bir ilga olduğunu ifade eden yargı kararlarının eleştirisi için bkz. Ünsal Dönmez ve Taylan Barın, 'Boşanma Sonucunda Birlikte Velâyetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu' (2018) 35(Temmuz) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 192 vd; Çakır (n 37) 125 vd.

72 Ancak Yargıtay'ın 2016/15771 esas, 2017/1737 sayılı kararından sonra Türk hukukunda boşanma ortak velayet uygulamasının pozitif dayanağına ilişkin tartışmalar tamamen sona ermemiş, tam tersine bu defa usulüne göre onaylanarak yürürlüğe giren uluslararası anlaşmaların iç hukuk bakımından anlam ve değeri üzerine daha da artan tartışmalar başlamıştır. Bu konuda etraflı değerlendirmeler için bkz. Erlüle (n 6) 306 vd.

73 Konuya ilişkin benzer değerlendirme ve görüşler hakkında bkz. Özdemir ve Ruhi (n 58) 330 vd.

74 *"Çocuk hukukuna yapılan kamusal müdahalelerin temelinde çocuğun korunmaya gereksinim duyan bir özne olarak değerlendirilmesi vardır. Bunun yanında çocuğun toplumun geleceği için taşıdığı tartışmasız önem de kamusal müdahaleyi gerektirmektedir",* a.g.e. 326.

75 Mezkur Ek 7 nolu Protokol m. 5 hükmü, doğrudan velayet hakkını veya boşanma sonrası velayetin ana baba arasında her hal ve koşulda ortak olmasını değil, boşanmış ebeveynin çocukları ile ilişkilerindeki hak ve sorumluluklarının eşitliğe dayanması gerektiğini ifade etmekte; böylece bir

indirilmesi anlamına gelmektedir[76].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve kapsamındaki düzenlemelerde yer alan hüküm ve prensipler, bireysel hak ihlali gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan

müesseseyi değil bir prensibi ortaya koymuş olmaktadır. Ana baba arasında eşitliğin nasıl sağlanacağı meselesi ise iç hukukta yapılacak düzenlemelere bağlıdır. *"Mahkemeye göre bu madde, temel olarak, eşlerin çocuklarla ilişkisi hakkında eşitliğin sağlanması için gerekli yasal düzenlemeleri yapma şeklinde, devlete pozitif bir yükümlülük yüklemektedir",* Abdulkadir Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı* (Liberta Yayınları 2016) 156. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin o dönem ortak velayeti henüz hukuk sistemine dahil etmemiş olan Avusturya hakkında vermiş olduğu Cernecki (31061/96, 11/7/2000) kararında, eşitliğin, velayete sahip olmayan ebeveynin çocukla doyurucu ve sağlıklı bir ilişki kurma ve bilgi alma hakkının işlevsel yöntemlerle korunması suretiyle de gerçekleştirebileceğine hükmetmiştir, bkz. Apaydın (n 59) 467; Dönmez ve Barın (n 71) 203. *"Buradan da anlaşılacağı üzere AİHM'in Ek 7. Protokolün 5. maddesi yorumu birlikte velayeti mecburi hale getirmemektedir. AİHM için ölçüt, velayet hakkı kendisinde olmayan ebeveynin çocukla sağlıklı ilişki kurabilme hakkından ibarettir"* (Dönmez ve Barın (n 71) 203). AİHM'in boşanma sonrasında ana baba ve çocuk ilişkilerini, iç hukuktaki velayet düzenlemelerinden ziyade, kişisel ilişki bağlamında ele aldığına ilişkin başka bazı kararlar için bkz. Pekel (n 75) 157 vd. Buna göre evlilik devam ederken veya evlilik sona erdikten sonra, velayet hukuken ortak dahi olsa, örneğin yükümlülük ve sorumlulukların tek bir ebeveyne, temsil ve karar yetkisinin ise diğer ebeveyne tevdii edildiği veya fiilen böyle bir duruma yol açan bir velayet modeli, fikrimizce eşitlikçi değildir. Buna karşılık boşanma sonrası tek başına velayetin kabul edildiği bir sistem, eğer velayete sahip olmayan tarafın da çocukla yeterli vakit geçirmesini, ilgilenmesini, sağlıklı iletişim kurmasını sağlayan bir kişisel ilişkiyi ve çocuğa ilişkin örneğin önemli tıbbi müdahaleler, yerleşim yeri değişikliği gibi başlıca meselelerde diğer ebeveynin haklarını koruyan işlevsel düzenlemeler içeriyorsa, fikrimizce, eşitlikçi kabul edilebilir. Ek 7 nolu Protokolde yer alan hükmün doğrudan velayete ilişkin olmayıp, ana baba arasında cinsiyet temelli ayrımcılığın önlenmesine yönelik bir hüküm olduğu yönünde bkz. Apaydın (n 59) 467. Velayete sahip olacak tarafın belirlenmesinde ayrımcılık yasağına ilişkin AİHM uygulamaları hakkında bkz. Pekel (n 75) 155 vd.

[76] Boşanma sonrası ortak velayete ilişkin 2016/15771 esas, 2017/1737 karar sayılı içtihadında Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Türk hukukunda AY m. 90/V bakımından sıradışı ve eleştiriye açık bir uygulamaya meydan vermiştir. Gerçekten de literatürde AY m. 90/V'in uygulanışının Türk hukukundaki farklı görünümlerine işaret edilirken, "iç hukukun milletlerarası anlaşmalara göre yorumlanarak uygulanmasından", "aynı meselenin kanun ile milletlerarası sözleşmede herhangi bir yoruma mahal bırakmayacak şekilde açıkça farklı düzenlendiği hallerle sınırlı olmak üzere, kanunun ihmal edilerek doğrudan sözleşme hükmünün uygulanmasından", "aynı konuyu düzenleyen kanun ile milletlerarası sözleşme hükmü arasındaki çatışmanın açık olmadığı -yorum gerektirdiği- hallerde ise denetleme organlarının (AİHM, AYM) sözleşme hükümlerine verdikleri anlam ve hükmün kapsamına ilişkin yorumlarından hareketle sözleşme hükmünün uygulanmasından" bahsedilmektedir, bkz. Yaşar Salihpaşaoğlu, 'Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası ve Türk Yargı Uygulamasındaki Görümü', (2022) 39(1) Anayasa Yargısı 346 vd. Yargıtay'ın sözkonusu kararı AY m. 90/V'in uygulanmasına ilişkin sonuncu duruma benzetilebilir ise de AİHM'nin boşanma sonrası ortak velayetin ana baba arasındaki eşitliğin mutlak bir gereği olmadığı yönündeki içtihadı (Avusturya/Cernecki - 31061/96, 11/7/2000) karşısında, böyle bir benzetmenin dahi hatalı olduğu söylenebilir. Fikrimizce 2016/15771 esas, 2017/1737 sayılı kararında Yüksek Mahkeme'nin yaptığı, uluslararası sözleşmede yer alan soyut eşitlik prensibinin yorum yoluyla somut bir müesseseye dönüştürülmesidir. Ne var ki boşanma sonrası ortak velayetin Medeni Kanun'da herhangi bir düzenlemesi bulunmadığından, bu karar ile müessese 'ismen' benimsenmiş olmakta, fakat boşanma sonrası ortak velayet uygulamasında ana baba arasındaki 'eşitliğin nasıl sağlanacağı' hususu yine yasal belirsizliğini korumaktadır. Benzer yönde değerlendirme için bkz. Ercoşkun Şenol (n 59) 763.

başvurularda hak ihlaline hükmedilmesine imkân verebilir[77] ve bu durum, yasakoyucuyu uluslararası normlara uygun bir iç düzenleme yapmak hususunda şüphesiz harekete geçirebilir, geçirmelidir[78]. Ancak yerel mahkemelerin iç hukuk kurallarını uluslararası sözleşmelerde yer alan soyut prensiplerden hareketle zımnen ilga edilmiş kabul etmeleri mümkün olmadığından[79],[80] TMK m. 336/III hükmü Türk hukuku açısından halen yürürlüktedir[81]. Ayrıca TMK m. 336/III hükmünün niteliğine ilişkin tartışmalardan olmak üzere, hükmün emredici olmadığı veya emredici hükümde gerçek ya da örtülü bir boşluğun bulunduğundan hareketle bunun boşanma sonrası ortak velayetin kabulüyle giderilmesinin gerektiği fikri benimsense dahi[82], bu gö-

---

77 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 148 ek III. fıkraya göre *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır".* (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/18 md.)

78 *"Şimdi yapılacak iş, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ışığında yorumlanacak olan TC Anayasasının eşitlik ilkesi, çocuğun kişiliğini oluşturup geliştirme hakkı ve ana baba hakkı karşısında, MK 336/337 kurallarının Anayasaya aykılığını defi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşımaktır",* Serozan (n 5) 256.

79 Anayasa m. 90/V hükmü, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşma hükümleri ile kanunlar arasında bir hiyerarşi yaratmamakta, sadece normlar arasında çatışma bulunması ihtimaline yönelik özel bir düzenleme içermektedir. Bu sebeple Ek 7 nolu Protokol m. 5 ile TMK m. 336/III arasındaki ilişki de bir yürürlük ilişkisi olmayıp, buradaki mesele eğer TMK m. 336/III'ün ilgili Sözleşme hükmüyle açıkça çeliştiği kabul edilir ise, Kanun'un 'ihmal' edilerek Sözleşme hükmünün uygulanması suretiyle çatışmanın giderilmesi meselesidir, bkz. Salihpaşaoğlu (n 12) 79 vd. Bu sebeple fikrimizce Ek 7 nolu Protokol m. 5 hükmünün hiçbir somut olayda yerel mahkemeler tarafından doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır (benzer yönde, Ercoşkun Şenol (n 59) 763); zira ilgili hüküm ortak velayete ilişkin açık bir düzenleme değil, boşanma sonrası ebeveyn haklarına ilişkin bir prensip içermektedir.

80 Uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki yeri üzerine ayrıca bkz. Kemal Başlar, *"Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine",* Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 2024, C. XXIV, S. 1-2, s. 279-336.

81 Aynı yönde bkz. Dönmez ve Barın (n 71) 195; Erlüle (n 6) 318; Çakır (n 37) 127; Güven, ortak velayet (n 69) 24. Hükmün mülga olduğu yönünde bkz. Özdemir ve Ruhi (n 58) 350.

82 Çalışmamızın amacı, giriş kısmında da ifade ettiğimiz gibi, ortak velayete ilişkin yoğun literatürü daha da yoğunlaştırmak olmadığından, TMK m. 336/III'ün niteliğine ilişkin kanaatimizi içeren bir tartışmaya ayrıca gerek duymamaktayız. Ancak kısaca ifade etmek gerekirse, TMK m. 336/III'ün lafzı karşısında ortak velayeti mümkün gören birçok yaklaşım, fikrimizce 'kanun ötesi' mülahazalara dayanmaktadır. Zira *"Belirli bir hukuki düşünceden veya zorunluluktan hareket edilince, kanunun şu veya bu hükmü kapsamamış olması bir kusur veya eksiklik olarak telakki edilebilir; kanun, mevcut durumu ile tatmin edici veya olması gereken hukuka uygun görülmeyebilir. Bu, kanun koyucunun hatasından ileri gelebileceği gibi sosyal ve ekonomik gelişmelerin etkisi ile de ortaya çıkabilir. Bütün bu mülahazalar, kanun ötesi (=extralegal) kriterlerdir, fakat kanunun kendisinden çıkartılmış değerler değildir. Bu itibarla, bu gibi hallerde, kanun boşluğundan söz edilemez"*, Seyfullah Ediz, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (AÜHF Yayınları 1997) 128; -kural dışı- kanun boşluğu hakkında detaylı değerlendirmeler için ayrıca bkz. O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C. I* (Seçkin Yayınevi 2021)
279 vd. Bununla birlikte, kanaatimizce TMK m. 366/III hükmünün -daha önce doktrinde ifade edilmemiş ve kanun ötesi mülahaza olarak da nitelendirilemeyecek- bir yorum biçimi daha vardır.

rüşlerin hiçbiri, Türk Medeni Kanunu'nda boşanma sonrası ortak velayetin halen düzenlemesiz olduğu gerçeğini maalesef değiştirmemektedir. Hal böyle olunca, başka ülke hukuklarında yasal düzenlemelere konu olan çocuğun bakım ve himayesi, yerleşim/bulunma yeri ve gerektiğinde çocuğun bulunma yerinin değiştirilmesi yahut dönüşümlü/paylaşılmış (alternatif) himaye, çocuğa ilişkin kararların alınmasında ve yasal temsilinde ana babanın hareket biçimi gibi çocuk merkezli olmakla ileride telafisi güçlük arzedebilecek önemli birçok meselenin mahkemeler tarafından nasıl ve neye göre hükme bağlanacağı hususunda tam bir öngörülmezlik sözkonusudur.

2. BOŞANMA SONRASI ORTAK VELAYETTE TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE HÜKME BAĞLANAN MESELELER

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2016/15771 esas, 2017/1737 karar sayılı içtihadından sonra boşanmaya hükmeden ilk derece mahkemeleri ile duruma göre ilgili bölge adliye mahkemeleri, boşanmada çocuklar için ortak velayet kararları vermeye başlamışlardır. Sözkonusu kararlara bakıldığında, ortak velayet hükmüyle birlikte çocuğun tevdii, çocuk kendisine bırakılmayan ebeveynin çocukla kişisel ilişkisi ve çocuğun bakım ve eğitim giderlerine iştirak meselelerinin, tek başına velayet kararlarındakine benzer şekilde düzenlenmekte olduğu görülmektedir[83]. Hâkimin bu hususları düzenlemekteki pozitif dayanağı, boşanma ve ayrılık halinde çocuklar bakımından ana babanın haklarına ilişkin hâkime takdir yetkisi tanıyan TMK m. 182 hükmüdür:

> *"Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocukla olan kişisel ilişkilerini düzenler.*
>
> *Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.*
>
> *Hâkim, istem halinde irat halinde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir".*

Buna göre, TMK m. 366/III hükmü, velayetin çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağını ifade etmekle velayetin mutlaka tek tarafa verilmesine değil 'çocuğun ancak her iki tarafa bırakılması halinde her iki tarafın da velayetini sürdürmesine imkân vermektedir' denilebilir. Böyle bir yorum, çocuğun bakım ve himayesinde dönüşümlü model (alternierende Obhut) ile boşanma sonrası ortak velayetin birlikte değerlendirilmesi anlamına gelir ve iki müessesenin bu şekilde birleştirilmesi kavramsal açıdan yine eleştirilebilir. Ne var ki, biz tek başına velayet sözkonusu olduğunda da çocuğun 'kendisinin' bırakıldığı taraf ile 'velayetinin' bırakıldığı tarafı birbirinden ayırmayan TMK m. 366/III hükmünün bu hususta bilinçli bir düzenleme içerdiği kanaatinde olduğumuzdan, aynı yaklaşımın ortak velayette de sürdürülebileceğini değerlendirmekteyiz.

83 Konuya ilişkin bazı kararlar için bkz. Çakır (n 37) 139.

Doktrinde TMK m. 182 hükmünün ortak velayet kararı verilmesine engel bir içerikte olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir[84]. Fikrimizce de TMK m. 182 velayetin tek başına veya ortak hükmedilmesine ilişkin bir düzenleme olmayıp, boşanma veya ayrılığın küçük çocuklar bakımından sonuçlarına ilişkindir ve bu hallerde hâkim tarafından re'sen düzenlenmesi gereken meselelere işaret etmektedir. Hükmün ikinci fıkrasında velayetin tevdiinden değil kullanımından bahsedilmesi ise fikrimizce hükmün boşanma ve ayrılık durumlarının ikisini de kapsayacak şekilde kaleme alınması dolayısıyladır; bu sebeple sözkonusu hükümden boşanma sonrası velayete ortak hükmedilmesi gerektiği sonucu çıkartılamayacağı gibi ortak velayetin engellendiği gibi bir sonuç da çıkartılamaz[85]. Boşanma sonrası velayeti düzenleyen hüküm TMK m. 336/III'tür ve sözkonusu hüküm uluslararası sözleşmeyle çatıştığı gerekçesiyle ihmal edilerek[86] boşanma sonrası ortak velayete karar verildiğinde dahi, çocuğun tevdii, diğer ebeveynle kişisel ilişkisi ve iştirak nafakası meseleleri TMK m. 182'ye göre karara bağlanmak zorundadır. Başka bir deyişle Türk hukukundaki boşanma sonrası ortak velayet uygulamasında bu meselelere ilişkin bir kanun boşluğu veya düzenleme eksikliği sözkonusu değildir. Bununla birlikte, TMK m. 336/III'de yer alan *"velayet boşanmada çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir"* hükmü, fikrimizce çocuğun velayetinden önce 'hangi ebeveyne bırakılacağının' yani çocuğun tevdii edileceği tarafın belirlenmesini, bunun belirlenmesinden sonradır ki bu tarafın velayete de sahip olacağını bilinçli ve açık bir biçimde ifade etmektedir. Böylece tek başına velayet uygulamasında velayet ile çocuğun bakım ve himayesinin birbirinden ayrılmaksızın düzenlendiği görülmektedir. Türk hukuku bakımından boşanma sonrası velayetin ortak olmasına hükmedildiğinde de -TMK'da başkaca bir düzenleme bulunmadığına göre- yine öncelikle çocuğun tevdii edileceği ebeveyn, tek başına velayettekine benzer esaslarla[87] ve şüphesiz çocuğun üstün yararı gözetilerek belirlenmek zorundadır; ancak bu ebeveyn artık velayete tek başına sahip değildir. Bu durum, birlikte yaşamaya ara verilmesi ve ayrılık hallerine benzer şekilde çocuğun bakım ve himayesi ile velayetinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir. Medeni Kanun, bu hallerde velayetin nasıl ortak yürütüleceğine ilişkin düzenlemeler içermemektedir; zira birlikte yaşamaya ara verilmesi ve ayrılıkta evlilik birliği devam ettiğinden çocuğun anne babasından sadece biriyle birlikte ikamet etmesi, esasen geçici bir durum olarak öngörülmüş ve

---

84 Bkz. Zevkliler ve Cumalıoğlu ve Acabey (n 5) 312; Dönmez ve Barın (n 71) 185.

85 TMK m. 182 hükmünün ilk fıkrasında *"ana baba"* ifadesi yer alırken, ikinci fıkrasında ana baba açısından "*eş*", üçüncü fıkrasında ise "*taraf*" kelimelerinin kullanılması da bir özensizlik olarak değerlendirilmesinin yanında, hükmün hem boşanma hem ayrılık durumunu kapsıyor oluşuyla ilişkilendirilmeli, bu hükümden hareketle boşanma sonrası ortak velayet meselesinin lehine ya da aleyhine bir yaklaşımdan kaçınılmalıdır.

86 Bkz. Salihpaşaoğlu (n 12) 79 vd.

87 Boşanmada -tek başına- velayetin tevdii hususundaki esaslara ilişkin olarak bkz. Öztürk (n 5) 89 vd; Bilge Öztan ve Fırat Öztan, 'Boşanmada Velâyetin Tevdii' (2016) 1(2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 486 vd.

bu hallerde hâkimin takdir yetkisi kapsamında alacağı bazı tedbirler yeterli kabul edilmiştir. Buna karşılık boşanma sözkonusu olduğunda ortak velayetin nasıl yürütüleceğine ilişkin başka kalıcı düzenlemelere ihtiyaç bulunduğu açıktır.

3. BOŞANMA SONRASI ORTAK VELAYETTE TÜRK MEDENİ KANUNU BAKIMINDAN DÜZENLEMESİZ OLAN MESELELER

a. Çocuğun Bakım ve Himayesinde Dönüşümlü Model (alternierende Obhut), Yerleşim/Bulunma Yeri ve Yerleşim/Bulunma Yerinin Değişmesi Meseleleri

Türk Medeni Kanunu'nun fikrimizce halen yürürlükte olan m. 336/III hükmü uyarınca, *"Velayet, ana babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir"*. Bu hüküm, boşanma sonrası çocuğun kendisine bırakıldığı -tevdii edildiği- ebeveyn ile velayetine sahip olan ebeveyni birbiriyle özdeşleştirmekte, böylece çocuğun bakım ve himayesi ile velayeti arasındaki teorik farkı pratikte görünmez ve önemsiz kılmaktadır. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5 inci maddesinde düzenlenen eşitlik prensibinin yerel mahkemeler tarafından doğrudan uygulanmasıyla boşanma sonrası ortak velayete hükmedildiğinde de çocuk, yine çoğu zaman ana babadan biriyle birlikte yaşarken, diğer ebeveynin de velayet hakkı devam etmektedir. Bu durum çocukla ilgili özellikle önemli kararların alınmasında diğer ebeveynin haklarını koruyucu ve birlikte yaşamadığı ebeveyniyle arasında kişisel ilişkiye göre daha sıkı bir bağ ve sorumluluk kurduğu için çocuk açısından daha yararlı olabilir[88]. Ne var ki, boşanma sonrası ortak velayetin doktrinde "yasal ortak velayet" olarak da nitelendirilen[89] böyle bir uygulaması, diğer ebeveyn açısından velayetin çıplak bir yasal temsile indirgenmesi sonucunu da doğurabilir. Gerçekten de yasal ortak velayette ana babadan biri birincil ikamet sahibi iken, diğerinin ziyaret eden ebeveyn olarak nitelendirilmesi sözkonusudur[90] ve böyle bir ortak velayet uygulamasının tek başına velayetten başlıca farkı, ziyaretçi ebeveynin velayet kapsamında çocuğa dair bazı kararları alma yetkisinin kişisel ilişkinin ötesinde korunuyor olmasıdır. Oysa boşanma sonrası ortak velayetten özellikle çocuk lehine beklenen faydaların[91] pek azı velayetin yasal temsil fonksiyonuyla ilişkilidir[92]. Konuya

---

88 Benzer yönde Öcal Apaydın (n 44) 651.

89 Bkz. Çakır (n 37) 70 vd.

90 Çakır (n 37) 71

91 *"Ortak velayet çocuklar için iki aktif sosyal destek ve aile bağlarının var olması, artan ilgi ve bakım, kadın ve erkek cinsiyet rolünü modelleme imkânı gibi belirgin faydalar sağlar. Ebeveynler 'gerçek zamanlı' ebeveynlik ile haz yaşamaya devam eder ve bu durum birincil ebeveynlik stresini ortadan kaldırır ... babaların çocuk yetiştirmeye katılım sağlamalarına izin vermek babalar için sevindirici olabilir",* Kiremitçi (n 38) 22.

92 *"Gerçekten de ortak velayetin olumlu tarafları değerlendirilirken, en çok, çocuğun hem anne hem babasına duyduğu tabii ihtiyaçtan -ki bu husus, her türlü şüpheden uzaktır- ortak velayetle hem annenin hem babanın çocukla yakın temas kurmasının mümkün olacağından, böylece "tam zamanlı ebeveynlik hazzı" elde edilmesinden, özellikle babanın çocuğu her istediğinde görme hakkına*

ilişkin yapılan araştırmalardan hareketle ortak velayeti önceleyen yaklaşımlar[93] da çocuğun diğer ebeveynine duyduğu hukuki değil, insani, tabii ve samimi ihtiyaçtan hareket etmektedir. Ayrıca "yasal ortak velayet", fikrimizce bölünmüş velayete yol açma riski de doğurur. Velayetin bölünmezliği, içeriğine dahil olan tüm yetki ve yükümlülüklerin bir bütün oluşturacak şekilde her iki ebeveyne de ait olması anlamına gelmektedir ve velayete ilişkin önemli bir ilke olup[94], boşanma sonrası ortak velayette de bu ilke mümkün olduğunca korunmalıdır. Bu sebeple boşanma sonrası ortak velayeti kabul eden hukuk sistemlerinde yine doktrindeki ifadesiyle[95] "fiziksel" -fikrimizce fiili- ortak velayet mümkün hale getirilmek istenmektedir[96]. Fiziksel/fiili ortak velayetten maksat, çocuğun bakımının her iki ebeveyn arasında çeşitli biçimlerde ve oranda paylaştırılmasıdır[97]. Bu noktada Mehaz Kanun olması sebebiyle Türk hukuku bakımından özel bir önemi olan İsviçre Medeni Kanunu'nun mevcut halinde[98] yer alan bazı düzenlemelere işaret etmek gerekir.

İsviçre Medeni Kanunu m. 298/IIbis-IIter hükümlerine göre:

> *"Bakım ve himayeye, kişisel ilişkiye veya bakımın paylaştırılmasına karar verilirken, çocuğun her iki ebeveyniyle de düzenli ilişkiler sürdürme hakkı dikkate alınır.*
>
> *Ortak velayette, ana babadan biri veya çocuğun talebi üzerine, dönüşümlü bakımın (alternierende Obhut) çocuğun üstün yararı doğrultusunda mümkün olup olmadığı değerlendirilir"*[99].

Fikrimizce Mehaz Kanun'da yer alan bu hükümler, ortak velayetin özünde yasal ortak velayetten ibaret olmasının telafisine yöneliktir. Öyle ki sözkonusu hükümlerde ortak velayet, fiili bakımın da paylaştırılmasıyla daha işlevsel hale getirilmek istenmiştir[100]. Bu noktada ana baba arasında tam eşit paylaşım mümkün olmasa da

---

kavuştuğundan, hatta icralık çocuk sorununun ortak velayetle çözülebileceğinden bahsedilmektedir", Demircioğlu (n 25) 1451.

93 Bkz. İnce (n 37) 198 vd.

94 Velayetin bölünmezliği ilkesine ilişkin olarak bkz. Öztürk (n 5) 31; Akyüz (n 5) 224; Selma Baktır Çetiner, *Velâyet Hukuku* (Yetkin 2000) 47; Serdar (n 60) 162. *"Velâyet bir bütün olarak verilmelidir. Hâkim çocuğun eğitimini anaya, malların yönetimini babaya bırakamaz",* Öztan ve Öztan (n 87) 485.

95 Çakır (n 37) 71 vd.

96 Bkz. a.g.e. 72, dpn. 172, 173'de gösterilen ülke uygulamaları.

97 *"Ebeveynler bu bakım modelinde; çocuğun günlük yaşamında eşit oranda varlıklarını korur ve karşılıklı olarak birbirlerinin yükünü hafifletirler",* Yılmaz (n 34) 33.

98 ZGB art. 298/IIbis-IIter hükümleri, 2014 revizyonuyla 2017 yılında yürürlüğe girmek üzere kabul edilmişlerdir.

99 Alternatif/dönüşümlü himayenin kabulüne ilişkin kriterler hakkında bkz. Yılmaz (n 44) 256 vd.

100 Alternatif/dönüşümlü himaye, ortak velayetle kavramsal açıdan aynı müesseseyi ifade etmemekte, fakat ortak velayetin daha işlevsel hale gelmesine hizmet etmektedir. Türk hukukundaki mevcut durumda ise evli olmayan kişilerin ortak velayeti evlilik dışı doğumlarda değil, boşanma sonrası

literatür İsviçre uygulamasından hareketle en az %70 - %30'luk paylaşım oranını dönüşümlü bir bakım için yeterli kabul etmekte; bu dönüşümün birkaç günlük, haftalık, aylık periyotlarla sağlanabileceğinden bahsetmektedir[101]. "Alternatif/dönüşümlü himaye (alternierende Obhut)" olarak ifade edilen bu müessese, ortak velayetle teorik açıdan aynı anlama gelmese de fikrimizce ortak velayetten çocuk lehine beklenen pratik faydaların sağlanmasında dikkate alınması gereken bir müessesedir. Ancak bu noktada Türk mahkemelerinin yaygın bir uygulama olarak tek başına velayette kişisel ilişkiyi aynı şehirde yaşayan ebeveynler bakımından dahi onbeş günde bir haftasonu olacak şekilde tesis ettiği, daha sık kurulan kişisel ilişkiyi çocuk ve birlikte yaşadığı ebeveynin çıkarlarına aykırı buldukları görülmektedir[102]. Ortak velayete karar verildiği hallerde ise bu mülahazanın devamının ortak velayet uygulamasıyla çelişeceği açıktır. Bu sebeple ortak velayetin kabulünden sonra fikrimizce Türk mahkemelerinin de Mehaz Kanun'daki (ZGB art. 298/II) esaslara

bakımından yargı uygulamasına dahil olduğundan, İsviçre'de alternatif himayenin kabulünde aranan ebeveynler arası iletişim becerisi, fiziksel/mekânsal yakınlık, şiddetin bulunmaması gibi şartların sağlanamaması, ortak velayetin kabulüne de şüpheyle yaklaşılmasına sebebiyet verebilir. Ayrıca velayetin çocuk üzerinde sağladığı egemenlik, karar alma, yasal temsil gibi yetkiler, ebeveynin tatminini değil, çocuk üzerindeki yükümlülüklerin daha iyi ifasını sağlamaya yönelik olduğundan, fikrimizce çocuğun bakımına ilişkin yükümlülüklere belli bir oranda dahi ortak olmayan, çocukla ilişkisi tek başına velayetteki kişisel ilişkiden daha ileri gitmeyen ebeveynin velayete ortak edilmesine -yasal düzenlemenin de eksik olduğu mevcut durumda- yine şüpheyle yaklaşılmalıdır. Bu şüpheli yaklaşımımızı daha önceki bir tebliğimizde *"O halde çocuğa ilişkin hakların, özellikle karar alma yetkisinin ortak olması, çocuğa ilişkin ortak yükümlülüklerin daha iyi ifasına hizmet etmeyecekse, ortak velayet işlevsel değil demektir"* şeklinde ifade etmiş idik, bkz. Demircioğlu (n 25) 1456.

101 Yılmaz (n 44) 252. Çocuğun bakım ve himayesine ilişkin farklı modeller ve çözümler hakkında ayrıca bkz. Bilge Öztan ve Fırat Öztan, 'Boşanma Birlikte Velayet ve Birlikte Velayetin Uygulanmasına İlişkin Modeller' (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2569–2608; İnce (n 37) 209 vd; Kurt (n 45) 177.

102 *"... Velayeti anneye* verilen tarafların müşterek çocuğu 09.04.2012 doğumlu A. S. çok küçük olup, bu yaştaki çocuğun her *hafta* sonu babası ile kişisel ilişki kurulması çocuğun üstün yararına olmadığı gibi, *annenin* de velayet görevini yerine getirmesine engel olacağı ve *anneyi* her *hafta* sonu eve bağlayacak niteliktedir. Hal böyle olunca mahkemece, davacı baba ile küçük arasında diğer günlerde kurulan kişisel ilişkiler yanında her ayın belirli *hafta* sonlarını içerecek şekilde kişisel ilişki kurulması gerekirken yazılı olduğu şekilde her *hafta* sonu kişisel ilişki tesisi yanlış olmuştur" (2. HD, 03.06.2014 tarih, E. 2013/23100, K. 2014/12278 sayılı karar); *"... Velayeti babaya verilen müşterek çocuk ile davalı anne arasında her haftasonu cumartesi saat 9.00'dan pazar günü saat 17.00'ye kadar kişisel ilişki kurulması babayı her hafta sonu eve bağımlı hale getireceği gibi velayet görevini gereği gibi ifasını da engelleyeceğinden, anne ile küçük arasında ayın belli haftalarında daha uygun süre kişisel ilişki kurulması için hükmün bozulması gerekmiştir",* (2. HD, 19.06.2008 tarih, E. 2008/5816, K. 2008/8925). Yargıtay 2 inci Hukuk Dairesi'nin benzer yöndeki başka bazı kararları için bkz. 05.05.2004 tarih, E. 2004/4726, K. 2004/5807 sayılı karar; 20.10.2011 tarih, E. 2010/15465, K. 2011/16420 sayılı karar), Legalbank Elektronik Hukuk Bankası (Demircioğlu (n 25) 1457 dpn. 197'den naklen). Yine fikrimizce, mahkemelerin kişisel ilişki tesisinde dikkate aldıkları, kademeli olmama, seçimlik olmama, şekli çocuğa veya taraflara bırakılmama, süre bakımından uzun olmama gibi başka bazı kriterlerin de (bkz. Gençcan (n 5) 262 vd), ortak velayet sözkonusu olduğunda, dönüşümlü/alternatif bakım ve himayeye uygun düşecek şekilde uygulanması gerekmektedir.

benzer bir uygulama geliştirmesi gerekmektedir[103].

Çocuğun bakım ve himayesi ile ilişkili olan fakat Mehaz Kanun'un aksine ortak velayet uygulaması bakımından Türk Medeni Kanunu'nda düzenlemesi bulunmayan bir başka mesele çocuğun yerleşim yerinin değişmesi meselesidir. Türk Medeni Kanunu m. 336/III, boşanmada velayetin çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olduğunu hükme bağlamakla, çocuğun velayeti ile bakım ve himayesini bir araya getirdiği gibi aslında yerleşim yerini de belirlemiş olmaktadır. Buna göre Türk hukuku bakımından ortak velayet uygulamasında, çocuk, tek başına velayettekine benzer esaslar ve üstün yararı dikkate alınarak ana babadan birine bırakılmakta, böylece çocuğun bakım ve himayesi gibi yerleşim yeri de kendisiyle birlikte yaşadığı ebeveyne göre belirlenmektedir. Nitekim velayet hukukundan ayrı olarak yasal yerleşim yerini düzenleyen TMK m 21 de bu sonucu doğrulamaktadır. Hükme göre *"Velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır"* (TMK m. 21/I). Görüldüğü gibi Türk Medeni Kanunu bakım ve himaye gibi yerleşim yeri meselesini de çocuğun kendisinin tevdiinden farklı bir müessese olarak ayrıca düzenlemiş değildir ve ortak velayet uygulamasına ilişkin özel bir hüküm de içermemektedir. Bu sebeple çocuğun yerleşim yeri hususunda da İsviçre Medeni Kanunu'nun düzenlemelerine işaret etmek gerekmektedir.

İsviçre Medeni Kanunu'nda da esasen çocuğun yerleşim yeri (Wohnsitz) birlikte yaşaması dolayısıyla fiilen bakımını (Obhut) da üstlenen ebeveynin yerleşim yeridir. Bu husus Türk Medeni Kanunu m. 21/I'e tekabül eden ZGB art. 25/I'de açıkça ifade edilmektedir. Hükme göre *"Velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri (Wohnsitz) ana babasının; ana babanın ortak bir yerleşim yeri yoksa çocuğun bakım ve himayesi (Obhut) altında bulunduğu tarafın yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun bulunduğu yer (Aufenthaltsort), yerleşim yeri olarak kabul edilir"* (ZGB art. 25). Ancak 2014 revizyonunda Mehaz Kanun'a eklenen dönüşümlü himaye (alternierende Obhut) modeliyle birlikte çocuğun himayesi kavramının içeriğinin de değişmiş olduğu doktrinde ifade edilmektedir[104]. Buna göre 2014 revizyonundan önce özünü çocuğun fiilen bakılmasının oluşturduğu himaye kavramının, aynı zamanda bu himayeye sahip olan ebeveynin 'çocuğun bulunma yerini[105] tek başına belirleme yetki-

---

[103] Doktrinde Türk hukuku bakımından dönüşümlü bakım modelinin mümkün olmadığı yönünde bir görüş, bunu TMK m. 19/II'de yer alan yerleşim yerinin tekliği ilkesine dayandırmaktadır, bkz. Bölükbaşı (n 56) 351. Oysa fikrimizce çocuğun bakım ve himayesi sözkonusu olduğunda dikkate alınması gereken kavram yerleşim yeri (Wohnsitz) değil çocuğun bulunduğu yer (Aufenthaltsort) kavramıdır. Nitekim yazar, *"çocuğun sürekli yer değiştirmesi, onun yeni koşullara alışana kadar geçireceği süre, günlük yaşamında oluşacak değişkenlikler, kendini bir yere ait hissetmemesine veya toplumsal ilişkilerinin bozulmasına neden olabilir"* (Bölükbaşı (n 56) 352) gerekçesiyle dönüşümlü himaye modeline de karşı çıkmaktadır.

[104] Erlüle (n 6) 235; Öcal Apaydın (n 44) 653.

[105] Türk doktrinin bu noktada çocuğun bulunma yerinden değil yerleşim yerinden bahsettiği, bu iki

sini' de kapsadığı kabul edilmekteyken, dönüşümlü himayeye yasal bir görünürlük kazandıran revizyonla birlikte çocuğun bulunma yerini belirleme yetkisi de ortak velayetin kapsamına dahil olmuştur; zira ZGB art. 301a/I hükmüne göre *"Velayet, çocuğun bulunma yerini (Aufenthaltsort) belirleme hakkını da içerir"*. Böylece ortak velayet uygulamasında çocuğun bulunma yerini birlikte belirleme yetkisine sahip olan ana baba -fikrimizce ZGB art. 301a/I dolayısıyla doğrudan değil, ZGB art. 25'deki koşulların gerçekleşmiş olması dolayısıyla- çocuğun yerleşim yerini de belirlemiş olmaktadır. Ancak çocuğun bulunma ve yerleşim yerine ilişkin bu hükümler, boşanmanın çocuklar bakımından sonuçlarını düzenleyen ZGB art. 133 hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde, çocuğun velayetine, bakım ve himayesine, kişisel ilişkiye ve iştirak nafakasına ilişkin tüm meselelerin aynı zamanda hâkim tarafından hükme bağlanacağı anlaşıldığından, ana babanın bu hususlara ilişkin anlaşmaları hâkim tarafından da uygun bulunmak ve gerektiğinde başka şekilde düzenlenmek durumundadır. Bu sebeple fikrimizce, çocuğun bulunma yerinin belirlenme yetkisinin de velayetin kapsamında yer alması esas önemini, boşanma sonrasında ortak velayet devam ederken çocuğun yerinin değiştirilmesi bakımından göstermektedir[106]. Nitekim ZGB art. 301a hükmünün ikinci fıkrasına göre:

> *"Velayetin ortak olması halinde ana babadan birinin çocuğun bulunduğu yeri değiştirmesi, diğer ebeveynin rızasına veya aşağıdaki hallerde mahkeme ya da çocuk koruma dairesinin kararına bağlıdır:*
>
> *a. çocuğun yeni yerinin (Aufenthaltsort) yurtdışında olması*
>
> *b. yer (Aufenthaltsort) değişikliğinin diğer ebeveynin velayeti kullanmasını ve kişisel ilişkisini önemli ölçüde etkileyecek olması" (ZGB art. 301a/II).*

Hükmün üçüncü ve dördüncü fıkraları ise tek başına velayet halinde dahi çocuğun bulunduğu yer ile ana babadan her birinin kendi yerleşim yeri değişikliğinin diğer ebeveyne ihbarını öngörmektedir (ZGB art. 301a/III ve IV).

Türk hukuku bakımından ise boşanma sonrası ortak velayetin uygulandığı hallerde gerek çocuk açısından bulunma yeri gerek her iki ebeveyn açısından yerleşim yeri değişikliklerine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından, mesele TMK m. 21 hükmüne göre tek başına velayet hükümleri doğrultusunda değerlendirilmek durumundadır. Nitekim İsviçre hukukunda 2014 değişikliklerinden önce Federal Mahkeme'nin değerlendirmesi de aynı yönde olup, Mahkeme, bakım ve himaye kendisine bırakılmış olan tarafın yurt dışı da dahil olmak üzere çocuğun bulunma/yerleşim yerini belirleme yetkisine tek başına sahip olduğuna hükmetmiştir[107].

---

kavramı birbiriyle özdeşleştirdiği görülmektedir, bkz. Erlüle (n 6) 235; Öcal Apaydın (n 44) 652 vd.

106 Aynı yönde değerlendirme için bkz. Öcal Apaydın (n 44) 653: *"Yasa koyucu böylece sorunu, artık bakım ve gözetim hakkına ilişkin tartışmalardan soyutlayarak, daha basit bir şekilde çocuğun yerleşim yerinin değiştirilmesi şeklinde ele almıştır"*.

107 Bkz. a.g.e. 653.

b. Çocuğa İlişkin Kararların Alınması ve Yasal Temsil Meselesi

Velayet, her ne kadar çocukların doğdukları andan kural olarak ergin oldukları ana kadar korunmalarının, bakım ve gözetim ihtiyaçlarının karşılanmasının, eğitimleri ile topluma faydalı bireyler olarak yetiştirilmelerinin sorumluluğunu kapsayan bir müessese ise de özünde, bu sorumluluğun ifası için gereken kararların alınmasını ve üçüncü kişilere karşı da çocuğun temsilini sağlayan bir müessesedir. *"Yasal temsil yetkisi velayetin en önemli türevidir ve işlevidir"*[108].

Türk Medeni Kanunu m. 336/I uyarınca *"Evlilik devam ettiği sürece ana baba velayeti birlikte kullanırlar".* Buna göre ana baba evliliğin devamı süresince velayetin kapsamına dahil olan tüm meselelerde birlikte hareket etmek ve kararları birlikte almak, hatta çocuğu birlikte temsil etmek durumundadır. Ancak TMK m. 342/II'ye göre "İ*yiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler"*. Böylece kanunkoyucu evliliğin devamı sırasında dahi olsa, ana babanın özellikle üçüncü kişilerle olan ilişkilerde tüm velayeti birlikte yürütmelerinin ortaya çıkartacağı bazı zorlukları dikkate alarak, birlikte hareket edilmediği hallerde en azından diğer işlem tarafının korunması için bir karine öngörmüştür[109]. Ancak hükmün sadece evliliğin devam ettiği halleri kapsadığına işaret etmek gerekir. Zira fikrimizce, hükmün öngördüğü karine evli kişilerin aslında aynı çatı altında yaşamaları dolayısıyla birbirlerinin çocuk hakkındaki işlem ve kararlarından haberdar olduklarının varsayılmasının sonucudur. Madde metninde açıkça "eşler" ifadesinin kullanılmış olması, başka türlü bir yorumu mümkün kılmamaktadır[110]. Boşanma sonrası ortak velayette ise ana babanın özellikle yasal temsil gerektiren hallerde ne şekilde hareket edeceği ve üçüncü kişilerin korunmasına ilişkin özel bir düzenleme Türk Medeni Kanun'da yer almamaktadır. Mehaz Kanun'da ise boşanma sonrasında ortak velayetin kabul edilmesiyle çocuğa ilişkin kararların alınması ve temsil meselesine ilişkin bazı düzenlemelere gidilmiştir.

Öncelikle, Mehaz Kanun'da -TMK m. 342/II'nin karşılayan- art. 304/II hükmünün, sadece evlilik içinde değil, velayetin ortak olduğu tüm halleri kapsayacak şekilde kaleme alınmış olduğuna işaret etmek gerekir. Hükme göre *"Her iki ebeveynin velayetin sahibi olduğu hallerde, iyiniyetli üçüncü kişiler, velayetin taraflarından birinin diğer tarafın rızasıyla hareket ettiğini varsayabilirler"* (ZGB art. 304/II). Sözkonusu hüküm, velayetin ana baba tarafından birlikte kullanımını kolaylaştırmaktan ziyade, işlemin karşı tarafı durumundaki üçüncü kişilerin iyiniyetini korumaya yöneliktir. Buna göre velayete birlikte sahip ana babanın karar sürecinde kendi aralarında ortaya çıkan bir anlaşmazlık, iyiniyetli olmak kaydıyla, işlemin karşı tarafını oluşturan üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez ve işlem, hukuki sonuç doğurur[111]. Velayeti birlikte kullanan ana babanın yasal temsile ve çocuğa ilişkin

---

108 Serozan (n 5) 272.

109 Bkz. Kılıçoğlu (n 60) 509–510.

110 Demircioğlu (n 25) 1453.

111 Aynı yönde bkz. Kudret Güven, *İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler, Açıklamalı, Yorumlu, Karşılaştırmalı* (Savaş Yayınevi 2023) 514.

kararların alınmasına yönelik iç ilişkilerinde ise iradeleri birbirine eşittir; çocuğun bakım ve himayesine sahip olup olmadığına bakılmaksızın ana babadan birinin karar vermeye ilişkin yetkisi diğerininkinden daha fazla veya az değildir[112]. Bu sebeple işlemin karşı tarafının iyiniyetli olmadığı -karar sürecindeki anlaşmazlığı bildiği veya hal ve koşullara göre bilmesinin kendisinden beklendiği- durumlarda ortak velayet sahibi ana babadan birinin işleme rıza göstermemesi, işlemi geçersiz kılar[113].

Böylece ortak velayet halinde çeşitli anlaşmazlıkların ortaya çıkma ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sebeple Mehaz Kanun'un -TMK m. 339/I'i karşılayan- 301 inci maddesinin ilk fıkrasına bir bend eklenmiştir. Hükme göre *"Çocuğa fiilen bakan*[114] *taraf: a. günlük veya acil konularda, b. makul bir çaba göstermiş olmasına rağmen diğer ebeveyne ulaşamadığı hallerde, tek başına karar verebilir"* (ZGB art. 301/Ibis). Bu noktada günlük meseleler ile günlük olmayan meseleler ayrımını ortaya koyan örneklerde daha çok çocuğun mevcut ve müstakbel hayatının kalıcı olarak etkilenip etkilenmeyecek olmasının dikkate alındığına[115], derhal karar verilmesi gereken acil konulardan maksadın ise daha çok sağlık ve tedaviye yönelik konular olduğuna işaret edilebilir. Türk hukuku bakımından boşanma sonrası ortak velayet uygulamasında ise böyle bir yasal ayrım sözkonusu olmadığından, çocuğa fiilen bakan ebeveyn ile diğer ebeveynin her konuda birlikte hareket etmesinin gerekeceğine, aksi durumda her uzlaşmazlığın çözüm yerinin aile mahkemeleri olacağına ayrıca çocuk adına gerçekleştirilen hukuki işlemlerde üçüncü kişilerin korunmasına ilişkin pozitif bir düzenlemenin de bulunmadığına, teorik açıdan da olsa, dikkat çekmek gerekmektedir.

D. ORTAK VELAYETTE AİLE HAYATINA SAYGI HAKKININ İHLALİ MESELESİ: ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 06.10.2021 TARİHLİ KARARI

Boşanma sonrası ortak velayetin yargı uygulamasıyla Türk hukukuna dahil olmasının ardından verilen kararların birçok açıdan ele alınıp değerlendirilmesi mümkündür. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin aile hayatına saygı hakkının ihlaline hükmettiği 06.10.2021 tarihli[116] kararı ile kararın dayandığı olay ve olgular, Türk hukukunda boşanma sonrası ortak velayet uygulamasına ilişkin ilgi çekici hususlar içermektedir.

---

112 Öcal Apaydın (n 44) 153.

113 Güven (n 111) 505.

114 Mehaz Kanun burada çocuğun bakım ve himayesine (Obhut) sahip olmaktan daha geniş anlamda olmak ve o durum içinde çocuğa fiilen göz kulak alan tarafı ifade etmek üzere "*betreut"* kavramını kullanmıştır.

115 Literatürde çocuğun saç kesiminin günlük işlere yönelik bir karara, dövme veya piercing gibi işlemlerin ise bunu aşan nitelikte bir karara örnek gösterilmesi ilgi çekicidir, bkz. Erlüle (n 6) 195. Ayrıca bkz. İnce (n 37) 208.

116 Bkz. 30. 11. 2021 tarih ve 31675 sayılı RG.

Anayasa Mahkemesi'nin 06.10.2021 (başvuru 2018/27658) tarihli kararına konu olayda anlaşmalı boşanan çiftin küçük kızlarının velayeti Antalya 4. Aile Mahkemesi'nin 16.05.2014 tarihli kararıyla babaya verilmiş, fakat çocuk tüm hafta içi annesinde kalmaya devam etmiş ve bu durum çocuk ile annesi arasında 'kişisel ilişki' olarak nitelendirilmiştir. Anne yaklaşık üç yıl sonra, kesintisiz olarak kendisiyle birlikte yaşamasına ve çoğunlukla kendisi tarafından bakılıp yetiştirilmesine rağmen velayeti kendisinde olmayan çocuğunun *"her an babası tarafından alınacağı ve annesinden koparılacağı endişesiyle yaşadığını, velayetin babada olmasının fiilen bir yararı olmadığını ve çocuğun alıştığı ortamdan koparılması halinde psikolojik olarak yıpranacağını"* ifade ederek[117] velayetinin kendisine verilmesi için dava açmıştır. Dava sürecinde hazırlanan sosyal inceleme raporunda çocuğun hem anne hem babasına psikolojik ve sosyal bağımlılık hissettiğini, her ikisinden de ayrılma kaygısının bulunduğu, anneanne ve dedesinin de desteği ile hafta içi annesiyle birlikte yaşayıp okula giden çocuğun hafta sonları babasıyla görüştüğü tespitlerine yer verilmiştir. Bu tespitlere dayanarak, daha önce velayetin ortak kullanımına ilişkin görüşleri alınmamış olan ana babanın ortak velayete sahip olmasında çocuk açısından yarar bulunduğu, ortak velayet mümkün değilse, çocuğun velayetinin birlikte ikamet ettiği başvurucuya -anneye- verilmesinin uygun olacağı görüşü ortaya koyulmuştur. Mahkeme, çocuğun fiili durumdan memnun olması sebebiyle ortak velayete gerek bulunmadığına hükmetmiş ve *"netice itibariyle yapılması gerekenin fiiliyatta olan ve çocuğun yararına bulunan uygulamaya hukuki çerçeve hazırlamak olduğu, bu zamana kadar anne ve baba arasındaki uygulamaya hukuki çerçeve kazandırmak gerektiği"* ifadesiyle[118] davayı kabul etmiş ve velayeti başvurucu anneye vermiştir. Babanın istinaf başvurusunda, velayetin değiştirilmesi için bir sebep bulunmadığı, ortak velayetin ise mümkün olduğu bu sebeple mahkeme kararının çocukla ilgili fiili duruma uygun olmadığı iddia edilmiştir. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi babanın istinaf başvurusunun kabulüyle birlikte *"velayetin taraflarca birlikte kullanılmasına, müşterek çocuğun babasının yanında yaşamasına, ayrıca çocukla başvurucu arasında kişisel ilişki tesisine kesin olarak karar vermiştir"*[119]. Anneyle tesis edilen kişisel ilişki, pazartesi-perşembe günlerini kapsayacak şekilde ağırlıklı olarak hafta içi; bayram ve diğer tatil günlerinde ise babayla yaklaşık aynı ağırlıkta olacak şekilde düzenlenmiştir. İstinaf kararında *"... ortak velayet uygulamasının hukukumuzda uygulanabilir olduğu ancak çocuğun güvenliğine ve üstün yararına aykırı olması halinde ortak velayete karar verilemeyeceği vurgulanmıştır. Müşterek çocuğun velayetinin taraflar arasında fiilen ortak kullanıldığı, çocuğun bu uygulamadan memnun olduğu, sosyal inceleme raporunda da velayetin anne ve babaya ortak verilmesinin çocuğun menfaatine olduğunun tespit edildiği belirtilmiştir. Bu durumda mahkemece, tarafların fiili yaşam şekli, çocuğun istekleri*

[117] AYM, 06.10.2021, §8.

[118] AYM, 06.10.2021, §10.

[119] AYM, 06.10.2021, §13.

ve menfaatleri gözetilerek velayetin ortak olarak taraflara bırakılması gerekirken hukuken mümkün olmadığı şeklindeki hatalı gerekçe ile velayetin değiştirilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir"[120]. Mahkeme kararının istinafta bu şekilde bozulması üzerine anne, yargılamanın hiçbir aşamasında tarafların ortak velayete dair bir talebinin bulunmadığı, tarafların görüşü alınmadan dosya üzerinden ortak velayet kararı verildiği, müşterek çocuğun her türlü ihtiyacıyla kendisinin ilgilendiği ve boşanmadan itibaren kesintisiz olarak kendisiyle birlikte kaldığı, kişisel ilişki tesisine ilişkin hükümlerin çocuğun eğitimini sekteye uğratacağı hususlarıyla birlikte, fiilen kendisiyle yaşayan çocuğun zorla babasının yanında kalmasına karar verilmesinin adil yargılanma, aile hayatına saygı hakları ve eşitlik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi esas yönünden yaptığı değerlendirmesini sadece aile hayatına saygı hakkı (AY m. 20) bağlamında gerçekleştirmiştir. Anayasa Mahkemesi, devletin aile hayatına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında devletin sadece negatif değil, pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğunu hatırlattıktan sonra, bireyler arası ilişkiler alanında dahi olsa, aile yaşamına saygıyı sağlamaya ve aile ilişkilerinin sürdürülebilmesine yönelik tedbirler alınması zorunluluğunu, pozitif bir yükümlülük olarak nitelendirmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, boşanma sonrası ortak velayet Türk hukukunda açıkça düzenlenmiş olmasa da, 6684 sayılı Kanun ile onaylanan ek 7 nolu Protokol m. 5 ve buna dayalı Yargıtay içtihadı doğrultusunda bu tür bir velayetin de uygulanabilirliği aile hayatına saygının bir gereğidir, bunun sınırını ise çocuğun üstün yararı oluşturur: *"...çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmemesi halinde velayetin ebeveyn tarafından ortak kullanılmasının -somut olayın koşullarına göre- aile hayatına saygı hakkına ilişkin anayasal güvencelere uygun olacağı söylenebilir ... velayetin ortak kullanımı konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunup bulunmadığının gözetilmesinin -Yargıtayın ilgili içtihadı da dikkate alındığında- somut olayın koşullarına göre hem çocuğun üstün yararına olanın tespitinde hem de uygulamanın sürdürülebilirliğinin sağlanmasında gerekli olduğu söylenebilir"*[121]. Anayasa Mahkemesi, bu yaklaşım doğrultusunda, somut olay bakımından her iki tarafın da önceliğinin velayetin kendisine verilmesi olduğunu ifade ederek, taraflar arasında ihtilaflı olan ortak velayeti çocuğun üstün yararına aykırı bulmuştur: *"Bu ihtilafın çocuğun üstün yararına olanı tespit bağlamında BAM Dairesi tarafından gözetilmediği, çekişmenin ortak velayetin sürdürülebilirliğine ve çocuğun psikolojik gelişimine muhtemel etkilerine ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı görülmüştür"*[122]. Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre *"BAM Dairesinin çocuğun alıştığı fiili uygulamayı neden değiştirdiğini açıklamadığı da dikkate alındığında ebeveynlerle çocuk arasında kişisel ilişki tesisinde çocuğun ve tarafların şartları gözetilerek uygulanabilir nitelikte tedbirler alındığı söylenemez.*

[120] AYM, 06.10.2021, §14.

[121] AYM, 06.10.2021, §48-49.

[122] AYM, 06.10.2021, §50.

... Bu durumda yargı makamlarının aile hayatına saygı hakkına dair Anayasa'da belirtilen güvenceleri ve çocuğun üstün yararı ilkesini gözeten özenli bir yargılama yapmadıkları söylenebilir"[123].

Anayasa Mahkemesi'nin -ikincillik ilkesinin aşıldığı gerekçesiyle muhalif oya da konu olan[124]- sözkonusu ihlal kararı, salt başvuru konusu somut olaya ilişkin olmakla birlikte, Türk hukukunda boşanma sonrası ortak velayet uygulamasının temel hak ve özgürlükler hukukuyla ilişkisi bakımından dikkate değerdir. Öncelikle Türk hukukunda boşanma sonrası ortak velayet meselesinin Anayasa Mahkemesi'nin önüne -literatürde öngörülenin[125] aksine-, TMK m. 336/III'ün iptali için değil, aile hayatına saygı hakkının ihlali gerekçesiyle getirilmiş olduğuna işaret etmek gerekir. Gerçekten de Yüksek Mahkeme, boşanma sonrası ortak velayet meselesini eşitlik ilkesinden önce, aile hayatına saygı hakkının korunması bağlamında ele almıştır ve her ne kadar bu tür bir velayet uygulamasına imkân tanınmasını aile hayatına saygı hakkıyla bağdaştırmış ise de bunun mutlaka tarafların ortak talebiyle olması gerektiğine işaret etmiştir. Başvurucu annenin bu yönde bir uygulamaya itiraz ettiği, davalı babanın da velayetin ortak kullanımına ilişkin açık bir talebinin mevcut olmadığı olayda, mahkeme tarafından hükmedilen ortak velayeti çocuğun üstün yararına uygunluk bakımından da şüpheli görmüştür. Ayrıca Yüksek Mahkeme'nin kararında özellikle dikkat çekici olan husus, velayetin ortak kullanılmasına ilişkin uygun şartların oluşup oluşmadığının yeterince incelenmesi gereği ile bu şartların gerçekleşmediği durumlardaki ortak velayet uygulamasının aile hayatına saygı hakkını ihlal edebileceğine ilişkin yapılan tespittir. Buna göre, kararda *"... yargılama sürecinde velayetin ortak kullanılmasına ilişkin uygun şartların oluşup oluşmadığı hususunda yeterli araştırma yapılmadığı gibi velayetin ortak kullanılması ile kişisel ilişki tesisine dair tedbirlerin çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmediği ve uygulanabilir olduğunun ilgili ve yeterli gerekçeyle ortaya konulamadığı sonucuna varılmıştır"*[126]. Velayetin ortak kullanılmasının 'uygulanabilirliğine' yapılan bu açık vurgu ve meselenin çocuğun bakımı ve kişisel ilişki tesisiyle de ilişkilendirilmiş olması, hukuki ortak velayet anlayışından öte fiili ortak velayet anlayışını ortaya koymaktadır ki bu yaklaşım, somut olayın koşullarından ve sözkonusu kararın isabetliliğinden bağımsız olarak[127], kanaatimizce yerinde bir yaklaşımdır. Son olarak, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararına konu olan olay ve ilgili mahkeme kararları, 'velayet', 'kişisel ilişki' ve 'bakım ve himaye' kavramlarının uygulamada birbirinden ayırt edilemediğini ve Türk hukukunda boşanma sonrası

123 AYM, 06.10.2021, §51.

124 Karşı oy gerekçeleri için bkz. AYM, 06.10.2021, §54-61.

125 Serozan (n 5) 256.

126 AYM, 06.10.2021, §51.

127 Anayasa Mahkemesi'nin kararının isabetliliğine ilişkin değerlendirme için bkz. Barış Can Öztürk, 'Birlikte Velayette Gönüllülük Prensibinin Yeri ve Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi' (2022) 71(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1017-1050.

ortak velayetin bu kavramlar arasındaki fark ve ilişki dikkate alınmaksızın uygulanmakta olduğunu ortaya koymaktadır.

SONUÇ

1. Boşanma sonrası ortak velayet, evliliğin boşanmayla sona ermiş olmasına rağmen ana babanın küçük çocukları üzerindeki velayete birlikte sahip olup, velayetin içerdiği hak, yetki ve yükümlülükleri birlikte kullanmalarının esas olduğu velayet modelidir. Günümüzde ortak velayeti sürdürmeye istekli ve yetenekli ana babalar açısından velayetin boşanma sonrasında da ortak olmasının çocuğun üstün yararına uygunluğu hususunda neredeyse fikir birliği mevcuttur. Nitekim birçok modern hukuk sisteminin velayet düzenlemeleri, boşanma sonrası ortak velayete imkân vermenin de ötesine geçerek, bu tür bir velayeti genel kural olarak benimsemektedir. Fikrimizce de ortak velayeti başarıyla sürdüren ana babalar açısından boşanmanın olumsuzluklarından en az etkilenmesi arzu edilen ve ergin olana kadar ana babası tarafından bakılma ve onlardan ayrılmama gibi bir tabii hakka sahip çocuk açısından bu velayet modelinin üstün yarara uygunluğu kabul edilmelidir. Bu sebeple Türk Medeni Kanunu'nda boşanmış ebeveyne ortak çocukları üzerinde bu tür bir velayeti sürdürme imkanını açıkça veren ve bunun uygulanış biçim ve sonuçlarını düzenleyen hükümlerin bulunmaması, karşılaştırmalı hukuk dikkate alındığında bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

2. Ne var ki, böyle bir değerlendirme yapılırken dahi velayetin soybağı kavramından farkına işaret etmek gerekir. Velayet soybağının bir sonucu olmakla birlikte, mirasçılık, soyadı, kişisel ilişki, bakım ve eğitim giderlerine katlanma gibi hüküm ve müesseselerin aksine soybağının genel bir sonucu da değildir. Çocuk ile ana baba arasında soybağının varlığından doğan sonuçlar, ebeveyn velayete sahip olmasa dahi ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, esasını ana baba ve çocuk arasındaki genetik bağın manevi bir bağ olarak da korunup geliştirilmesine duydukları karşılıklı insani ihtiyaçtan alan kişisel ilişki kurma, velayetten bağımsız ve bu niteliğiyle boşanma sonrası ortak velayet meselesi değerlendirilirken bir kez daha hatırlanması gereken bir haktır. Buna göre, fikrimizce, çocuğun ana babasına duyduğu tabii ihtiyaç, boşanma sonrası ortak velayetin gerek hukuk sistemlerindeki gerek yargı kararlarındaki kabulünde tek başına yeterli bir gerekçe olmayıp, böyle bir ihtiyacın yarattığı müessese, öncelikle, çocuğun birlikte yaşamadığı ebeveynine yabancılaşmasını önlemeye yetecek şekilde hükmedilmiş, etkin şekilde korunan ve kullanılan kişisel ilişki hakkıdır. Nitekim AİHM'nin konuya ilişkin kararlarında da mesele, bu yönde değerlendirilmiştir.

3. Oysa velayet, kural olarak küçük istisnai hallerde ise reşit çocukların bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla, onların şahısları, malları ve temsilleri konusunda ana babaya yüklenen ödevler ile bu ödevlerin daha iyi ifasını sağlamak amacıyla tanınan hak ve yetkilerin bütününü ifade etmekte olup, nispeten tabii bir kavram olan soybağına göre tamamen hukuki bir kavramdır. Velayetin kapsamına

dahil olan hak ve yetkiler üçüncü kişilere karşı mutlak olarak korunsa da, başlıca amacı çocuğun yararlarını gerçekleştirmek olan, sağladığı egemenlik çocuğun yaşıyla orantılı biçimde gittikçe azalan ve nihayetinde reşit olmasıyla tamamen ortadan kalkan böyle bir müessesenin bir insan hakkı teşkil etmediği açıktır. Bununla birlikte velayetin yasa eliyle soyut veya yargı kararıyla somut düzenleniş biçiminin, örneğin eşitlik gibi bir ilkeyi ya da aile hayatına saygı gibi bir temel hakkı ihlal ettiğinin kabul edilebileceği durumlar elbette sözkonusu olabilir. Nitekim evlilik dışı doğumlar veya boşanma sonrasında velayete ilişkin AİHM veya iç hukuklarda Anayasa Mahkemeleri tarafından verilen çeşitli ihlal ya da iptal kararları, hukukun yarattığı birçok müessese gibi velayetin de insan hakları hukukuyla ilişkisini ortaya koymaktadır. Türk hukukunda da boşanma sonrası ortak velayet meselesi Anayasa Mahkemesi'nin önüne aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddiasıyla getirilmiş ve Yüksek Mahkeme ortak velayet tesis edilmemesini değil, bilakis boşanma sonrasında belli husus ve koşullar değerlendirilmeksizin tesis edilen ortak velayetin aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.

4. Anayasa Mahkemesi'nin 06.10.2021 (başvuru 2018/27658) tarihli bu kararı -kararın isabetine ilişkin tartışmalardan önce- boşanma sonrası ortak velayetin Türk hukukuna dahil oluş biçiminin isabeti meselesini akla getirmelidir. Gerçekten de boşanma sonrası ortak velayetin Türk hukukunda kabul edilişi, doktrinde bu müesseseyi olumlu bulan birçok önemli görüş ve yaklaşımın etkisinde gerçekleştirilmiş bir yasal düzenlemeyle değil, yabancı bir mahkeme kararının iç hukukumuzda tanınması ve tenfizine ilişkin bir meselede Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin velayetin bu türünü Türk kamu düzenine uygun bulmasının ardından gerçekleşmiştir. Oysa fikrimizce velayetin evlilik içinde, evlilik dışında veya boşanma sonrası farketmeksizin, tek başına yahut birlikte mevcudiyeti ve/veya kullanımı, kamu düzeniyle ilgili bir husus zaten değildir. Velayete ilişkin olarak kamu düzeni, toplumun en kırılgan kesimini oluşturan küçük çocukların bakım ve himayesiz, hukuki işlem sahasında ise yasal temsilcisiz bırakılmaması hususları ile tüm bu hususların gerektiğinde devlet müdahalesine açık bir şekilde düzenlenmesi zaruretini ifade eder. Mevcut yargı uygulamasında ise bunun tam tersi bir durum, merkezinde boşanma ve sonrası gibi hassas bir sürece şahitlik etmekle kırılganlığı artmış çocukların bulunduğu bir müessesenin Medeni Kanun'da hiçbir düzenlemesi olmaksızın uygulanması suretiyle ortaya çıkmaktadır.

5. Yargıtay'ın 2016/15771 esas, 2017/1737 karar sayılı içtihadında Anayasa m. 90/V'e ve 6684 sayılı Kanunla uygun bulunan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokole de işaret edilmiştir. Böylece TMK m. 336/III'ün emredici olup olmadığı, emredici olsa dahi başka bazı müesseseler yoluyla hükmün aşılıp aşılamayacağı tartışmalarına, uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi meselesi de eklenmiştir. Fikrimizce Ek 7 nolu Protokol m. 5 ile TMK m. 336/III arasındaki ilişki normlar hiyerarşisinden kaynaklanan bir yürürlük ilişkisi olmayıp, Protokol hükmünün boşanma sonrası ortak velayeti açıkça öngördüğü

kabul edilir ise ancak o takdirde Kanun 'ihmal' edilerek Sözleşme hükmünün uygulanması yoluyla çözülecek bir çatışma ilişkisidir. Yine fikrimizce, ilgili Protokol hükmü, ortak velayete ilişkin açık bir düzenleme değil boşanma sonrası ebeveyn haklarına ilişkin bir *prensip* içermekte olduğundan, hiçbir somut olayda alt derece mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanma kabiliyetine de sahip değildir.

6. Bununla birlikte Türk mahkemeleri, Yargıtay'ın sözkonusu kararının ardından boşanma sonrası ortak velayete gittikçe artan bir şekilde hükmetmekte, fakat iç hukuk kurallarının uluslararası sözleşmelerde yer alan soyut prensiplerden hareketle zımnen ilgasının kabulü zaten mümkün olmadığından, TMK m. 336/III hükmü de yürürlüğünü sürdürmektedir. Kanaatimizce TMK m. 336/III hükmü, çocuğun, velayetinden önce *'kendisinin'* hangi ebeveyne bırakılacağının belirlenmesini öngörmektedir ve hâkimin bunu yaparken tek başına velayettekine benzer esaslarla ve şüphesiz çocuğun üstün yararı doğrultusunda hareket etmesi gerekmektedir. Ancak ortak velayet uygulamasında çocuğun bırakıldığı taraf velayete tek başına sahip olmadığından, diğer taraf da velayetten doğan tüm hak, yetki ve sorumlulukların sahibi olmaya devam etmektedir. Bu durumun Türk hukuku açısından iki anlam ve sonucu olabilir: Bu durum, birlikte yaşamaya ara verilmesi ve ayrılık hallerine benzer şekilde çocuğun fiili bakım ve himayesi ile velayetinin birbirinden ayrılması anlamına gelebilir. İkinci olarak, çocuğun her iki tarafa da bırakılması tüm hal ve koşullar dahilinde mümkün ise, ancak o takdirde ortak velayete hükmedilebileceği sonucuna da ulaşılabilir. Çünkü halen yürürlükte olduğunu kabul ettiğimiz TMK m. 366/III hükmü, velayetin çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağını ifade etmekle velayetin mutlaka tek tarafa verilmesine değil 'çocuğun her iki tarafa bırakılması halinde her iki tarafın da velayetini sürdürmesine imkân vermektedir' denilebilir.

7. Boşanma sonrası ortak velayetin Türk mahkemelerinde fiilen uygulanıyor olmasına kanuni bir zemin oluşturmak amacıyla TMK m. 366/III hükmüyle ilgili daha önce doktrinde ifade edilmemiş olan bu yorumumuz, aslında 2014 revizyonuyla İsviçre hukukunda düzenlemesini bulan alternatif himaye (alternierende Obhut) modelini hatırlatıcıdır.

Boşanma sonrası ortak velayetin karşılaştırmalı hukukta dahi ağırlıklı uygulanma biçimi, fiziki/fiili ortak velayet olmayıp, yasal/hukuki ortak velayettir. Çocuğun yine ana babadan biriyle sürekli olarak kaldığı, onun tarafından bakılıp himaye edildiği, diğer ebeveynin ise "ziyaretçi ebeveyn" olarak çocukla görüştüğü bu velayet türü, özellikle önemli kararların alınmasında diğer ebeveynin haklarını koruyucu ve bu ebeveyniyle arasında kişisel ilişkiye göre daha sıkı bir bağ ve sorumluluk kurduğu için tek başına velayete göre çocuk açısından daha yararlı olabilir; ancak boşanma sonrası ortak velayet müessesesinden esas elde edilmek istenen fayda bu değildir. Özellikle çocuk açısından faydalarını öne çıkararak ortak velayeti önceleyen yaklaşımlar da çocuğun diğer ebeveynine duyduğu hukuki değil, insani, tabii ve samimi ihtiyaçtan hareket etmektedir. Bu ihtiyaç dolayısıyla İsviçre'de ortak velayeti tamamlamak üzere alternatif himaye (çocuğun dönüşümlü bakım ve himayesi) imkanının

da değerlendirilmesi yönünde yasal düzenleme yapılmıştır (ZGB art 298/II). Esasını çocuğun fiili bakım ve himayesinin paylaştırılmasının oluşturduğu bu müesseseyle boşanma sonrası ortak velayet, daha işlevsel hale getirilmek istenmektedir.

8. Somut olaydaki hal ve koşulların alternatif himayeye elverişli olmaması halinde hükmedilen ortak velayette 'ziyaretçi' ebeveynin sahip olduğu hak, tek başına velayette kişisel ilişki hakkına sahip ebeveynden farklı olarak, çocukla ilgili önemli kararlara ortak edilmekten ibarettir. Nitekim ZGB art. 301/Ibis hükmü, çocuğa bakan ebeveyne günlük veya acil konular ile diğer ebeveyne makul bir çabaya rağmen ulaşmasının mümkün olmadığı tüm haller bakımından tek başına karar verme yetkisini tanımaktadır. Hükmün mefhumu muhalifine göre, çocuğa bakmakta olmayan -çoğu zaman ziyaretçi durumundaki- ebeveynin çocuk ile ilgili kararlara katılımı sadece olağandışı nitelikte ve aciliyet kesbetmeyen konularda ve yine ancak kendisine makul bir çabayla ulaşılabiliyorsa sözkonusudur. Yine Mehaz Kanun'da -TMK m. 342/II'yi karşılayan- art. 304/II hükmü, sadece evlilik içinde değil, velayetin ortak olduğu tüm halleri kapsayacak şekilde kaleme alınmış olduğundan, hukuki işlem sahası içerisinde iyiniyetli üçüncü kişiler velayetin taraflarından birinin diğer tarafın rızasıyla hareket ettiğini kabul etmekte haklıdırlar. İsviçre Medeni Kanunu'nun sözkonusu hükümlerinin pratik hayatla uyum içinde olduğu görülmektedir. Bu sebeple Türk hukuku bakımından da yasal düzenlemesi olmaksızın hükmedilen boşanma sonrası ortak velayet uygulamasının bu gibi meselelerde benzer çözümleri fiilen ortaya çıkartacağı 'ancak varsayılabilir'. Teorik açıdan ise, yasal temsil ve hukuki işlem sahası içerisindeki bu meselelerin dahi çözüm yerinin daima aile mahkemeleri olacağını ifade etmek gerekir.

9. Boşanma sonrası ortak velayet meselesine ilişkin son olarak şu hususa işaret etmekte fayda vardır: Karşılaştırmalı hukukta -özellikle Alman ve İsviçre hukuklarında- bu müessese, anayasa ve/veya insan hakları yargısının verdiği çeşitli iptal veya ihlal kararlarının zorlayıcı etkisi altında ve çocuk hukukuna ilişkin bütüncül revizyonlarla hukuk sistemlerine dahil olmuştur. Bu revizyonların yapılmasında amaçlanan sadece boşanma sonrası ortak velayeti başlıca hükümleriyle düzenlemek değil, evlilik dışı doğum oranlarının artması sonucu birbiriyle hiç evlenmemiş -birlikte yaşayan veya birlikte yaşamayan- ana babaların çocukları üzerindeki ortak velayetini mümkün kılmaktır. Buna göre mirasçılık, bakım ve eğitim giderlerine katılma, kişisel ilişki gibi soybağının genel sonuçları, velayetin içerdiği 'çocuk üzerinde egemenlik/karar alma ve yasal temsil yetkileri' ile tamamlanarak, özellikle baba ile çocuk arasında daha sıkı bir bağın kurulması, toplumsal ihtiyaçların karşılanması açısından bir gereklilik halini almıştır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta, çocuğun her iki ebeveynine duyduğu ihtiyacı ortaya koymakla aslında etkin bir kişisel ilişkinin önemini çağrıştıran, fakat ortak velayetin öncelenmesiyle sonuçlanan bilimsel çalışmaların sayıca çokluğu, bu tespitimiz ile örtüşmektedir. Böylece velayetin, evlilik düzeninin dışında, ana babanın medeni durumundan bağımsız ve soybağının genel hükümlerine daha yakın bir müessese halini alması sözkonusu olup, karşılaştırma-

lı hukukta boşanma sonrası ortak velayetin kabulü, bu yaklaşımın başlıca amacını değil, sonuçlarından birini oluşturmaktadır. Türk hukukunda da boşanma sonrası ortak velayet, tüm modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi çocuğun üstün yararının sağlanmasında gerekli bir müessese olarak değerlendirilebilir. Ancak böyle bir değerlendirme yapılırken müessesenin Türk hukukuna dahil oluşunun karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerden çok daha farklı bir süreçle ve nispeten farklı ihtiyaçları karşılamak üzere gerçekleştiğine de dikkat çekmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA:

Abik Y, 'Türk Medeni Kanunu'ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velâyette Çocuğun Yararı' *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan* (Filiz Kitabevi 2011) 1-73.

Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt* (Beta Yayınları 2023).

Akkurt SS, 'Boşanma Sonrası 'Ortak Velâyet' Kavramının Özellikle Türk Hukuk Uygulaması Bakımından Genel Olarak Değerlendirilmesi' (2019) 27(202) Legal Hukuk Dergisi 4185-4202.

Aksoy Dursun S, 'Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Uygulamadaki Sorunlar' *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması* (Seçkin 2021) 182–197.

Akyüz E, *Çocuk Hukuku, Çocuk Hakları ve Korunması* (Pegem Akademi 2020).

Altunkaya M, 'Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı' *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan* (Yetkin Yayınevi 2006) 111-29.

Antalya OG ve Topuz M, *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C. I* (Seçkin Yayınevi 2021).

Apaydın E, 'Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği', (2018) 9(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 445-476.

Baktır Çetiner S, *Velâyet Hukuku* (Yetkin 2000).

Başlar K, 'Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine' (2024) 24(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 279-336.

Baygın C ve Doğan M, 'Çocuk Mallarının Kullanılması, Yönetilmesi ve Sarfı' (2005) 9(1- 2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 379-427.

Birinci Uzun T, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli' (2016) 6(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 135-166.

Bölükbaşı Ö, 'Karşılaştırmalı Hukuka Göre Birlikte Velayet Kararlarında Hakimin Dikkate Alabileceği Bazı Esaslar ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği', (2021) 157 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 317-359.

Çakır N, *Boşanma Sonrası Ortak Velayet* (Yetkin Yayınevi 2020).

Çelebi Ö, 'Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenilmesi' (2021) 79(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 22-77.

Demircioğlu HR, 'Velayetin İçerdiği Hak ve Yükümlülükler Bakımından Boşanma Sonrası Ortak Velayetin İşlevselliği' *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu Aralık 2019,* Türkiye Barolar Birliği Yayınları 381 (Şen Matbaa 2019) 1449-1462.

Dönmez Ü ve Barın T, 'Boşanma Sonucunda Birlikte Velâyetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu' (2018) 35(Temmuz) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 175-210.

Dural M ve Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2024).

Ediz S, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (AÜHF Yayınları 1997).

Ercoşkun Şenol HK, 'Türk Hukukunda Boşanma Halinde Ortak Velâyete Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu' (2021) 12(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 754–765.

Erdoğan İ ve Keskin AD, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku)* (Adalet Yayınevi 2023).

Erlüle F, *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velâyet* (Yetkin Yayınevi 2019).

— —, 'Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması' (2010) 16(3-4) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 217-248.

Gençcan ÖU, *Velayet Hukuku Yargıtay Uygulaması Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar* (Yetkin 2015).

— —, 'Ortak Velâyet', İzmir Barosu Dergisi 8 Mart 2017 Özel Sayısı, 24-30.

Güneş Ceylan S, *Roma Hukukundan Günümüze Velâyet Vesayet Hukuku* (Yetkin Yayınevi 2004).

Güven K, 'Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velâyet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velâyet' (2018) 4(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-64.

— —, *İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler, Açıklamalı, Yorumlu, Karşılaştırmalı* (Savaş Yayınevi 2023).

Hatemi H, *Aile Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2020).

— — ve Serozan R, *Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 1993).

İnan AN, *Çocuk Hukuku* (Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları 1968).

İnce N, 'Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet' (2018) 34, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 189-229.

Keskin AD, *Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı (Selbstbestimmungsrecht)* (Adalet Yayınevi 2022).

— —, 'Bölünmüş Annelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi' (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1989-2016.

Kılıçoğlu A, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2024).

Kiremitçi M, *Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı* (Legal Kitabevi 2015).

Koçhisarlıoğlu C, *Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması* (Turhan Kitabevi 2004).

Kurt LM, 'Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet' (2018) 9(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157-186.

Makaracı AB ve Öktem Çevik S, 'Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları', *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması* (Seçkin 2021) 363-380.

Öcal Apaydın B, 'İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi' (2016) 11(145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 631 – 658.

Özdemir H, 'Çocuk Mallarının Yönetilmesi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması' (2013) 17(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-105.

— — ve Ruhi AC, *Çocuk Hukuku* (Adalet Yayınevi 2012).

Öztan B, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015).

— — ve Öztan F, 'Boşanmada Velâyetin Tevdii' (2016) 1(2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 473–495.

— — ve Öztan F, 'Boşanma Birlikte Velayet ve Birlikte Velayetin Uygulanmasına İlişkin Modeller' (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2569–2608.

Öztürk BC, 'Birlikte Velayette Gönüllülük Prensibinin Yeri ve Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi' (2022) 71(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1017-1050.

Öztürk HR, *Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Çocuğun Şahsı Bakımından*

Sonuçları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2000).

Pekel A, *Aile Hayatına Saygı Hakkı* (Liberta Yayınları 2016).

Salihpaşaoğlu Y, *Hukuka Giriş* (Adalet Yayınevi 2023) (Salihpaşaoğlu, hukuka giriş).

— —, 'Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası ve Türk Yargı Uygulamasındaki Görümü', (2022) 39(1) Anayasa Yargısı 339-352 (Salihpaşaoğlu, Anayasa'nın 90. Maddesi).

Serdar İ, 'Birlikte Velayet' (2008) 10(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155-197

Serozan R, *Çocuk Hukuku* (Vedat Yayıncılık 2017).

Usta Sayıta S, *Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi* (Filiz Kitabevi 1996).

Uzun Kazmacı Ö, 'Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması' (2018) 6(1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171-186.

Velidedeoğlu HV, *Aile Hukuku, C. II* (Nurgök Matbaası 1949).

Yıldırım A, Türk Aile Hukuku (Monopol Yayınları 2021).

Yılmaz C, 'Birlikte Velayet Çerçevesinde Alternatif (Dönüşümlü) Himaye' *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyum Tebliğleri'* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 33–36.

— —, *Velayet Hukuku (Özellikle İsviçre Medeni Kanunu'ndaki 01.07.2014 Tarihli 'Velayet Hukuku Revizyonu' ile 01. 01. 2017 Tarihli 'Çocuk Nafakası Revizyonu' Kapsamında)* (Seçkin 2023).

Yılmaz S, *Medeni Hukuk C. III, Aile Hukuku* (Yetkin Yayınevi 2023).

Zevkliler A ve Cumalıoğlu E ve Acabey B, *Medeni Hukuk III Aile Hukuku* (Adalet 2024).

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1515066

DİPLOMATİK KORUMA VE KONSOLOSLUK YARDIMINDA ÇOKLU VATANDAŞLIK

Diplomatic Protection and Consular Assistance in Multiple Nationality

Bilge ERSON ASAR*
Gizem ERSEN PERÇİN**

Özet

Devlet ile birey arasında hukuki bir bağ olarak tanımlanan vatandaşlığa bağlı hak ve yükümlülükler, öncelikle vatandaşlık devletinin egemenlik yetkisini kullandığı ülke üzerinde doğmaktadır. Ancak günümüzde yoğun bir artış gösteren nüfus hareketliliği, birçok bireyin vatandaşlık bağı ile bağlı olmadığı devletlerin ülkelerinde bulunmaları sonucunu doğurmuştur. Bulundukları devlet bakımından yabancı statüsünde kabul edilen bu bireyler, o devletin hukuk düzeni içerisinde haklarını savunmak, haklarının ihlal edilmesi halinde ise zararlarının giderilmesini talep etmek zorunda kalabilmektedir. Yabancıların, hukuk sistemine de yabancı oldukları bu devletlerde, haklarını savunmak bakımından ihtiyaç duydukları konsolosluk yardımı ve ihlal edilen haklarının giderimi için aradıkları diplomatik koruma, kural olarak, vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları devlet tarafından kendilerine verilebilmektedir. Ancak yabancının birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olması durumunda, gerek konsolosluk yardımı gerek diplomatik korumanın hangi vatandaşlık devleti tarafından sağlanacağı ya da vatandaşlık devletlerinin her ikisinin de harekete geçip geçemeyeceği çözüme kavuşturulması gereken meselelerdir. Ayrıca çoklu vatandaşlık devletlerinin konsolosluk yardımı ile diplomatik korumayı birbirlerine karşı ileri sürüp süremeyecekleri de bu konuda başka bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada, hem bireyin kabul eden devlet ve ihlal devleti bakımından yabancı olduğu durumlarda her bir vatandaşlık devletinin konsolosluk yardımı ve diplomatik korumada bulunabilmesi, hem de bireyin vatandaşlık devletleri arasında bu yardım ve korumanın mümkün olup olmadığı değerlendirilmiş; konuyla ilgili aranan koşul ve kriterler üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda çalışmanın diplomatik koruma bakımından, temel argümanı çoklu vatandaşlık devletlerinin ayrı ayrı hareket ettiği hallerde ihlal devletinin etkin vatandaşlık devleti ile sonraki süreçleri yürütebileceği; ancak vatandaşlık devletlerinin birlikte hareket ettikleri durumlarda böyle bir kriterin uygulanmasının gerekli olmadığıdır. Temel amacı, yabancı olduğu bir hukuk sisteminde karşılaşabileceği zorluklar karşısında bireyi desteklemek olan konsolosluk yardımında ise, çoklu vatandaşlık devletlerinin, kabul eden devlette, birlikte veya ayrı ayrı konsolosluk yardımı sağlama

➢ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
➢ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 31.05.2024*
➢ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Dr. Öğr. Üyesi, Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, ersonb@mef.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-8483-2925.

** Doç. Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, gizempercin@aydin.edu.tr, https://orcid.org/0000-0003-1724-4012.

Bu makale, 10 Mayıs 2024 tarihinde Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Prof. Dr. Rona Aybay anısına düzenlenen bilimsel toplantıda yazarlar tarafından sunulan "Diplomatik Koruma ve Konsolosluk Yardımında Çoklu Vatandaşlık" konulu tebliğden yola çıkılarak hazırlanmıştır. Yazarlar bu vesileyle, yollarının kesişmesini sağlayan Prof. Dr. Rona Aybay'ı saygı, sevgi ve özlemle anmaktadır. Bu makale, onun aziz hatırasına atfedilmiştir.

haklarının devletlerin egemen eşitlik ilkesine uygun olduğu; bununla birlikte vatandaşlık devletlerinden birinde özgürlüğü kısıtlanan birey bakımından konsolosluk yardımının sağlanması yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmedir.

Anahtar Kelimeler: Çoklu vatandaşlık, çifte vatandaşlık, diplomatik koruma, konsolosluk yardımı, etkin vatandaşlık, gerçek bağ, LaGrand, Avena, Jadhav, Nottebohm, Diallo

Abstract

The rights and obligations arising from nationality, defined as a legal bond between the state and the individual, primarily occur in the country where the state of nationality exercises its sovereignty. Nevertheless, the increasing numbers of population mobility has resulted in many individuals residing in countries where they have lack of citizenship. These individuals, who are recognized as foreigners in terms of the state in which they reside, may have to defend their rights within the legal order of that state and seek redress for damages in case their rights are violated. In those states, where foreigners are also foreign to the legal system, as a rule, the consular assistance they need to defend their rights and the diplomatic protection they seek for the redress of their violated rights can be granted to them by the state to which they have nationality. In some cases where the foreigner has the nationality of more than one State, it remains to be resolved which State of nationality will provide both consular assistance and diplomatic protection, or whether both States of nationality can take action. Moreover, whether multiple/dual nationality States can claim consular assistance and diplomatic protection against each other is another problem. In this study, both the ability of each State of nationality to provide consular assistance and diplomatic protection in cases where the individual is a foreigner in terms of the receiving State and the state of violation, and the possibility of such assistance and protection between the States of nationality of the individual are evaluated, and the conditions and criteria required in this regard are emphasized. In this context, in terms of diplomatic protection, the main argument of the study is that in cases where multiple nationality states act separately, violating state can carry out subsequent processes with the effective (predominant) nationality state; although, it is not necessary to apply such a criterion in cases where nationality states act together. In terms of consular assistance, given that the institution in question is based on the difficulties that an individual may face in a legal system to which he or she is a foreigner, it is accepted that the right of multiple nationality States to provide consular assistance in receiving State, either jointly or separately, is in accordance with the principle of sovereign equality; however, there is no obligation to provide consular assistance for a person arrested in one of the nationality States.

Key Words: Multiple nationality, dual nationality, diplomatic protection, consular assistance, effective nationality, genuine link, LaGrand, Avena, Jadhav, Nottebohm, Diallo

GİRİŞ

Köklerini bireyin belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti olgusundan alan "*vatandaşlık"*[1] kavramı, antik çağdan bugüne, şekil ve anlam değiştirerek var olmaya

[1] "Vatandaş" ve "uyrukluk" kavramlarının sırasıyla, İngilizce "citizenship" ve "nationality" kavramlarının karşılığı olarak da kullanılabileceği dile getirilmektedir. Bu görüşe göre, uyrukluk (nationality), daha çok vatandaşlığın uluslararası hukuk boyutuna vurgu yapmakta ve bu nedenle vatandaşlığa ilişkin uluslararası sözleşmelerde sıklıkla tercih edilmektedir. Vatandaşlık (citizenship) ise daha çok vatandaşlığın ulusal hukuk boyutuna vurgu yapmakta ve devletlerin vatandaşlığa ilişkin ulusal düzenlemelerinde kullanılmaktadır. John B Quigley, William J Aceves and S Adele Shank, *The Law of Consular Access: A Documentary Guide* (Routledge 2010) 6. Bu ayrımda sömürgeci devletlerin ana karalarında yaşayan vatandaşlarına "citizen" sömürdükleri devlet vatandaşlarına ise "nation" "subject" gibi farklı ifadeler kullanmalarının da etkisi olmuştur. Uluslararası sözleşmelerde "nationality" ifadesinin kullanılmasının, taraf devletleri sadece ana karadaki vatandaşları için değil sömürgeleri altındaki devlet vatandaşları için de sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirmeye zorlayıcı bir etki yarattığı konusunda bkz. Rona Aybay, Nimet Özbek and Gizem Ersen Perçin, *Vatandaşlık Hukuku* (Siyasal Kitabevi 2019) 10 vd.

devam etmiştir[2]. 1789 tarihli Fransız Devrimi öncesi dönemde, daha çok din temelli bir yapıya sahip olan vatandaşlık, bireye haklar sağlamak yerine, belirli bir dini grubun kendine özgü kurallarına tabi olma yükümlülüğü yüklemekteydi[3]. Fransız Devrimi ile birlikte, egemenlik yetkisinin kaynağı olarak, ilahi iradenin yerini ulusun alması, *"vatandaşlık"* kavramında köklü değişimlere sebep olmuş[4] ve birey ile devlet arasındaki "*hukuksal bağ*"[5] olarak tanımlanan modern "*vatandaşlık*" kavramının doğumuna zemin hazırlamıştır. Devletin münhasır yetki alanı içinde kabul edilen[6] vatandaşlık, ulusal hukuklarda nasıl kazanılıp kaybedileceği düzenlenen ve devlet ile bireyin karşılıklı hak ve yükümlüklerini belirleyen temel kavramdır. Devletin bireyler üzerindeki egemenlik yetkisinin ülke dışına uzandığı konularda da temel dayanak noktası, birey ile devlet arasındaki vatandaşlık bağı olmaktadır. Uluslararası hukuk metinlerinde bir insan hakkı olarak[7] tanımlanan vatandaşlık, hem bireyin

"Vatandaş" ifadesi, kural olarak, sadece gerçek kişiler için kullanılabilecek bir ifade olarak kabul edilmektedir. Ancak, "şirketler gibi tüzel kişilerin ve deniz veya hava araçlarının gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde gittikçe artan önemi, bunlarla belirli devletler arasında hukuksal ilişkilerin düzenlenmesini zorunlu kılmıştır ve özellikle şirketlerin ekonomik yaşamda tuttukları yer nedeniyle, tüzel kişiler ile devletler arasında da tâbiiyet ilişkisi bulunduğunu kabul etmek bir takım hukuk sorunlarının çözümü için gerekli olmuştur.
Bu çalışmada gerçek kişilerle ilgili hukuki meseleleri ele aldığından, İngilizce'de kullanılan her iki kavramı da karşılamak üzere "vatandaşlık" ifadesi tercih edilmiştir.

2 Antik çağlarda site halkının aktif (yönetimde hak sahibi erkekler) ve pasif (kadınlar, çocuklar, köleler, yabancılar) olarak ayrılması da toplum içinde bazı hak ve yetkilere sahip olmak bakımından sınıfsal bir vatandaşlık kavramının varlığına örnek teşkil etmekteydi. Detaylı bilgi için bkz. Bülent Tahiroğlu and Belgin Erdoğmuş, *Roma Hukuku Dersleri* (17th edn, Der Kitabevi 2023) 100 vd.

3 H Morse Stephens, 'Nationality and History' (1916) 21 The American Historical Review 225, 227-229.

4 Nihal Uluocak, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Filiz Kitabevi 1989) 3 vd.

5 Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (30th edn, Filiz Kitabevi 2022) 19; Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 1) 6 vd; Turgut Turhan and Feriha Bilge Tanrıbilir, *Vatandaşlık Hukuku* (4th edn, Yetkin Yayınları 2017) 25–26; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (19th edn, Rehber Yayıncılık 2023) 5 vd; B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (9th edn, Beta Yayınevi 2022) 3–7; Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku* (9th edn, Yetkin Yayınları 2021) 1–2.
Hukuksal bağ kavramının uluslararası doktrindeki gelişimine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Kristin Henrard, 'The Shifting Parameters of Nationality' (2018) 65 Netherlands International Law Review 269, 269–297.

6 *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco Advisory Opinion* [1923] PCIJ Ser B No 4 24.

7 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin (İHEB) m. 15/1 uyarınca "*Herkes bir vatandaşlığa sahip olma hakkına sahiptir."* UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III). İHEB'de benimsenen bu yaklaşım, pek çok uluslararası sözleşmede de gözlenmektedir. Bunlardan doğrudan vatandaşlık konularına ilişkin olarak 12.04.1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilafına İlişkin Bazı Sorunlar Hakkında Lahey Sözleşmesi (Lahey Sözleşmesi); Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen 01.03.2000 tarihli Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi; (Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law 13 April 1930 (179 League of Nations Treaty Series (LNTS) 89); European Convention on Nationality, European Treaty Series (ETS) No. 166 6 November 1997.); vatandaşlık hakkına ilişkin hükümlere yer veren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (m.20), Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (m.24 f.3), Çocuk Hakları Sözleşmesi (m.7) örnek olarak gösterilebilir. (Bkz. American Convention on Human Rights

güçsüz kaldığı kendisine yabancı bir hukuk sisteminde desteklenebilmesi hem de hakkı başka bir devlette ihlal edilen bireye koruma sağlanabilmesinin gerekçesini oluşturmaktadır. Bununla birlikte, bireyin birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olması (çoklu vatandaşlık), bu destek ve korumanın hangi vatandaşlık devleti tarafından sağlanacağı ve üçüncü devletlerin[8] uluslararası hukuk bakımından yükümlülükleri, kimi soruların ve sorunların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

Bu soru ve sorunları resmedecek örneklerden biri hem Çin Halk Cumhuriyeti hem Kanada vatandaşı olan, Hüseyin Celil olayıdır. Çin'deki Uygur azınlığın haklarını savunan insan hakları aktivisti Hüseyin Celil, Uygur halkının dini ve siyasi haklarını desteklediği için Çin'de hapse atıldıktan sonra, 2001 yılında ailesiyle Çin›den kaçarak Kanada'ya gelmiş ve 2005 yılında Kanada vatandaşı olmuştur. Mart 2006'da eşinin ailesini ziyaret etmek için Özbekistan'a giden Celil hakkında, Çin tarafından tutuklama kararı çıkarılmış ve Özbekistan makamlarından Celil'in tutuklanarak kendilerine teslim edilmesi talep edilmiştir. Bu talebi yerine getiren Özbekistan Celil'i tutuklamış; Kanada'nın Celil'in Kanada'ya gönderilmesi konusundaki taleplerine rağmen Celil'i Çin'e göndermiştir. Çoklu vatandaşlığın tanınmadığı Çin'de, ciddi suçlamalarla itham edilen ve işkence altında itirafname imzalatılan Celil, Kanada'nın tüm girişimlerine rağmen herhangi bir şekilde Kanadalı yetkililerle görüştürülmemiş; yapılan yargılama sonucunda da 2006 yılında ömür boyu hapis cezasına mahkum edilmiştir.[9] Bu olay, çoklu vatandaşlık durumunda konsolosluk yardımı ve diplomatik korumaya ilişkin hem üçüncü devletlere, hem çoklu vatandaşlık devletlerinden birinin diğerine yönelttiği taleplerin karşılanmasına ilişkin soruları barındırmaktadır. Üçüncü devletler, çoklu vatandaşlık sahibi bireylerin vatandaşlık devletlerinden gelen diplomatik korumaya ilişkin taleplerde vatandaşlık devletlerinden birine öncelik verebilir mi? Peki üçüncü devletler konsolosluk yardımı konusunda vatandaşlık devletleri arasında bir ayrım yapılabilir mi? Diplomatik koruma ve konsolosluk yardımı, her ikisi de vatandaşlık devleti olan devletler arasında uygulanabilir mi?

---

22 November 1969 (OASTS No 36, 1144 UNTS 123) art 20; International Covenant on Civil and Political Rights 16 December 1966 (999 UNTS 171) art 24/3; Convention on the Rights of the Child 20 November 1989 (1577 UNTS 3) art 7.) Ayrıca bkz. Serena Forlati, 'Nationality as a Human Right' in Alessandra Annoni and Serena Forlati (eds), *The Changing Role of Nationality in International Law* (Routledge 2013) 19; Nomer (n 5) 6; Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 1) 43; Doğan (n 5) 12; Güngör (n 5) 35.

8 Bu çalışmada "üçüncü devlet" ifadesiyle, bireyin vatandaşlık bağıyla bağlı olmadığı devlet kastedilmektedir. Çalışmada diplomatik korumaya ilişkin meselelerde üçüncü devlet, ihlal devleti yerine; konsolosluk yardımı konularında da kabul eden devlet yerine kullanılmıştır.

9 2016'dan beri Celil'den haber alınamamaktadır. Bilgi için bkz. 'Huseyin Celil | Amnesty International Canada' <https://amnesty.ca/huseyin-celil/> Erişim Tarihi 24 May 2024; Walter Orlando Arevalo-Ramirez and Robert Joseph Blaise MacLean, 'Dual Nationality and International Law in Times of Globalization. Challenges and Opportunities for Consular Assistance and Diplomatic Protection in Recent Cases' (2020) 17 Brazilian Journal of International Law 288, 302–303.

İşte bu çalışma bu ve buna benzer soruların cevabını aramaktadır. Çalışmada, bireyin çoklu vatandaşlığa sahip olması durumunda, vatandaşlık devletinin diplomatik koruma ve konsolosluk yardımını işletebilmesinin hangi koşullara tabi olduğu ele alınacaktır. Bu çerçevede iki bölümden oluşan çalışmada, ilk olarak diplomatik koruma ve konsolosluk yardımı kavramlarının kapsamı ve koşulları incelenecek; ardından da çoklu vatandaşlıkta bu mekanizmaların nasıl işletileceği, konuya ilişkin uluslararası mevzuat ve yargı kararları dikkate alınarak değerlendirilecektir.

I. DİPLOMATİK KORUMA VE KONSOLOSLUK YARDIMI

Bireyler, çeşitli nedenlerle yabancı bir devlette bulunabilir veya faaliyet gösterebilir. Kural olarak devletin ülkesel yetkisi yabancılar üzerinde de bulunduğundan, kişi o devletin ulusal hukukuna ve yargı yetkisine tabi bir ziyaretçi olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bir kişinin yurtdışında bulunması, ikamet etmesi veya faaliyet göstermesi, onu vatandaşlığında bulunduğu devletin korumasından mahrum kılmaz. Nitekim bir devletin, kendisine uyrukluk bağı ile bağlı olan kişilerin gördüğü zararlar nedeniyle onları koruması, en temel egemenlik işlevlerindendir.[10] Bu işlevin ülkesel sınırlara tabi olmadığı, uluslararası hukukta öteden beri yerleşik biçimde kabul görmüştür.[11] Vatandaşlık bağına bağlı olarak devletin, ülkesi dışında gerçekleşen bir hukuka aykırılıkla ilgili olarak, uluslararası hukuk bakımından, vatandaşına sağlayabileceği en temel koruma diplomatik korumadır. Ayrıca yine vatandaşların yabancı bir devlette gözaltına alınması, tutuklanması gibi özgürlüklerinden mahrum kaldıkları durumlarda o devlette bulunan konsolosun vatandaşlara sağladığı konsolosluk yardımı da sınırlı bir koruma türünü oluşturmaktadır. Bu bölümde, diplomatik koruma ve konsolosluk yardımı konuları sırasıyla genel olarak ele alınacaktır.

A. Diplomatik Koruma

Vatandaşlık bağının, uluslararası hukuk açısından, bireylere sağladığı korumalardan biri diplomatik korumadır.[12] Konuyla ilgili en temel düzenleme olarak görülen Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) hazırladığı Diplomatik Koruma Hakkında Taslak Maddeler'in (DKTM) şerhinde[13] diplomatik

---

10 *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment* [1924] PCIJ Series A No 2 14; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap* (12. baskı, Turhan Kitabevi 2021) 60; Ali İbrahim Akkutay, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi* (Adalet 2013) 19.

11 Chittharanjan Felix Amerasinghe, *Diplomatic Protection* (Oxford University Press 2008) 23; Arevalo-Ramirez and MacLean (n 9) 295.

12 Annemarieke Vermeer-Künzli, 'Nationality and Diplomatic Protection- A Reappraisal' in Alessandra Annoni and Serena Forlati (eds), *The changing role of nationality in international law* (1. publ, Routledge 2013) 76.

13 UHK (International Law Commission -ILC), 1995'te gerçekleştirdiği 47. oturumunda, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun (BMGK) onayına tabi olmak üzere, uzun vadeli çalışma programına diplomatik koruma konusunu gündemine almaya karar vermiş; BMGK'nin 15 Aralık 1997 tarih

koruma, devletin vatandaşları üzerindeki yetkisinin bir uzantısı olarak[14] vatandaşın yabancı bir devlette uğradığı zararın giderilmesi amacıyla, zarar veren devletin sorumluluğuna gidilmesine imkan tanıyan uluslararası bir usul olarak ifade edilmiştir.[15] Burada bir devletin vatandaşıyla diğer bir devlet arasındaki hukuki sorun ulusal düzeyden çıkıp, iki devlet arasında uluslararası bir mesele haline dönüşür.[16] Bu usulde devletler kınama, görüşme, arabuluculuk, uzlaştırma gibi diplomatik yollara başvurabilecekleri gibi uluslararası örgütler nezdinde girişimlerde bulunabilir veya uyuşmazlığı bir yargı organı önüne götürebilirler.[17] Bu noktada aslolan uyuşmazlıkların uluslararası barışçıl mekanizmalar yoluyla çözülmesi yoluyla zararın giderilmesini sağlamaktır.

Günümüzde insan haklarının korunması konusunda, özel hukuk kişileriyle girişilen yatırım ilişkileri gibi kimi alanların gelişimiyle birlikte, uluslararası yargı organları önünde özel hukuk kişilerinin dava açabilmesine imkan tanıyan gelişmeler olsa da, zarara ilişkin giderimin sağlanması konusunda etkili ve yerleşik bir uluslararası hukuk kurumu olan diplomatik koruma varlığını devam ettirmektedir[18] Nitekim özel hukuk kişilerinin gerek insan hakları ihlallerinde bireysel başvuru mekanizmalarına, gerek yatırım uyuşmazlıklarında uluslararası tahkime başvurabilmeleri ancak bu mekanizmaların yargı yetkisinin ilgili devlet tarafından mekanizmayı kuran andlaşmaya veya yatırım uyuşmazlıklarında olduğu gibi tahkime başvurulmasının yolunu

---

ve 52/156 sayılı kararıyla, konunun UHK'nin gündemine alınması onaylanmıştır. UHK çalışmasını 2006 yılında raporunu tamamlayarak taslak maddeler ve gerekçesini BMGK'nin görüşlerine sunmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. 'Summaries of the Work of the International Law Commission - Diplomatic Protection' <https://legal.un.org/ilc/summaries/9_8.shtml> Erişim Tarihi 17 May 2024; ILC, 'Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its 58th Session' (International Law Commission 2006) A/CN.4/SER.A/2006/Add.1(Part2) 23–24. Metin ve şerhi için için bkz. ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries' (United Nations 2006) A/61/10. Türkçe çevirisi için bkz. Gökhan Albayrak (tr), 'Diplomatik Koruma Hakkında Taslak Maddeler' [2019] Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 501. Bu çalışmada yapılan çeviriler, Albayrak'ın çevirisi de göz önüne alınarak, tarafımızca gerçekleştirilmiştir.

14 Pazarcı (n 10) 59–60. Pazarcı bu yetkiyi "kişisel yetki" olarak ifade etmektedir. Hukukta "kişi" kavramının gerçek ve tüzel kişiler olarak ayrılmış olması ve gemi, hava aracı gibi araçların Türk Hukuku'nda "kişi" olarak kabul edilmemeleri karşısında bu yetkiyi, yazarın açıklamalarında da ifade ettiği üzere, uyrukluk bağına bağlı yetki olarak anlamak gerekmektedir. ibid 60. Ayrıca bkz. Amerasinghe (n 11) 23.

15 ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries' (n 13) 26; Ali Bal, 'Devletin Uluslararası Sorumluluğa Ağırlıklı Olarak Diplomatik Himaye Çerçevesinde Başvurması: İç Başvuru Yollarının Tüketilmesi Şartının Uygulanabilirliği' (2021) 79 İstanbul Hukuk Mecmuası / Istanbul Law Review 543, 553.

16 *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment* (n 10) 12; Anne Peters, *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law* (Jonathan Huston tr, 1st edn, Cambridge University Press 2016) 388–389; Jan Wouters and others, *International Law: A European Perspective* (Hart publishing 2019) 389.

17 ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries' (n 13) 27–28; Bal (n 15) 553.

18 John Dugard, 'Diplomatic Protection', *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online, 2021) para 10; Amerasinghe (n 11) 19.

açan andlaşmalara taraf olmasına bağlıdır.[19] Yani bu mekanizmalara başvurabilmenin yolu, temelde devletlerin bu yolu tanıma ve özel hukuk kişilerine açmalarına ilişkin rızalarına dayanmaktadır.[20] Dolayısıyla genel anlamda özel hukuk kişilerinin doğrudan sahip olduğu uluslararası yargıya başvurma gibi bir hak, uluslararası hukukta henüz mevcut değildir. Bu nedenle, özellikle bu koruma mekanizmasını sağlayan andlaşmalara taraf olmayan devletler bakımından, bireylerin uğradığı hukuka aykırılıkların temel çözüm yolu diplomatik korumadan geçmektedir.

Diplomatik koruma, uluslararası sorumluluk hukukun bir parçasını oluşturmaktadır.[21] Uluslararası sorumluluğun koşulları da bu bakımdan diplomatik korumanın kendi özel koşullarına ek olarak geçerlidir. Tıpkı devletin sorumluluğuna ilişkin genel kurallarda olduğu gibi, diplomatik koruma da uluslararası hukuka aykırılık teşkil eden kuralın kendisini değil, kuralın ihlali halinde işletilecek yolu düzenlemektedir. Başka bir deyişle diplomatik koruma konusundaki kurallar birincil değil ikincil niteliktedir.[22] Bununla birlikte, konu yönünden (*ratione materiae*) diplomatik korumanın işletilmesi için, birincil nitelikteki kuralın ihlali yani bir uluslararası hukuka aykırılığın varlığı gerekmektedir.[23]

1. Diplomatik Korumanın Kapsamı

Diplomatik korumanın kapsamını, yer, kişi ve konu bakımından belirlemekle başlamak uygundur. Yer bakımından, vatandaşlık devletinin ülkesi veya etkin kontrolünün bulunduğu yerler dışında gerçekleşen hukuka aykırılıklar için diplomatik korumanın ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Bu yerler, sorumluluk atfedilen devletin ülkesi, ülkesel egemenlik yetkilerini kullandığı hava ve deniz alanları[24], kendi ülkesi dışında etkin kontrol yürüttüğü alanlar[25], hava ve deniz araçları ve açık denizler olarak sayılabilir. Kişi yönünden, koruma ileri sürmeye hakkı olan, zarar gören kişinin vatandaşlık devletidir. Yani diplomatik koruma hakkının kullanılması bakımından aktif kişi, istisnai durumlar dışında[26], vatandaşlık devletidir. Korumanın ileri sürüleceği kişi açısından pasif kişi ise uluslararası hukuka aykı-

---

19 Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.34 (Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11,14 and 15 4 November 1950.), Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Sözleşme m. 25 (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 575 UNTS 159 18 March 1965.)

20 Amerasinghe (n 11) 18; James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (1st edn, Cambridge University Press 2013) 75.

21 Annemarieke Vermeer-Künzli, 'As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection' (2007) 18 European Journal of International Law 37, 49.

22 ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries' (n 13) 27.

23 Amerasinghe (n 11) 37.

24 Akkutay (n 10) 20.

25 *Loizidou v Turkey, Judgment (Preliminary Objection)* [1995] Application no 15318/89 [62].

26 Kimi durumlarda vatansızlar ve sığınmacılar için de bu hakkın belli koşullarda uygulanabileceği kabul edilmektedir. Aşağıda bu koşullara da kısaca değineceğiz.

rılık gerçekleştirdiği iddia edilen devlettir.[27] Yani diplomatik koruma kural olarak, ortada vatandaşın uğradığı zarar olmak üzere, vatandaşlık devleti ile zarar veren devlet arasında gerçekleşir; diğer devletlerin diplomatik koruma ileri sürme hakkı bulunmamaktadır.[28]

Diplomatik korumanın kapsamı bakımından cevaplandırılması gereken bir soru da, bu kurumla kimin hakkının korunduğudur. Bununla ilgili üç görüş ileri sürülmektedir. Emer de Vattel'e dayandırılan ve "*Vattel kurgusu*" olarak literatürde dile getirilen[29] ilk görüş; bir devletin, vatandaşının yabancı bir devlet tarafından zarar görmesi nedeniyle, dolaylı olarak zarar gördüğü varsayımını esas alır.[30] Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın (UDAD) *Mavrommatis* davasında ortaya koyduğu geleneksel anlayışa göre ise vatandaşına verilen zarar nedeniyle aslında devletin kendi hakları zedelenmektedir.[31] Dolayısıyla diplomatik korumada esas olan devletin hakkının korunmasıdır. Bu görüş, Vattel kurgusunu bir adım öteye taşıyarak, devletin doğrudan zarara uğramış olması fikrine dayandırmaktadır. Üçüncü görüş ise, vatandaşının zarar görmesi durumunda devleti, adeta bir aracı gibi vasıflandırmakta ve vatandaşına verilen zararı üstlenerek uluslararası alanda zarar veren devletten

---

27 Çoklu vatandaşlık durumlarında diğer devletin de vatandaşlık devleti olması mümkün olabilmektedir. Buna aşağıda değineceğiz.

28 UAD Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi danışma görüşünde bu hususu şu iki varsayıma dayandırarak açıklamıştır: "*Birincisi, davalı devletin, vatandaşlık devletine karşı onun vatandaşları ile ilgili olarak bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olmasıdır. İkincisi ise, uluslararası bir yükümlülüğün ihlaline ilişkin olarak yalnızca bu yükümlülüğün ödenmesi gereken tarafın talepte bulunabileceğidir*." Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion [1949] ICJ Reports 1949 174, 181–182.

29 Colin Warbrick and Dominic McGoldrick, 'Diplomatic Representations and Diplomatic Protection' (2002) 51 The International and Comparative Law Quarterly 723, 724; Vermeer-Künzli, 'As If' (n 21) 38; Noura Karazivan, 'Diplomatic Protection: Taking Human Rights Extraterritorially' (2007) 44 Canadian Yearbook of international Law/Annuaire canadien de droit international 299, 303; Peters (n 16) 390.

30 Söz konusu varsayım Emer de Vattel'in *"[h]er kim bir vatandaşa kötü muamele ederse, dolaylı olarak o vatandaşı koruması gereken devlete de zarar vermiş olur. Zarar gören vatandaşın egemeni eylemin intikamını almalı ve mümkünse zarar vereni tam bir tatmin sağlamaya ya da cezalandırmaya zorlamalıdır, aksi takdirde vatandaş sivil toplumun başlıca amacı olan korumayı elde edemeyecektir.*" ifadesine dayanmaktadır. Emer de Vattel, The Law of Nations, or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury (Bela Kapossy and Richard Whatmore eds, Liberty Fund 2008) 298.

31 *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment* (n 10) 12. ("*Bir devletin, başka bir devlet tarafından işlenen uluslararası hukuka aykırı eylemler nedeniyle zarar gören ve olağan yollardan tatmin elde edemeyen uyruklarını koruma hakkına sahip olması uluslararası hukukun temel bir ilkesidir. Bir devlet, uyruklarından birinin davasını üstlenerek ve onun adına diplomatik işlemlere ya da uluslararası yargı süreçlerine başvurarak, gerçekte kendi hakkını, yani uyruklarının şahsında uluslararası hukuk kurallarına saygı gösterilmesini sağlama hakkını ileri sürmüş olur.")* Divan daha sonra *Panevezys–Saldutiskis Railway* davasında da benzer bir saptamada bulunmuştur. Bkz. *Panevezys–Saldutiskis Railway case, Estonia v Lithuania, Judgment, PCIJ Series A/B No 76* [1939] Permanant Court of International Justice Series A/B No. 76 16.

hesap soran bir mekanizmaya dönüştürmektedir. Bu durumun devlet ile vatandaşı arasında bir tür temsil ilişkisi yarattığı da düşünülebilir.[32] İlk iki görüş, vatandaş ile devlet arasında adeta bir mülkiyet ilişkisi kurmaktadır. Bu ilişkide vatandaş devletin sahip olduğu bir eşyadan farklı değildir. Devlet, doğrudan veya dolaylı olarak kendisine ait bir şeye başka bir devlet zarar verdiği için harekete geçmektedir.[33] Aşağıda da belirtildiği gibi, aldığı zarar giderimini nakletme keyfiyeti de kendisine aittir. Üçüncü görüş ise devleti bir aracı gibi tahayyül etmektedir. Dolayısıyla bu suretinde devlet, vatandaşını koruyucu sıfatıyla hareket eden bir aygıttır; zira vatandaş uluslararası hukukta bazı hak ve yükümlülüklere sahip olsa da bunları ancak bir aracıyla kullanabilir. Bu yaklaşım, insan hakları, yatırım uyuşmazlıkları gibi bireylerin hak sahibi olduğu alanların açılmasıyla birlikte daha anlamlı görünmektedir; çünkü bu hakların ileri sürülmesi konusunda, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, bireylerin doğrudan bir hakları bulunmamaktadır.[34] Dolayısıyla ancak devletler aracılığıyla uğradıkları haksızlığın düzeltilmesini sağlayabilirler. Bu nedenle, diplomatik korumada dayanılan birincil kural nihayetinde bireyin zedelenen hakkıdır.

Birincil nitelikteki kurallar, geleneksel olarak yabancıların kendilerine veya mallarına yönelik uluslararası asgari standartlar olarak kabul edilmekte iken[35] günümüzde uluslararası hukukun bireylere tanıdığı haklar açısından yaşanan esaslı gelişmelere paralel olarak, bu standartlar uluslararası insan hakları hukukuna ilişkin kurallarla birlikte değerlendirilmeye başlanmış; ayrıca bireysel hak öngören konsolosluk yardımı, devletler arasında en çok gözetilen ulus kaydı gibi başka türlü muamele öngören yükümlülükler, yatırım anlaşmalarının sağladığı haklar gibi alanlara kadar genişlemiştir.[36] Birincil haklara dayanan hukuka aykırılıklara; bir devletin ülkesindeki yabancının mallarına el koyması, kamulaştırma bedelini hiç ödememesi veya eksik ödemesi, işkence, insanlık dışı ve alçaltıcı muamele, haksız yere gözaltına alma ve tutuklama, adil yargılanma hakkının ihlali, adalete erişimin

---

32 Vermeer-Künzli, 'As If' (n 21); Peters (n 16) 391.

33 İlk iki görüşün eleştirisini yapan yazarlar, iç başvuru yolların tüketilmesi zorunluluğu, sürekli vatandaşlık koşulu, zarar giderimde bireyin uğradığı zarar üzerinden bir hesaplama yapılması koşulları göz önüne alındığında, devletin vatandaşı üzerinden doğrudan veya dolaylı olarak zedelenen haklarına dayandırılan diplomatik korumaya ilişkin geleneksel anlayışın tutarsızlıklarla dolu olduğunu ileri sürmektedir. Vermeer-Künzli, 'As If' (n 21) 39–40; John Dugard, 'Diplomatic Protection' in James Crawford and others (eds), *The law of international responsibility* (Oxford University Press 2010) 1052; Peters (n 16) 393.

34 Günümüzde halen Vattel kurgusu işlerliğini sürdürse de biz üçüncü görüşün uluslararası hukukun geldiği noktada daha yeğ bir yaklaşım olduğunu düşünüyoruz.

35 *L F H Neer and Pauline Neer (USA) v United Mexican States* (1926) Vol. IV UNRIAA 60 61–62; Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuku II* (Seçkin 2013) 194. Bu asgari standartları göz önüne alan daha yakın tarihli bir karar için bkz. *The Loewen Group Inc and Raymond L Loewen v United States of America* (2006) 128 International Law Reports 334 [135–137].

36 *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment* [2007] ICJ Reports 582 [39]; Amerasinghe (n 11) 37; Marija Đorđeska, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922-2018)* (Brill | Nijhoff 2020) 327; Dugard (n 18) para 18; Akkutay (n 10) 21–22.

engellenmesi, meşru bir neden olmaksızın ayrımcı muamele yapma, konsolosluk yardımını engelleme örnek olarak verilebilir.[37]

Hukuka aykırılığa maruz kalanın devlet mi yoksa birey mi olduğunu ayırt etmek her zaman kolay olmamakla birlikte[38] diplomatik korumanın tetiklenmesi, vatandaşın uğradığı zarar üzerinden gerçekleşmektedir. Yani ortada vatandaşın uğradığı bir zarar, bir hukuka aykırılık yoksa, diplomatik korumadan söz edilemez.[39] *Barcelona Traction* davasında UAD, sorumluluğun ileri sürülmesine dayanak teşkil eden iddiaların, ister vatandaş ister devlet adına yapılsın, sonuç itibariyle devletin kendisinin iddiası olacağı kabulüyle meseleyi diplomatik koruma hakkını ileri sürme hakkıyla bağlamıştır.[40] Bu bağlamda, diplomatik korumanın koruduğu hakkı, diplomatik koruma hakkından ayırmak gerekir. Zira ikincisi, diplomatik korumanın işletilmesiyle ilgilidir.

Diplomatik korumayı işletme, yani ikincil nitelikteki kuralların sağladığı hak, münhasıran devlete aittir.[41] Bu nedenle devletin bu yolu işletme konusunda bir takdir yetkisi bulunmaktadır.[42] Böylece devlet, diğer bir devlet tarafından vatandaşının zedelenen haklarını uluslararası alanda savunma hakkı ve olanağına sahip olmaktadır.[43] Diplomatik koruma ileri sürüp sürmeme, nasıl bir yolla işleteceğine karar verme ve zarar giderim konusundaki tasarruf da münhasıran vatandaşlık devletine

---

37 James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9th Edition, Oxford University Press 2019) 597.

38 Kimi zaman vatandaşın uğradığı hukuka aykırılık, devletin de bir hakkını zedeleyebilmektedir. Örneğin KİHVS m.36 uyarınca konsolosluk yardımın sağlanmasında kabul eden devletin hem özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin kişiyi konsolosluk yardımından yararlanma hakkı bakımından bilgilendirilmesi ve bu yönde talebi olması halinde gecikmeksizin konsolosla temas kurmasına izin verilmesi, hem de konsolosluğun haberdar edilmesi üzerine vatandaşla temas kurmasına izin verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda konsolosluğa haber verilmemesi, kişinin aksine bir irade göstermemiş olduğu durumlarda (KİHVS m.36) hem gönderen devletin hem de vatandaşının haklarını zedelemektedir. DKTM'nin şerhinde bu husus ortada bırakılmıştır. ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries' (n 13) 29.

39 Karazivan (n 29) 302; Akkutay (n 10) 18.

40 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment* [1970] ICJ Reports 3 [85].

41 ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries' (n 13) art 2. Amerasinghe (n 11) 81; Annemarieke Vermeer-Kunzli, 'A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility Erga Omnes' (2007) 56 The International and Comparative Law Quarterly 553, 560; Akkutay (n 10) 14.

42 Kay Hailbronner and others, *Staatsangehörigkeitsrecht* (7th edn, CH Beck 2022) para 322. Barcelona Traction davasında Uluslararası Adalet Divanı bu hususu şöyle ifade etmiştir: "*Uluslararası hukukun öngördüğü sınırlar dahilinde, bir devlet diplomatik korumayı hangi yolla ve ne ölçüde uygun görürse kullanabilir, çünkü devletin savunduğu kendi hakkıdır. […] Devlet, korumanın sağlanıp sağlanmayacağına; ne ölçüde sağlanacağına ve ne zaman sona ereceğine karar verecek tek hakim olarak görülmelidir. Bu bakımdan, kullanımı belirli bir davayla ilgisi olmayan siyasi veya diğer nitelikteki mülahazalarla belirlenebilecek bir takdir yetkisini elinde bulundurur.*" *Barcelona Traction* (n 40) para 78. Ayrıca bkz. para. 44

43 Vermeer-Kunzli (n 41) 560.

aittir.[44] Bu nedenle diplomatik koruma hakkının kendisi, devlete yükümlülük yaratacak biçimde, bir insan hakkı olarak anlaşılmamaktadır[45]; bununla birlikte diplomatik korumanın vatandaşın insan haklarının korunması bağlamındaki rolü itibariyle, insan hakları ile konu bakımından iç içe geçtiği söylenebilir.[46] Öte yandan, bireylerin diplomatik koruma hakkına sahip olduğuna ve talep halinde devletin koruma sağlama yükümlülüğüne ilişkin bir durum söz konusu değildir.[47] Hatta sorumluluk hukuku kapsamında vatandaşlık devletinin, diplomatik koruma mekanizmasının sonucunda aldığı tazminatı vatandaşına nakletmesi konusunda genel bir yükümlülük öngörülmemektedir. DKTM madde 19'da[48] da bu husus yalnızca bir tavsiye olarak ifade edilmiş[49] ve tazminatın vatandaşa nakledilmesi uluslararası hukuk açısından bir yükümlülük olarak düzenlenmemiştir.[50]

---

44 Warbrick and McGoldrick (n 29) 724.

45 Amerasinghe (n 11) 81; Riccardo Pisillo Mazzeschi, 'Impact on the Law of Diplomatic Protection' in Menno T Kamminga and Martin Scheinin (eds), *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (Oxford University Press 2009) 211; Vermeer-Kunzli (n 41) 561.

46 Peters (n 16) 401; Peter J Spiro, *At Home in Two Countries: The Past and Future of Dual Citizenship* (New York University Press 2016) 79.

47 *HMHK v The Netherlands* (1994) 94 International Law Reports 342 345.

48 "*Tavsiye edilen uygulama- Mevcut taslak maddelere göre diplomatik korumayı uygulama hakkına sahip bir devlet aşağıdaki hususları yerine getirmelidir:*
(a) Özellikle önemli bir zarar meydana geldiğinde, diplomatik korumadan yararlanma olasılığına gereken önemi vermelidir;
(b) Mümkün olan her durumda, zarar gören kişilerin diplomatik korumaya başvurma ve talep edilecek telafiye ilişkin görüşlerini dikkate almalıdır; ve
(c) Zarar gören kişiye, makul kesintiler yapılmak kaydıyla, sorumlu Devletten zarar için elde edilen her türlü tazminatı aktarmalıdır."

49 DKTM hazırlık çalışmalarında atanan ikinci raportör John Dugard, hazırladığı birinci rapordaki taslakta 4. maddeyi jus cogens normların ihlali halinde zarar gören kişinin vatandaşlık devletinin o kişi adına diplomatik koruma sağlamakla yasal olarak yükümlü olduğu şeklinde kaleme almış ancak bu öneri nihai metinde yer bulmamıştır. ILC, 'First Report on Diplomatic Protection, by Mr. John R. Dugard, Special Rapporteur' (International Law Commission 2000) A/CN.4/506 and Add. 1 223. (bkz. m.4/1). Ancak son taslağa eklenen 19. madde ile bir yükümlülük şeklinde olmasa da önerilen uygulama olarak Dugard'ın yaklaşımı destek bulmuştur. ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries' (n 13) art 19; Annemarieke Vermeer-Künzli, 'Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection' (2006) 75 Nordic Journal of International Law 279, 282–283.

50 Kanaatimizce bu durum diplomatik korumanın altında yatan temel anlayışa aykırıdır. Geleneksel anlayışın bir ürünü olarak kabul edilecek m.19 kuralı, diplomatik korumanın sağlanmasına ilişkin takdir hakkını kullanan devletin uyruğunun uğradığı hak ihlalini gidermek amacıyla gerçekleştiğinden, sonuç itibariyle elde edilen zarar giderimin ölçüsü de vatandaşın uğradığı zarara bağlı olarak tayin edilecektir. UAD bunu açıkça Diallo kararında da ifade etmiştir. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo), Judgment* [2010] ICJ Reports 639 [57]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de benzer bir yaklaşımı Kıbrıs v. Türkiye davasında benimsemiş ve daha sonra başka davalarda da tekrar etmiştir. Bkz. *Cyprus v Turkey, Judgment (Just Satisfaction) of 12 May 2014* [2014] Application no 25781/94 [46]; *Georgia v Russia (I)* [2019] Application no 13255/07 [26]; *Georgia v Russia (II)* [2023] Application no 38263/08 [47]. Dolayısıyla vatandaşının uğradığı zarar için yola çıkan devletin bu yol sonunda bir tazminat alması halinde bunu vatandaşına, en azından belli ölçüde, nakletmemesi hakkaniyetsiz olur.

Bununla birlikte devletlerin diplomatik koruma yükümlülüğüne ilişkin kendi iç hukuklarında aksi bir düzenleme yapmaları mümkündür.[51] Böyle bir düzenlemenin uygulanması ise iç hukukun meselesi olarak görülmektedir.[52] Dolayısıyla uluslararası açıdan böylesi bir yükümlülüğün bulunmadığı genel olarak kabul edilmektedir.[53] Öte yandan, aynı hukuka aykırı eylemden zarar gören çok yabancı olması durumunda zarar veren devlet ile vatandaşlık devletinin bir anlaşmayla bireylerin doğrudan başvurarak zarar giderimlerini sağlamalarına yönelik bir mekanizma kurmaları da mümkündür.[54]

2. Diplomatik Korumanın Koşulları

Uluslararası sorumluluğun koşulları olan uluslararası hukuka aykırılık ve bu aykırılığın bir devlete atfedilmesi, diplomatik koruma usulü bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, korumanın işletilebilmesi için iki temel ön koşul bulunmaktadır.[55] Bunlardan biri diplomatik korumayı ileri sürecek devletin, bireyin vatandaşlık devleti olması, diğeri ise iç başvuru yollarının tüketilmesidir.

Vatandaşlık, diplomatik korumanın olmazsa olmaz (*sine qua non*) koşulu olarak görülmektedir.[56] Diplomatik korumayı ileri sürecek devletin vatandaşlık devleti

---

51 Anayasalarda koruma yükümlülüğü konusundaki örnekler için bkz. Peters, s.397 dp 32. 1982 Anayasası'nın 62. maddesinde sınırlı da olsa yurtdışındaki vatandaşlarla ilgili bir koruma hükmü mevcuttur. Buna göre "*yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için*" devletin gereken tedbirleri alması öngörülmüştür. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Resmî Gazete T:09.11.1982 S:17863 (Mükerrer).

52 Dugard (n 33) 1068.

53 Gleider Ignacio Hernández, *International Law* (Oxford university press 2019) 284. İç hukukta bir yükümlülüğün var olduğunun kabul edilmesiyle birlikte bunun olayın verilerine göre yerine getirilmesi ve nasıl yerine getirileceği konusunda da yürütmenin takdirinin olduğu ile ilgili bkz. *Rudolf Hess Case, BVerfG Case No 2 BvR 419/80, 16 December 1980* (1992) 90 ILR 386 388. Başka kararlar ve değerlendirmeler için genel olarak bkz. Vermeer-Künzli, 'Restricting Discretion' (n 49).

54 Dugard (n 33) 1068.

55 Bu koşullar, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca hazırlanan 2001 tarihli 'Uluslararası Hukuka Aykırılık Nedeniyle Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'in "*Taleplerin Kabul Edilebilirliği*" başlıklı 44. maddesinde de açıkça ifade edilmiştir. Bkz. ILC, 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries' (International Law Commission 2001) UN Doc A/56/10 art 44.
Vatandaşın bir hukuka aykırılığa maruz kalması da üçüncü bir koşul olarak sayılmaktadır ancak zaten diplomatik korumanın temelde bu hukuka aykırılık üzerinden yürüdüğü düşünüldüğünde, bunun ayrıca bir koşul olarak sayılmasını gerekli görmedik. Bu koşulu zikreden bir eser için bkz. Vermeer-Künzli, 'Nationality and Diplomatic Protection- A Reappraisal' (n 12) 76.

56 Craig Forcese, 'The Capacity to Protect: Diplomatic Protection of Dual Nationals in the "War on Terror"' (2006) 17 European Journal of International Law 369, 379. İstisnai olarak vatansız veya sığınmacı kişiler açısından da belli koşullarda vatandaşlık devleti dışındaki devletlerin diplomatik koruma ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. DKTM m.8 uyarınca kişinin mağduriyet tarihinde ve diplomatik korumanın ileri sürüleceği tarihte korumayı ileri sürecek devlette hukuka uygun bir biçimde ve mutat olarak ikamet etmesi gerekmektedir. Mülteciler açısından bir sınırlama da vatandaşlık devletine yönelik diplomatik koruma açısından getirilmiştir. Buna göre vatandaşlık

olması[57] koşulunda, vatandaşlığın kazanılma biçiminin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Birey ister doğum yoluyla (asli vatandaşlık) ister sonradan (müktesep vatandaşlık) kazansın, önemli olan uluslararası hukuka aykırı olmayan bir şekilde vatandaşlık bağının kurulmuş olmasıdır.[58] Zira devletlerin vatandaşlığa alma ve vatandaşlığı kaybettirmeye ilişkin egemenlik yetkilerinin sınırı, uluslararası hukuk tarafından belirlenmektedir.[59] Bu sınırın aşılması, verilen vatandaşlığın diğer devletler tarafından tanınmamasıyla sonuçlanabilir.[60] Öte yandan DKTM m.5 uyarınca, söz konusu vatandaşlığın zarara neden olan olay anında ve diplomatik koruma ileri sürüldüğü anda var olacak şekilde süreklilik arz etmesi öngörülmektedir.

Diğer koşul ise, iç başvuru yollarının tüketilmesidir. Bu koşul, uluslararası yapılageliş hukukunun da yerleşik kurallarından biri olarak kabul edilmektedir.[61] ELSI

devletinin uluslararası hukuka aykırı davranışı nedeniyle ikamet devleti vatandaşlık devletine karşı diplomatik koruma ileri süremeyecektir. Bunun altında yatan anlayış ise vatandaşlığın diplomatik koruma için baskın koşul olarak görülmesi ve mültecilerin kendi devletlerinde uğradıkları muameleler nedeniyle iltica ettikleri devletler aracılığıyla kendi devletlerine karşı uluslararası alanda çözüm bulma arayışlarının politik sorunlara neden olma riski olarak açıklanmaktadır. ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries A/61/10' (n 13) 37.

57 Bu husus, 'taleplerin vatandaşlığı kuralı' olarak da anılmaktadır. Vermeer-Künzli, 'Nationality and Diplomatic Protection- A Reappraisal' (n 12) 76.

58 DKTM m. 4: "*Bir gerçek kişinin diplomatik korunması bakımından vatandaşlığın bulunduğu devlet, bu kişinin vatandaşlığını, söz konusu devletin yasalarına uygun olarak, doğum, soy bağı, telsik, devletlerin ardıllığı ya da uluslararası hukuka aykırı olmayan diğer herhangi bir yolla kazandığı devlet anlamına gelir*."

59 Alice Sironi, 'Nationality of Individuals in Public International Law: A Functional Approach' in Alessandra Annoni and Serena Forlati (eds), *The changing role of nationality in international law* (Routledge 2013) 59–61.

60 Bu noktada uluslararası hukuka aykırı vatandaşlığın ne olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun açıkça verilmiş bir cevabı olmamasına karşın hile yoluyla verilen vatandaşlıklar, evlenme yoluyla kadına doğrudan vatandaşlık verilmesini öngören cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağına aykırı vatandaşlık kazanma usulleri uluslararası hukukun öngördüğü standartlara aykırı vatandaşlık verme yöntemleri olarak gösterilebilir. Bkz. ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries' (n 13) 30; Vermeer-Künzli, 'Nationality and Diplomatic Protection- A Reappraisal' (n 12) 79; Ilhan Yılmaz, 'Gerçek Kişilerin Vatandaşlığında "Gerçek Bağlantı" İlkesi: Nottebohm Romantizminin Sonu' (2021) 0 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 965, 967; Berk Demirkol, 'Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde "Etkin Vatandaşlık" Sorunsalı' [2015] Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 159, 166. Vatandaşlığın uluslararası hukuka aykırılığının her somut olayda, bu aykırılığı iddia eden devlet tarafından ispat edilmesi gerektiği öngörülmektedir. Akkutay (n 10) 43.

61 *Interhandel (Switzerland v United States of America), Preliminary Objections, Judgment,* [1959] ICJ Reports 1959 6 27; *Elettronica Sicula S.pA (ELSI) (United States of America v Italy), Judgment* [1989] ICJ Reports 15 [50]; *Diallo (Preliminary Objections)* (n 36) para 42; *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment* [2019] ICJ Reports 2019 558 129; *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v United States of America), Judgment* [2023] ICJ General List No 164 [68] <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/164/164-20230330-JUD-01-00-EN.pdf> Erişim Tarihi 15 April 2024.

davasında UAD, "*[u]luslararası bir talebin kabul edilebilir olması için, talebin özünün yetkili mahkemeler önüne getirilmiş ve ulusal hukuk ve usullerin izin verdiği ölçüde takip edilmiş ve sonuç alınamamış olması yeterlidir*" diyerek iç başvuru yollarının tüketilme kuralının sınırlarına yönelik bir saptamada bulunmuştur.[62] İç başvuru yollarının tüketilmesinin temelinde, hukuka aykırılığa neden olan devletin, yerel mahkemelerinde özel hukuk kişilerinin taleplerinin daha iyi biçimde ele alınacağı, devletlerin diplomatik girişimleri hoş karşılamamaları ve yabancının ilk etapta iç başvuru yollarına müracaat etmesi gerektiği anlayışları yatmaktadır.[63] Bu ön koşulun istisnaları da mevcuttur. DKTM m. 15'e göre bu istisnalar, etkin bir zarar giderimi sağlayacak makul bir biçimde kullanılabilir yerel başvuru yollarının bulunmaması veya yerel başvuru yollarının böyle bir makul zarar giderimi olasılığı sağlamaması; sorumlu olduğu iddia edilen devlete atfedilecek telafi sürecinde yersiz bir gecikmenin var olması; mağdur kişi ve zarar tarihinde sorumlu olduğu iddia edilen devlet arasında uygun bir bağlantının bulunmaması; mağdur kişinin yerel başvuru yollarını kullanmaya ilişkin aleni biçimde engellenmesi; sorumlu olduğu iddia edilen devletin yerel başvuru yollarının tüketilmesi koşulundan vazgeçmesidir. [64]

Bu iki ön koşulun gerçekleşmesi halinde uluslararası sorumluluğa ilişkin koşullar devreye girecektir. Aksi halde, örneğin, vatandaşlık bağının bulunmaması veya etkili iç başvuru yollarının tüketilmemesi halinde diplomatik koruma ileri sürülemeyecektir. Usuli bir hak olması sebebiyle diplomatik korumanın, peşinen bir sorumluluğu da ortaya koymadığını, başarıya ulaştığı durumlarda bir sorumluluğun mevcut olacağını ve zarar veren devletin hukuka aykırılığı giderici bir gerekçesi olması halinde ancak fedakarlığın denkleştirilmesi yoluyla zarar gideriminin mümkün olabileceğini de belirtmekte yarar vardır. Dolayısıyla, diplomatik koruma sorumluluğun varlığını tescil etmez; bir hukuka aykırılık iddiası üzerine kurulu olan sorumluluğun ileri sürülmesine imkan verir.

B. Konsolosluk Yardımı

1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (KİHVS)[65] uyarınca konsolosların kabul eden devlette uyruklarına ilişkin pek çok görevi bulun-

---

62 *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), Judgment* (n 61) para 46.

63 Crawford (n 37) 596.

64 Bkz. ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries' (n 13). Bunların yanında kimi durumlarda vatandaşların hakları ile devletin kendi hakları aynı anda ihlal edilebilir. Böyle bir durum için UAD, *Avena ve Diğer Meksika Vatandaşları* davasında bir devletin hem kendi haklarının hem de vatandaşlarına tanınan bireysel hakların ihlal edildiğini iddia ettiği bir talepte, devletin hakları ile bireysel hakların birbirine bağlı olduğu özel koşullar söz konusu olduğunda iç başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin yükümlülüğün ortadan kalktığına hükmetmiştir. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v USA), Judgment* [2004] ICJ Reports 12 [40].

65 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (Vienna Convention on Consular Relations), 596 UNTS 261 24 April 1963. Sözleşme'ye 27 Mayıs 2024 tarihi itibariyle 182 devlet taraftır. Bu anlamda Sözleşme'nin evrensel bir uygulama kapsamını haiz olduğu söylenebilir. 'Vienna Convention on Consular Relations, United Nations Treaty Collection' <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-6&chapter=3> Erişim Tarihi 27 May 2024.

maktadır. Bunlar pasaport, nüfus cüzdanı gibi kimlik belgeleri vermekten, doğum ve ölüm kayıtlarını tutmaya, askerlikle ilgili işlerden evlenme işlerine, miras işlemlerinden velayet ve kayyumluğa kadar çeşitli görevleri içermektedir.[66] Konsoloslukların asli işlevlerinden biri de, uluslararası hukukun öngördüğü sınırlar çerçevesinde kabul eden devlette gönderen devletin vatandaşların çıkarlarını koruyarak onlara yardımda bulunmaktadır.[67] Konsolosluk yardımı olarak anılan bu işlev, bireylerin vatandaşlık bağı ile bağlı olmadıkları devletlere seyahat veya yaşama amacıyla gidişlerinin artışıyla çok daha önemli hale gelmiştir.[68]

Konsolosların en önemli görevlerden biri olan gönderen devlet vatandaşlarına yönelik yardımı, KİHVS m.36'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin altında, diplomatik korumada olduğu gibi, yabancının güçsüz ve hatta çaresiz kaldığı bir sistemin içinde korunması anlayışı yatmaktadır.[69] Bununla birlikte, bu korumanın sağlanıp sağlanmayacağı da, diplomatik korumada olduğu gibi, gönderen devletin takdirinde olduğu kabul edilmektedir.[70] Bir devlette bulunan yabancının, bulunduğu yerdeki dili, kültürü, toplumsal ve dini gelenekleri tanımamasının yanında, oranın ceza adalet sisteminde de karşılaştığı uygulamalara ve yasalara aşina olmamasının getirdiği zorluklar, savunma hakkını etkin ve gereği gibi kullanmasını engelleyebilir.[71] Ayrıca, adaletsiz uygulamalara, ayrımcılığa hatta kötü muameleye maruz kalma riskleri mevcut olabilmektedir.[72] Bu tür riskleri azaltmak için ilgili makamların iletişime geçmesine ve yardım sağlamasına izin vermek, adaletin tesisi ve teminini sağlamak için önemlidir. Özellikle yabancının ölüm cezası veya müebbet hapis cezasıyla karşı karşıya kaldığı bir yargılamada bu yardımın sağlanmasının ayrı bir

---

66 Eileen Denza and Chanaka Wickremasinghe, 'Consular Access and Protection' in Ivor Roberts (ed), *Satow's diplomatic practice* (Eighth edition, Oxford University Press 2023) 293–294.

67 Konsolosların görevlerini düzenleyen 5. maddede bu husus a bendinde '*uluslararası hukukun izin verdiği sınırlar dahilinde, gönderen devletin ve hem gerçek hem de tüzel kişiler olmak üzere uyruklarının çıkarlarını kabul eden devlette korunmak*'; e bendi ise "*Gönderen devletin hem gerçek hem de tüzel kişi vatandaşlarına yardım etmek ve destek olmak*" şeklinde ifade bulmuştur. Meray, konsolosların bu görevlerini, yabancı ülkede bulunan gönderen devlet uyruklarının 'koruyucusu, öğütçüsü, avukatı' olarak ifade etmektedir. Seha Meray, Devletler Hukukuna Giriş İkinci Cilt (4th edn, Ankara Üniversitesi Basımevi 1975) 66–67.

68 Luke T Lee and John B Quigley, *Consular Law and Practice* (3. ed, Oxford Univ Press 2008) 139.

69 Aybay, konsolosluk yardımının, konsolosluk görevlilerinin ziyaretiyle ve vatandaşın ailesi ile haberleşmesinde aracılık etmesiyle aynı zamanda psikolojik bir destek sağlama işlevi olduğunu da belirtmektedir. Rona Aybay, *Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk* (2nd edn, Literatür Yayıncılık 2020) 159.

70 Bazı devletler, anayasalarında bu konuyu bir yükümlülük olarak da düzenlemişlerdir. Örneğin, 1982 Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası m.50; 1993 Rusya Federasyonu Anayasası m.61/2. Bilgi için bkz. Denza and Wickremasinghe (n 66) 294–295.

71 John B Quigley, *Foreigners on America's Death Rows* (1st edn, Cambridge University Press 2018) 212–213.

72 Quigley, Aceves and Shank (n 1) 1.

önemi bulunmaktadır.[73] Bu, yabancılara ayrıcalık tanımaktan ziyade, onların sistematik zorlukların üstesinden gelmelerine yardımcı olmaktadır.[74]

1. Konsolosluk Yardımının Kapsamı

Konsolosluk yardımı geniş anlamıyla konsolosların uyruklara ilişkin tüm işlevlerini kapsar şekilde anlaşılabilmekle birlikte dar anlamda özgürlüğünden yoksun kalan vatandaşlara sunulan yardımı içermektedir. KİHVS, gönderen devlet vatandaşlarıyla temas olarak ele alınan 36.madde, üç boyutuyla düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, konsolosun ve vatandaşın karşılıklı olarak görüşme ve ziyaret hakkını içermektedir.[75] Bu hak, genel bir içeriğe sahiptir; yani kurulan temas, maddenin sonraki fıkralarında düzenlenmiş olan ve bizim asıl konumuz olan dar anlamıyla konsolosluk yardımını gerektiren özel bir durumun gerçekleşmiş olmasına bağlı değildir. İkincisi kişinin, hapsedilmesi, tutuklanması veya önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde gözaltına alınmasını içeren özgürlüğünden yoksun kaldığı hallerde konsolosla temas kurmasına ilişkin bireysel hakkıdır.[76] Bir suç nedeniyle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması hallerinin dışında, örneğin akıl hastalığı, alkolizm, vandallık, kamu düzenini bozucu eylemlerde bulunmak, bulaşıcı hastalık sebebiyle karantinaya alınmak gibi nedenlerle de kişiler yetkili mercii kararıyla özgürlüklerinden yoksun kalabilirler.[77] Bu durumlarda da yabancının, konsolosluk yardımından yararlandırılması gerekir. Üçüncüsü ise kabul eden devlette özgürlüğünden yoksun kalan vatandaşın korunması için gönderen devletin konsolosunun, ilgiliyle temas kurmasını içeren bir haktır.[78] Bu hakkın kabul eden devlet bakımından yarattığı yükümlülük, vatandaşın özgürlüğünden yoksun kaldığı yerin görev bölgesinde bulunan konsolosluk makamının, vatandaş(lar)ının durumunu başka kanallardan öğrenmiş olup olmamasından bağımsız bir biçimde, kabul eden devlet tarafından durumdan haberdar edilmesidir.[79] Gönderen devlet için ise, kabul

---

[73] Cüneyt Yüksel and Deniz Baran, 'Uluslararası Adalet Divanı Kararları Işığında Bireysel Hakların Diplomatik ve Konsüler Haklar Bağlamında Korunması' (2022) 10 Journal of Penal Law and Criminology / Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 1, 5–6.

[74] David P Stewart, 'The Emergent Human Right to Consular Notification, Access and Assistance' in Andreas Von Arnauld, Kerstin Von Der Decken and Mart Susi (eds), *The Cambridge Handbook of New Human Rights* (1st edn, Cambridge University Press 2020) 439–440.

[75] KİHVS m. 36/1 "*a) Konsolosluk memurları gönderen Devlet'in uyrukları ile görüşmek ve onlan ziyaret etmek serbestisine sahip olacaklardır. Gönderen Devlet'in uyrukları da keza konsolosluk memurları ile görüşmek ve onları ziyaret etmek serbestisine sahip olacaklardır*."

[76] *LaGrand (Germany v United States of America), Judgement* [2001] ICJ Reports 466 [89].

[77] ILC, 'Draft Articles on Consular Relations, with Commentaries' (United Nations 1961) Report of the Commission to the General Assembly 113; Aybay (n 69) 158.

[78] Konsolosun vatandaşa yapacağı yardımlar avukat ismi vermek, avukat tutacak parası yoksa ve kabul eden devlet tarafından avukat sağlanmıyorsa, imkanlar dahilinde avukatın ücretini karşılamak, avukatın görevini gereği gibi yerine getirip getirmediğini gözlemek, yargılamanın adil bir şekilde yürütülüp yürütülmediğini takip etmek, yargılamalara katılmak gibi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Lee and Quigley (n 68) 149–150.

[79] *Jadhav, (India v Pakistan), Judgment* [2019] ICJ Reports 418 [110].

eden devletin yasalarına uygun biçimde bu yardımın sağlanması yükümlülüğü bulunmaktadır. Başka bir deyişle, kabul eden devletin ceza yasalarının ve diğer ilgili düzenlemelerinin öngördüğü sınırlar çerçevesinde hareket edilmesi gerekir. Bu çerçevede konsolosun kabul eden devlerin ilgili kurumlarına başvuruda bulunarak gerekli izinleri sağlaması öngörülmektedir. Ancak bu durum, söz konusu hakkın ulusal yasalar çerçevesinde geçersiz kılacak düzenlemelere izin verildiği anlamına gelmemektedir.[80] Böylesi bir durum, gönderen devletin ulusal düzenlemelerinin uluslararası yükümlülüklerine aykırılığı sonucunu doğurabilecektir.

Öte yandan gönderen devletin gecikmeksizin bildirim yükümlülüğü gözaltına alma, tutuklama gibi tedbirlerin gerçekleştiği anda derhal yerine getirmesi mutlak bir şart değildir; bazı durumlar, gönderen devletin derhal harekete geçmesini mümkün kılmayabilir. Örneğin, kişinin konuşma engelli olması nedeniyle yabancı uyruklu olduğu hemen anlaşılamayabilir. Bu nedenle kabul eden devletin yükümlülüğünün her somut olayın kendi özellikleri içerisinde, keyfiyetten uzak ve gecikmeden hareket etmek şekilde anlaşılması gerekir.[81] Konsolosluk görevlileri, vatandaşın özgürlüğünden mahrum kaldığının kendilerine bildirilmesinden sonra, vatandaş tarafından reddedilmediği sürece, vatandaşlarını ziyaret etme, onlarla görüşme ve ihtiyaçlarına uygun tedbirler alma hakkına sahiptir.[82]

2. Konsolosluk Yardımının Koşulları

Diplomatik korumada olduğu gibi konsolosluk yardımının sağlanması da, kişi bakımından temelde vatandaşlık bağıyla ilişkilidir.[83] Yer bakımından ise konso-

---

80 ILC, 'Draft Articles on Consular Relations, with Commentaries' (n 77) 113; Yüksel and Baran (n 73) 7.

81 Avena davasında UAD, bildirimin "gecikmeksizin" yapılıp yapılmadığını her bir bireyin koşullarına göre ele almış; 40 saatlik gecikmeyi kişinin yabancı olduğunun hemen anlaşılması nedeniyle ihlal olarak değerlendirirken, yabancı olduğu hemen anlaşılmayan bir kişi için beş günlük gecikmeyi ihlal saymamıştır. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v USA)* [2004] ICJ Reports 2004 [89 ve 97]. Madde 36/1-b'deki "gecikmeksizin" ifadesinin muğlaklığının yarattığı aksaklıklar ve vatandaşların korumadan yoksun kalabilme ihtimalinin önüne geçebilmek için ikili konsolosluk anlaşmalarıyla devletler aralarında konsolosluk yardımına ilişkin daha kesin koşullar ve zaman sınırı öngörülebilmektedir. Paweł Czubik and Piotr Szwedo, 'Consular Functions', *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online, 2013) para 26; Nicolas Angelet, 'Consular Treaties', *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online, 2023) para 14.

82 KİHVS m. 36/1 "*c) Konsolosluk memurları, hapsedilmiş, önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde göz altına alınmış olan gönderen Devlet'in uyruğunu ziyaret etmek, onunla görüşmek ve muhaberatta bulunmak ve onun mahkemeler önünde temsilini sağlamak hakkına sahiptirler. Konsolosluk memurları, keza, kendi konsolosluk görev çevresinde, bu hükmün yerine getirilmesi amacıyla hapsedilmiş veya göz altına alınmış olan gönderen Devlet'in uyruğunu ziyaret etmek hakkına sahiptirler. Bununla beraber, konsolosluk memurları, hapsedilmiş veya önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde göz altına alınmış bulunan bir vatandaşın açıkça muhalefet etmesi halinde, bu vatandaş lehine müdahalede bulunmaktan kaçınacaklardır.*"

83 Günümüzde vatandaşlığın resmi olarak kazanılmış olması, konsolosluk yardımı açısından vatandaşlık koşulunun sağlanmış olması için yeterli görülmektedir. Annemarieke Vermeer-Künzli, 'Diplomatic Protection and Consular Assistance of Migrants' in Vincent Chetail and Céline Bauloz (eds), *Research Handbook on International Law and Migration* (Edward Elgar Publishing 2014) 279.

losluğun vatandaşların ihtiyacı olan yardımı sağlama görevi, kabul eden devlette faaliyet gösteren konsolosluk ile sınırlıdır.[84] Bununla birlikte, kabul eden devletin rızası dahilinde üçüncü devletler adına konsolosluk işlevlerinin yürütülmesi mümkündür.[85] Avrupa Birliği (AB) üyelerinin vatandaşlarının, vatandaşlık devleti olan üye devletin konsolosluğunun gönderen devlette bulunmaması halinde diğer üye devletlerden birinin konsolosluğundan yardım alabilmesi de 1993 tarihli Maastricht Andlaşması[86] çerçevesinde oluşturulan **"**AB vatandaşlığı" kavramının[87] bir uzantısı olarak mümkün olabilmektedir.[88]

---

84 Yakın tarihli bir kararında AİHM, bu hakkın yer bakımından (*ratione loci*) yalnızca kabul eden devlet ile sınırlı olduğu; gönderen devletin vatandaşlarının, konsolosluk temsilciğinin bulunmadığı bir yerde konsolosluk yardımını talep etme hakkına sahip olmadıklarını ifade etmiştir. Mahkeme'nin bu tespiti, 36. maddedeki yükümlülüğün yalnızca kabul eden devlet için geçerli olduğu ve buradaki korumanın ancak gönderen devletin konsolosuyla kabul eden devletin yetkili makamları arasındaki diyalogla sağlanabileceği çıkarımına dayanmaktadır. *HF and others v France, App Nos 24384/19, 44234/20 14/09/2022* [256]. KİHVS'nin lafzından da farklı bir çıkarımda bulunmak mümkün gözükmemektedir.

85 KİHVS m.8 uyarınca *"[g]önderen devletin bir konsolosluk makamı, kabul eden devlete gerekli bildirimde bulunduktan sonra, kabul eden devlet itiraz etmedikçe, kabul eden devlette üçüncü bir devlet adına konsolosluk görevlerini yerine getirebilir.*"

86 Treaty on European Union (Maastricht Treaty), 11992M/TXT, Official Journal of European Communities No C 191/1, 29/07/1992, 1-112. (Bkz. madde 8: *1. Birlik vatandaşlığı işbu belge ile tesis edilir. Bir üye devletin vatandaşlığına sahip olan herkes Birlik vatandaşıdır.*
2. Birlik vatandaşları, bu Andlaşma ile tanınan haklardan yararlanır ve bu Andlaşma ile yüklenen yükümlülüklere tabi olurlar.)

87 Maastricht Andlaşması ile AB üyesi devlet vatandaşlarının bir üst kimlik olarak AB vatandaşı olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. 2 Ekim 1997 tarihinde imzalanan ve 11 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması'nda ise, AB vatandaşlığının, üye devlet vatandaşlığının yerine geçmediği, sadece onu "*tamamladığı"* ifade edilmiştir. Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, The Treaties Establishing the European Communities and Related Acts, 10. 11. 1997, Official Journal of the European Communities C 340.
Aynı ifade 01.12.2006 tarihli Lizbon Andlaşması'nın 20 maddesinde de tekrar edilmiştir. (madde 20: *Birlik vatandaşlığı işbu belge ile tesis edilmiştir. Bir üye devletin vatandaşlığına sahip olan herkes Birlik vatandaşıdır. Birlik vatandaşlığı ulusal vatandaşlığa ilavedir ve onun yerine geçmez.)* Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, 17.12.2007 EN Official Journal of the European Union C 306. 2015 yılında AB'nin konuyla ilgili kabul ettiği direktif için bkz. Council Directive (EU) 2015/637 on the coordination and cooperation measures to facilitate consular protection for unrepresented citizens of the Union in third countries and repealing Decision 95/553/EC, 24.4.2015, Official Journal of the European Union L 106/1.

88 Bkz. Avrupa Birliği'nin İşleyisi Hakkında Andlaşma madde 20/2-c (*vatandaşı oldukları üye devletin temsil edilmediği üçüncü bir ülkenin topraklarında, herhangi bir üye devletin diplomatik ve konsolosluk makamlarının korumasından o devletin vatandaşlarıyla aynı koşullarda yararlanma hakkı*) ve madde 23/1 (*Her Birlik vatandaşı, vatandaşı olduğu üye devletin temsil edilmediği üçüncü bir devletin ülkesinde, herhangi bir üye devletin diplomatik veya konsolosluk makamları tarafından, o devletin vatandaşlarıyla aynı koşullar altında korunma hakkına sahiptir. Üye devletler, bu korumanın sağlanması için gerekli hükümleri kabul eder ve uluslararası müzakereleri başlatır.*) Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 7.6.2016 Official Journal of the European Union C 202, p. 44. Benzer bir hüküm AB Temel Haklar Şartı'nın 46.maddesinde de yer almaktadır. bkz. Charter of Fundamental Rights of the European Union,

Konsolosluk yardımının bir diğer koşulu, vatandaşın bunu talep etmesidir. Yani özgürlüğünden mahrum kalan bireyin, vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devletinin konsolosluk yardımından yararlanabilmesi, bunu talep etmesine bağlıdır. Kişinin böyle bir hakkının var olduğu konusunda bilgilendirilmesi, kabul eden devletin yükümlülüklerindendir.[89] Bu yükümlülük, her ne kadar 36/1-b hükmünün sonunda ifade edilse de, aslında söz konusu hakkın kullanılmasının ön koşulu olarak anlaşılmalıdır. Böyle bir hakkının olduğunu bilmeyen bir yabancının hükümde belirtildiği gibi talepte bulunabilmesi de mümkün olamayabilir. Zira yabancı bir kişi, bulunduğu ülkede özgürlüğünden mahrum kaldığında, konsolosluğuna haber verilmesini isteme hakkının derhal kendisine tanınmaması halinde, bir hak kaybına uğrayabilecektir.

Bu kaybın önlenmesi için, böyle bir haktan haberdar olmayan yabancılar için, konsolosluk yardımı için öngörülen bir diğer koşul olan kabul eden devletin bilgilendirme yükümlülüğünü gecikmeksizin (*without delay*) yerine getirmesi önemlidir.[90] Gecikmeksizin haber verme yükümlülüğünü, keyfi bir gecikmenin önüne geçmek olarak anlamak ve somut olayın verilerine göre koşulların elverdiği en hızlı biçimde haber verme yükümlülüğü olarak okumak gerekir.[91] Bu açıdan ülkesinde bulunan yabancılar bakımından kolluk kuvvetleri, diğer hakların yanında konsolosluğa haber verme hakkını da yabancıya bildirmelidir.

Bununla birlikte kişinin böyle bir yardımdan yararlanma konusunda bilgilendirilmesine rağmen konsoloslukla temas etmeyi reddetmesi halinde gönderen devletin konsolosla temas konusundaki yükümlülüğü sona erer. Bu, konsolosluk yardımının sınırı olarak da görülebilir. KİHVS m.36/1-c'de çizilen bu sınır '*vatandaşın açıkça*

26.10.2012 Official Journal of the European Union C 326/391.

89 KİHVS m. 36/1 "*b) Kabul eden devletin yetkili makamları, ilgili talep ettiği takdirde, gönderen devletin konsolosluk makamına, konsolosluk bölgesi içinde bu devletin vatandaşının tutuklandığını, hapsedildiğini veya yargılanmak üzere gözaltına alındığını veya başka herhangi bir şekilde alıkonulduğunu gecikmeksizin bildirirler. Tutuklanan, hapse atılan, gözaltına alınan veya alıkonulan kişi tarafından konsolosluk makamına gönderilen her türlü haber de söz konusu makamlar tarafından gecikmeksizin iletilir. Söz konusu makamlar ilgili kişiyi bu alt-paragraf kapsamındaki hakları konusunda gecikmeksizin bilgilendireceklerdir.*"

90 *Diallo (Judgement)* (n 50) para 95; *Jadhav* (n 79) para 109.

91 Yüksel and Baran (n 73) 19–20. Bazı devletler aralarında yaptıkları ikili konsolosluk anlaşmalarında belirli bir süre de öngörebilmektedirler. Örneğin İngiltere ile Macaristan arasında yapılan anlaşmada 3 gün içinde; İngiltere ile Çin Halk Cumhuriyeti arasında yapılan anlaşmada yedi gün içinde haber verme yükümlülüğü öngörülmüştür. Denza and Wickremasinghe (n 66) 298.
Türkiye Cumhuriyeti'nin yaptığı ikili konsolosluk anlaşmalarında da belli sürelerin öngörüldüğü görülmektedir. Örneğin 6 Mart 1989 tarihinde Çin Halk Cumhuriyeti ile akdedilen Konsolosluk Sözleşmesi m.13/1 ve 29 Nisan 1994 tarihinde Türkmenistan ile akdedilen Konsolosluk Sözleşmesi m.42/1 uyarınca bu süre en geç 5 gün iken (Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi 1991/1638 sayılı Onaylama Kararnamesi, Resmi Gazete T: 15.04.1991, S: 20846;Türkiye Cumhuriyeti ve Türkmenistan Arasında Konsolosluk Sözleşmesi, 1997/10149 sayılı Onaylama Kararnamesi Resmi Gazete T: 11.12.1997 S: 23168); 21 Mayıs 1998 tarihinde Ukrayna ile akdedilen konsolosluk Sözleşmesi m.12/1'de bu süre en geç 3 gün olarak belirlenmiştir. (Türkiye Cumhuriyeti ile Ukrayna Arasında Konsolosluk Sözleşmesi, 1999/13535 sayılı Onaylama Kararnamesi Resmi Gazete T: 30.11.1999, S: 23892)

muhalefet etmesi halinde' şeklinde düzenlenmiştir. Buradaki muhalefetin nasıl 'açık' olacağı belirtilmemiş olmakla birlikte, konsolosluğun şüpheye yer bırakmayacak şekilde, söz konusu muhalefetin vatandaşın rızasını yansıttığına ilişkin bir veriye sahip olması gerekmektedir.[92]

Öte yandan kişinin bu yöndeki talebini değiştirmesi halinde de gönderen devletin bu talebe uygun şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Nitekim konsolosluk yardımı her ne kadar kabul eden devletin konsolosluğunun bir görevi olsa bile, esasında vatandaşlar bakımından bireysel bir hak yarattığından, kişinin böyle bir yardımı almayı reddetmesi veya kabul etmesi, temelde onun kararına bırakılmalıdır. Konsolosluk yardımından yararlanmayı reddeden bir kişinin daha sonra fikrini değiştirerek konsoloslukla temas kurmayı talep etmesi halinde de gönderen devletin bu talebi yerine getirmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim burada esas olan, kişinin yabancı olduğu bir sistemin zorluklarının vatandaşlık devletinin yetkili kurumunun yardımıyla aşılmasını sağlamak olduğundan, kişinin sahip olduğu böylesi bir hakkı kullanmaya daha sonra karar vermesinin üzerine gereğini yerine getirmek gönderen devletin inisiyatifine kalmış olarak değerlendirilmemelidir.

Konsolosluk yardımının sınırları çeşitli yargı kararlarıyla da belirginleşmiştir. UAD'ın konuyla ilgili karşısına gelen davalardan ilki *LaGrand* davasıdır.[93] Karara konu olan olayda Alman uyruklu iki kardeş olan Karl ve Walter LaGrand, Arizona'da banka soygunu sırasında yakalandıktan sonra yargılanarak ölüm cezasına çarptırılmıştır. Karl LaGrand 24 Şubat 1999 tarihinde idam edilmiş ve 2 Mart 1999 akşamı Alman Hükümeti UAD nezdinde dava açarak Mahkeme'den, idam tarihi ertesi gün olarak belirlenen Walter için infazın durdurulmasına karar vermesini talep etmiştir. Almanya'nın çeşitli diplomatik kanallarla infazı geciktirme çabalarına ve UAD'ın aldığı tedbir kararına[94] rağmen, Walter LaGrand'ın cezası da infaz edilmiştir. UAD, ABD'nin LaGrand kardeşlerin tutuklanmasını Almanya'nın konsolosluk makamına derhal bildirmeyerek KİHVS'nin 36. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir.[95]

---

92 Örneğin, vatandaşın konsolosla görüşmek istemediğinin yazılı biçimde ve imzasını taşıyan bir belge ile tutanak altına alınması mümkündür. Zira Türk hukukundaki düzenlemeler de bu yöndedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Resmî Gazete T: 17/12/2004, S: 25673, m.95/2, m.107/3; Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği, Resmî Gazete T: 01.06.2005, S: 25832; Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik, Resmî Gazete T: 29/3/2020 S: 31083, m.56/4-5.

93 *LaGrand (Judgement)* (n 76). Aslında Divan'ın önüne bu konu ilk kez Paraguay'ın 1998'de ABD'ye karşı açtığı dava ile getirilmişse de Paraguay daha sonra davasını geri çektiği için dava Divan'ın listesinden düşürülmüştür. *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v United States of America), Order* [1998] ICJ Reports 426.

94 *LaGrand (Germany v United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999* [1999] ICJ Reports 9.

95 Mahkeme ayrıca, kendisi tarafından emredilen geçici tedbirlerin yasal olarak bağlayıcı olduğunu ve ABD'nin Mahkeme'nin nihai kararını beklerken kardeşlerden birinin infazını önlemek için böyle bir emre uymadığını vurgulamıştır.

Bir diğer dava olan *Avena* davasında[96] Meksika, ABD'nin 54[97] Meksika vatandaşına tutuklandıklarında konsolosluk yardımı konusunda bildirmeyerek KİHVS kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiği iddiasıyla ABD'ye karşı UAD'a başvurmuştur. UAD, ABD'nin Meksika vatandaşlarını Sözleşme kapsamındaki haklarından haberdar etmeyerek ve Meksika konsolosluk makamına tutuklandıklarını bildirmeyerek KİHVS'yi ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme, ABD'nin, kendi seçeceği bir yolla, KİHVS kapsamındaki haklarının ihlalini dikkate alarak, Meksika vatandaşlarının mahkûmiyet ve cezalarının gözden geçirilmesini ve yeniden değerlendirilmesini sağlamasına hükmetmiştir.[98]

Ahmadou Sadio Diallo davasında[99] da UAD, önüne gelen konulardan biri olan KİHVS m.36/1-b'de öngörülen tutuklanan kişiyi hakları konusunda bilgilendirme yükümlülüğünün hukuki niteliğine ilişkin saptamalarda bulunmuştur. Davanın konumuzla ilgili kısmına ilişkin olayda Gine vatandaşı Ahmadou Sadio Diallo, Kongo makamları tarafından gözaltına alınmış ve daha sonra da sınır dışı edilmiştir. UAD, tutuklamanın ardından Kongo makamlarının Diallo'nun konsolsoluğa haber verilmesi talebinde bulunmadığı ve Gine Büyükelçisi'nin olaydan zaten haberdar olduğuna ilişkin argümanlarını reddederek, Kongo'nun KİHVS'den kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir. Divan'ın bu kararda, kabul eden devletin bildirim yükümlülüğünü, gönderen devletin tutuklamayı başka kanallardan öğrenmiş olmasından bağımsız olarak değerlendirmesi[100] önemli bir saptamadır.

Yakın bir tarihte UAD önüne gelen *Jadhav* davası[101] ise Hindistan'ın, Pakistan'ı, casusluk ve terörizm suçlamalarıyla Pakistan'daki bir askeri mahkeme tarafından ölüm cezasına mahkûm edilen Hindistan vatandaşı Kulbhushan Jadhav'a konsolosluk erişimi sağlamayarak KİHVS'yi ihlal etmekle itham etmesine ilişkindir. UAD, Hindistan lehine karar vererek Pakistan'ın Jadhav'a konsolosluk erişimi sağlamayarak KİHVS'yi ihlal ettiğini tespit etmiştir. Davada Pakistan'ın, Hindistan ile aralarındaki ikili konsolosluk anlaşmasının KİHVS'yi bertaraf ettiği ve bu nedenle de konsolosluk yardımının m.36 çerçevesinde değil, aralarındaki anlaşmanın öngördüğü şekilde siyasi ve güvenlik gerekçeleriyle engellenebileceğine ilişkin itirazı da reddedilmiştir. Yaptığı incelemede Divan, ikili anlaşmaların, yeknesak standartlar

---

96 *Avena (Judgment)* (n 64).

97 Sözlü aşamada iki kişinin ismi listeden düşürülmüştür. Pierre-Marie Dupuy and Cristina Hoss, 'Avena and Other Mexican Nationals Case (Mexico v United States of America)', *Max Planck Encyclopedias of International Law* (online, 2009) para 5.

98 ABD LaGrand davasından sonra Avena davasını da kaybetmesi üzerine UAD'a yetki veren Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin Uyuşmazlıkların Zorunlu Çözümüne İlişkin İhtiyari Protokolü'nden çekilmiştir. Paweł Czubik and Szwedo (n 81) para 25. Bu çekilme, ABD'nin KİHVS'nin sağladığı hakları ve yükümlülükleri uygulamama konusundaki tutumunun bir sonucu olarak görülebilir.

99 *Diallo (Judgement)* (n 50).

100 ibid 95.

101 *Jadhav* (n 79).

oluşturan KİHVS'yi tamamlama, genişletme veya güçlendirme amacı taşıdığı ve taraflar arasındaki anlaşmanın da bu şekilde yorumlanarak ilgili yükümlülüğü bertaraf etmediği sonucuna varmıştır.[102]

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi (AAİHM) konsolosluk yardımına, bir insan hakkı olarak yaklaşmaktadır.[103] KİHVS her ne kadar bir insan hakları andlaşması olmasa da, konsolosluk yardımının niteliği itibariyle adalete erişim hakkının bir unsuru olarak görülmesi ve bu yolla adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınan bir bireysel hak oluşturması konuyu başka bir boyuta taşımaktadır. AAİHM'e göre yabancılar, aşina olmadıkları bir hukuk sisteminde, konsolosluk yardımından yararlanmaları durumunda kendilerini daha iyi savunabilme ve adil yargılanmanın daha düzgün biçimde işlemesini sağlayabileceklerdir. Bu nedenle konsolosluk yardımı, adil yargılama için asgari güvenceler arasında görülmektedir.[104] UAD, konsolosluk yardımını doğrudan bir insan hakkı olarak tanımamakla birlikte *Jadhav* kararında KİHVS m.36'nın ihlalinin Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (KSHS) 14. maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlaliyle sonuçlanabilecek olduğunu ifade etmiştir. Bu yolla Divan konsolosluk yardımı ile adil yargılanma hakkında bir "sinerjinin" bulunduğunu söylerken aslında konsolosluk yardımını yabancılar bakımından adil yargılanma hakkının bir unsuru haline getirmiş görünmektedir.[105] AB Temel Haklar Şartı'nın 46. maddesinde de diplomatik koruma ve konsolosluk yardımına yer verilmesi, bunların AB düzeninde en azından temel haklarla bağlantılı olarak görüldüğü şeklinde yorumlanabilir. Öte yandan konsolosluk yardımını bir insan hakkı olarak görme eğilimine rağmen halen bu bireysel hakkın temel bir insan hakkı olarak görülmediği de kabul edilmektedir.[106]

---

102 ibid 96–98.

103 Meksika, vatandaşı olduğu devletin konsolosluğu ile haberleşme hakkı ve konsolosluktan yardım alabileceği konusunda kabul eden devlet tarafından bilgilendirilmeyen bir yabancının, ölüm cezasına çarptırıldığında asgari yargılama teminatları ve hukuki dinlenilme hakkı gerekliliklerileyle ilgili AAİHM'den danışma görüşü istemiştir. AAİHM verdiği görüşte, 36. maddenin tutuklanan yabancı uyruklu kişiye bireysel haklar verdiğini ve 36. maddenin insan haklarını koruduğunu ve uluslararası insan hakları hukukunun bir parçası olduğunu belirtmiştir. *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, Advisory Opinion Oc-16/99 of October 1, 1999 requested by the United Mexican States* [1999] IACHR Series A no 16.

104 *ibid 122.*

105 Bkz. *Jadhav* (n 79) para 126. Divan'ın, her ne kadar KSHS'yi değerlendirme konusunda bu davada kendini yetkili görmese de KİHVS m.36'nın yorumlanması bakımından KSHS m.14 arasında kurduğu bağlantı önceki kararlarına nazaran kayda değer bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir. Yüksel and Baran (n 73) 32.

106 Yüksel and Baran (n 73) 16. Ancak temel haklardan olma yolunda güçlü bir aday olduğuna ilişkin bkz. Brittany P Whitesell, 'Diamond in the Rough: Mining Article 36(1)(b) of the Vienna Convention on Consular Relations for an Individual Right to Due Process' (2004) 54 Duke Law Journal 587, 589.

II. ÇOKLU VATANDAŞLIKTA DİPLOMATİK KORUMA VE KONSOLOSLUK YARDIMI

Devlet ile birey arasındaki vatandaşlık bağı, bireyin yaşamı boyunca değişkenlik gösterebilen bir bağdır. Doğum yoluyla kazanılan vatandaşlık daha sonra kaybedilebileceği gibi, sonradan başka bir devlet vatandaşlığı kazanılabilir ya da kaybedilebilir. Öte yandan, bir kişinin yaşamı boyunca birden fazla devletin vatandaşlığını kazanması ve bunun devletlerce açıkça kabul edilmesi giderek yaygınlaşan bir durum olmakla birlikte[107] kimi devletlerde çoklu vatandaşlığın reddedilmesi söz konusu olabilmektedir.[108] Çoklu vatandaşlığın reddinin temel amacı, bireyin birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olmasının doğurabileceği hukuki problemlerin önlenmesi iken günümüzde çoklu vatandaşlığı reddeden '*herkesin yalnızca bir vatandaşlığa sahip olması*'na ilişkin ilkenin[109] büyük oranda erozyona uğradığını söylemek yanlış olmaz. Zira 1997 Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin[110]

---

[107] *WorldAtlas* tarafından yapılan çalışma uyarınca 21 Aralık 2020 itibariyle çoklu vatandaşlığı tanıyan devletlere örnek olarak Arnavutluk, Amerika Birleşik Devletleri, Antigua ve Barbuda, Arjantin, Avustralya, Bangladeş, Barbados, Belize, Belçika, Benin, Bolivya, Brezilya, Cape Verde (Yeşil Burun Adaları), Çekya, Danimarka, Dominika, Dominik Cumhuriyeti, Doğu Timor, Ekvador, Ermenistan, Fiji, Filipinler, Filistin, Finlandiya, Fildişi Sahili, Fransa, Gana, Grenada, Guatemala, Güney Afrika, Honduras, Hong Kong, Irak, İrlanda, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Jamaika, Kanada, Kenya, Kıbrıs, Kolombiya, Kosta Rika, Lübnan, Letonya, Libya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Maldivler, Malta, Mauritius, Meksika, Mısır, Nauru, Yeni Zelanda, Palau, Panama, Pakistan, Paraguay, Peru, Portekiz, Romanya, Rusya, Samoa, Sırbistan, Sri Lanka, Sudan, St. Kitts ve Nevis, St. Lucia, Suriye, Şili, Trinidad ve Tobago, Tunus, Türkiye, Tuvalu, Uruguay, Ürdün, Vanuatu, Yunanistan, Zambiya gösterilebilir. Bkz. 'Countries That Allow Dual Citizenship' (*WorldAtlas*, 21 December 2020) <https://www.worldatlas.com/articles/countries-that-allow-dual-citizenship.html> Erişim Tarihi 19 May 2024.
Türkiye de çoklu vatandaşlığı, 2383 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna İki Ek Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun yoluyla 13.02.1981 yılından bu yana vatandaşlarına tanımaktadır. R.G. 17.02.1981-17254. Ayrıca bkz. Emre Öktem, 'The Legal Notion of Nationality in the Turkish Republic: From Ottoman Legacy to Modern Aberrations' (2017) 53 Middle Eastern Studies 638, 641–642.

[108] *WorldAtlas* tarafından yapılan çalışma uyarınca 23 Mayıs 2019 tarihi itibariyle örneğin Andorra, Azerbaycan, Bahamalar, Bahreyn, Beyaz Rusya (Belarus), Botsvana, Butan, Çin, Küba, Kongo, Cibuti, Etiyopya, Haiti, Hindistan, Endonezya, İran, Japonya, Kazakistan, Kuveyt, Kırgızistan, Laos, Makao, Malezya, Marshall Adaları, Mikronezya, Monako, Moğolistan, Mozambik, Myanmar, Nepal, Kuzey Kore, Umman, Papua Yeni Gine, Katar, San Marino, Suudi Arabistan, Singapur, Slovakya, Tacikistan, Tayland, Tonga, Türkmenistan, Ukrayna, Özbekistan, Birleşik Arap Emirlikleri, Venezuela, Vietnam, Yemen, Zimbabve. 'Countries That Don't Recognize Dual Citizenship' (*WorldAtlas*, 23 May 2019) <https://www.worldatlas.com/articles/countries-that-don-t-recognize-dual-citizenship.html> Erişim Tarihi 19 May 2024. Güncel durum için bkz. 'Dual Citizenship Countries List 2024: Where and How to Get Dual Nationality?' (*Immigrant Invest*, 23 August 2022) <https://immigrantinvest.com/blog/countries-that-allow-dual-citizenship-en/> Erişim Tarihi 19 May 2024.

[109] Bu konudaki ilke ilk kez Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün Cambridge toplantısı sonunda kabul ettiği ilkelerde dile getirilmiştir. Bkz. International Law Institute, 'Principles Relating to Conflicts of Nationality Laws (Naturalization and Expatriation), Cambridge Session- 1895' <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1895_camb_02_fr.pdf> Erişim Tarihi 19 May 2024.

[110] European Convention on Nationality, European Treaty Series (ETS) No. 166.

vatandaşlığa ilişkin ilkeleri düzenleyen 4. maddesinde çoklu vatandaşlığı reddeden herhangi bir hükme yer verilmemekte; hatta madde 14 uyarınca doğumla veya evlenme nedeniyle kendiliğinden kazanılan vatandaşlık sonucunda oluşan çoklu vatandaşlık halleri, Sözleşme'ye taraf devletlerce tahammül edilmesi gereken haller olarak kabul edilmektedir.[111]

Bu çalışmanın konusunu oluşturan diplomatik koruma ve konsolosluk yardımı meselelerinde de çoklu vatandaşlık çözümü güç bazı problemler doğurmaktadır. Çoklu vatandaşlık durumundan diplomatik koruma ve konsolosluk yardımı bakımından iki temel senaryo söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilki, vatandaşlık devletleri ile üçüncü devletler arasındaki diplomatik koruma veya konsolosluk yardımı girişimi; ikincisi ise vatandaşlık devletlerinden birinin diğerine yönelik diplomatik koruma veya konsolosluk yardımı talebidir.[112] Bu bölümde öncelikle üçüncü devletler bakımından, ardından da vatandaşlık devletlerinin birbirilerine karşı diplomatik koruma ve konsolsoluk yardımı uygulamaları meseleleri ele alınacaktır.

A. Üçüncü Devletlere Karşı Vatandaşlık Devletlerinin Diplomatik Koruma ve Konsolosluk Yardımı Talepleri

Üçüncü bir devlet tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırılığa maruz kalan kişinin birden fazla devletin vatandaşı olması halinde, üç ihtimal ortaya çıkabilir: Vatandaşlık devletlerinin birlikte hareket etmeleri; vatandaşlık devletlerinden yalnızca birinin harekete geçmesi veya her birinin tek başına hareket etmesi.

Diplomatik koruma konusundaki klasik/geleneksel anlayış, devletlerin birlikte, ayrı veya tek başlarına hareket etmesi hali ayırt edilmeksizin üçüncü devletin vatandaşlık devletlerinden birini seçme yetkisini kabul etmektedir. 1930 Lahey Sözleşmesi'nin 5. maddesi bu seçimi kişinin "*mutad ve esas itibarıyla sakin olduğu*" veya "*içinde bulunduğu şartlar itibarıyla en sıkı ilişkili bulunduğu*" vatandaşlık devletini tercih etmek üzerinden kurgulamıştır. Dolayısıyla üçüncü devlet bu tercihi yaparken, ilke olarak, kişinin hangi devletle etkin bir bağının (*effective or predominant*) olduğunu dikkate alacaktır. Etkin vatandaşlık kriterine ilişkin diplomatik korumayı sağlayacak devletin, bireyin hakkını ihlal ettiği iddia edilen devlet tarafından seçilmesine ilişkin bu yaklaşım, UAD tarafından 1955 tarihinde verilen *Nottebohm*[113] kararında

---

111 Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde çoklu vatandaşlığı engelleyen ilkenin terk edilişine ilişkin bkz. Feriha Bilge Tanrıbilir, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku' 22 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 791, 791 ve 811. Bu ilkenin terk edilişinin nedeninin 20. yüzyılda dünyada yaşanan kalıcı göç hareketleri ve doğurduğu hukuki sorunlar olduğuna ilişkin bkz. PJ Spiro, 'Dual Citizenship as Human Right' (2010) 8 International Journal of Constitutional Law 111, 112–113.

112 Peter J Spiro, 'Multiple Nationality', *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online, 2008) para 4; Akkutay (n 10) 230.

113 *Nottebohm Case (second phase)(Liechtenstein v Guatemala), Judgement* [1955] ICJ Reports 4. Karara konu olayda Almanya'da doğan Frederic Nottebohm, doğum yoluyla Alman vatandaşı olmuş, 1939 yılında ise yetkili makam kararıyla Liechtenstein vatandaşlığını kazanmıştır. 1905

da benimsenmiştir.[114] UAD, çoklu vatandaşlık hallerinde kişinin '*etkin bağının* tespitinde devletin araması gereken kriterleri belirlerken 1930 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 5. maddesine değinerek, bireyin doğduğu yer, mutad meskeni, mallarının, ailesinin ve iş yerinin bulunduğu yer, siyasal haklarını kullandığı yer, vergi ödediği ve askerlik yaptığı yer gibi birçok faktörün dikkate alınarak gerçek vatandaşlığın tespit edilebileceğini belirtmiştir.[115] *Nottebohm* davası esasında çoklu vatandaşlıkla ilgili olmasa da, çoklu vatandaşlıkta etkin bağın tespitinde kullanılacak unsurları örneklendirmesi bakımından önemlidir. Divan'ın kararından çıkan sonuç, vatandaşlık devletiyle gerçek bir bağı olmadan, adeta kağıt üzerinde edinilen vatandaşlığın etkin vatandaşlık devletine karşı ileri sürülemeyeceğidir.[116]

Öte yandan etkin bağ kriterinin genel kabul görmediği ve tüm durumlarda uygulanabilir olmadığını da söylemek gerekir. Nitekim buna ilişkin sınırlamalar, 1958 yılında İtalyan-ABD Uzlaşma Komisyonu tarafından karara bağlanan *Flegenheimer*[117] davasında da açıkça ifade edilmiştir. Komisyon, etkin vatandaşlık bağı doktrininin genelleştirilmesi halinde, bir devletin vatandaşlığına sahip olan ancak ikamet ettiği yeri, ailesi ve işi başka bir devlette bulunan binlerce kişinin vatandaşlıklarının tanınmaması tehlikesine maruz kalacağını kaydetmiştir.[118]

Günümüzde kabul edilen kurallar da bu yaklaşımı doğrular niteliktedir. Çoklu vatandaşlık devletlerinin üçüncü devlete karşı diplomatik koruma işletmesi durumunda, vatandaşlık devletleri tek başına hareket edebilecekleri gibi, birlikte de ha-

---

yılında Guatemala'ya yerleşerek iş ilişkilerini burada sürdüren Nottebohm, aralıklarla Almanya ve Liechtenstein'a gitse de daimi ikametgahı Guatemala olmuştur. II. Dünya Savaşı sırasında Alman vatandaşlarının Guatemala tarafından düşman devlet vatandaşı olarak ilan edilmesi üzerine tutuklanan, sınır dışı edilen ve ülkeye girişi yasaklanan Nottebohm'ın malları da müsadere edilmiştir. Bunun üzerine uğradığı zararın tazmini için Liechtenstein'dan diplomatik koruma talep eden Nottebohm, Liechteinstein vatandaşlığı kazandığı gerekçesiyle Alman vatandaşlığından çıkarıldığını iddia etmiştir. Liechtenstein'in diplomatik koruma talebini reddeden Guatemala ise, Nottebohm'ın Liechtenstein vatandaşlığını geçerli bir şekilde kazanmadığını, gerçek vatandaşlığının Alman vatandaşlığı olduğunu iddia etmiştir.
Nottebohm kararının esasa ve usule ilişkin kapsamlı bir inceleme ve eleştirisi için bkz. Yılmaz (n 60); Demirkol (n 60).

114 *Nottebohm (Judgement)* (n 113) 22–23.

115 *ibid 22.*

116 Spiro, *At Home in Two Countries* (n 46) 62.

117 *Flegenheimer case* [1958] Italian-US Conciliation Commission Decision No.182, Vol. XIV UNRIAA 327. İtalya-Amerika Birleşik Devletleri Uzlaştırma Komisyonu'nda görülen davasıya konu olan olay, Yahudi asıllı bir ABD vatandaşı olan Flegenheimer'ın İkinci Dünya Savaşı sırasında İtalya'daki mülkünün zorla satılması nedeniyle tazminat talep etmesi etrafında dönmüştür. Mülk, İtalyan hükümeti tarafından çıkarılan anti-semitizm yasaları nedeniyle baskı altında satılmıştı. Flegenheimer bu durumun 1947 İtalya Barış Andlaşması uyarınca düşmanca muamele teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Ancak Komisyon, Flegenheimer'ın zararın meydana geldiği tarihte ABD vatandaşı olmaması ve İtalyan yetkililer tarafından yapıldığı iddia edilen gecikmelerin andlaşmada tanımlandığı şekilde düşmanca muamele anlamına gelmemesi nedeniyle andlaşma kapsamında tazminat almaya hak kazanmadığına karar vermiştir. ibid 330–336.

118 *Flegenheimer case* (n 117) para 62.

reket edebilirler. DKTM m.6'da da benimsenen bu yaklaşım uyarınca ihlal anında ve koruma talebinin ileri sürüldüğü anda vatandaşlık bağının sürekliliği esastır.[119] Devletlerin birlikte veya yalnızca bir tanesinin diplomatik koruma işletmesi halinde etkin (*effective/genuine*) vatandaşlık kriteri geçerli değildir. Başka bir deyişle, etkin bağa sahip olmayan bir vatandaşlık devletinin üçüncü bir devlete karşı diplomatik koruma ileri sürmesi halinde, o devletin zarara uğrayan vatandaşla arasında etkin bağ bulunup bulunmadığına bakılmayacaktır. Bu yaklaşım, UAD'ın Nottebohm kararının tam tersi niteliktedir.

Birden fazla devletin vatandaşlığına sahip kişi açısından koruma ileri süren vatandaşlık devletinin etkin veya baskın vatandaşlık devleti olduğunu göstermesi gerektiği görüşü yargı kararlarınca da reddedilmektedir. Nitekim *Salem*[120] davasında hakem heyeti, Mısır'ın, zarar gören kişinin etkin vatandaşlık devletinin İran olduğu gerekçesiyle diğer vatandaşlık devleti olan ABD'nin taleplerinin reddedilmesi gerektiği argümanını; çifte vatandaşlık durumunda vatandaşlık devletlerinden birinden gelen bir talebe karşılık, herhangi bir talepte bulunmayan diğer vatandaşlık devletinin etkin vatandaşlık devleti olduğunun ileri sürülemeyeceğine karar vermiştir.[121] İran-ABD Tazminat Mahkemesi de, çoklu vatandaşlık durumunda, zarar gören kişi ile davacı devlet arasında iyi niyetli bir bağ olması koşuluyla, etkin vatandaşlığın kanıtlanmasına gerek olmadığı şeklinde uzlaşmacı bir eğilim sergilenmiştir.[122]

Vatandaşlık devletlerinin her birinin tek başına hareket ederek diplomatik koruma ileri sürmesi durumunda ise, üçüncü devlet olan ihlal devletinin etkin bağ kriterini kullanarak bir seçimde bulunması gerektiği düşüncesindeyiz. Her ne kadar DKTM m. 6 vatandaşlık devletlerinin her birinin tek başına hareket ederek diplomatik koruma ileri sürmesine ilişkin bir cevap sunmasa da, üçüncü devletin hangi talebe öncelik vereceğine ilişkin bir tercihte bulunabilmesi bakımından, etkin bağ temel kriter olarak değerlendirilmelidir. Çünkü bu kriter üçüncü devletin, çoklu vatan-

---

119 Tek vatandaşlıkta olduğu gibi, çoklu vatandaşlık devletlerinin hukuka aykırılık ve diplomatik korumanın ileri sürüldüğü her iki anda da vatandaşlığın var olması gerektiği, bir ön koşul olarak değerlendirilmektedir. Bunun ortaya koyulamaması halinde diplomatik koruma ileri süren devletin talebi kabul edilmeyecektir. Örneğin *Rothman* davasında Komiser, çoklu vatandaşlık durumunda etkin vatandaşlığın uygulanıp uygulanmayacağı konusuna girmeksizin, Rothman'ın ihlal anında ABD vatandaşlığının bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. *The United States of America on behalf of Henry Rothmann, claimant, v Austria and Hungary* (1928) Vol. VI UNRIAA 253 258.

120 *Salem Case (Egypt v USA), Award of 8 June 1932* (1932) Vol. II UNRIAA 1161.

121 Mahkeme'ye göre "*[…]uluslararası hukukun kuralı, çifte vatandaşlık durumunda üçüncü bir devletin, vatandaşı davayla ilgilenen iki devletten birinin talebine, diğer devletin vatandaşlığına atıfta bulunarak itiraz etme hakkına sahip olmadığıdır.*". ibid 1188.
Daimi Hakemlik Mahkemesi'nde görülen *Canevaro Davası*'nda (İtalya v Peru), davacı Bay Canevaro kan esasına göre İtalyan ve toprak esasına göre de Perulu idi. Mahkeme, Peru vatandaşlığından etkin bir şekilde yararlandığı ve hatta Peru'nun siyasi yaşamında aktif hale geldiği için Canevaro'nun Peru aleyhindeki şikayetini reddetmiştir. Bu koşullar altında, İtalyan vatandaşlığının baskın olarak değerlendirilmesi mümkün görülmemiştir. Guy IF Leigh, 'Nationality and Diplomatic Protection' (1971) 20 International and Comparative Law Quarterly 453, 462.

122 Örnek davalar için bkz. Amerasinghe (n 11) 110.

daşlık devletlerinden birini diğerine nazaran tercih etmesine ilişkin keyfi karar vermesinin önüne geçecektir. Böylece üçüncü devlet, çoklu vatandaşlık devletleriyle arasındaki ilişkileri dikkate alarak değil, merkeze bireyi koyarak karar verecektir. Etkin bağın tespitine ilişkin *Nottebohm* kararında zikredilen örnekleri kullanarak, objektif ve öngörülebilir bir zeminde hareket etmiş olacaktır. Ancak insan hakları ihlallerine neden olabilecek uygulamaların etkin bağ kriterinin uygulanmasının istisnasını oluşturacağı kanaatindeyiz. Örneğin, etkin vatandaşlık devletinin üçüncü devlette tutuklanmış bir vatandaşının, serbest bırakılarak kendisine iade edilmesi konusundaki diplomatik koruma talebinin, bireyin etkin vatandaşlık devletine iadesi halinde, insan onuruyla bağdaşmayan kötü bir muameleye maruz kalacak olması gibi bir insan hakkı ihlaliyle karşı karşıya kalmasında bu kriter işletilmemelidir.[123] Böyle bir ihtimalde üçüncü devletin, etkin vatandaşlık devleti olmayan ancak bireyin insanca muamele göreceği diğer vatandaşlık devletinin koruma talebine karşılık vermesi uygun olacaktır.[124]

Konsolosluk yardımı bakımından ise durum diplomatik korumadan farklıdır. Konsolsoluk yardımının altında yatan temel anlayış, yukarıda da açıkladığımız üzere, bireyin yabancısı olduğu bir hukuk sisteminde zayıf konumda ve hatta çaresiz kalabileceği hukuki süreçlerde ona destek olmaktır. Bu destek temelde adil yargılanma hakkının gereği gibi işlemesine hizmet ettiğinden, bunun çoklu vatandaşlık devletlerini ayırmaksızın her türlü desteği sağlamaya imkan tanımak şeklinde yorumlanması gerekmektedir. Başka bir deyişle üçüncü devlette özgürlüğünden yoksun kalan bir yabancının, birden fazla devletin vatandaşlığında bulunması halinde, kabul eden devletin, ilgilinin talebi durumunda, vatandaşlık devletlerinin her birinin konsolosluğuna haber verme ve konsolosluk yardımından yararlandırma yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir. KİHVS m. 36 açısından da çoklu vatandaşlık durumlarında özel bir düzenleme olmadığından, devletlerin egemen eşitliği ilkesi gereği her birinin kendi vatandaşlıyla ilgili üçüncü devletler nezdinde hareket

---

123 Her ne kadar diplomatik korumaya ilişkin olmasa da insan haklarına ilişkin bir meseleyi ele alan 7 Temmuz 1992 tarihli "*Mario Vicente Micheletti ve Diğerleri v. Delegacion del Gobierno en Cantabria*" kararında Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), çoklu vatandaşlıkta etkin bağ kriterinin yegane kriter olmayacağı tespiti, bunu doğrular niteliktedir. Karara konu olan olayda Bay Micheletti doğum yoluyla Arjantin ve sonradan İtalyan vatandaşı olan bir diş hekimi olarak, AB vatandaşlarına tanınan yerleşme serbestisi kapsamında İspanya'ya yerleşerek muayenehane açmak istemiştir. İspanyol Medeni Kanunu'nun birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanların İspanya'ya gelmeden önce mutad olarak sakin oldukları yer vatandaşlığının esas alınacağına ilişkin 9. maddesi uyarınca, Bay Micheletti İspanya idari makamları tarafından Arjantin vatandaşı olarak kabul edilmiş ve talebi reddedilmiştir. ABAD, bir üye devlet vatandaşının AB hukukundan kaynaklanan yerleşme serbestisinin, o kişi aynı zamanda AB üyesi olmayan bir devletin vatandaşı olduğu gerekçesiyle reddedilemeyeceğine hükmetmiştir. *Mario Vicente Micheletti and others v Delegación del Gobierno en Cantabria, Judgment, Case C-369/90* [1992] European Court Reports 04239.

124 Amerasinghe'in aşağıda çoklu vatandaşlık devletlerinin birbirlerine karşı diplomatik korumayı ileri sürebilmelerini tanıdığı tek istisna aslında verdiğimiz örnek bakımından burada daha makul kabul edilebilir. Amerasinghe (n 11) 111. (bkz. aşağıda dp.128)

edebileceği çıkarımında bulunulabilir.[125] Burada vatandaşlık devletleri arasında bir tercih yapılması gerekiyorsa, bu tercih de vatandaşın kendisi tarafından yapılabilir. Nitekim KİHVS m.36/1-b hükmündeki "*ilgilinin talep etmesi halinde*" ifadesinin yorumundan böyle bir sonuca varmak da mümkündür. Öte yandan, vatandaşlık devletlerinin yurtdışındaki vatandaşlarına sağlayacakları konsolosluk yardımı konusunda kimi sınırlar öngörmeleri de mümkün olabilmektedir. Konsolosluk yardımının nasıl ve ne ölçüde sağlanacağı, diplomatik korumada olduğu gibi vatandaşlık devletinin takdirinde olan bir konu olduğu için, bununla ilgili sınırları belirlemek de vatandaşlık devletinin yetkisindedir.[126]

B. Vatandaşlık Devletlerinin Birbirlerine Karşı Diplomatik Koruma ve Konsolosluk Yardımı Talepleri

1930 tarihli Lahey Sözleşmesi m. 4'te çoklu vatandaşlık devletlerinin birbirlerine karşı diplomatik koruma ileri süremeyecekleri kabul edilmiştir.[127] Diplomatik korumanın vatandaşlık devletine karşı ileri sürülememesi, ihlal devleti konumundaki vatandaşlık devletinin vatandaşlık bağından kaynaklanan çıkarlarını koruyan temel bir kuraldır.[128] Bu kural, genel kabul gören bir kural olarak hem kodifikasyon çalışmalarında hem de çeşitli yargı kararlarında kendini göstermiştir.[129]

---

125 Quigley, Aceves and Shank (n 1) 40.

126 Örneğin, ABD, önceki uygulamalarında, çoklu vatandaşlıkta konsolosluk yardımını sağlamayı, vatandaşının ABD'de ikamet etmesi ve üçüncü devletin ülkesine kendi pasaportuyla girmiş olması koşuluna bağlamaktadır. ibid 43. Günümüzde bu uygulamaya, konuya ilişkin hazırlanan rehberde yer verilmediği görülmektedir. '7 FAM 410 Introduction to Arrest and Detention, CT:CON-975; 04-06-2023 (Office of Origin: CA/OCS)' <https://fam.state.gov/fam/07fam/07fam0410.html#M416_3> Erişim Tarihi 21 May 2024.

127 Bu kural devletlerin sorumsuzluğu (*nonresponsibility*) ile temellendirilmektedir. Devletlerin egemenliği ve eşitliğine dayanan bu ilke, devletinin vatandaşına verdiği zararlardan uluslararası hukuk nezdinde sorumlu olmayacağına dayanmaktadır. Vermeer-Künzli, 'Nationality and Diplomatic Protection- A Reappraisal' (n 12) 81. Geleneksel doktrin, çoklu vatandaşlıkta her vatandaşlık devletinin birey adına talepte bulunmaya içsel olarak yetkili olduğunu kabul etmekle birlikte, hiçbirinin talebini vatandaşı olduğu başka bir devlete karşı ileri süremeyeceğini öngörmektedir. Burada kişinin çoklu vatandaşlığı, korumayı ileri sürecek devletle arasındaki bağ daha baskın olsa bile, diğer vatandaşlık devletine karşı korumanın işletilmesini engeller. Belki başka türlü haklı olabilecek talepler, kişi aynı zamanda davalı devletin vatandaşı olduğu için reddedilir. Buna karşılık, baskın ve etkin vatandaşlık kuralı, bireyin davacı devletle davalı devletten daha önemli bir bağı olduğunu gösteren olgular varsa, bireye zararlarının giderimi fırsatı sunmaktadır. Michigan Law Review, 'Claims of Dual Nationals in the Modern Era: The Iran-United Claims of Dual Nationals in the Modern Era: The Iran-United States Claims Tribunal' (1984) 83 Michigan Law Review 597, 599; Craig Forcese, 'The Capacity to Protect: Diplomatic Protection of Dual Nationals in the "War on Terror"' (2006) 17 European Journal of International Law 369, 384–385.
Sorumsuzluk doktrini, UAD tarafından "*bir devletin kendi vatandaşlarından biri adına, onu kendi vatandaşı olarak gören [diğer] bir devlete karşı koruma sağlamadığı olağan uygulama*" olarak tanımlanmıştır. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion* [1949] ICJ Reports 1949 174 186.

128 Amerasinghe (n 11) 110–111.

129 Bu kuralın benimsendiği örnekler için bkz. ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with

Genel kural böyle olmakla birlikte, istisnai olarak çoklu vatandaşlık devletlerinin de birbirlerine karşı diplomatik koruma ileri sürebilmesine imkan tanıyan yargı kararlarına rastlamak mümkündür.[130] Örneğin, 1955 yılında karara bağlanan, *Mergé* davasında[131], İtalyan-Birleşik Devlet Uzlaştırma Komisyonu şunları belirtmiştir: *"[d]evletlerin egemen eşitliğine dayanan ve çifte vatandaşlık durumunda diplomatik korumayı dışlayan ilke, söz konusu vatandaşlığın talep eden devletin vatandaşlığı olması halinde, etkin vatandaşlık ilkesine öncelik tanımalıdır."*[132] İran-ABD Tazminat Mahkemesi de, çifte vatandaşlık durumlarında daha baskın vatandaşlığa sahip devletin taleplerinin diğer vatandaşlık devletine karşı kabul edilebileceğini öngörürken, sorumsuzluk doktrinini reddederek *Mergé* davasındaki formülü benimsemiştir.[133]

UHK'nin de vatandaşlık devletleri arasındaki diplomatik koruma taleplerini içeren DKTM 7. maddede benzer bir düzenlemeye gittiği görülmektedir. DKTM m. 7 uyarınca çoklu vatandaşlık devletlerinden, diplomatik koruma ileri sürecek devletin hem zarara neden olan olay anında hem de diplomatik koruma talebinin ileri sürüldüğü anda vatandaşlık bakımından *"daha baskın"* (*predominant)* bir devlet olması gerektiği öngörülmüştür.[134] Burada zikredilen vatandaşlık bakımından

---

Commentaries' (n 13) 34 dp. 76–77.

130 Amerisanginshe vatandaşlık devletlerinin birbirine karşı diplomatik koruma ileri sürmesine karşı çıkarak bunun, kurumun doğasına aykırı olduğunu savunmaktadır. Yazarın bu konuda kabul edilebilir bulduğu tek istisna, diplomatik koruma ileri sürecek diğer vatandaşlık devletinin etkin vatandaşlık devleti olmasının yanında ihlalci vatandaşlık devletinin gayrı medeni ve insan haklarına aykırı tutumlar içinde olmasıdır. Yazarın bu tür tutumlara örnek olarak din ve vicdan özgürlüğünün reddedilmesi, işkence, zina nedeniyle recm gibi aşağılayıcı ve insanlık dışı muamele ve yaşam hakkı için yeterli korumanın sağlanmamasını göstermiştir. Amerasinghe (n 11) 111.

131 *Mergé Case* [1955] Italian-US Conciliation Commission Decision No. 55, 14 UNRIAA 236. Davaya konu olan olayda doğuştan ABD vatandaşı olan Florence Strunsky-Mergé, 1933 yılında bir İtalyan vatandaşıyla evlenmiş ve kocasının İtalyan hükümetinde tercüman olarak çalışması nedeniyle otomatik olarak İtalyan vatandaşlığını kazanmıştır. 20 sene boyunca önce Roma sonra Tokyo sonra tekrar Roma'da yaşamasına rağmen, ABD konsolosluk yetkililerine kayıt yaptırarak ve ABD pasaportunu yenileyerek ABD vatandaşlığını korumuştur. Ancak, davasını açtığında İtalya-Birleşik Devletler Uzlaşma Komisyonu, çifte vatandaşlığını kabul etmekle birlikte İtalyan vatandaşlığına öncelik vermiş; baskın vatandaşlık ilkesine dayanarak Mergé'nin yirmi yıldan uzun bir süredir ABD dışında ikamet ettiği göz önüne alındığında, talep sürecinin amaçları doğrultusunda ABD vatandaşı olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir. Spiro, *At Home in Two Countries* (n 46) 63.

132 Dugard (n 33) 1055–1056.

133 Mahkeme, *Esphahanian v. Bank Tejarat* kararında, İran vatandaşlığının baskın olması durumunda ABD'ye karşı taleplerin; ABD vatandaşlığının baskın olması durumunda ise İran'a karşı taleplerin kabul edilebileceğini öngörmüştür. *Esphahanian v Bank Tejarat, Final Award (Award No 31-157-2), Case No 157* [46]. Mahkeme *A/18* kararında da önceki kararını teyit ederek şu saptamada bulunmaktadır: "*Bir devlet, her iki devletin de vatandaşlığına sahip bir birey adına başka bir devlet tarafından kendisine karşı ileri sürülen bir talebi, söz konusu bireyin talepte bulunan devlet ile daha yakın ve daha etkili bir bağı olmadığı sürece, tanımak zorunda değildir.*" *Iran v United States Case No A/18* [1984] Iran-US CTR A/18, 5 Iran-US Claims Tribunal Reports 265–266.

134 DKTM m.7: "*Bir kişinin vatandaşı olduğu devlet, bu kişinin aynı zamanda vatandaşı olduğu devlete karşı diplomatik koruma uygulayamaz; meğer ki hem zararın meydana geldiği tarihte hem de talebin resmi olarak ileri sürüldüğü tarihte önceki devletin vatandaşlığı daha baskın olsun*."

"daha baskın, öne çıkan, ağır basan, hakim (*predominant)"* olma hali*, "etkin veya baskın (effective/geniune or dominant)"* kavramlarından farklı şekilde anlaşılmalıdır. Çünkü "daha baskın" ifadesi, içerisinde göreceliliği barındırır. Bu ifadeyle, devletlerin her birinin farklı yönlerden baskın bir bağa sahip olabildiği senaryolarda da birbirleriyle kıyaslanarak bireyle olan ilişkilerinin yoğunluğunun değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir. Bu görecelilikte, vatandaşlıklardan her birinin, uluslararası hukuk bakımından geçerli ve vatandaş tarafından kullanılabilir olması bağlamında etkin olduğu varsayılmaktadır.[135] Hangi devletin daha baskın bir vatandaşlık bağına sahip olduğu ise somut olayın özelliklerine göre çeşitli koşulların değerlendirilmesiyle belirlenecektir.[136] DKTM m. 7'de etkin/baskın kavramlarının kullanılmayarak *"daha baskın*" ifadesine yer verilmesinin temel nedeni de, vatandaşlık devletleri arasında işletilen korumada devletlerin her birinin kendi hukuku bakımından vatandaşıyla meşru bir bağının olduğunun bir ön kabul olarak görülmesidir. Dolayısıyla, her biri kendisi açısından etkin ve gerçek vatandaşlığa sahiptir. Burada ispat yükünün daha baskın olduğunu iddia eden devlete ait olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ancak bu ihtimalde, vatandaşlık devletleri arasında da diplomatik koruma işletilebilecektir. Vatandaşlık devletlerinin her ikisinin de güçlü bağlara sahip olmadığı, aksine ikisinin de vatandaşla zayıf bağlarının olduğu hallerde de, yine aradaki bağlar yarıştırılarak görece daha baskın olanının diğerine diplomatik koruma işletebileceği kabul edilmelidir.[137]

Konsolosluk yardımı bakımından bireyin hem kabul eden hem gönderen devlet vatandaşı olması halinde bir yabancılık unsuru bulunmadığından ve konsolosluk yardımının temelinde yabancının bulunduğu ülkedeki hukuk sistemindeki durumunu iyileştirmek yattığından, kabul eden devlet kendi vatandaşı için diğer vatandaşlık devletinin konsolosunun resmi temas girişimlerini reddedebilir.[138] Bunun altında yatan anlayış, bireyin vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devletin hukuk sistemine "yabancı" olduğunu iddia etmesinin kabul edilemez olması ve bu ihtimalde kabul eden devletin kendi vatandaşlığını 'etkin' vatandaşlık olarak addetmesidir.[139] Bu

---

135 Vermeer-Künzli, 'Nationality and Diplomatic Protection- A Reappraisal' (n 12) 81–82.

136 UHK 7.maddenin şerhinde, göz önüne alınacak kriterleri şöyle saymıştır: mutat mesken, her ülkede geçirilen süre, vatandaşlığa kabul tarihi; eğitim yeri, müfredatı ve dili; çalışma ve ekonomik durumuna ilişkin veriler; aile hayatının yeri; her ülkedeki aile bağları; sosyal ve kamusal hayata katılım; dil kullanımı; vergilendirme, banka hesabı, sosyal güvenlik sigortası; vatandaşı olunan diğer devlete yapılan ziyaretler; diğer devletin pasaportuna sahip olma ve kullanma; ve askerlik hizmeti. ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries' (n 13) 46. Ayrıca bkz. *Nottebohm (Judgement)* (n 113) 22.

137 Vermeer-Künzli, 'Diplomatic Protection and Consular Assistance of Migrants' (n 83) 272.

138 Bu durumda konsolosluk, gayri resmi yollardan temas kurmayı deneyebilir. Eileen Denza and Chanaka Wickremasinghe, 'Consuls: Appointment, Functions, and Status' in Ivor Roberts (ed), *Satow's diplomatic practice* (Eighth edition, Oxford University Press 2023) 281. Konuyla ilgili devlet uygulamaları için bkz. Lee and Quigley (n 68) 127–131.

139 Lee and Quigley (n 68) 127; Denza and Wickremasinghe (n 138) 281. Aksi görüş için bkz. Arevalo-Ramirez and MacLean (n 9) 300.

nedenle bir devlet, kendi topraklarında bir vatandaşın yalnızca o devletin vatandaşı olduğu görüşünü uygulama hakkına sahiptir ve bu görüş o devletin bir kişinin sahip olabileceği diğer vatandaşlıkları göz ardı edebileceği veya açıkça reddedebileceği sonucunu doğurur. *Avena* kararında bu konu gündeme gelmiştir. ABD, gönderen devletin vatandaşının, gözaltına alındığı veya tutuklandığı (kabul eden) devletin de vatandaşı olması halinde, VAHS m. 36 kapsamında kabul eden devletin konsolosluğa haber verme yükümlülüğünün bulunmadığını ileri sürmüştür.[140] Divan, ABD'nin söz konusu kişilerin Meksika vatandaşlığının yanında ABD vatandaşlığına da sahip olduklarına dair ispat külfetini yerine getirmediği için VAHS m.36/1-b'den kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır.[141] Bununla birlikte, vatandaşlığı kanıtlamış olması ihtimalinde Divan'ın, ABD'nin itirazlarını değerlendirebileceği çıkarımında bulunmak mümkündür.

Gönderen devlet bakımından kendi vatandaşlarına diğer vatandaşlık devletinde konsolosluk yardımı sunmama yönünde bir eğilime rastlanmaktadır.[142] Bu konudaki bir istisna, insan haklarının korunması bağlamında bireyin vatandaşlık devletlerinden birinde yaşamı veya hayatının tehlikede olması durumu olabilir.[143] Diğer bir istisnai durum ise, kişinin çoklu vatandaşlıklarından birinin kabul eden devlet vatandaşlığı olması ancak kendisinin bu durumdan haberdar olmaması halinde ortaya çıkabilir.[144] Böyle durumlarda kişi her ne kadar kabul eden devlet vatandaşı olsa da, bu vatandaşlıktan haberdar olmaması nedeniyle söz konusu vatandaşlık devletinin ceza adaleti başta olmak üzere hukuk sistemi hakkında herhangi bir bilgiye sahip değildir. Dolayısıyla kabul eden devletin hukuk sistemi içerisinde herhangi bir yabancıya kıyasla kendisini savunmak bakımından daha avantajlı bir konuma da sahip değildir. Bununla birlikte, yine kabul eden vatandaşlık devletinin, teması engellemesinin de mümkün olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

---

140 *Avena (Judgment)* (n 64) para 41.

141 ibid 57.

142 Örneğin, Güney Afrika, kendi vatandaşlarına, diğer bir vatandaşlık devletinde konsolosluk yardımında bulunmayacağını açıkça düzenlemiştir. Quigley, Aceves and Shank (n 1) 45.

143 Örneğin, İsviçre, vatandaşının, aynı zamanda başka bir devlet vatandaşlığında bulunduğunda, özellikle işkence veya insanlık dışı koşullar sonucu yaşamını veya sağlığını etkileyen bir tehlike altında olması durumunda konsolosluk yardımı sağlayabileceğini belirtmektedir. 'Diplomatic and Consular Protection' <https://www.eda.admin.ch/eda/en/home/foreign-policy/international-law/respect-promotion/diplomatic-consular-protection.html> Erişim Tarihi 15 May 2024.

144 ABD'nin eski uygulamasında böyle bir durum da gözetilmekteydi. ("*Tutuklunun birincil fiziksel ikametgahı ABD'de ise ve özellikle ev sahibi ülkeye ABD pasaportuyla giriş yapmışsa, konsolosluk erişimi ve ziyaret hakları için çok baskı yapmalısınız. Tutuklanan kişi ikinci vatandaşlığını bilmiyorsa veya bu vatandaşlıktan vazgeçmek için herhangi bir yasal başvuru yolu yoksa, bu faktörler de yerel makamları ABD konsolosluk hizmetlerine izin vermeye ikna etmek için kullanılmalıdır.*" Department of State, *Foreign Affairs Manual*, vol. 7, *§416.3–1 Dual national arrestees in the non-US country of nationality,* http://www.state.gov/m/a/ dir/regs/fam/c22164.htm) (aktaran) Quigley, Aceves and Shank (n 1) 43. Günümüzde ise bu uygulamanın kaldırıldığı görülmektedir. Bkz. '7 FAM 410 Introduction to Arrest and Detention, CT:CON-975; 04-06-2023 (Office of Origin: CA/OCS)' (n 126).

SONUÇ

Diplomatik koruma ve konsolosluk yardımı vatandaşlık bağının bireylere sağladığı en temel destek ve korumalardandır. Bu iki kavram arasındaki ayrım teoride belirgin olsa da, uygulamada bulanıklaşabilmektedir.[145] Diplomatik koruma, uluslararası hukuka aykırı bir fiilden zarar gören vatandaşlara devletler arası bir müdahale olarak tanımlanırken, konsolosluk yardımı, siyasi temsil görevi olmayan konsolosluk görevlileri tarafından sağlanan ve uluslararası ihlalleri önlemeyi amaçlayan bir destektir. Bu bakımdan konsolosluk yardımının diplomatik korumayı gerektirecek bir durumun ortaya çıkmasını engelleyici bir işlevi olduğu da söylenebilir. Diplomatik koruma diplomatik kanallar veya diğer barışçıl çözüm yollarıyla gerçekleştirilirken, konsolosluk yardımı genellikle bireylerin çıkarlarını temsil eden konsolosluk memurları tarafından sunulur. Her iki durumda da, iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliği bu ayrımı belirlemede önemli bir rol oynar. Zira diplomatik korumada kural olarak iç başvuru yollarının tüketilmesi gerekirken konsolosluk yardımında böyle bir zorunluluk yoktur.[146] Bu anlamda aralarındaki temel fark, korumanın amacı değil, bunun yerine getirilme yöntemi ve düzeyinde ortaya çıkmaktadır.[147] Ayrıca, konsolosluk yardımının devreye girmesi prensipte kişinin bu yönde bilgilendirilmesi ve talepte bulunmasına bağlıyken diplomatik korumada kişinin talepte bulunması gerekmez.[148] Diğer yandan diplomatik korumayı kullanırken devlet, talebi kendi talebiymiş gibi ele alarak bunu bir uluslararası sorumluluk meselesi haline getirirken, konsolosluk yardımında devlet, konsolosluk görevlileri aracılığıyla bireyin yerine geçmeden ona destek olur.[149] Bununla birlikte her iki kurumun da ortak noktası vatandaşlık bağıdır. Bu iki kurumun benzerlikleri nedeniyle net bir ayrım yapmak zor olup, her somut olayın kendi özelliklerine uygun biçimde bir saptama yapılmalıdır. Temelde bakıldığında, konsolosluk yardımı, hem diplomatik koruma gerektirecek durumların önlenmesi bakımından bir öncül işlev görmekte, hem bu yardıma ilişkin kuralların ihlali durumunda diplomatik korumanın işletilmesine neden olabilmektedir.[150]

Bireyin tek bir vatandaşlığının söz konusu olduğu durumlarda gerek diplomatik koruma gerek konsolosluk yardımı sağlayacak devlet vatandaşlık devletidir. Hatta Nottebohm kararının aksine, günümüzde bireyin vatandaşı olmadığı ancak daha

---

145 Denza and Wickremasinghe (n 66) 291.

146 Rodolfo Ribeiro C Marques, 'The Right to Access Consular Assistance and Protection and Its Relevance to the Architecture of a Safe, Orderly, and Regular Migration' (2021) 23 Interventions 313, 317.

147 Denza and Wickremasinghe (n 66) 292.

148 Aybay (n 69) 169.

149 Marques (n 146) 317–318.

150 ILC, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries' (n 13) 28; Dugard (n 18) para 71. Zira UAD'ın yukarıda belirttiğimiz LaGrand, Avena, Jadhav ve (kısmen) Diallo davaları konsolosluk yardımı konusuyla ilgiliyken, talepleri dile getirmek için kullanılan mekanizma diplomatik koruma olmuştur.

sıkı bağlarla yaşadığı ülke devletine karşı dahi vatandaşlık devletinin bu korumaları sağlayabileceği kabul edilmektedir. Çoklu vatandaşlık durumlarında ise, üçüncü devletler açısından diplomatik koruma ve konsolosluk yardımı sağlama yönünden vatandaşlık bağının niteliği farklı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.

Diplomatik korumada, DKTM m. 6 uyarınca üçüncü devlete karşı vatandaşlık devletlerinin birlikte veya yalnızca bir tanesinin tek başına diplomatik koruma işletmesi halinde etkin (*effective/genuine*) vatandaşlık kriteri uygulanmamaktadır. Vatandaşlık devletlerinin her ikisinin de ayrı ayrı diplomatik koruma ileri sürmesi durumunda ise üçüncü devletin hangi talebe öncelik vereceği bir sorun teşkil edebilir. Bu noktada bireyi merkeze alan objektif bir yaklaşımla tespit edilebilen, öngörülebilir bir kriter olarak etkin vatandaşlık kriteri devreye girmelidir. Bireyin etkin vatandaşlık devletinde insan hakları ihlalleri veya adaletsiz muameleye tabi tutulabileceği durumlar bu genel saptamanın istisnasını teşkil etmektedir. Böyle bir durumda üçüncü devlet, etkin vatandaşlık bağına sahip olmayan diğer vatandaşlık devletinin talebine karşılık vermelidir. Çünkü burada korunan esas itibarıyla bireyin haklarıdır. Konsolosluk yardımında ise üçüncü devletin, çoklu vatandaşlık devletleri arasında ayrım gözetmeksizin vatandaşlık devletlerinden gelecek her türlü desteğin sağlanmasına imkan tanıması gerektiği kabul edilmelidir. Burada bir tercih yapılması gerekecekse de bu tercih özgürlüğünden yoksun kalan bireye bırakılmalıdır.

Son olarak, vatandaşlık devletlerinin birbirlerine karşı bu korumaları işletmeleri değerlendirildiğinde, iki kurum bakımından yine farklı saptamalar yapmak mümkündür. Diplomatik korumada devletlerin sorumsuzluğu doktrininden daha baskın (predominant) bağa sahip vatandaşlık devletine hak tanıma yönünde bir eğilim olduğu gözlenmektedir. DKTM m. 7'de de yer bulan ve vatandaşlık devletlerinden birinin diğerine nazaran bireyle daha baskın bir bağa sahip olmasına ilişkin bu eğilim, ikisi de etkin bağa sahip olmasa dahi, birbirlerine kıyasla daha baskın olanın, diğer vatandaşlık devletine karşı diplomatik korumayı işletmesine imkan verebilecektir. Konsolosluk yardımında ise, bireyin her iki devletin de vatandaşı olması itibariyle yabancılık unsuru bulunmamasından dolayı, kabul eden devletin, kendi vatandaşına, diğer vatandaşlık devletinin konsolosluk yardımı sağlamasına izin verme yükümlülüğü bulunmayacaktır. Ancak yaşamı ve sağlığı tehlikeye atacak bir insan hakkı ihlali veya bireyin kabul eden devlet vatandaşlığına da sahip olduğunu bilmemesi halinde konsolosluk yardımının sağlanması mümkündür.

KAYNAKÇA

Kitaplar- Kitap Bölümleri- Makaleler

Akkutay Aİ, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi* (Adalet 2013)

Aksar Y, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuku II* (Seçkin 2013)

Albayrak G (çev.), 'Diplomatik Koruma Hakkında Taslak Maddeler' [2019] Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 501–507

Amerasinghe CF, *Diplomatic Protection* (Oxford University Press 2008)

Angelet N, 'Consular Treaties', *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online, 2023)

Arevalo-Ramirez WO and MacLean RJB, 'Dual Nationality and International Law in Times of Globalization. Challenges and Opportunities for Consular Assistance and Diplomatic Protection in Recent Cases' (2020) 17 Brazilian Journal of International Law 288–309

Aybay R, *Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk* (2nd edn, Literatür Yayıncılık 2020)

Aybay R, Özbek N and Ersen Perçin G, *Vatandaşlık Hukuku* (Siyasal Kitabevi 2019)

Bal A, 'Devletin Uluslararası Sorumluluğa Ağırlıklı Olarak Diplomatik Himaye Çerçevesinde Başvurması: İç Başvuru Yollarının Tüketilmesi Şartının Uygulanabilirliği' (2021) 79 İstanbul Hukuk Mecmuası / Istanbul Law Review 543–597

Crawford J, *State Responsibility: The General Part* (1st edn, Cambridge University Press 2013)

— —, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9th Edition, Oxford University Press 2019)

Demirkol B, 'Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde "Etkin Vatandaşlık" Sorunsalı' [2015] Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 159–193

Denza E and Wickremasinghe C, 'Consular Access and Protection' in Ivor Roberts (ed), *Satow's diplomatic practice* (Eighth edition, Oxford University Press 2023)

— —, 'Consuls: Appointment, Functions, and Status' in Ivor Roberts (ed), *Satow's diplomatic practice* (Eighth edition, Oxford University Press 2023)

Doğan V, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (19th edn, Rehber Yayıncılık 2023)

Đorđeska M, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922-2018)* (Brill | Nijhoff 2020)

Dugard J, 'Diplomatic Protection' in James Crawford and others (eds), *The law of international responsibility* (Oxford University Press 2010)

— —, 'Diplomatic Protection', *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online, 2021)

Dupuy P-M and Hoss C, 'Avena and Other Mexican Nationals Case (Mexico v United States of America)', *Max Planck Encyclopedias of International Law* (online, 2009)

Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (9th edn, Beta Yayınevi 2022)

Forcese C, 'The Capacity to Protect: Diplomatic Protection of Dual Nationals in the "War on Terror"' (2006) 17 European Journal of International Law 369–394

Forlati S, 'Nationality as a Human Right' in Alessandra Annoni and Serena Forlati (eds), *The Changing Role of Nationality in International Law* (Routledge 2013)

Güngör G, *Tabiiyet Hukuku* (9th edn, Yetkin Yayınları 2021)

Hailbronner K and others, *Staatsangehörigkeitsrecht* (7th edn, CH Beck 2022)

Henrard K, 'The Shifting Parameters of Nationality' (2018) 65 Netherlands International Law Review 269–297

Hernández GI, *International Law* (Oxford university press 2019)

Karazivan N, 'Diplomatic Protection: Taking Human Rights Extraterritorially' (2007) 44 Canadian Yearbook of international Law/Annuaire canadien de droit international 299–352

Lee LT and Quigley JB, *Consular Law and Practice* (3. ed, Oxford Univ Press 2008)

Leigh GIF, 'Nationality and Diplomatic Protection' (1971) 20 International and Comparative Law Quarterly 453–475

Marques RRC, 'The Right to Access Consular Assistance and Protection and Its Relevance to the Architecture of a Safe, Orderly, and Regular Migration' (2021) 23 Interventions 313–325

Meray S, *Devletler Hukukuna Giriş İkinci Cilt* (4th edn, Ankara Üniversitesi Basımevi 1975)

Michigan Law Review, 'Claims of Dual Nationals in the Modern Era: The Iran-United Claims of Dual Nationals in the Modern Era: The Iran-United States Claims Tribunal' (1984) 83 Michigan Law Review 597–624

Nomer E, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (30th edn, Filiz Kitabevi 2022)

Öktem E, 'The Legal Notion of Nationality in the Turkish Republic: From Ottoman Legacy to Modern Aberrations' (2017) 53 Middle Eastern Studies 638–655

Paweł Czubik and Szwedo P, 'Consular Functions', *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online, 2013)

Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap* (12. baskı, Turhan Kitabevi 2021)

Peters A, *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law* (Jonathan Huston tr, 1st edn, Cambridge University Press 2016)

Pisillo Mazzeschi R, 'Impact on the Law of Diplomatic Protection' in Menno T Kamminga and Martin Scheinin (eds), *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (Oxford University Press 2009)

Quigley JB, *Foreigners on America's Death Rows* (1st edn, Cambridge University Press 2018)

Quigley JB, Aceves WJ and Shank SA, *The Law of Consular Access: A Documentary Guide* (Routledge 2010)

Sironi A, 'Nationality of Individuals in Public International Law: A Functional Approach' in Alessandra Annoni and Serena Forlati (eds), *The changing role of nationality in international law* (Routledge 2013)

Spiro PJ, 'Multiple Nationality', *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online, 2008)

Spiro PJ, 'Dual Citizenship as Human Right' (2010) 8 International Journal of Constitutional Law 111–130

Spiro PJ, *At Home in Two Countries: The Past and Future of Dual Citizenship* (New York University Press 2016)

Stephens HM, 'Nationality and History' (1916) 21 The American Historical Review 225–236

Stewart DP, 'The Emergent Human Right to Consular Notification, Access and Assistance' in Andreas Von Arnauld, Kerstin Von Der Decken and Mart Susi (eds), *The Cambridge Handbook of New Human Rights* (1st edn, Cambridge University Press 2020)

Tahiroğlu B and Erdoğmuş B, *Roma Hukuku Dersleri* (17th edn, Der Kitabevi 2023)

Tanrıbilir FB, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku' 22 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 791–818

Turhan T and Tanrıbilir FB, *Vatandaşlık Hukuku* (4th edn, Yetkin Yayınları 2017)

Uluocak N, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Filiz Kitabevi 1989)

Vattel E de, *The Law of Nations, or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury* (Bela Kapossy and Richard Whatmore eds, Liberty Fund 2008)

Vermeer-Künzli A, 'Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection' (2006) 75 Nordic Journal of International Law 279–307

Vermeer-Kunzli A, 'A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility Erga Omnes' (2007) 56 The International and Comparative Law Quarterly 553–581

Vermeer-Künzli A, 'As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection' (2007) 18 European Journal of International Law 37–68

—— —, 'Nationality and Diplomatic Protection- A Reappraisal' in Alessandra Annoni and Serena Forlati (eds), *The changing role of nationality in international law* (1. publ, Routledge 2013)

——, 'Diplomatic Protection and Consular Assistance of Migrants' in Vincent Chetail and Céline Bauloz (eds), *Research Handbook on International Law and Migration* (Edward Elgar Publishing 2014)

Warbrick C and McGoldrick D, 'Diplomatic Representations and Diplomatic Protection' (2002) 51 The International and Comparative Law Quarterly 723–733

Whitesell BP, 'Diamond in the Rough: Mining Article 36(1)(b) of the Vienna Convention on Consular Relations for an Individual Right to Due Process' (2004) 54 Duke Law Journal 587–619

Wouters J and others, *International Law: A European Perspective* (Hart publishing 2019)

Yılmaz I, 'Gerçek Kişilerin Vatandaşlığında "Gerçek Bağlantı" İlkesi: Nottebohm Romantizminin Sonu' (2021) 0 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 965–1011

Yüksel C and Baran D, 'Uluslararası Adalet Divanı Kararları Işığında Bireysel Hakların Diplomatik ve Konsüler Haklar Bağlamında Korunması' (2022) 10 Journal of Penal Law and Criminology / Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 1–40

İnternet Kaynakları

'7 FAM 410 Introduction to Arrest and Detention, CT:CON-975; 04-06-2023 (Office of Origin: CA/OCS)' <https://fam.state.gov/fam/07fam/07fam0410.html#M416_3> Erişim Tarihi 21 May 2024

'Countries That Allow Dual Citizenship' (*WorldAtlas*, 21 December 2020) <https://www.worldatlas.com/articles/countries-that-allow-dual-citizenship.html> Erişim Tarihi 19 May 2024

'Countries That Don't Recognize Dual Citizenship' (*WorldAtlas*, 23 May 2019) <https://www.worldatlas.com/articles/countries-that-don-t-recognize-dual-citizenship.html> Erişim Tarihi 19 May 2024

'Diplomatic and Consular Protection' <https://www.eda.admin.ch/eda/en/home/foreign-policy/international-law/respect-promotion/diplomatic-consular-protection.html> Erişim Tarihi 15 May 2024

'Dual Citizenship Countries List 2024: Where and How to Get Dual Nationality?' (*Immigrant Invest*, 23 August 2022) <https://immigrantinvest.com/blog/countries-that-allow-dual-citizenship-en/> Erişim Tarihi 19 May 2024

'Huseyin Celil | Amnesty International Canada' <https://amnesty.ca/huseyin-celil/> Erişim Tarihi 24 May 2024

Uluslararası Belgeler

'Summaries of the Work of the International Law Commission - Diplomatic Protection' <https://legal.un.org/ilc/summaries/9_8.shtml> Erişim Tarihi 17 May 2024

'Vienna Convention on Consular Relations, United Nations Treaty Collection' <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-6&-chapter=3> Erişim Tarihi 27 May 2024

ILC, 'Draft Articles on Consular Relations, with Commentaries' (United Nations 1961) Report of the Commission to the General Assembly

— —, 'First Report on Diplomatic Protection, by Mr. John R. Dugard, Special Rapporteur' (International Law Commission 2000) A/CN.4/506 and Add. 1

— —, 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries' (International Law Commission 2001) UN Doc A/56/10

— —, 'Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries' (United Nations 2006) A/61/10

— —, 'Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its 58th Session' (International Law Commission 2006) A/CN.4/SER.A/2006/Add.1(Part2)

International Law Institute, 'Principles Relating to Conflicts of Nationality Laws (Naturalization and Expatriation), Cambridge Session- 1895' <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1895_camb_02_fr.pdf> Erişim Tarihi 19 May 2024

American Convention on Human Rights 22 November 1969 (OASTS No 36, 1144 UNTS 123)

Charter of Fundamental Rights of the European Union, 26.10.2012 Official Journal of the European Union C 326/391

Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 7.6.2016 Official Journal of the European Union C 202, p. 44

Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law 13 April 1930 (179 League of Nations Treaty Series (LNTS) 89)

Convention on the Rights of the Child 20 November 1989 (1577 UNTS 3)

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 575 UNTS 159 18 March 1965

Council Directive (EU) 2015/637 on the coordination and cooperation measures to facilitate consular protection for unrepresented citizens of the Union in third countries and repealing Decision 95/553/EC, 24.4.2015, Official Journal of the European Union L 106/1

Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11,14 and 15 4 November 1950

European Convention on Nationality, European Treaty Series (ETS) No. 166 6 November 1997

International Covenant on Civil and Political Rights 16 December 1966 (999 UNTS 171)

Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (Vienna Convention on Consular Relations), 596 UNTS 261 24 April 1963

Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, The Treaties Establishing the European Communities and Related Acts, 10. 11. 1997, Official Journal of the European Communities C 340

Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, 17.12.2007 EN Official Journal of the European Union C 306

Treaty on European Union (Maastricht Treaty), 11992M/TXT, Official Journal of European Communities No C 191/1, 29/07/1992, 1-112

UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III)

Mahkeme Kararları

Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco Advisory Opinion [1923] PCIJ Ser B No 4

Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment [1924] PCIJ Series A No 2

L F H Neer and Pauline Neer (USA) v United Mexican States (1926) Vol. IV UNRIAA 60–66

The United States of America on behalf of Henry Rothmann, claimant, v Austria and Hungary (1928) Vol. VI UNRIAA 253

Salem Case (Egypt v USA), Award of 8 June 1932 (1932) Vol. II UNRIAA 1161

Panevezys–Saldutiskis Railway case, Estonia v Lithuania, Judgment, PCIJ Series A/B No 76 [1939] Permanant Court of International Justice Series A/B No. 76

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion [1949] ICJ Reports 1949 174

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion [1949] ICJ Reports 1949 174

Nottebohm Case (second phase)(Liechtenstein v Guatemala), Judgement [1955] ICJ Reports 4

Mergé Case [1955] Italian-US Conciliation Commission Decision No. 55, 14 UNRIAA 236

Flegenheimer case [1958] Italian-US Conciliation Commission Decision No.182, Vol. XIV UNRIAA 327

Interhandel (Switzerland v United States of America), Preliminary Objections, Judgment, [1959] ICJ Reports 1959 6

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment [1970] ICJ Reports 3

Esphahanian v Bank Tejarat, Final Award (Award No 31-157-2), Case No 157

Iran v United States Case No A/18 [1984] Iran-US CTR A/18, 5 Iran-US Claims Tribunal Reports

Elettronica Sicula S.pA (ELSI) (United States of America v Italy), Judgment [1989] ICJ Reports 15

Rudolf Hess Case, BVerfG Case No 2 BvR 419/80, 16 December 1980 (1992) 90 ILR 386–400

Mario Vicente Micheletti and others v Delegación del Gobierno en Cantabria, Judgment, Case C-369/90 [1992] European Court Reports 04239

HMHK v The Netherlands (1994) 94 International Law Reports 342–348

Loizidou v Turkey, Judgment (Preliminary Objection) [1995] Application no 15318/89

Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v United States of America), Order [1998] ICJ Reports 426

LaGrand (Germany v United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999 [1999] ICJ Reports 9

The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, Advisory Opinion Oc-16/99 of October 1, 1999 requested by the United Mexican States [1999] IACHR Series A no 16

LaGrand (Germany v United States of America), Judgement [2001] ICJ Reports 466

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v USA) [2004] ICJ Reports 2004

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v USA), Judgment [2004] ICJ Reports 12

The Loewen Group Inc and Raymond L Loewen v United States of America (2006) 128 International Law Reports 334–424

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment [2007] ICJ Reports 582

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo), Judgment [2010] ICJ Reports 639

Cyprus v Turkey, Judgment (Just Satisfaction) of 12 May 2014 [2014] Application no 25781/94

Georgia v Russia (I) [2019] Application no 13255/07

Jadhav, (India v Pakistan), Judgment [2019] ICJ Reports 418

Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment [2019] ICJ Reports 2019 558

HF and others v France, App Nos 24384/19, 44234/20 14/09/2022

Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v United States of America), Judgment [2023] ICJ General List No 164 <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/164/164-20230330-JUD-01-00-EN.pdf> Erişim Tarihi 15 April 2024

Georgia v Russia (II) [2023] Application no 38263/08

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1515074

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARI DOĞRULTUSUNDA FİİLİ AYRILIK NEDENİYLE BOŞANMADA YASAL DÜZENLEME İHTİYACI

The Need for Legal Regulation in Divorce due to de Facto Separation in Accordance with the Annulment Decision of The Constitutional Court

Gamze TURAN BAŞARA *

Özet

İlk defa 1988 yılında Türk Medeni Kanunu'nda düzenleme alanı bulan fiili ayrılık nedeniyle boşanma, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı esasına dayanmaktadır. Kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin talebi halinde boşanmaya karar verilir. Fiili ayrılık nedeniyle boşanmanın düzenlendiği Türk Medeni Kanunu'nun 166/IV. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından 22.2.2024 tarihinde iptal edilmesiyle birlikte anılan hükümde yeni bir düzenleme yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi iptal kararında, hükümde öngörülen süre koşulunu, eşlerin makul bir sürede boşanma kararı elde etmelerine olanak tanıyacak şekilde düzenlemek üzere Yasama organına, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz aylık bir süre vermiştir. Bu çalışmada öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararı değerlendirilmiştir. Devamında fiili ayrılığa dayanan boşanmaya ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki yasal düzenlemeler incelendikten sonra konuya ilişkin Türk hukukunda öğreti ve uygulamada ortaya çıkan meseleler üzerinde durulmuştur. Son olarak Anayasa Mahkemesi'nin kararında belirtilen iptal gerekçeleri de dikkate alınarak fiili ayrılığa dayanan boşanma hakkında yasal düzenleme önerisinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, fiili ayrılık, mutlak boşanma nedeni

Abstract

Divorce due to de facto separation, which was first regulated in the Turkish Civil Code in 1988, is based on the principle that the matrimonial breakdown. If the conditions stipulated in the law are fulfilled, it is accepted that the marriage matrimonially breakdown and divorce is granted upon the request of one of the spouses. With the annulment of Article 166/IV of the Turkish Civil Code, which regulates divorce due to de facto separation, by the Constitutional Court on 22.2.2024, the need to make a new arrangement in the aforementioned provision has emerged. In its annulment decision, the Constitutional Court gave a term of nine months starting from publication of the decision in the Official Gazette to the Legislator to regulate the time condition stipulated in the provision in a way to allow the spouses to obtain a divorce decision within a reasonable time. In this article, firstly the annulment decision of the Constitutional Court is evaluated. After analysing the legal regulations in comparative law regarding divorce based on de facto separation, the issues

➢ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➢ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.06.2024*

➢ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.07.2024*

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, gamzeturan@gmail.com, https://orcid.org/0000-0001-7729-6039.

arising in the doctrine and practice in Turkish law are discussed. Finally, taking into consideration the grounds for annulation stated in the decision of the Constitutional Court, a legal regulation on divorce based on de facto separation is proposed.

Key Words: Divorce, de facto separation, absolute divorce reason

GİRİŞ

Genel boşanma sebepleri arasında yer alan fiili ayrılık nedeniyle boşanma, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 166/IV. maddesinde düzenlenmiştir. Fiili ayrılığa dayalı boşanmanın kanunda öngörülmesinin temel nedeni, fiilen sona ermiş olan evlilik birliğinin, hukuken devam etmesinin eşler ve toplum açısından bir faydasının kalmamasıdır. Ancak fiili ayrılık nedeniyle boşanmanın düzenlendiği hükümde yer alan koşullar, öğretide ve uygulamada eleştirilere konu olmuş ve son olarak 22.2.2024 tarihinde Anayasa Mahkemesi TMK'nın 166/IV. maddesinin iptaline karar vermiştir. Anılan hükümde, eşler arasında açılmış ve reddedilmiş bir boşanma davası olması, boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren geçen üç yılda ortak hayatın her ne sebeple olursa olsun yeniden kurulamamış olması halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağı ve eşlerden birinin boşanmayı talep etmesi üzerine hâkimin boşanmaya hükmedeceği düzenlenmiştir.

Eşler arasında belirli bir süredir ortak yaşamın fiilen ve iradi olarak sona erdiği bir evliliği, hukuken de sona erdirmek amacıyla ihdas edilmiş olan TMK'nın 166/IV. maddesinde öngörülen açılmış ve retle sonuçlanmış boşanma davası koşulu ve ret kararının kesinleşmesinden itibaren geçmesi gereken üç yıllık fiili ayrılık süresi, eşlerin boşanma kararı elde edebilmek için makul olmayan bir süre beklemeleri sonucunu doğurabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında, TMK'nın 166/IV. maddesinde öngörülen koşulların boşanmayı önemli ölçüde güçleştirilmesinin ve hiçbir şekilde ortak hayata dönmek istemeyen tarafların makul olmayan süreler boyunca evli kalmaya zorlanmasının ailenin korunması ilkesiyle bağdaşmadığını ifade etmiştir.

Çalışma kapsamında TMK'nın iptal edilen 166/IV. maddesine ilişkin olarak karşılaştırmalı hukuktaki ilgili hükümler de incelenmek suretiyle bir yasal düzenleme önerisine yer verilmiştir. Karşılaştırmalı hukukta, eşlerin fiili olarak ayrı yaşadıkları belirli süreler dikkate alınarak evlilik birliğinin başarısızlığa uğradığı ya da evliliğin devamının beklenemez olduğu karinesi kabul edilmiştir. Alman hukukunda eşlerin üç yıldır fiilen ayrı yaşıyor olması, aksi ispat edilmez bir şekilde evliliğin başarısızlığa uğradığına karine teşkil etmektedir. İsviçre hukukunda boşanma davası açıldığı tarih itibariyle iki yıllık ayrı yaşam, boşanma talebinin haklılığı için mutlak boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Fransız hukukunda ise, boşanma başvurusu yapıldığı tarihte eşlerin en az bir yıldır ayrı yaşıyor olması halinde, evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulduğu kabul edilmiştir.

I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesi'nin 22.2.2024 tarihinde E.2023/116 numaralı dosyada[1], Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verdiği TMK'nın 166/IV. maddesi hükmüne göre, boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmesine rağmen her ne sebeple olursa olsun ortak hayat kurulamamışsa evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin talebi üzerinde mahkeme boşanmaya karar verir.

İptal başvurusunda, anılan hükümde öngörülen sürenin adil olmadığı, uzun süren boşanma sürecinin eşlerin evlilik dışı birliktelik yaşamalarına neden olduğu, söz konusu kuralla kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının yanı sıra devletin aileyi koruma yükümlülüğünün ihlal edildiği belirtilerek TMK'nın 166/IV. maddesi hükmünün Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde, boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra ortak yaşamın kurulamaması nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsıldığından söz edebilmek için üç yıl geçmesi gerektiğinin öngörülmesiyle aile kurumunun ayakta tutulması hedeflenmiş ise de, boşanmanın önemli ölçüde güçleştirilmesi ve hiçbir şekilde ortak hayata dönmek istemeyen tarafların makul olmayan süreler boyunca evli kalmaya zorlanmasının ailenin korunması ilkesiyle bağdaşmadığına işaret etmiştir.

İptale konu hüküm, boşanma kararı verilebilmesi için öncelikle herhangi bir nedenle açılmış olan boşanma davasının reddine karar verilmesi koşulunu öngörmektedir. Mahkeme boşanma davalarında yazılı yargılama usulünün uygulandığını dikkate alarak, hükümde öngörülen herhangi bir nedenle açılmış boşanma davasının reddine karar verilmesinin, çok kısa sayılmayacak bir süre sorununda gerçekleşebileceğini ifade etmiştir. Ayrıca ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılabilmesi için ret kararının kesinleşmesi ve kesinleşmeden itibaren üç yıl geçmesi gerekmektedir. Ret kararına karşı ilgililerin kanun yoluna başvurmalarının mümkün olduğu dikkate alındığında kararın kesinleşmesi de uzun sürebilecektir. Mahkeme, süreci bir bütün olarak değerlendirdiğinde kanunda öngörülen şartlar altında ortak hayatın yeniden kurulamadığı hallerde makul olmayan bir süre boyunca eşlerin boşanma kararı elde etmelerine olanak tanınmadığını ifade etmiştir.

Netice itibariyle Anayasa Mahkemesi özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile aile kurumunu koruma amacı arasında makul bir denge sağlayamayan kuralın ölçülülük ilkesini, orantılılık alt ilkesi yönünden ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında isabetli bir şekilde esas olanın aile kurumunun ayakta tutulması olmakla birlikte, boşanma yargılaması bir bütün olarak

[1] https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2024/56 (E. T.: 25.04.2024).

değerlendirildiğinde boşanma talebinin reddi kararının kesinleşmesinden sonraki üç yıllık bekleme süresinin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen orantılılık ilkesine aykırı olduğunu kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında, hükümde öngörülen süre koşulunu, eşlerin makul bir sürede boşanma kararı elde etmelerine olanak tanıyacak şekilde düzenlemek üzere Yasama organına, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz aylık bir süre vermiştir. Ancak bu süre içerisinde yasal düzenleme yapılmaması, insanların istemedikleri bir evliliği kağıt üzerinde sürdürmeye zorlanması gibi olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Şöyle ki, Türk hukukunda boşanma sebepleri bakımından karma bir sistem benimsenmiş olup, kanunda kusur esasına dayanan boşanma sisteminin yanı sıra evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasına dayanan boşanma sistemine yer verilmiştir. Yargıtay[2], TMK'nın 166/I. maddesinde doğrudan kusura yer verilmemiş olsa bile, ikinci fıkrada kusura yapılan atıftan hareketle TMK'nın 166/I. maddesine dayanılarak açılan davada boşanmaya hükmedilebilmesi için davalının az da olsa kusurlu olduğunun tespit edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Diğer taraftan daha fazla kusurlu olan eşin dahi dava hakkı vardır. Bu durumda az kusurlu olan davalı eşin açılan bu davaya itiraz etmesi mümkündür. Bununla birlikte az kusurlu olan eşin boşanmaya karşı çıkmasına rağmen, bu itirazın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması ya da evliliğin devamında eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kalmadığının anlaşılması halinde, mahkemece itiraz reddedilerek boşanmaya hükmedilebilir.

Şu halde kusura dayalı boşanma sisteminde, fiili ayrılığın bir boşanma nedeni olarak düzenlenmemesi halinde, karşı tarafın kusurunun ispatlanamadığı ya da tam kusurlu olan tarafın açacağı evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanan boşanma davasında az kusurlu olan tarafın davaya itirazının mahkemece kabul edildiği durumlarda boşanma davasının ret ile sonuçlanması kaçınılmaz olacaktır.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA FİİLİ AYRILIĞA DAYANAN BOŞANMA

Karşılaştırmalı hukukta kusur esasına dayanan boşanma büyük ölçüde terk edilmiş ve bunun yerini evliliğin başarısızlığa uğraması ya da evliliğin devamının beklenemez olması ilkesi almıştır. Buna göre, eşlerin fiili olarak ayrı yaşadıkları belirli süreler dikkate alınarak evlilik birliğinin başarısızlığa uğradığı ya da evliliğin devamının beklenemez olduğu karinesi kabul edilmiştir. Alman hukukunda karinenin uygulanabilmesi bakımından eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları halinde bir yıllık, anlaşamamaları halinde üç yıllık ayrı yaşama süresinin geçmiş olması gerekmektedir. İsviçre hukukunda boşanma davası açıldığı tarih itibariyle iki yıllık ayrı yaşama, boşanma talebinin haklılığı için mutlak boşanma sebebi olarak

[2] YHGK. 4.7.2018 T., 2-1939 E., 1296 K.; YHGK. 4.4.2019 T., 1935 E., 410 K.; Y. 2. HD. 16.1.2017 T., 21315 E., 346 K.; Y. 2. HD. 15.2.2016 T., 1826 E., 2489 K.

öngörülmüştür. Fransız hukukunda ise, boşanma başvurusu yapıldığı tarihte eşlerin en az bir yıldır ayrı yaşıyor olması halinde, evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulduğu kabul edilmiştir[3].

A. ALMAN HUKUKUNDA FİİLİ AYRILIĞA DAYANAN BOŞANMA

Boşanma sebeplerini kusur ilkesinden arındıran Alman hukukunda belirli bir süre fiili ayrı yaşama, boşanma sebebinin varlığını ortaya koyan bir olgu olarak kabul edilmiş ve her iki eş boşanmayı kabul etmese bile eşlerden birinin talebi halinde boşanmaya hükmedilmesinden başka bir yol bırakılmamış ve böylece fiili ayrılık mutlak boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Özel hayatın gizliliğine saygı ilkesine uygun olarak diğer eşe herhangi bir isnatta bulunmaksızın ve çekişmeyi şiddetlendirmeksizin boşanmayı öngörmenin yolu, objektif olgulara dayanmaktır ki, bu anlamda en elverişli sebep fiili ayrı yaşama olgusudur.

Alman hukukunda boşanma sebepleri bakımından kusur ilkesi tümüyle terk edilmiş, yerini *"evliliğin başarısızlığa uğraması"* ilkesi almıştır (AMK § 1565). Alman Medeni Kanunu'nda (AMK) evliliğin başarısızlığa uğraması adı altında tek bir genel boşanma sebebi kabul edilmiş ve başarısızlığın ortaya konulmasında karine olarak ayrı yaşama süreleri öngörülmüştür[4]. Eşlerin ayrı yaşama süresi uzadıkça, evliliğin başarısızlığa uğradığı karinesi güçlenmektedir. Karinelerin uygulanabilmesi bakımından eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları halinde bir yıllık, anlaşamamaları halinde üç yıllık ayrı yaşama süresinin geçmiş olması gerekmektedir.

"Evliliğin Başarısızlığa Uğraması" kenar başlıklı AMK § 1565'e göre, *"Bir evliliğin başarısızlığa uğraması durumunda boşanma kararı verilebilir. Ortak yaşamın devam etmemesi ya da devamının taraflardan beklenemeyecek olması halinde evlilik birliği başarısızlığa uğramıştır. Diğer eşin şahsından kaynaklanan bir sebep, boşanmayı talep eden eş için evliliğin devamını tahammül edilemez kılıyor ise, davacının talebi üzerine henüz bir yıl ayrı yaşamış olma koşulu gerçekleşmemiş olsa dahi boşanmaya hükmedilebilir."*

---

[3] Avrupa'da ortaya çıkan özel hukuku uyumlaştırma çalışmaları kapsamında aile hukuku alanında kapsamlı bir karşılaştırmalı hukuk araştırması yapmak üzere The Commission on European Family Law (CEFL) kurulmuştur. CEFL tarafından Avrupa Birliği Aile Hukuku alanında yapılacak uyumlaştırma çalışmasında temel alınabilecek Avrupa Aile Hukuku Prensipleri hazırlanmıştır. Avrupa Aile Hukuku Prensipleri m. 1:8'de fiili ayrılığa dayanan boşanma düzenlenmiştir. Buna göre, "*Eşler bir yıldır fiilen ayrı yaşıyorsa, eşlerden biri istemese de boşanmaya hükmedilir."* Anılan hükmün devamında m.1:9'da davacı bakımından evliliğin devamında olağanüstü zorluk söz konusuysa bir yıllık ayrı yaşama koşulu gerçekleşmemiş olsa da boşanmaya hükmedilebileceği belirtilmiştir (Avrupa Aile Hukuku Prensiplerinde fiili ayrılığa dayanan boşanma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eda Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, (On İki Levha 2022), 30 vd.).

[4] Robert Erdrich, *Praxishandbuch Familienrecht, (Hrsg. Norbert Kleffmann, Harald Scholz)*, (40. Auflage, C.H.Beck 2021), Teil F. (Ehescheidung und Eheaufhebung), N. 2; Albrecht Weber, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB), (Hrsg. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg)*, (8. Auflage, C.H.Beck 2019), § 1564, N. 15.

Anılan düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, bir yıllık ayrılık süresi dolmadan önce boşanma kural olarak mümkün olmamakla birlikte, istisnai olarak karşı tarafın davranışları, boşanmayı talep eden taraf için evliliğin devamını tahammül edilemez hale getiriyor ise bir yıl ayrı yaşamış olma koşulu gerçekleşmeden boşanmaya hükmedilebilir. Bu durumda karşı tarafın evliliğin devamını tahammül edilemez hale getirdiğini iddia eden bunu ispat etmelidir.

Ayrı yaşamaya dayanan boşanma "Evliliğin Başarısızlığa Uğraması Hakkında Karine" başlıklı AMK § 1566'da düzenlenmiştir. Anlaşmalı boşanmanın düzenlendiği AMK § 1566/I'e göre, *"Eşlerin bir yıldır ayrı yaşamaları ve her iki eşin boşanmayı birlikte talep etmesi ya da davalı eşin boşanmayı kabul etmesi durumu, evlilik birliğinin başarısızlığa uğradı*ğı *hakkında kesin karine teşkil eder."* Anılan hüküm kapsamında evliliğin başarısızlığa uğradığı karinesinin işlerlik kazanabilmesi için bir yıldır ayrı yaşama koşulu ile eşlerin boşanma konusunda anlaşmış olmaları koşulunun birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir[5].

Alman hukukunda eşlerin üç yıldır ayrı yaşıyor olması, yine aksi ispat edilmez bir şekilde evliliğin başarısızlığa uğradığına karine teşkil eder ve boşanma konusunda anlaşma aranmaksızın eşlerden birinin boşanma talep etmesi halinde hâkim boşanmaya karar verir (AMK § 1566/II)[6]. Üç yıl ayrı yaşama koşulu gerçekleştikten sonra açılan boşanma davasında evliliğin başarısızlığa uğrayıp uğramadığı araştırılmaz, zira üç yıl kadar uzun bir süredir ayrı yaşayan eşler bakımından evliliğin başarısızlığa uğradığı, aksi ispat edilmez şekilde varsayılmaktadır. Mahkemenin değerlendireceği husus, üç yıllık ayrı yaşama süresinin gerçekleşip gerçekleşmediğidir[7].

Anılan hüküm kapsamında açılan boşanma davasında davacının, davalının ayrı yaşamaya sebebiyet veren kusurlu davranışını ortaya koymak zorunda olmaksızın sadece üç yıllık ayrı yaşama koşulunu ispat etmesi yeterli olacağından, eşlerin özel alanı ihlal edilmeksizin evliliğin başarısızlığa uğradığı tespit edilerek boşanmaya hükmedilebilecektir[8].

Üç yıllık süre dava açıldığı tarihte tamamlanmamış olmakla birlikte, yargılamada tahkikat aşamasına kadar tamamlanırsa, kanuni karine geçerli olur ve boşanmaya karar verilir. Uygulamada eşlerden biri boşanmak istemediğinde ya da açılan boşanma davasına itiraz ettiğinde, davacın üç yıllık ayrı yaşama süresini bekleyerek boşanma yoluna başvurduğu ifade edilmektedir[9].

---

5 Ralph Neumann, *BeckOK BGB (Hrsg. Wolfang Hau/Roman Poseck)*, (57. Auflage, C. H. Beck 2021), BGB §. 1566, N. 1; Erdrich (n 4) Teil F., N. 23.

6 Neumann (n 5) BGB § 1566, N. 11; Erdrich (n 4) Teil F., N. 33.

7 Neumann (n 5) BGB § 1566, N. 13; Erdrich (n 4) Teil F., N. 33.

8 Weber (n 4) BGB § 1566, N. 37; Neumann (n 5) BGB § 1566, N. 13; Erdrich, (n 4) Teil F., N. 12.

9 Weber (n 4) BGB § 1566, N. 33; Erdrich (n 4) Teil F., N. 30; Haluk Burcuoğlu, "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (2011)48(1-4), 123.

Kanun koyucu § 1565 ve § 1566'da ayrı yaşamaya dayanan boşanmayı düzenledikten sonra § 1567'de ayrı yaşama kavramını tanımlamıştır. Buna göre, eşler, aralarında ortak bir ev yaşamı olmayacak şekilde ayrı yaşıyor ve eşlerden biri ortak yaşamı reddederek evlilik birliğini kurmamaya yönelik iradesini açıkça ortaya koyuyorsa, eşlerin ayrı yaşadığı kabul edilir. Eşlerin aynı konut içerisinde ayrı ayrı yaşamaları halinde de ortak yaşam sona ermiş sayılır. Anılan hükümde üç halde ayrı yaşamadan söz edileceği ifade edilmiştir. Bunlar, eşlerin farklı konutlarda yaşamaya başlaması, eşlerin ortak konutta yaşam alanlarını evlilik birliğinden söz edilemeyecek şekilde ayırmaları ve evlenmeden itibaren ortak yaşamın hiç kurulmamasıdır[10].

Eşlerin ayrı yaşama iradesi olmaksızın zorunlu sebeplerle ayrı yaşamaları, AMK § 1567 kapsamında değerlendirilemez. Örneğin, sağlık ya da iş nedeniyle zorunlu olarak ortak yaşama ara verilmesi ayrı yaşama anlamına gelmez[11].

Burada fiili ayrılık süresinin kesintisiz olması beklenir. Ancak AMK § 1567'nin ikinci fıkrasında eşlerin barışma ihtimalini değerlendirmek üzere kısa süreli bir araya gelmelerinin, § 1566'da düzenlenen süreleri kesmeyeceği veya durdurmayacağı ifade edilmiştir. Anılan hüküm sayesinde eşler, ayrı yaşama süresinin kesileceği ya da duracağı endişesi olmaksızın barışma girişiminde bulunabileceklerdir[12].

Alman Medeni Kanunu § 1567/II'de belirtilen "kısa süre"nin ne kadar olduğunu tespit etmek her zaman kolay olmayacaktır. Özellikle ortak yaşamın kısa sürdüğü durumlarda, eşlerin barışma girişimi için ne kadar süreyle bir araya gelmelerinin ayrı yaşama süresini kesmeyeceğini ya da durdurmayacağını tespit etmek güçleşmektedir. Burada AMK § 1566/I kapsamında bir yıllık ayrılık süresi sonunda boşanma talep edilecekse kısa süreli bir araya gelmenin üç ayı geçmemesi gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte AMK § 1566/II kapsamında üç yıllık ayrılık süresi sonunda boşanma talep edilecekse kısa süreli bir araya gelme üç aydan fazla olabilir[13].

Alman hukukunda eşlerin üç yıldır fiilen ayrı yaşıyor olması, aksi ispat edilmez bir şekilde evliliğin başarısızlığa uğradığına karine teşkil etmekle birlikte, Kanun'da üç yıllık fiili ayrılık gerçekleşmiş olsa bile, iki halde boşanma talebinin reddedilebileceği öngörülmüştür. "İstisnai Haller" başlıklı AMK § 1568'de iki boşanma engeline yer verilmiştir:

- Başarısızlığa uğramış olmasına rağmen, evliliğin devam etmesi, evlilikten olma ergin olmayan çocukların menfaati gereği, özel sebeplerden dolayı istisnai olarak

---

10 Şahin Şengül (n 3) 41; Andreas Kappler, *Familienrecht (Scheidung, Unterhalt, Verfahren) Kommentar (Hrsg. Kurt H. Johannsen, Dieter Henrich, Christoph Althammer)* (7. Auflage, C.H.Beck 2020), BGB § 1567, N. 4, 7; Weber (n 4) BGB § 1567, N. 4; Erdrich (n 4) Teil F., N. 3.

11 Erdrich (n 4) Teil F., N. 3; Weber (n 4) BGB § 1567, N. 13; Şahin Şengül (n 3) 44; Burcuoğlu (n 9) 123.

12 Kappler (n 10) BGB § 1567, N. 35; Neumann (n 5) BGB § 1567, N. 8; Weber (n 4) BGB § 1567, N. 6; Şahin Şengül (n 3) 45.

13 Neumann (n 5) BGB § 1567, N. 10; Kappler (n 10) BGB § 1567, N. 33-34; Şahin Şengül (n 3) 45.

zorunlu ise, bu zorunluluk devam ettiği sürece evlilik korunabilir. Böyle bir durumun mevcut olup olmadığını hâkim re'sen araştırır ve eşler boşanma konusunda anlaşmış olsalar dahi, bu durumun varlığı boşanmayı engeller.

- Başarısızlığa uğramış olmasına rağmen, boşanmaya itiraz eden davalı için, boşanma olağanüstü sebeplerden dolayı büyük bir güçlük yaratıyorsa, davacı eşin de menfaatleri göz önünde tutularak, istisnai olarak boşanma talebi reddedilebilir.

Alman hukukunda çocuğun yararı için evliliğin ayakta tutulması yoluna çok istisnai olarak başvurulmaktadır[14]. Eşler bakımından davalının karşılaşacağı güçlükler ise, finansal güçlükler dışında kalan olağanüstü manevi sebepler kabul edilmektedir. Boşanmaya bağlı olarak psikolojik sorunlar yaşaması ve intihar etme riskinin olması davalının yaşayacağı manevi güçlüğe örnek verilmektedir.

B. İSVİÇRE HUKUKUNDA FİİLİ AYRILIĞA DAYANAN BOŞANMA

İsviçre boşanma sisteminde 2000 yılında yürürlüğe giren değişiklikle birlikte, boşanmada evliliğin devamının beklenemez olması ilkesi esas alınmış ve kusur ilkesi büyük ölçüde terk edilmiştir[15]. İsviçre hukukunda, eşlerin boşanma konusunda anlaşmaya varmış olmaları halinde (anlaşmalı boşanma, İMK m. 111) veya taraflardan birinin boşanma iradesinin belirli bir süre fiili ayrı yaşama (İMK m. 114) ya da evliliğin devamının beklenemez olması (İMK m. 115) gibi bir objektif olguya dayanması halinde boşanmaya karar verilir.

Fiili ayrılığa dayanan boşanmanın düzenlendiği İsviçre Medeni Kanunu'nun (İMK) 114. maddesine göre, *"Eşlerden her biri, boşanma davası açıldığı tarihte ya da boşanma davasının çekişmeli boşanmaya* dönüştü*rüldü*ğü tarih itibariyle en az iki yıldır[16] *ayrı yaşıyor olmaları koşuluyla boşanmayı talep edebilir."* İsviçre Hukukunda fiili ayrılık mutlak boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Burada ayrı yaşamanın bir mahkeme kararına dayanması gerekmez, eşlerin fiili olarak ayrı yaşıyor olmaları yeterlidir. İki yıllık ayrı yaşama süresi, eşlerin bir araya gelme denemesiyle kesintiye uğramış, ancak bu kesinti çok kısa sürmüş ise, sürenin kesilmediği kabul edilmektedir.

İsviçre hukukundaki düzenlemeye göre, iki yıllık ayrı yaşama süresinin geçmiş olması, evlilik birliğinin devamının beklenemez olduğu yönünde bir karine oluştururken, eğer iki yıllık ayrı yaşama süresi tamamlanmamış ise bu defa evliliğin devamının beklenemez olduğunun ispatına dayanan boşanma nedeni kabul edilmiştir. İMK'nın 115. maddesine göre, *"Eşlerden her biri, kendisine yüklenemeyen önemli sebeplerden ötürü evliliğin devamının beklenemez hale geldiğini ispat ederek, iki*

---

14 Erdrich (n 4) Teil F., N. 39.

15 Ingeborg Schwenzer/Tomie Keller, "Recent Developments in Swiss Family Law", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülten, (2015)35(1), 8.

16 Ayrı yaşama süresi olarak eskiden dört yıllık bir süre öngörülmüşken, 2004 yılında yapılan bir değişiklikle bu süre iki yıla indirilmiştir.

yıllık ayrı yaşam koşulu gerçekleşmemiş olsa dahi boşanma talep edebilir." Şiddet oluşturan davranışlar, zina gibi hallerde evliliğin devamının beklenemez olduğu kabul edilmektedir[17]. İMK'nın 115. maddesinde düzenlenen nisbi boşanma nedeni, istisnai nitelikte olup, ancak Kanun'un 114. maddesine başvurulamadığı durumlarda uygulama alanı bulur[18].

İsviçre Medeni Kanunu'nda değişiklikten önce, sarsılma kavramıyla davacı eşin belirsiz süre boyunca evlilik birliğini sürdürmesinin beklenemez olması aranırken, bugün kullanılan beklenemezlik kavramıyla yasada öngörülen fiili ayrılık süresini tamamlamanın beklenemez olması yeterli görülmektedir. Böylece fiili ayrılık süresinin dolmasını bekleyemeyecek kadar önemli bir sebebin varlığı halinde boşanma hakkı tanınmıştır.

İsviçre boşanma hukukunda ayrı yaşamaya dayanan boşanmayı düzenleyen hükmün amacı, boşanma nedenlerinin yol açtığı tartışmalara son vererek boşanmayı objektif ve denetlenebilir bir kritere dayandırmaktır[19]. Buna göre, eşler boşanma konusunda anlaşmamış olsa bile, boşanma davasının açıldığı ya da davanın çekişmeli boşanmaya dönüştüğü tarihte en az iki yıldır ayrı yaşıyorlarsa eşlerden biri boşanma talebinde bulunabilir. Anılan hüküm kapsamında ayrı yaşamaya dayanan boşanmada davacının ayrı yaşamayı ve iki yıllık sürenin tamamlandığını ispat etmesi gerekir. Burada iki yıllık ayrı yaşama koşulu her türlü delille ispat edilebilir.

Fiili ayrılığa dayanan boşanma da, anlaşmalı boşanma gibi, evliliğin devamının beklenemez olduğu esasına dayanmaktadır[20]. Başka bir ifadeyle, boşanma davasının açıldığı tarihte eşlerin iki yıldır ayrı yaşıyor olmasının, evliliğin devamının beklenmez olduğuna dair kesin karine teşkil ettiği kabul edilmektedir[21]. Mutlak boşanma nedeni olarak kabul edilen ayrı yaşamaya dayanan boşanmanın kanunda öngörülen koşulları gerçekleştiği takdirde hâkim boşanmaya hükmetmek durumundadır.

Kanunda öngörülen iki yıllık fiili ayrılık süresi emredici nitelikte olup sürenin

---

17 İsviçre Federal Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında, eşlerden birinin karşı tarafı aldatarak, gerçekten evlenme iradesi yokken, sırf yabancılar polisi nezdinde bir takım avantajlar elde etmek amacıyla evlenmiş ise, diğer tarafın bu durumu öğrenmiş olması halinde, evliliğin devamının onun için çekilmez hale geldiğini kabul etmiştir (BGE 127 III 347). Başka bir kararda, eşlerden birinin diğerini sürekli olarak sistematik bir şekilde takip etmesi halinde, evliliğin devamının çekilmez hale geldiği kabul edilmiştir (5C.41/2001).

18 Daniel Steck, "Die Praxisentwicklung zu den Scheidungsgründen", Die Praxis des Familienrechts, (2003) 2, 207.

19 Roland Fankhauser, *Familienkommentar (FammKomm) Scheidung, Band I: ZGB , (Hrsg. Ingeborg Schwenzer, Roland Fankhauser)*, (3. Auflage, Stämpfli 2017), 52.

20 Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, (Schulthess 1999), 90; Heinz Hausheer, "Yeni İsviçre Boşanma Hukuku'nun Önemli Yenilikleri", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı, (Çev. Ali Çivi, Denise Unkan), (2007), 33.

21 Hausheer (n 20) 33; Alexandra Jungo, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, (Hrsg. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo)*, (Schulthess 2016), 387; Fankhauser (n 19) 52.

uzatılması ya da kısaltılması mümkün değildir[22]. İMK'nın 114. maddesi kapsamında boşanma talep edilebilmesi için davanın açıldığı tarihte iki yıllık sürenin tamamlanmış olması gerekir. Bu sürenin dava devam ederken ya da boşanma kararı verildiği tarihte tamamlanması, boşanmaya karar vermek için yeterli değildir[23]. Tarafların açtığı anlaşmalı boşanma davası, çekişmeliye dönmüşse, İMK'nın 114. maddesi gereğince, iki yıllık sürenin, anlaşmalı boşanma davasının açıldığı tarihte değil, davanın çekişmeliye dönüştüğü tarihte dolmuş olması beklenir.

İsviçre Medeni Kanunu'nda fiili ayrılığa dayanan boşanmaya yer verilmiş olmakla birlikte ayrı yaşama kanunda tanımlanmış değildir. İsviçre Federal Mahkemesi İMK'nın 114. maddesine dayanılarak açılan boşanma davasında eşlerin ayrı yaşamasından ne anlaşılması gerektiğini ayrıntılı olarak açıklamıştır[24]. Söz konusu davada eşler iki yıldan fazla süredir ayrı evlerde yaşamaktadır, ancak bu süre içerisinde kocası eşinin evinin anahtarını kullanmaya devam etmiş ve eşler birbiriyle yakın temas halinde olmuşlardır. Federal Mahkeme, kanun koyucunun ayrı yaşama kavramına sınırlı bir çerçeve çizmediğine dikkat çekerek, her evliliğin kendine özgü koşulları kapsamında ortak yaşamın devam edip etmediğine karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, ancak eşlerin başlangıçtaki ortak yaşam fikirlerine uygun düşecek şekilde yaşamlarını tekrar düzenlemeleri halinde ortak yaşamın yeniden kurulmuş kabul edilebileceği görüşündedir. Söz konusu davada, davalı ayrı konutlarda birlikte yaşamın devam ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme ise, ancak davacının da aynı görüşte olması halinde bu iddianın kabul edilebileceğini belirtmiştir. Federal Mahkeme'ye göre, eşler ayrı yaşamaya başlamadan önce ortak konutu paylaşmanın onlar için ortak yaşamın temel unsurunu oluşturduğu dikkate alındığında, ancak ikisinin de aynı apartman dairesinde birlikte yaşamaları halinde ayrı yaşamanın sona erdiğinden söz edilebilir. Dolayısıyla Federal Mahkeme, kocanın eşinin evinin anahtarına sahip olmasını ve iki yıldan daha fazla süredir devam eden ayrılık süresince eşlerin yakın temas halinde olmalarını, eşler arasında ortak yaşamın yeniden kurulduğunun kabulü için yeterli bulmamış ve ayrı yaşamaya dayanan boşanma kararının yerinde olduğuna hükmetmiştir[25].

Öğretide ayrı yaşamdan söz edilebilmesi için objektif ve sübjektif iki unsurun gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir. Objektif unsur, eşlerin fiziksel, zihinsel, duygusal ve ekonomik anlamada birlikte yaşama son vermiş olmasıdır. Sübjektif unsur, eşlerden en azından birinin evliliği sona erdirmek amacıyla ortak yaşam kurmak istememesi şeklinde açıklanmaktadır[26]. Fiili ayrılığın varlığından söz edilebilmesi için, hâkimin ayrı yaşamaya karar vermesine ihtiyaç yoktur. Burada esas

---

22 Jungo (n 21) 388.

23 Sutter/Freiburghaus (n 20) 95; Şahin Şengül (n 3) 55.

24 BGE 5A_242/2015.

25 Karar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Şahin Şengül (n 3) 56.

26 Jungo (n 21) 387; Fankhauser (n 19) 55; Ivo Schwander, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser),* (3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli 2016), 271.

olan eşlerin herhangi bir zorunluluk olmaksızın ayrı yaşama arzusunda olmalarıdır. Eşlerin iş, eğitim, sağlık gibi zorunlu nedenlerle ayrı yaşıyor olmaları, İMK'nın 114. maddesi anlamında boşanmaya neden olacak ayrı yaşama olarak nitelendirilemez[27].

Kanunda öngörülen iki yıllık ayrılık süresinin kesintisiz olarak devam etmesi gerekir. Eşler ayrı yaşamaya başladıktan sonra ortak yaşam kurma iradesiyle tekrar bir araya gelirlerse süre kesilir[28]. Ancak eşler barışma ihtimalini değerlendirmek üzere kısa süreli olarak bir araya gelirse iki yıllık süre kesilmiş olmaz. Burada ne kadarlık bir süreyle bir araya gelmenin kısa süre sayılacağının her olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekse de, genellikle üç ya da dört aydan fazla olmaması gerektiği ifade edilmektedir[29].

C. FRANSIZ HUKUKUNDA FİİLİ AYRILIĞA DAYANAN BOŞANMA

Kusur esasına dayanan boşanma sebebinin yanında kusurdan bağımsız boşanma sebeplerine de yer verilen Fransız Medeni Kanunu'nun (FMK) 229. maddesinde dört farklı boşanma sebebi düzenlenmiştir. Bunlar; anlaşmalı boşanma (tam anlaşmalı), her iki tarafın kabulüne dayanan boşanma (yarı çekişmeli)[30], evlilik birliğinin kesin olarak bozulmasına dayanan boşanma ve kusura dayanan boşanmadır[31].

Fransız Medeni Kanunu'nun 237. maddesinde düzenlenen "evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulması" sebebine dayanan boşanma, bir yıllık[32] fiili ayrı yaşama olgusuna dayanan objektif bir boşanma sebebidir[33]. Başka bir ifadeyle, söz konusu boşanma sebebine dayanan davacının, evlilik birliğinin kesin olarak bozulduğunun ispatı için ayrılık dışında bir delil sunması gerekmemektedir. Zira fiili ayrılık, evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulduğuna ilişkin aksi ispat edilemeyen bir karine olarak kabul edilmiştir[34].

---

27 Fankhauser (n 19) 56-57; Jungo (n 21) 387; Sutter/Freiburghaus (n 20) 92; Schwander (n 26) 271.

28 Jungo (n 21) 388; Fankhauser (n 19) 58; Sutter/Freiburghaus (n 20) 94; Schwander (n 26) 272.

29 Sutter/Freiburghaus (n 20) 94; Jungo (n 21) 388. Fankhauser, bu sürenin bir ilâ üç ay arasında uygulanması gerektiğini ifade etmektedir (Fankhauser (n 19) 58).

30 Taraflar boşanma hususunda anlaşmış olmakla birlikte, boşanmanın sonuçlarında anlaşmaya varamadıkları için tam anlaşmalı boşanma yoluna başvuramamaları hali için öngörülen bir yoldur.

31 Ayrıntılı bilgi için bkz. Katharina Kaesling, *Nacheheliche Verantwortung in Frankreich und Deutschland: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Grund und Grenzen zeitgemäßen Unterhalts*, (Stämpfli 2017), 28 vd.; Dieter Füllemann, *Verschulden und Zerrüttung in rechtsvergleichender Sicht*, (Stämpfli 1982), 80 vd.

32 01.01.2021 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle birlikte fiili ayrı yaşam süresi iki yıldan bir yıla indirilmiştir. Bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000038262580/2019-03-25#LEGIARTI000038262580, E.T.: 18.05.2024.

33 Özge Yücel, *Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinden Kusurdan Bağımsızlığa Geçiş*, (Seçkin 2023), 356; Frédérique Ferrand, "Die französische Scheidungsreform (Gesetz Nr. 2004-439 vom 26. Mai 2004 relative au divorce)", Perspektiven des Familienrechts Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag, (Gieseking 2005), 1321.

34 Kaesling (n 31) 29; Yücel (n 33) 187.

Fransız Medeni Kanunu'nun 238/I. maddesine göre, boşanma talebinin yapıldığı tarihte eşler bir yıldır ayrı yaşıyorlarsa, evlilik birliği, ortak yaşama son verilmesi nedeniyle kesin bir şekilde bozulmuş sayılır. Burada evlilik birliğinin kesin olarak bozulduğunun kabulü için, ayrı yaşamanın iradi olup olmamasının, tek tarafın veya her iki tarafın iradesine dayanıp dayanamamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulması sebebine dayanan boşanma talebi başka bir sebebe dayanan boşanma talebiyle birlikte ileri sürülmüş ise, bir yıllık ayrı yaşama süresi aranmaksızın evlilik birliğinin kesin olarak bozulması sebebiyle boşanmaya karar verilir (FMK m. 238/III).

III. TÜRK HUKUKUNDA FİİLİ AYRILIĞA DAYANAN BOŞANMA

Fiili ayrılığa dayanan boşanma, hukukumuzda ilk defa 1988 tarihinde 3444 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle yasal düzenlemeye konu olmuştur. Fiilen sona ermiş bir evliliğin hukuken sürdürülmesinin eşler ve varsa ortak çocuk bakımından bir yararının olmayacağını dikkate alan kanun koyucu fiilen ayrı yaşamayı boşanma nedeni olarak düzenlemiştir.

Evlilik birliğinin sarsılması kenar başlıklı TMK'nın 166. maddesinde evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasına dayanan üç boşanma nedenine yer verilmiştir. Anılan hükmün birinci fıkrasında evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma, üçüncü fıkrasında anlaşmalı boşanma, dördüncü fıkrasında fiili ayrılık nedeniyle boşanma düzenlenmiştir. TMK'nın 166. maddesinin birinci fıkrasına dayanan boşanmada evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı ve ortak hayatın devamının beklenemez hale geldiğinin ispat edilmesi aranırken, üçüncü ve dördüncü fıkrasına dayanan boşanmada, kanunda öngörülen koşulların gerçekleştiği ispat edildiğinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı ve ortak hayatın devamının çekilmez hale geldiği kabul edileceğinden ayrıca bu hususun ispatına ihtiyaç bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılık nedeniyle boşanmada hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır. O nedenle TMK'nın 166/IV. maddesine dayanılarak açılmış olan boşanma davasında kanunda öngörülen koşullar gerçekleşmişse, hâkim, ortak hayatın devamının çekilmez hale gelip gelmediğini araştırmaksızın boşanmaya hükmeder. Bu yönüyle fiili ayrılığın mutlak boşanma nedeni olduğu kabul edilmektedir[35].

Türk Medeni Kanunu'nun 166/IV. maddesinde fiili ayrılık boşanmaya hükmetmek için yeterli görülmemiş, bunun yanı sıra daha önce herhangi bir nedenle açılıp reddedilmiş bir boşanma davasının olması ve bu ret kararının kesinleşmesinden itibaren geçen üç yıllık süre içerisinde her ne sebeple olursa olsun ortak hayatın yeniden kurulamamış olması koşulları öngörülmüştür.

---

[35] Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan 2015), 644; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, (23. Bası, Beta 2021), 243; Mustafa Ünlütepe, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m. 166/I-II)*, (Seçkin 2019), 61-62; Şahin Şengül (n 3), 170; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, (8. Bası, On İki Levha 2020), 121; Ömer Uğur Gençcan, *Boşanma Hukuku*, (11. Bası Yetkin 2022), 1055.

Ortak hayatın kurulmasından anlaşılması gereken, eşlerin evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülüklerini yerine getirmek üzere bir arada yaşamalarıdır[36]. O halde eşlerin üç yıllık süre içerisinde ortak yaşam sürmek amaç ve niyeti olmaksızın, hastalık, çocukların ihtiyaçlarının karşılanması gibi zorunlu sebeplerle ya da bayram, kutlama gibi özel günlerde bir araya gelmeleri, ortak hayatın kurulduğu anlamına gelmez[37]. Bununla birlikte kısa süreli de olsa, eşler aynı evde karı koca olarak yaşamak için bir araya gelmişlerse, fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası açılamaz[38]. Aynı konutu paylaşmalarına rağmen, ayrı odalarda kalan, evlilik birliğini devam ettirme niyeti bulunmayan eşler de fiilen ayrı yaşıyor kabul edilir[39].

A. KONUYA İLİŞKİN OLARAK ÖĞRETİ VE UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN MESELELER

1. Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma Davası Açılabilmesi İçin Öngörülen Dayanak Dava Koşulu

Fiili ayrılık nedenine dayanan boşanma davasının kanunda öngörülen koşullarından ilki daha önce açılmış ve reddedilmiş boşanma davasıdır. Öğretide bu koşul eleştirilmekte ve çok uzun yıllardır fiilen ayrı yaşayan eşler, fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası açamazken, öncesinde açılmış ve reddedilmiş boşanma davası olan eşlerin üç yılın sonunda boşanma kararı elde edebilmelerinin adalet duygusuna ve eşitliğe aykırı olduğu ifade edilmektedir[40].

Öğretide ifade edildiği üzere[41], askerlik, sağlık, iş gibi nedenlerle ayrı yaşamanın boşanma imkânı vermesini önlemek için öncesinde açılıp reddedilmiş bir boşanma davası koşulu öngörülerek eşlerin evliliği sona erdirme iradesinin tereddüte yer vermeyecek şekilde ortaya konması amaçlanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, fiili ayrılığa dayanan boşanmanın amacı ve hukuki dayanağı ile ilgisi bulunmayan açılmış ve reddedilmiş boşanma davası koşulu yerine, evlilik birliğinin temelinden

---

36 Namık Yalçınkaya/Şakir Kaleli, *Yeni Boşanma Hukuku C. II,* (3444 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerle Birlikte İlaveli 2. Bası, Türk Hava Kurumu 1988), 2070; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, (5. Bası, Turhan 2020), 115; Akın Ünal, "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2007)II(1-2), 296.

37 Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C. III: Aile Hukuku*, (17. Bası, Filiz 2022), 127; Öztan (n 35) 703; Mehmet Emin Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2021)29(3), 2366-2367; Gençcan (n 35) 1073; Yalçınkaya/Kaleli (n 36) 2070. Y. 2. HD. 30.6.2015 T., 93 E., 14013 K.; Y. 2. HD. 24.10.2011 T., 2970 E., 16861 K.

38 Dural/Öğüz/Gümüş (n 37) 127; Özgül (n 37) 2368.

39 Yalçınkaya/Kaleli (n 36) 2070; Özgül (n 37) 2368.

40 Yalçınkaya/Kaleli (n 36) 2071; Akın Çakın, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma*, (Bilge 2007), 82-83; Saibe Oktay Özdemir, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, (2015)35(1), 39; Özgül (n 37) 2357.

41 Yalçınkaya/Kaleli (n 36) 2071.

sarsıldığını gösteren bir olgu olarak fiili ayrılığın ne kadar süreyle devam etmesi halinde boşanma olanağı sağlayacağının belirlenmesi isabetli bir yaklaşım olacaktır. Yukarıda ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere fiili ayrılık birçok hukuk düzeninde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını ortaya koyan objektif ve denetlenebilir bir olgu olarak kabul edilmekte ve boşanma davası açma hakkı veren fiili ayrılığın süresi giderek kısaltılmaktadır.

Türk hukukunda fiili ayrılığa dayanan boşanma davasında, üç yıllık fiili ayrılık süresinin başlangıç tarihi olarak boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleştiği tarih esas alınmıştır. Eşlerin ortak hayatlarının sona erdiğini her türlü delille ispat edebilme olanağına sahip olduğu dikkate alındığında, kanunda öngörülen süre boyunca ortak yaşamın olmadığı, boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşme tarihine ihtiyaç olmadan da ispat edilebilir. Örneğin, farklı konutlarda yaşadıklarını gösteren kira sözleşmesi, elektrik, su faturası abonelikleri fiili ayrı yaşamanın ispatında kullanılabilir. Eşler, ayrı konutlarda yaşayacak maddi olanağa sahip olmadığı için ortak konutta yaşadıklarına, ancak evin odalarını paylaştıklarına, yatak odalarının ayrı olduğuna, asgari düzeyde iletişim kurarak aynı evde yaşadıklarına ve ortak hayatlarının olmadığına dair mahkemeye inandırıcı deliller sunabilirler[42]. O halde eşler arasında hem fiili olarak hem de iradi olarak ayrılığın gerçekleştiği tarihin, reddedilmiş boşanma kararının kesinleşmesiyle tespit edilmesine ihtiyaç olmadığı açıktır.

Fiili ayrılığın başlangıç tarihini belirlemek amacıyla öngörülen açılmış ve reddedilmiş boşanma davası koşulu, fiili ayrılığa dayanarak boşanma davası açmak isteyen eşlerin çok uzun süre beklemesi sorununu doğurmaktadır. Bu durum dikkate alınarak TMK'nın ilgili hükmünde yapılacak değişiklikte açılmış ve reddedilmiş boşanma davası koşulu kaldırılmalı ve fiili ayrılık süresi, eşlerin makul bir sürede boşanma kararı elde etmelerine olanak tanıyacak şekilde düzenlenmelidir.

2. Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma Davası Açılabilmesi İçin Öngörülen Üç Yıllık Süre Koşulu

Fiili ayrılığa dayanan boşanmaya ilişkin tartışma konusu olan bir diğer husus, üç yıllık süre koşuludur. Daha önce açılmış ve reddedilmiş boşanma davasında verilen kararın kesinleşmesine kadar geçen süre ile sonrasındaki üç yıllık fiili ayrılık süresi birlikte hesap edildiğinde, fiili ayrılık nedenine dayanarak boşanmak isteyen eşlerin çok uzun süre beklemek zorunda kalabileceği anlaşılmaktadır. Yargıtay kararına[43] konu olan bir boşanma davasında 1993 yılında açılan ve reddedilen boşanma davasının üzerinden on yıl geçmiş, ancak fiili ayrılığa dayanan ikinci boşanma davası, üç yıllık fiili ayrılık süresi tamamlanmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Somut olayda eşler ilk boşanma davasının üzerinden on yıl geçmiş olmasına rağmen boşanama-

[42] Şahin Şengül (n 3) 305; Gençcan (n 35) 1077. Y. 2. HD. 5.4.2005 T., 4782 E., 5442 K.

[43] Y. 2. HD. 14.03.2005 T., 2080 E., 3780 K.

mışlardır. Yargıtay kararına[44] konu olan başka bir davada, ilk boşanma davası 1997 yılında reddedilmiş ve bu karar 2003 yılında kesinleşmiştir. Fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için üç yıl daha geçmesi gerektiği düşünüldüğünde, somut olayda eşlerin fiili ayrılık nedenine dayanarak boşanma davası açabilmesi için geçen süre dokuz yılı bulmaktadır.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, fiili ayrılığa dayanan boşanmada, dayanak davada ret kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi için geçen süre, ardından üç yıllık fiili ayrılık süresi ve sonrasında TMK'nın 166/IV. maddesine dayanılarak açılan dava sonuçlanıncaya kadar geçen süre, fiilen sona ermiş bir evlilikte ilgililerin boşanma kararı elde edebilmek için makul olmayan bir süre boyunca beklemelerine neden olabilmektedir. Bu nedenle eşler aleyhine ortaya çıkan bu uzun sürecin bertaraf edilmesini sağlamak üzere, eşlerin fiilen ayrı yaşadığı ve ortak hayatı kurma olasılığının bulunmadığı durumlarda fiili ayrılığa dayanan boşanmaya izin verilmesi gerekmektedir.

Öğretide[45], fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için kanun koyucunun hem açılmış ve reddedilmiş boşanma davası hem de ret kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl boyunca ortak hayatın kurulamaması koşulunu aradığına dikkate çekilerek, TMK'nın 166/IV. maddesine dayanarak boşanabilmek için eşlerin çok uzun süre beklemek zorunda kaldığı ifade edilmektedir. Sonuç olarak temelinden sarsılmış ve çekilmez hale gelmiş, fiilen sona ermiş evlilikte, eşlerin boşanabilmek için uzun süre beklemek zorunda kalmaları, hayatlarına yön verme ve yeni bir hayat kurma beklentilerini kırmaktadır. Bu nedenle fiili ayrılığa dayanan boşanmada, açılmış ve reddedilmiş boşanma davası koşulu kaldırılarak üç yıllık ayrı yaşama süresinin, TMK'nın 166/III. maddesiyle uyumlu olarak bir yıla ya da hiç olmazsa iki yıla indirildiği bir düzenleme yapılması önerilmektedir. Böylece fiili ayrılığın boşanma nedeni olarak kabul edilmesi amacına uygun bir düzenleme yapılmış olacaktır.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, TMK'nın 166/IV. maddesinde öngörülen üç yıllık fiili ayrılık süresinin kesintisiz devam etmiş olması beklenmektedir. İlgili taraflar üç yıl içinde kısa süreli de olsa barışmak amacıyla bir araya gelmişlerse, barışma gerçekleşmese de, fiili ayrılık nedeniyle boşanma reddedilmektedir[46]. Fiili ayrılığa dayanan bu davanın reddi halinde, eşlerin tekrar fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası açabilmeleri için üç yıllık ayrı yaşama koşulunu sağlamış olmaları gerekir. Böyle bir ihtimalde süre daha çok uzamaktadır. Bu durum dikkate alınarak, diğer ülke hukuklarında olduğu gibi, eşlerin kısa süreyle barışmak için bir araya gelmesinin süreyi kesmeyeceği ya da durdurmayacağı kanunda açıkça düzenlenebilir.

---

44 Y. 2. HD. 14. 01.2013 T., 12626 E., 152 K.

45 Kılıçoğlu (n 36) 116; Ünal (n 36) 310; Çakın (n 40) 87.

46 Şahin Şengül (n 3) 314; Öztan (n 35) 703; Dural/Öğüz/Gümüş (n 37) 127; Çakın (n 40) 86; Akın (n 36) 304; Özgül (n 37) 2361; Gençcan (n 35) 1091.

Öğretide eleştiri konusu olan bir diğer husus, fiili ayrılık süresinin üç yıl olarak öngörülmüş olmasıdır. Yukarıda karşılaştırmalı hukuk kapsamında incelenen ülkelerden İsviçre ve Fransız hukukunda kanun koyucunun fiili ayrı yaşama süresini indirme eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır. İsviçre'de süre, dört yıldan iki yıla, Fransa'da ise iki yıldan bir yıla indirilmiştir. Türk hukuku bakımından TMK'nın 171. maddesi kapsamında mahkemece ayrılığa hükmedilmesi halinde TMK'nın 166/IV. maddesine nazaran daha kısa sürede boşanma mümkün olabilmektedir. Zira TMK'nın 171. maddesinde hâkimin bir yıldan üç yıla kadar ayrılık kararı verebileceği düzenlendikten sonra 172/II. maddesinde ayrılık süresi sonunda ortak hayat kurulamamışsa, eşlerden her birinin boşanma davası açabileceği öngörülmüştür. Şu halde gerek TMK'nın 166/III. maddesinde öngörülen bir yıllık süreye gerek 171. maddede öngörülen sürelere de uygun olarak, fiili ayrılığa dayanan boşanmada iki yıllık ayrı yaşama süresinin makul olduğu değerlendirilmektedir[47].

B. ANAYASA MAHKEMESİNCE İPTAL EDİLEN TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN 166/IV. MADDESİNE İLİŞKİN YENİ DÜZENLEME ÖNERİSİ

TMK'nın 166/IV. maddesinde öngörülen boşanma nedeni mutlak bir boşanma nedeni olup anılan hükümde sayılan koşulların gerçekleşmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin kesin karine geçerlilik kazanır ve hâkim boşanmaya hükmeder. Ancak söz konusu hükümde aranan koşullar, öğreti ve uygulamada uzun süredir eleştiri konusu olmuştur. Son olarak ilgili hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinin ardından yeni bir düzenleme yapılması ihtiyacı gündeme gelmiştir.

Anılan hükümde değişiklik yapılması önerilen koşullardan ilki, üç yıllık fiili ayrılık süresinin başlangıç tarihini belirlemek için kullanılan dayanak dava koşuludur. Bu koşul, eşleri TMK'nın 166/IV. maddesine dayanarak boşanma davası açabilmek ve üç yıllık fiili ayrılık süresinin başlangıç tarihini belirlemek için, reddedileceği kesin olan bir boşanma davası açmaya yönlendirebilmektedir[48]. Esasında fiilen ve iradi olarak ortak yaşama son verildiğinin, mutlaka daha önce açılan boşanma davasında verilen ret kararının kesinleşmesiyle tespit edilmesi gerekmemektedir. Eşlerin her türlü delille belirli bir süredir fiilen ayrı yaşadıklarını ispat etmeleri mümkündür. Ayrıca daha önce de ifade edildiği üzere dayanak dava koşulu, fiili ayrılığa dayanarak boşanmak isteyen eşlerin çok uzun süre beklemelerine neden olabilmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun 166/IV. maddesi kapsamında ortak yaşamın kurulamaması nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsıldığından söz edebilmesi için öngörülen üç yıllık fiili ayrılık süresinin, boşanmayı önemli ölçüde güçleştirdiği ve hiçbir şekilde ortak hayata dönmek istemeyen tarafların makul olmayan süreler

---

47 Hatemi (n 35) 124; Ünlütepe (n 35) 394; Ünal (n 36) 310; Kılıçoğlu (n 36) 116; Yalçınkaya/Kaleli (n 36) 2073; Özgül (n 37) 2364.

48 Şahin Şengül (n 3) 394.

boyunca evli kalmaya zorlanması sonucunu doğurduğu gerekçesiyle kısaltılmasının isabetli olacağı değerlendirilmektedir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar çerçevesinde, bir taraftan uygulamada ortaya çıkan sorunlara çözüm getirecek diğer taraftan fiili ayrılığın boşanma nedeni olarak kabul edilmesi amacına uygun olacak şekilde TMK'nın 166/IV. maddesinin şu kapsamda kaleme alınması önerilmektedir: "*Eşlerin iki yıldır ayrı yaşıyor olması halinde, evlilik birliğinin aksi ispat edilemez bir şekilde temelinden sarsıldığı kabul edilir ve boşanma konusunda anlaşma aranmaksızın eşlerden birinin boşanmayı talep etmesi üzerine hâkim boşanmaya karar verir. Eşlerin barışmak amacıyla kısa süreli olarak bir araya gelmesi iki yıllık ayrı yaşama süresinin kesilmesi ya da durmasına neden olmaz.*"

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu'nun 166/IV. maddesinde düzenlenen fiili ayrılığa dayanan boşanma, kusura dayanmayan, mutlak bir boşanma nedenidir. Fiili ayrılık nedeniyle boşanmaya hükmedilebilmesi için, öncelikle boşanma sebeplerinden herhangi birine dayanılarak açılmış ve reddedilmiş bir dayanak davanın varlığı gerekmektedir. Bu davada verilen ret kararının kesinleşmesinden itibaren geçen üç yıllık sürede eşlerin her ne sebeple olursa olsun ortak hayatı yeniden kuramamış olması halinde, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilir. Bu durumda eşlerden birinin boşanmayı talep etmesi üzerine, hâkim boşanmaya hükmeder.

Fiili ayrılığa dayanan boşanma süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kanunda öngörülen şartlar altında ortak hayatın yeniden kurulamadığı hallerde makul olmayan bir süre boyunca eşlerin boşanma kararı elde etmelerine olanak tanınmadığı anlaşılmaktadır. Dayanak davanın ret ile sonuçlanması, ret kararının kesinleşmesi ve sonrasında geçmesi gereken üç yıllık fiili ayrılık süresi toplandığında, fiili ayrı yaşamaya dayanan boşanma neredeyse on yıl gibi uzun bir sürede mümkün olmaktadır.

Eşlerin her türlü delille belirli bir süredir fiilen ayrı yaşadıklarını ispat etmeleri mümkünken, ortak yaşama son verildiğinin, mutlaka daha önce açılan boşanma davasında verilen ret kararının kesinleşmesiyle tespit edilmesini aramak, boşanma sürecinin uzamasına neden olmaktadır. Öte yandan boşanmanın uzun yıllar sonra gerçekleşebileceği dikkate alındığında kanunda öngörülen üç yıllık fiili ayrılık süresinin kısaltılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Burada fiili ayrılık süresi belirlenirken ne kadarlık bir ayrı yaşama süresinin evliliğin devamının kesin olarak beklenemez olduğunun göstergesi olduğu sorusunun yanıtlanması gerekir. Aile hukukunda esas olanın evlilik birliğinin devamıdır. Bu nedenle kısa bir fiili ayrılık süresinin yerine getirilmesi halinde eşlerden birinin tek taraflı talebiyle boşanmanın mümkün olacağını kabul etmek, aile hukukunda geçerli olan bu prensiple uyumlu olmayacaktır. O halde fiili ayrılık için belirlenecek süre, eşlerin evliliklerinin devamının beklenemez olduğunu değerlendirebilmeleri bakımından yeterli olmalıdır. Öğretide ağırlıklı olarak iki yıllık sürenin yeterli olacağı görüşü hakimdir.

Netice itibariyle, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ardından fiili ayrılığa dayanan boşanma nedeni düzenlenirken, eşlerin iki yıldır ayrı yaşıyor olması halinde, evlilik birliğinin aksi ispat edilmez bir şekilde temelinden sarsıldığını kabul eden ve eşlerden birinin boşanmayı talep etmesi üzerine boşanmaya karar verileceğini öngören bir hüküm ihdas edilmesi önerilmektedir. Ayrıca hükümde eşlerin barışmak amacıyla kısa süreli olarak bir araya gelmesinin, iki yıllık ayrı yaşama süresinin kesilmesi ya da durmasına neden olmayacağı da açıkça ifade edilmelidir.

KAYNAKÇA

Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, 23. bs., İstanbul: Beta Yayıncılık (2021).

Burcuoğlu H, "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 48, S. 1-4, (2011) 113-140.

Çakın A, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma*, Ankara: Bilge Yayınevi (2007).

Dural M, Öğüz T and Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku, C. III: Aile Hukuku*, 17. bs, İstanbul: Filiz Kitabevi (2022).

Erdrich R, *Praxishandbuch Familienrecht,* Kleffmann, N., Scholz, H. (Hrsg.), 40. Aufl., München: C.H.Beck (2021).

Fankhauser R, *Familienkommentar (FammKomm) Scheidung, Band I: ZGB,* Schwenzer, I., Fankhauser, R. (Hrsg.), 3. Aufl., Bern: Stämpfli Verlag (2017).

Ferrand F, "Die französische Scheidungsreform (Gesetz Nr. 2004-439 vom 26. Mai 2004 relative au divorce)", *Perspektiven des Familienrechts Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag*, Gieseking Verlag (2005) 1317-1331.

Füllemann D, *Verschulden und Zerrüttung in rechtsvergleichender Sicht*, Bern: Stämpfli Verlag (1982).

Gençcan ÖU, *Boşanma Hukuku*, 11. bs., Ankara: Yetkin Yayınları (2022).

Hatemi H, *Aile Hukuku*, 8. bs., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık (2020).

Hausheer H, "Yeni İsviçre Boşanma Hukuku'nun Önemli Yenilikleri", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı, Çivi, A., Unkan, D. (Çev.), (2007) 29-52.

Jungo A, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG,* Breitschmid P., Jungo A. (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich: Schulthess Verlag (2016).

Kappler A, *Familienrecht (Scheidung, Unterhalt, Verfahren) Kommentar,* Johannsen, K. H., Henrich, D., Althammer, C. (Hrsg.), 7. Aufl. Müchen: C. H.Beck (2020).

Kaesling K, *Nacheheliche Verantwortung in Frankreich und Deutschland: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Grund und Grenzen zeitgemäßen Unterhalts*, Bern: Stämpfli Verlag (2017).

Kılıçoğlu A M, *Aile Hukuku*, 5. bs., Ankara: Turhan Kitabevi (2020).

Neumann R, *BeckOK BGB,* Wolfang Hau, W., Poseck R. (Hrsg.*)*, 57. Aufl. München: C. H. Beck (2021).

Oktay Özdemir S, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 35, S. 1, (2015) 29-46.

Özgül M E, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, (2021) 2347-2385.

Öztan B, *Aile Hukuku*, 6. bs., Ankara: Turhan Kitabevi (2015).

Schwander I, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch,* Kostiıewic, J. K., Wolf, S., Amstutz, M., Fankhauser, R. (Hrsg.)*,* 3. überarbeitete Aufl., Zürich: Orell Füssli (2016).

Schwenzer I and Keller T, "Recent Developments in Swiss Family Law", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 31, S. 1, (2015) 1-28.

Steck D, "Die Praxisentwicklung zu den Scheidungsgründen", *Die Praxis des Familienrechts*, (2004) 206-228.

Sutter T and Freiburghaus D, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, Zürich: Schulthess Verlag (1999).

Şahin Şengül E, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık (2022).

Ünal A, "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 1-2, (2007) 291-311.

Ünlütepe M, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m. 166/I-II)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık (2019).

Weber A, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB),* Säcker, F. J., Rixecker, R., Oetker, H., Limperg, B. (Hrsg.), 8. Aufl., München: C. H. Beck (2019).

Yalçınkaya N and Kaleli Ş, *Yeni Boşanma Hukuku C. II,* 3444 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerle Birlikte İlaveli 2. bs., Ankara: Türk Hava Kurumu Basımevi (1988).

Yücel Ö, *Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinden Kusurdan Bağımsızlığa Geçiş*, Ankara: Seçkin Yayıncılık (2023).

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article
DOI: 10.54049/taad.1515076

DENİZ KAZALARINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIK VE TALEPLERDE ARABULUCULUK

Mediation In Disputes And Claims Arising From Marine Accidents

Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL*

Özet

Deniz ticareti sahasında, uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında ve tahkim yolu ile çözülmesi konusunda köklü bir gelenek vardır. Deniz ticareti sözleşmelerinde, ekseriyetle bir tahkim şartı yer alır ve muhtemel uyuşmazlıklar bu usul ile çözülür. Tahkim yolunun, her ne kadar gizlilik, hukuk ve hakem seçimi gibi konularda avantajları ifade edilse de; yargılama süreleri ve masrafları gibi konularda şimdiye kadar devlet yargısına yöneltilen eleştiriler, son yıllarda tahkim yolu bakımından da dile getirilmeye başlanmıştır. Buna rağmen, daha az masraflı ve daha hızlı, müzakereye dayalı ve barışçıl bir alternatif çözüm yolu olan arabuluculuk, deniz ticareti tatbikatında ciddi bir rağbet görmemiştir. Oysa ki çoğu defa brokerlar ve acentelerin katılımıyla gerçekleştirilen deniz ticareti faaliyetlerinin doğasında müzakere ve uzlaşı kültürü vardır. Bilhassa makalenin konusunu teşkil eden ve yabancı literatür ve tatbikatta "wet disputes" kapsamında değerlendirilen deniz kazalarından doğan uyuşmazlıklarda, tarafların arasında genellikle bir sözleşme bulunmaz. Tabiatıyla uyuşmazlığın ne şekilde çözüleceği, genellikle uyuşmazlığa sebep olan hadisenin meydana gelmesinden sonra kararlaştırılır. Şüphesiz ki tahkim yolunun öngörülmediği uyuşmazlıklarda tarafların, devlet yargısına başvurma hakkı saklıdır; ancak deniz kazalarından doğan uyuşmazlıklarda çoğunlukla kusur, sorumluluk ve tazminatın paylaştırılması gerektiğinden, haklı veya haksızın tespitinden ziyade tarafları tatmin edecek, nispeten daha kısa bir prosedürün işletilmesi daha verimli olabilecektir. Bu makalede, işbu prensip ve esaslar dairesinde, deniz kazalarından doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk uygulaması, merî mevzuat bakımından ele alınmış ve konu ile ilgili birtakım değerlendirme ve önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Deniz ticareti hukuku, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, deniz kazaları, arabuluculuk, tahkim

Abstract

There is a long tradition in shipping law of resolving disputes outside the courts and through arbitration. Shipping contracts often contain an arbitration clause and potential disputes are settled through this procedure. Although arbitration has advantages in terms of confidentiality, choice of law and arbitrators, it has been criticised in recent years for the length and cost of proceedings. Nevertheless, mediation, which is a less costly and faster, negotiated and peaceful alternative dispute resolution method, has not been seriously adopted in shipping practice. However, the nature of the shipping trade, which is often conducted with the involvement of brokers and agents, is a culture of negotiation and compromise. In particular, in disputes arising out of maritime

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 17.04.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, fevzi.gozuyesil@hbv.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-3266-1642.

casualties, which are the subject of this article and which are considered within the scope of "wet disputes" in foreign literature and practice, there is generally no contract between the parties. As a result, the method of settlement of the dispute is usually agreed upon after the occurrence of the event giving rise to the dispute. Of course, in disputes where arbitration is not provided for, the parties have the right to have recourse to the state judiciary; however, since disputes arising out of maritime accidents often require apportionment of fault, liability and compensation, it may be more efficient to have a shorter conciliation procedure to satisfy the parties rather than to determine right or wrong. Within the framework of these principles and guidelines, this article has analysed the practice of mediation in disputes arising from maritime accidents in the light of the legislation in force and has made some assessments and suggestions on the subject.

Key Words: Shipping law, alternative dispute resolution, maritime accidents, mediation, arbitration

GİRİŞ

Birden fazla insanın var olduğu her sosyal yapıda, ülke, şehir, kasaba veya köy gibi makro ya da okul, sınıf, apartman veya aile gibi mikro formlarda olduğu gibi; ticarî ve sosyal bir ortam olarak telakki edilebilecek denizcilik çevrelerinde de, bir arada olmanın tabiî neticesi olarak bazı nizaların söz konusu olması muhtemeldir. Gerçekçi bir zaviyeden bakılacak olursa, mevzubahis sosyal yapının huzur ve istikrarı, teşekkül ettiği fertler arasında hiçbir sorun çıkmamasından ziyade, ortaya çıkan sorunların ne kadar az maliyetle ve kısa sürede çözülebileceği ile alâkalıdır. "*Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri*" başlıklı mesele, esasında bu arayışın bugün itibariyle geldiği merhalenin bir tezahürüdür.

Deniz ticaret erbâbının, aralarındaki uyuşmazlık ve meseleleri devlet yargısı dışında çözme geleneği, esâsen oldukça eski tarihlere dayanır. Bu bakımdan deniz ticareti uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözülmesi, alışılmış bir uygulamadır. Mâmâfîh bugün itibariyle tahkim usulü ile alâkalı, masraflı, meşakkatli ve uzun zaman alan bir süreç olduğu yönünde serzenişler de yüksek sesle dile getirilmeye başlanmıştır. Nitekim bir gemi dönüşüm sözleşmesinden doğan meşhur the Solitaire tahkiminde, çok sayıda avukat ve uzman görev almış, taraflar on milyonlarca sterlin masraf yapmış ve süreç yaklaşık on yıl sürmüştür[1].

Tahkim usulünün, bilhassa maliyet ve sürat bakımından devlet yargısı ile benzer marazlar göstermesi, son yıllarda arabuluculuğun bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak yıldızının parlamasını da beraberinde getirmiştir. Hâkezâ kamu otoriteleri ve sivil toplumun teşviki ile zorunlu arabuluculuk düzenlemeleri de, müessesenin memleketimizde de tanınır hâle gelmesini sağlamıştır. Bugün itibariyle arabuluculuk müessesesi, sadece hukuk çevrelerinde değil, başta ticaret erbâbı olmak üzere toplumun önemli bir kesiminde bilinen bir uygulama hâline gelmiştir. Ancak on yılları bulan modern arabuluculuk tecrübesinin, sektörel ihtiyaçlar ve beklentiler ve hukukî düzenlemelere rağmen deniz ticareti sahasında yeterince karşılık bulduğunu ifade etmek güçtür.

[1] Giovanni Matteucci, 'Enforceability of International Commercial Mediation Agreements, the Singapore Convention' (2020) 2 Asian Pacific Mediation Journal 11, 12 ve dn. 10.

Bu makalede, yabancı tatbikatta "*wet disputes/claims*" olarak ifadesini bulan, seyrüseferde gerçekleşen beklenmedik ve istenmeyen hadiselerden doğan uyuşmazlık ve taleplerden biri olan deniz kazaları, Türk arabuluculuk uygulaması ve düzenlemeleri bağlamında değerlendirme konusu yapılmıştır[2]. Evvelâ arabuluculuğa dair genel bir perspektifin ardından, deniz kazalarının tabiatı ele alınmış; akabinde Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen müşterek avarya, çatma ve kurtarma müesseselerine dair genel malûmat verilerek, meselenin mahiyetinin arabuluculuğa uygunluğu[3], arabuluculuğa elverişlilik ve dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri bakımından incelenmiştir.

I. DENİZ TİCARETİ SAHASINDA ARABULUCULUK: TEORİ VE HUKUK

Arabuluculuk, doktrinde farklı şekillerde tarif edilmekle birlikte, bu tariflerin kahir ekseriyeti aynı prensip ve esaslar üzerinde yoğunlaşmaktadır[4]. Kapsayıcı ve amaca matuf bir diğer tanım ise, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu[5] m. 2/1-b'de;

> *"sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim*

---

2 Deniz kazası, gemiciliğe mahsus tehlike ve muhatara olarak tarif edilebilir. Bunların tahdîdî şekilde sayılması esasında mümkün değildir. Bkz. Galip Gültekin, 'Deniz Hukuku. Çatma, Kurtarma ve Yardım', *Cemil Bilsel'e Armağan* (1939) 624. Nitekim Deniz Kaza ve Olaylarını İnceleme Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (n) bendinde deniz kazaları, oldukça geniş kapsamlı olarak sayılmıştır. Bununla birlikte bu makalede "deniz kazaları"ndan kastedilen, Türk Ticaret Kanunu'nun Deniz Ticareti Kitabının Beşinci Kısmında zikredilen müşterek avarya, çatma ve kurtarma hüküm ve müesseselerinden ibarettir.

3 "*Arabuluculuğa elverişlilik*"; 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2'nci maddesinden mülhem olarak, doktrinde ve tatbikatta karşılığını bulan ve esasında Kanun'un kapsam ve etki alanını belirleyen bir hukukî terimdir. Bir uyuşmazlık veya talebin "*mahiyetinin arabuluculuğa uygunluğu*" olarak ifade ettiğimiz ise, taraflar arasında bir üçüncü kişinin yardımıyla müzakere edilerek maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecek şekilde dahi olsa çözülebilmesi mümkün olan uyuşmazlık ve taleplerdir.

4 Doktrinde yapılmış bazı tanımlar için bkz. Jay Folberg and Alison Taylor, *Mediation, A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation* (1984) 1984; Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü:* (Seçkin 2003) 88; Yavuz Kaplan, 'Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış' (2011) 28 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 115, 121–123; Melissa Hanks, 'Perspectives on Mandatory Mediation' (2012) 35 UNSW Law Journal 929, 930; Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin 2012) 21; Andrew Goodman, *Preparing for Mediation: A Guide for Consumers* (Mediation Publishing 2016) 5; Emre Kıyak, *Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk İle Uyumlaştırılması* (2018) 55; İlker Koçyiğit and Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını 2019) 14; Güven Yarar, *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk* (1. Baskı, On İki Levha 2019) 8.

5 R. G.: 22.06.2012 tarih ve 28331 sayı.

sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi" şeklinde verilmiştir.

Çok kısa ve veciz olarak ifade etmek gerekirse arabuluculuk, asiste edilmiş müzakeredir[6]. Bu bapta tarihî veçhesi de kısaca ele alınarak, deniz ticareti sahasında arabuluculuk tatbikatına dair genel birtakım mülahazalar okuyucuya sunulmuştur.

A. Deniz Ticareti Sahasında Arabuluculuk

1. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Deniz Ticareti

Alternatif uyuşmazlık çözüm (*alternative dispute resolution*) yöntemleri, uyuşmazlıkların devlet yargısında ve muhakeme kaidelerine göre görülmesi yerine, kanunun izin verdiği ve emredici kurallara aykırı olmayan herhangi bir başka çözüm yolunun işletildiği süreç ve yöntemlerdir[7].

Alternatif çözüm yöntemlerinin en meşhuru olan arabuluculuğun tarihî köklerini, belirli bir zaman dilimine veya medeniyete hasretmek pek mümkün değildir. Uyuşmazlıkları devlet yargısı dışında kalan usullerle çözme geleneği ve çabası, insanların toplum hâlinde bir arada yaşamaya başladıkları zamana dek uzanır. Geleneksel ve kadim arabuluculukta, toplumda yaşça kıdemli bir aile büyüğü, aşiret reisi veya itibarlı bir başka kişinin arabuluculuk yaptığı görülmektedir[8]. Bu tatbikatın köklerini antik Mısır, Babil, Asur, antik Yunan ve Roma toplumunda müşahede etmek mümkündür[9]. Hâkezâ Türk ve İslâm medeniyetinde de, arabuluculuk ve benzeri müzakereye dayalı yöntemlerin uygulama alanı bulduğu bilinmektedir[10]. Gelenek-

---

6 Kıyak (n 4) 55.

7 Doktrindeki bazı tanımlar için bkz. Kaplan (n 4) 115; Mustafa Göksu, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim (Arabuluculuk-Uzlaştırma)* (Güncellenmiş 4 Bası, 2022) 18; Ferhat Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık* (Güncellenmiş 2 Baskı, 2023) 27. Alternatif çözüm yöntemlerinin kanuna ve emredici hükümlere aykırı olmaması, şiddet ve cebir gibi hukuk düzeni tarafından meşru görülmeyen usullerin bu kapsamda olmadığına işaret eder. Bkz. Stephen J Ware, *Priciples of Alternative Dispute Resolution* (2. ed, Thomson 2007) 5; Alper Bulur, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi' (2007) 65 Ankara Barosu Dergisi 30, 30–31; Koçyiğit and Bulur (n 4) 9. Müzakere (negotiation), tarafsız ön değerlendirme (early neutral evaluation), seri jüri yargılaması (summary jury trial) ve vakıaların saptanması (fact-finding) gibi diğer alternatif çözüm yöntemleri hakkında bkz. Susan R Patterson and D Grant Seabolt, *Essentials of Alternative Dispute Resolution* (2nd ed, Pearson Publications Co 2001) 21; Ildır (n 4) 84–85; İbrahim Özbay, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri' (2006) 10 Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 459, 467; Kaplan (n 4) 118; Göksu (n 7) 22; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 616.

8 Özbay (n 7) 467; Yıldırım (n 7) 47.

9 Taşpolat Tuğsavul (n 4) 32; Yıldırım (n 7) 47 vd. Yarar (n 4) 21.

10 Teferruatlı bilgi için bkz. Ahmet Akman, 'İslâm-Osmanlı ve Modern Türk Hukuku'nda Sulh Sözleşmesi ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Mukayeseli Bir Bakış' (2021) 20 Hitit İlahiyat Dergisi 1030, 1030. Hâkezâ Şanlıurfa Türklmenlerindeki arabuluculuk ve benzeri tatbikatlar

sel arabuluculuk ve benzeri uygulamalar, bugün dahi farklı toplum kesimlerinde varlığını sürdürmektedir. Bununla birlikte modern arabuluculuk, bir başka ifade ile bugünkü manasıyla arabuluculuk ise 1960'lı yıllardan itibaren ABD'de uygulanmaya başlanmıştır[11]. Ancak ifade etmek gerekir ki; geleneksel arabuluculuk ile modern arabuluculuk, büyük ölçüde aynı felsefî ve düşünsel temel üzerinde yükselmiştir.

Deniz tacirleri de, aralarındaki uyuşmazlıkları devlet yargısı dışında çözmek konusunda tecrübelidirler. *Lex marcatoria* ve deniz ticaretindeki tezahürü *lex maritima* ile yüzyıllardır süregelen davranış kurallarına dayanan ve beynelmilel bir örf ve adet hukuku olarak yükselen deniz ticareti hukuku[12], milletlerarası, esnek ve genellikle devlet yargısına gerek duyulmadan uyuşmazlıkların çözülebildiği bir kurallar ve gelenekler manzumesidir[13]. Deniz ticareti hukuku, siyasal etkiye en kapalı alanlardan biri olsa da, Avrupa'da merkezî devletlerin güçlenmesi, bu kuralların da millîleşmesini beraberinde getirmiştir[14]. Fakat deniz ticaretinin tabiatı, farklı yerlerde bulunan ve farklı kültürlere mensup tacirlerin, sigortacıların ve gemi adamlarının, millî ve mahallî kurallarını uygulamasını neredeyse imkânsız kılmıştır.

Bu esastan olmak üzere deniz ticareti sözleşmelerinin çoğu, bir tahkim şartı içerir. Bazı sözleşmelerde ise tarafların tahkim safhasından önce, iyi niyetle ve dostane şekilde müzakere etmeleri veya uyuşmazlığın bir uzman kişiye havale edilerek çözüm yolu aranması öngörülebilir[15]. Ancak modern anlamda arabuluculuk uygulamasının, deniz ticaretinde henüz rağbet gördüğünü söylemek mümkün değildir[16]. Tarafların birbirlerinden uzakta ve farklı kültürlere mensup oldukları için birebir ve yüz yüze iletişim kurmalarının güçlüğü, aralarındaki sözleşmeye bir arabuluculuk şartı koymak istememelerinin sebepleri arasında gösterilmiştir[17]. Kanaatimizce deniz ticareti uyuşmazlıklarında arabuluculuğa rağbet edilmemesinin güncel bir diğer sebebi; sektörde mevcut olan, uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında çözme prati-

için bkz. Kamil Kaya and Mustafa Talas, 'Karacadağ Türkmen Aşireti'nde Arabuluculuk: Siverek Örneği' (2016) 1 Sosyolojik Düşün 1, 6–7. Yine kadim Türk kültüründeki arabuluculuk tezahürleri bakımından bkz. Meltem Öksüz, 'Arabuluculuk Müessesesinin Dede Korkut Hikâyelerindeki İzleri' (2022) 1 Culture and Civilization 50, 50.

11 Ildır (n 4) 31; Özbay (n 7) 461; Taşpolat Tuğsavul (n 4) 32; Koçyiğit and Bulur (n 5) 9.

12 Constantina Sampani, 'The Impact of Culture in Online Dispute Resolution for Maritime Disputes' [2013] Cambrian Law Review 6, 7.

13 Bkz. Yarar (n 4) 24.

14 Bkz. Samuel Rosen, 'The Origin and Development of the Modern Maritime Law' (1934) 6 Law Society Journal 240, 250; Fahiman Tekil, *Deniz Ticareti Hukuku* (İkinci Baskı, 1977) 14.

15 Clare Ambrose, Karen Maxwell and Michael Collett, *London Maritime Arbitration* (Bruce Harris ed, Fourth Edition, informa law from Routledge 2018) 33.

16 Bkz. Aleka Mandaraka-Sheppard, *Modern Maritime Law, Volume 2: Managing Risks And Liabilities* (Third Edition, 2013) 24.

17 Pınar Akan, *Arabuluculuk ve Deniz Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Uygulanması* (2013) 154; Bkz. Charles L Measter and Peter Skoufalos, 'The Increasing Role of Mediation in Resolving Shipping Disputes' (2002) 26 Tulane Maritime Law Journal 515, 520–521.

ğinin, bu alanın dava şartı arabuluculuk uygulamasının kazanımlarından mahrum kalmasını beraberinde getirmesidir[18].

2. Deniz Ticareti Sahasında Arabuluculuk Müessesesine Olan İhtiyaç

Arabuluculuk ile ilgili çalışmalarda, müessese genellikle devlet yargısı ile karşılaştırılır ancak konu deniz ticareti ile ilgili olduğunda, bu karşılaştırmanın yanı sıra arabuluculuğun tahkim usulüne nazaran müspet yanlarını da zikretmek gerekir. Nitekim deniz ticareti sözleşmelerinde genellikle tahkim şartı öngörüldüğü için, bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların devlet yargısına taşınmasına pek nadir rastlanır[19]. Bir alternatif çözüm yöntemi olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte[20], deniz ticareti uyuşmazlıklarının çözülmesine başvurulan aslî yöntemin tahkim olduğunu ifade etmek yanlış olmaz.

Devlet yargısında kural olarak taraflar; hâkimi, mahkemeyi ve muhakeme usulünü seçme yetkisini haiz değildirler[21]. Ekseriyetle taraflar, yargılamanın neticesi üzerine verilecek kararda söz sahibi değildirler. Tahkim usulünde ise taraflar, maddî hukuk kurallarını ve hakemleri belirleyebilecek olsalar da, tahkim kesin hüküm tesis etmeye matuf bir yargılama niteliğindedir[22]. Hem devlet, hem tahkim yargılamasında, arabuluculuktan bir uzlaşma arayışının söz konusu olmaması, belli birtakım usulî prosedürlere bağlılık ve çıkan neticenin hukukî mahiyeti bakımından ayrılır. Bu esastan olmak üzere deniz ticaretinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden söz ederken, alışılmış ve kabul edilen bir uygulama olduğu için tahkimden ziyade akla arabuluculuğun gelmesi tabiîdir[23].

Yargısal faaliyetler, hukuk mesleğinden olmayan kişilerin aşina olmadığı sıkı kurallara tâbi olduğu için masraflıdır[24]. Hâkezâ, hızlı bir çözüme kavuşma imkânı da pek mümkün değildir[25]. Devlet yargısına dair yapılan bu alışılagelmiş tespitler, bilhassa son yıllarda tahkim yargılaması bakımından da cârîdir. Tahkim yargılamaları, ucuz olmadığı gibi, kısa süren bir prosedür de değildir[26]. Deniz ticaretinde

---

18 Bununla birlikte bazı tip sözleşmelere, bağlayıcı olmayacak şekilde "arabuluculuk" şartlarının konulduğu görülmektedir. Mesela BALTIME çarter formunda, tahkim safhasından önce başvurulmak üzere arabuluculuk yolu öngörülmüş; hatta taraflardan birinin arabuluculuğa yanaşmaması hâlinde tahkim masrafları bölüştürülürken bu hususun dikkate alınabileceği hususu da yer almıştır.

19 Akan (n 17) 151.

20 Bkz. H Yavuz Alangoya, *Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (1973) 55; Kıyak (n 4) 124; Koçyiğit and Bulur (n 4) 10; Özbek (n 7) 219–220; Göksu (n 7) 124; Yarar (n 4) 26.

21 Göksu (n 7) 19.

22 ibid 124.

23 Ambrose, Maxwell and Collett (n 15) 31.

24 Günter Hirsch, 'Die „alternative Streitbeilegung" Hat Konjunktur' [2012] Zeitschrift für Rechtspolitik 189.

25 Bkz. Kıyak (n 4) 31; Koçyiğit and Bulur (n 4) 13.

26 Bkz. Akan (n 17) 152–153; Measter and Skoufalos (n 17) 520.

söz konusu olan ödeme ve kalemlerin önemli bir kısmının zamana bağlı olması, yolculuğun beklediği ve geciktiği her günün ilgililer bakımından ciddi maddi kayıp anlamına geldiği dikkate alındığında; anlaşmazlıkların süratle neticelenmesi önemli bir ihtiyaçtır. Geminin veya yükün muhafazasını ya da limanda beklemesini gerektiren uyuşmazlıklarda, zarar veya uyuşmazlık konusu meblağ günden güne artabilir. Mesela bir gemi inşa sözleşmesi kapsamında inşa devam ederken, arabuluculuk yoluyla hızlı bir çözüm, işin en az kesintiyle devam etmesini sağlar ve böylece kapsamlı zararlar önlenmiş olur[27].

Arabuluculuğun, devlet yargısından ayrıldığı bir diğer önemli mesele, tahkim usulünde olduğu gibi gizliliğin esas olmasıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 41'inci maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 28'e göre, devlet yargısında duruşma ve kararların bildirilmesi kural olarak alenîdir. Arabuluculukta ise uyuşmazlık ile ilgili bilgiler; tarafların ve seçtikleri uyuşmazlık çözüm yönteminde görev alanlardan başka kişilerin önünde tartışılmaz, varılan netice kural olarak üçüncü kişilerle paylaşılmaz. Bu, deniz ticareti uyuşmazlıkları bakımından önem arz edebilir[28]. Arabuluculuğun tüm safhaları, taraflar aksini kararlaştırmadıkça gizli olacaktır ve arabuluculuk kapsamında paylaşılan bilgiler veya görüşler kural olarak tahkimde, mahkemede veya başka amaçlarla kullanılmayacaktır[29].

Devlet ve tahkim yargılamasında, geçmişe yönelik olarak vaka ve vakıalar değerlendirme konusu yapılır ve taraflardan hangisinin haklı ve haksız olduğu tespit edilir. Karar, taraflardan birinin kısmen veya tamamen haklı olduğu yönünde şeklinde ortaya çıkar. Bu bakımdan taraflardan en az birisi kaybetmektedir, bazen her iki taraf da kaybettiğini düşünebilmektedir; tabiatıyla zaman zaman, her iki taraf bakımından da adalet duygusunun tatmin edilememesi ihtimâli söz konusudur. Arabuluculukta ise taraflardan en az birinin kaybetmesi olarak tezahür eden kazan-kaybet anlayışından ziyade, kazan-kazan esasının geçerlidir[30]. Bir başka ifade ile taraf iradeleri esastır ve taraflar, kendi iradeleri ile tercih ettikleri çözüm yöntemine ve neticeye katkı sundukları için, kendiliğinden çözümün bir parçası olurlar. Çözümün bir parçası olan taraf ise neticeden genellikle tatmin olur. Arabuluculuk yoluyla taraflar, kendilerine dayatılan bir karar yerine netice üzerinde söz sahibi oldukları, tahkime göre daha ucuz, daha hızlı ve ticarî ilişkilerin geleceğine daha az zarar veren çözüm yöntemini tercih etmiş olurlar[31].

Arabuluculuk mahiyeti itibariyle; esnek, ılımlı, geleceği esas alan bir süreç ve yaklaşımı beraberinde getirir[32]. Deniz ticareti sahasında, nispeten az sayıda katı-

---

27 Bkz. Measter and Skoufalos (n 17) 526.

28 Mandaraka-Sheppard (n 16) 24.

29 Ambrose, Maxwell and Collett (n 15) 37.

30 Ildır (n 4) 62; Hirsch (n 24) 190; Göksu (n 7) 20.

31 Ambrose, Maxwell and Collett (n 15) 32.

32 Göksu (n 7) 29.

lımcı bulunduğundan uyuşmazlıkları dostane bir şekilde çözmek önemlidir[33]. Her ne kadar *wet disputes* kapsamında ifade edilebilecek deniz kazalarında, taraflar arasında çoğunlukla bir sözleşme ve sürekli bir ilişkin olmasa da, yargısal süreçler yıpratıcı ve sektörel istikrarı bozucu nitelikte olabilir.

B. Deniz Ticareti Sahasında Arabuluculuğun Hukukî Arka-Planı

Arabuluculuk, salt bir usul hukuku müessesesi değildir; mâmâfih müessesenin etkileri hukuk âlemindeki yoğun şekilde tezahür eder ve tabiatıyla kanun koyucu ve düzenleyici otoriteler, müessesenin hukukî tezahür ve tesirlerini de ele almışlardır. Bu bapta kısaca, arabuluculuğun hukukî arka-planı ve arabuluculuğu taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası hâline getirmeye matuf çabalar üzerinde durulmuştur.

1. Türk Hukukunda Arabuluculuk Düzenlemeleri

Türk hukukunda arabuluculuğun temel kanunî metni olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yolu ile çözümlenmesi imkânı getirilmiştir. Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır (m. 1/2). Kanun'da, arabuluculuğa ilişkin temel ilke ve esaslar, arabuluculuk mesleğine dair konular ve arabuluculuk teşkilâtı hakkındaki düzenlemeler, arabuluculuk anlaşmasının hukukî neticeleri gibi temel konular teferruatlı olarak düzenlenmiştir.

Arabuluculuğun tabiatında yer alan ve HUAK m. 3/1'de ifadesinin bulan iradî olma ve gönüllülük ilkelerine rağmen, müessesenin doktrinde ve tatbikatta ilgi görmesi, bazı uyuşmazlık türleri bakımından dava şartı olarak kabul edilmesiyle birlikte söz konusu olmuştur[34]. Bugün itibariyle bireysel iş sözleşmesine dayanan alacak, tazminat ve işe iade davaları (İş Mahkemeleri K. m. 3), tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A/1) ile kira, ortaklığın giderilmesi, kat mülkiyeti uyuşmazlıkları ve komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar (HUAK m. 18/B) için dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunludur.

Makale konusu bakımından ehemmiyet arz eden düzenlemeler ise TTK m. 4/1-a ve TTK m. 5/A hükümleridir. Deniz ticaretinden ve bilhassa deniz kazalarından doğan uyuşmazlıklar kahir ekseriyetle TTK m. 4/1-a hükmüne göre ticarî dava mahiyetinde olduğu için, konusu bir miktar paranın ödenmesi olarak alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davası niteliğinde olduğu müddetçe dava şartı arabuluculuk kapsamında olacaktır (TTK m. 5/A).

---

33 Bkz. Measter and Skoufalos (n 17) 529–530.

34 Nitekim HUAK m. 3/1 hükmüne, 7155 sayılı Kanun'un 22'nci maddesi ile eklenen fıkra ile dava şartı arabuluculuğa dair düzenlemeler, iradilik ve gönüllülük ilkesinin istisnası olarak ifade edilmiştir.

2. Milletlerarası Hukuk ve Tatbikatta Arabuluculuk

Milletlerarası hukuk bakımından, ticarî arabuluculuk anlaşmalarının taraf devletlerde tanınması, icrası ve kesin delil niteliğinin sağlanması amacıyla Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkındaki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Singapur Sözleşmesi), 2019 tarihinde Türkiye'nin de dâhil olduğu kırk altı (46) ülke tarafından kabul edilmiştir[35]. Sözleşme'nin temel gayesi, milletlerarası ticarî ihtilafların çözümü için arabuluculuk usulünün kullanılmasını teşvik etmektir[36]. Singapur Sözleşmesinin hazırlanması safhasında, büyük ölçüde Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesinden faydalanılmıştır[37]. Deniz ticareti uyuşmazlıklarının genellikle milletlerarası nitelik taşıdığı dikkate alındığında, Sözleşme'nin deniz ticaretindeki arabuluculuk tatbikatına ciddi katkıları olacağı açıktır.

Avrupa Birliği de, arabuluculuk konusunu esaslı şekilde gündemine almış, 1990'lı yıllardan itibaren çeşitli toplantılarla[38], tavsiyelerle, 2002 yılında yayımlanan Yeşil Kitap[39] ve arabuluculuk kuralları ile ve son olarak 2008/52/EG sayılı Medenî ve Ticarî Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönleri Hakkındaki Direktif ile ilgili ülkeler arabuluculuğu iç hukuk sistemlerine derç etmiştir[40].

Milletlerarası hukukta arabuluculuk, bağlayıcı milletlerarası sözleşmelerden ziyade, arabuluculuğun da ruhuna uygun olarak çeşitli kurum ve kuruluşlarca yayımlanan arabuluculuk kuralları ve klozları ile uygulama alanı bulmaktadır.

Arabuluculuğa dair milletlerarası mahiyetteki ilk ciddi adım, 1980 tarihli UNCITRAL Uzlaşma Kurallarının kabul edilmesi olmuştur[41]. Uzlaştırma ve arabulu-

---

35 Bkz. Talat Kaya, 'Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi' (2019) 25 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 979, 981; Mustafa Alper Ener, 'Singapur Konvansiyonu: Arabuluculuk Anlaşmalarının New York Konvansiyonu' (2019) 23 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 227, 228.

36 Mustafa Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi* (2020) 84.

37 Ener (n 35) 230; Erkan (n 36) 83–84.

38 Abdullah Berat Memiş, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü* (2020) 29.

39 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196 (Erişim: 20.02.2024). Bkz. Yarar (n 4) 39.

40 Nitekim Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun hazırlanmasında "özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Hakkında Yeşil Kitap ile Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun, Almanya'nın 1999 yılında yürürlüğe giren Baden Würtenberg Uzlaşma Kanunu ile Bavyera'nın 2000 yılında kabul edilen Özel Hukukta Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu, Macaristan Arabuluculuk Kanunu ile son yıllarda kabul edilmeleri nedeniyle Bulgaristan ve Slovakya Arabuluculuk Kanunları dikkate alınmıştır. Bu yazılı kaynaklar yanında, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, İtalya, İspanya ve Kanada gibi ülkelerin uzmanlarıyla çeşitli zamanlarda toplantılar yapılmış, Almanya, Hollanda ve Avusturya gibi ülkelerin uzmanları ve uygulamacılarıyla bir araya gelinerek, mukayeseli hukuktaki gelişmeler izlenmiştir" ifadesiyle arabuluculuğa dair çağdaş yönelimlerin esas alındığı ifade edilmiştir. Bkz. Genel Gerekçe, s. 5-6. https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf (Erişim: 21.11.2023).

41 https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/conc-rules-e.pdf (Erişim: 20.02.2024).

culuk süreçlerini uyumlu hâle getirme hedefi ile hazırlanan kurallarda, arabuluculuk sürecinin başlangıcı, uzlaştırmacının tayini, rolü, ücreti gibi birtakım hususlar yer almıştır[42]. Bu kurallar, güncellenerek 2021 yılında "*Arabuluculuk Kuralları*" başlığı ile yeniden yayımlanmıştır[43]. Kurallar, taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda, sözleşmeye derç edilen bir klozla veya ayrıca kararlaştırılarak uygulama alanı bulabilecektir. Arabuluculuğa dair aynı yapı bünyesindeki bir diğer gelişme, 2002 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararı ile UNCITRAL Model Kanunu'nun kabul edilmesidir. Model Kanun'un ilk maddesinde, arabuluculuğun esnek mahiyeti de dikkate alınarak; uzlaştırma ve benzeri süreçleri de kapsayacağı ifade edilmiştir (m. 1/3). Yine 2018 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararı ile milletlerarası ticarî arabuluculuğa mahsus ihtiyaçlara uygun olarak güncellenmiştir[44].

Bunların yan sıra birtakım meslekî kuruluşların da, arabuluculuk kural veya klozları hazırlayarak ilgililerin kullanımına arz ettikleri görülmektedir. Mesela New York merkezli Denizcilik Hakemleri Cemiyeti (*Society for Maritime Arbitrators-SMA*), arabuluculuk kurallarını ilk olarak 1999'da yayınlamış; en son ise 2016 yılında güncellemiştir[45]. Kuruluş tarafından ayrıca tarafların sözleşmelere derç etmeleri için bir med-arb[46] klozu da hazırlanmıştır[47]. Hâkezâ Londra Denizcilik Hakemleri Derneği (*London Maritime Arbitrators Association-LMAA*) tarafından yayımlanan 2009 tarihli *Baltic Exchange Mediation Terms* de, deniz ticareti alanında arabuluculuğun uygulanmasına dair bir diğer kurallar bütünüdür[48]. Benzer bir şekilde Baltık ve Milletlerarası Denizcilik Konseyi (*Baltic and International Maritime Council-BIMCO*) da, 2021 tarihinde arabuluculuk ve alternatif uyuşmazlık çözüm klozu yayımlamış ve bilhassa üyelerinin ilgisine sunmuştur[49]. Bir başka tahkim kuruluşu olan Alman Denizcilik Hakemleri Derneği (*German Maritime Arbitration Association-GMAA*) de, Arabuluculuk Kuralları ve sözleşmeler için klozlar hazırlamıştır[50]. Yine Çin Deniz Tahkim Komisyonu (*China Maritime Arbitration Commision-CMAC*) da

---

42 Bkz. Erkan (n 36) 53.

43 https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01369_mediation_rules_ebook_1.pdf (Erişim: 15.03.2024).

44 https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation (Erişim: 20.02.2024).

45 https://smany.org/mediation-rules/ (Erişim: 27.12.2023).

46 "Med-Arb", arabuluculuk (mediation) ve tahkim (arbitration) kelimelerinden türetilmiş ve her iki çözüm yönteminin beraber uygulanmasını öngören hibrit bir çözüm yöntemidir.

47 https://smany.org/pdf/MMAC-2017.pdf (Erişim 16.03.2024).

48 https://lmaa.london/wp-content/uploads/2020/08/MEDIATION-TERMS-2009.pdf (Erişim 16.03.2024).

49 https://www.bimco.org/Contracts-and-clauses/BIMCO-Clauses/Current/Mediation-Clause-2021 (Erişim: 16.03.2024).

50 https://www.gmaa.de/en/mediation#article-427 (Erişim: 16.03.2024). Ayrıca tafsilatlı bilgi için bkz. Hilal Tuğba Öksüzoğlu, *Türkiye'de Deniz Ticareti Uyuşmazlık Çözüm Merkezi Kurulması Bağlamında German Maritime Arbitration Association Uyuşmazlık Çözüm Sistemi* (2019).

kloz ve Kuralları[51] ve ABD Denizcilik Hakemleri Derneği (*Maritime Arbitration Association of the United States-MMA*) Arabuluculuk Kuralları[52] da deniz ticareti çevrelerinin hizmetine sunulmuştur.

Bunlardan başka doğrudan deniz ticareti sahasına dair olmamakla birlikte Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce-ICC*) Arabuluculuk Kuralları ve klozu[53] gibi kuruluş ve kuralların yanı sıra, daha mahallî seviyedeki sayısız tahkim ve arabuluculuk kuruluşu tarafından arabuluculuk kuralları ve klozları yayımlanmaya devam etmektedir.

II. DENİZ KAZALARINDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIK VE TALEPLERDE ARABULUCULUK UYGULAMASI

Deniz ticareti uyuşmazlıkları, yabancı tatbikatta zaman zaman dry *disputes* ve *wet disputes* olarak iki şekilde tasnif edilmiştir. *Dry disputes*; navlun, gemi inşa, gemi kira ve sigorta tatbikatından kaynaklanan ve ekseriyetle bir sözleşmeye dayanan uyuşmazlıklardır. *Wet disputes* ise daha önce de zikredildiği gibi gemicilik bakımından istenmeyen hadiselerden olan çatma, müşterek avarya, kurtarma ve yardım, korsan saldırısı gibi hâllerde kaynaklanan uyuşmazlıklardır; nitekim bu uyuşmazlıklar da ekseriyetle bir sözleşmeye istinat etmez[54].

Deniz kazalarından doğan uyuşmazlıkların tipik özelliği, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklardan farklı olarak uzun vadeli ilişkilere istinat etmemesidir. Bu bakımdan bu tür "wet disputes" tarzı ve bilhassa sözleşme dışı uyuşmazlıklarda, tarafların devlet yargısı yoluna başvurması tabiîdir. Ancak deniz ticareti ve özellikle deniz kazalarından doğan uyuşmazlıklar, aşağıda görüleceği üzere, tarafların haklı ve haksız olarak tespit edildiği klasik yargılama anlayışından farklıdır. Müşterek avarya, çatma ve kurtarmaya dair uyuşmazlıkların çoğu, topyekûn bir red veya kabulden ziyade, bir paylaştırma ve beraber katlanılacak bir netice ile sonuçlanır[55]. Bu esastan olmak üzere, müzakere esaslı çözüm yöntemlerinin uygulanmasına son derece müsait uyuşmazlık türleridir. Bu bapta müşterek avarya, çatma ve kurtarmaya dair talepler bakımından arabuluculuk, biraz daha tafsilatlı olarak ele alınmıştır.

---

51 https://www.cmac.org.cn/data/upload/image/20210728/1627445431113638.pdf (Erişim: 16.03.2024).

52 http://www.maritimearbitration.com/File-a-Case/Mediation-Rules (Erişim: 17.03.2024).

53 https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/mediation/mediation-rules/ (Erişim: 16.03.2024).

54 Hukuk doktrinimiz ve pratiğimiz dikkate alındığında, bu ifadeleri birebir Türkçeleştirmeye lüzum görmüyoruz. Nitekim sözleşmeye dayalı talepler veya makalemizin başlığında olduğu gibi deniz kazalarına atıf yapmak kanaatimizce yeterli olacaktır.

55 Saul Levmore and Andrew Verstein, 'Sharing Where Bargains Are Impossible' (2024) 5 Corporate and Business Law Journal 24, 29.

A. Müşterek Avaryadan Doğan Uyuşmazlık ve Talepler

1. Müşterek Avarya Hakkında Genel Malûmat

Müşterek avarya; deniz ticareti hukukunun köklü müesseselerinden biri olarak[56], ortak bir deniz macerasında karşılaşılması muhtemel birtakım zararlara, maceraya katılan kişilerce beraber katlanılması esasına dayanır[57]. Mefhum, Türk Ticaret Kanunu'nun 1272'nci maddesinin 1'inci fıkrasında "*ortak bir deniz sergüzeştine atılmış olan gemiyi, yükü, diğer eşyayı ve navlunu birlikte tehdit eden bir tehlikeden onları korumak amacıyla ve makul bir hareket tarzı oluşturacak şekilde, bile bile olağanüstü bir fedakârlık yapılması veya olağanüstü bir gidere katlanılması hâli*" olarak tarif edilmiştir. Müessese, TTK m. 1272 ilâ 1285 hükümleri arasında düzenlenmiş olmakla birlikte, müşterek avarya hâlinde uygulanacak kurallar taraflarca serbestçe belirlenebilir[58]. Şayet taraflar aralarında uygulanacak kuralları kararlaştırmamışlarsa; müşterek avarya garamesi paylaşımında Milletlerarası Deniz Hukukçuları Komitesi (*Comité Maritime International-CMI*) tarafından yayımlanan York-Anvers Kuralları (YAK) uygulama alanı bulur (TTK m. 1273/1)[59].

Müşterek avaryadan söz edebilmek için, kanunî tarifinden de anlaşılacağı üzere evvelâ, gemi ve yükün müşterek bir deniz sergüzeştine atılmış, bir başka ifade ile kader birliği içinde olmaları gerekir[60]. Bu sergüzeşt esnasında, gemiyi ve yükü aynı anda tehdit eden, gemi ve yükün hasara ve zıyaa uğramasına sebep olabilecek, müşterek ve aynı maddî olaydan kaynaklanan bir tehlike söz konusu olmalıdır[61]. Bu tehlike karşısında gemiyi ve yükü korumak için, iradî olarak fevkalâde ve bir fedakârlık veya masraf yapılmalıdır[62]. Mesela yükün atılması veya geminin karaya

---

56 George S Potter, 'The Sources, Growth and Development of the Law Maritime' (1902) 11 The Yale Law Journal 143, 146; Tahir Çağa, *Deniz Ticareti Hukuku 1: Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan* (Gözden geçirilmiş 14 bası, 2005) 6; Rolf Herber, *Seehandelsrecht: systematische Darstellung* (2. neu bearbeitete Auflage, De Gruyter 2016) 12. Müşterek avarya kurallarının tarihi hakkında tafsilatlı bilgi için bkz. Sami Okay, 'Müşterek Avarya Hukukunun Kısa Tarihçesi' (1959) 24 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 289; Çetingil E, Kender R and Ünan S, Müşterek Avarya Hukuku: (1. Baskı, XII Levha 2011) 7–11; İpek Sevda Söğüt, 'A Synoptic Overview of the Lex Rhodia De Iactu' (2017) 23 Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 209.

57 Tafsilatlı nazarî mülahazalar için bkz. Mazhar Nedim Göknil, *Deniz Ticareti Hukuku* (İkinci Tabı, Alaeddin Kıral Basımevi 1942) 286 ve devamı.

58 Çetingil, Kender and Ünan (n 56) 18; Hacı Kara, *Deniz Ticareti Hukuku* (On İki Levha 2020) 313.

59 York-Anvers Kuralları, mahiyeti itibariyle bir milletlerarası sözleşme değildir. Taraflar, taşıma sözleşmelerine ve konşimentolara derç ettikleri kayıtlarla bu kurallara atıfta bulunarak, aralarındaki sözleşmenin parçası hâline getirmektedirler. Bkz. Mandaraka-Sheppard (n 16) 654; Emine Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş On Beşinci Baskı, Filiz Kitabevi 2020) 352; Kara (n 58) 314.

60 Mandaraka-Sheppard (n 16) 662; Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku - II* (Vedat Kitapçılık 2016) 11; Yazıcıoğlu (59) 454.

61 Göknil (n 57) 251; Çetingil, Kender and Ünan (n 56) 37; Herber (n 56) 408; Sözer (n 60) 20; Yazıcıoğlu (n 59) 454.

62 Herber (n 56) 408; Sözer (n 60) 23; Yazıcıoğlu (n 59) 454–455.

oturtulması, fevkalâde fedakârlığa birer emsal olarak gösterilebilir ancak fedakârlık yapma kararının mâkûl olması ve faydalı bir netice vermesi gerekir[63].

Müşterek avarya garamesine giren zarar veya masrafların, gemi, yük ve navlun arasında paylaştırılmasına *dispeç*[64]; bu paylaştırmaya dair hesapların tespit edildiği belgeye ise dispeç raporu adı verilir[65]. Dispeç raporu ile bir bakıma, yapılan fedakârlığın ne şekilde ve kimlerin ne kadarlık bir katkısıyla telafi edileceği gösterilmiş olur[66]. Dispeç raporunda; müşterek avarya hadisesinin açıklanması, alacaklı ve borçlu masalar ile paylaştırma (garame) oranlarına yer verilir[67]. Türk Ticaret Kanunu'nun 1278'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, donatanın dispeçi yaptırmakla yükümlü olduğu ifade edilmekle birlikte, kanundaki bu ifadeyi dispeçin yaptırılması için mahkemeye başvurmak şeklinde anlamak gerekir[68]. Başvuru üzerine TTK m. 1280/1'e göre mahkeme, ilgililerin[69] oybirliği ile seçtiği veya oybirliği sağlanamamışsa kendi atayacağı bir dispeççi görevlendirir (TTK m. 1280/1). TTK m. 1278/2'ye göre, sigortacı da dispeçin yapılmasını isteyebilir[70].

2. Müşterek Avaryadan Doğan Uyuşmazlık ve Talepler Bakımından Arabuluculuk

Müşterek avaryanın, köklü bir müessese olduğu ve denizde kader birliği etmiş kişiler arasında söz konusu olacağı ifade edilebilir. Bu bakımdan, müessesenin kökeni mücadeleci ve yıkıcı değil, "*barışçıl*" bir mahiyet arz eder. Temel amaç zararın, belirli kaideler ve teamüller dairesinde paylaşılması ve deniz ticareti sefer-

---

63 Göknil (n 57) 258; Çetingil, Kender and Ünan (n 56) 46–47; Simon Baughen, *Shipping Law* (Sixth edition, Routlege 2015) 317; Herber (n 56) 408; Yazıcıoğlu (n 59) 456.

64 Göknil (n 57) 270; Çetingil, Kender and Ünan (n 56) 273; Mehtap Civir Engin, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Müşterek Avarya' (2012) 18 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 507, 509; Yazıcıoğlu (n 59) 457.

65 M Deniz Güner, 'Türk Hukukunda Dispeçin Hazırlanması ve Uygulanması' (2000) 58 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 149, 149; Çetingil, Kender and Ünan (n 56) 273; Sözer (n 60) 337.

66 Çetingil, Kender and Ünan (n 56) 273; Sözer (n 60) 337.

67 Göknil (n 57) 271; Güner (n 65) 176–177; Çetingil, Kender and Ünan (n 56) 277; Yazıcıoğlu (n 59) 458.

68 Bkz. Çetingil, Kender and Ünan (n 56) 322; Civir Engin (n 64) 512; Sözer (n 60) 339.

69 'İlgililer' ifadesinden kanun koyucunun kimleri kastettiği açık olmamakla birlikte, müşterek avarya borçlu ve alacaklılarının bu kapsamda olduklarını kabul etmek gerekir. Sigortacının ise burada oybirliğine katılması gerekli değildir. Bkz. Çetingil, Kender and Ünan (n 56) 327. Hâkezâ TTK m. 1278/2' ve m. 1281/1'de sigortacının ilgililer arasında ayrıca ve bilhassa zikredilmiş olması, diğer hükümler bakımından sigortacı kavramının ilgililer arasında kabul edilmediğini gösterir mahiyettedir. Karşı yönde bkz. Sözer (n 60) 349.

70 Sözer (n 60) 340. Bununla birlikte sigortacının ilgililer arasında zikredilmesi ve dispeçin yaptırılmasını talep edebilecekler arasında yer alması, sigortacı dışındaki diğer ilgililer arasındaki anlaşmaları olumsuz etkileyebilecek mahiyette görülmüştür. Bilhassa dispeçin hakem-dispeççi tarafından yapılmasının öngörülmesi hâlinde, sigortacının itiraz haklarının geniş tutulması karışıklıklara yol açabilecektir. Bu sebeple, sigortacının dispeççi tayinine değil, dispeç raporuna itiraz edebileceğini kabul etmek yerinde olacaktır. Bkz. Çetingil, Kender and Ünan (n 56) 324.

lerinin huzur ve sükûn içinde devam etmesinin sağlanması; kimsenin gereğinden fazla fedakârlık yaptığı ve bu fedakârlığının adil olmadığı düşüncesine kapılmasının önüne geçilmesidir. Bu esastan olmak üzere müessesenin ruhu; paylaşma, anlaşma ve adil bir neticeye razı olma üzerinde yükselir.

Müşterek avarya tatbikatında, birkaç meselenin taraflar arasında uyuşmazlığa sebebiyet verebileceği değerlendirilmektedir. Bunlardan ilki, evvelâ bir müşterek avarya hadisesinin söz konusu olup olmadığı hususudur. Bir başka mesele, müşterek avarya sürecinde vazife alacak dispeççinin tayinidir. Tatbikatta genellikle, dispeçin yapılması talebinin dispeççi tarafından reddedilmesi hâlinde dispeçin yapılmasının gerekip gerekmediğine dair talep ile dispeççi tayini talebi beraber ileri sürülmektedir. Son olarak, dispeççinin yapacağı paylaştırmanın ve bittabî bu hesaplamanın gösterildiği dispeççi raporuna dair uyuşmazlıklardır. Dispeç neticesine istinaden kesinleşmiş borçların icra ve ifası ise müşterek avaryaya mahsus bir özellik arz etmeyeceği için bu bapta değerlendirilmeyecektir.

a. Dispeçin Yapılmasının Gerekip Gerekmediği ve Dispeççi Tayini

Muhtemel bir müşterek avarya hadisesinde tarafların üzerinde anlaşmazlık yaşayabileceği ilk husus, müşterek avarya hadisesinin vuku bulup bulmadığıdır. Bu anlaşmazlık iki şekilde ortaya çıkabilir; birincisi, donatanın TTK m. 1278/1'deki dispeç yaptırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi üzerine, ilgililerden herhangi birinin TTK m. 1278/2'ye göre dispeçin yaptırılması için mahkemeye başvurmasıdır. Bir diğer ihtimal ise dispeç yapılması talebinin, dispeççi tarafından hadisenin müşterek avarya sayılmayacağı ileri sürülerek reddedilmesi hâlinde, dispeçin yapılmasının gerekip gerekmediğine dair mahkemeye başvurulmasıdır (TTK m. 1278/3).

Mahkeme bu taleplere karşı, dispeçin yapılması gerektiği yönünde karar verebileceği gibi; dispeç yapılmasına gerek olmadığına da karar verebilir. Dispeç yapılmasına gerek olmadığı yönündeki kararlar, hadisenin bir müşterek avarya hadisesi olmadığını tespit anlamına geleceği için, ilgililerin maddî hukuka dair haklarını doğrudan etkileyecek mahiyettedir. Bir başka ifade ile gerçek anlamda çekişmeli yargı işi ve dava söz konusu olacaktır[71]. Mâmâfîh dispeç yaptırılmasına dair karar verilmesinin, tek başına hadisenin müşterek avarya olduğu anlamına gelemeyeceği ifade edilmiştir[72]. Bu görüşe göre, dispeç yaptırılması kararı ile dispeç yapılacak ve dispeç sonucunda hadisenin müşterek avarya olup olmadığı tespit edilecektir. Tatbikatta genellikle, dispeçin yapılmasına dair kararda dispeççi tayini de yapılmaktadır.

---

71 Nitekim bu yöndeki kararların temyizi kabil olduğu hakkında bkz. Çetingil, Kender and Ünan (n 56) 275.

72 Bkz. ilgili mülahazalar için ibid 275 ve dn. 6. Hâkezâ dispecin yapılmasına ve dispeççi atanmasına itirazın reddine ilişkin kararların kesin olup olmadığına dair bkz. Nil Kula, 'Türk Ticaret Kanunu ile York Anvers 2016 Kuralları Uyarınca Müşterek Avaryaya Uygulanacak Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Özellikle "Zamanaşımı" Hususu' (2019) 27 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 727, 735 ve dn. 24'de verilen kararlar.

Bu esastan olmak üzere, TTK m. 1278/2 ve 1278/3 hükümlerine istinaden meselenin mahkemenin önüne gelmesine dair çekişmeli yargı faaliyetinin, bir başka ifade ile bir davanın, mevcut olup olmadığı tartışmalıdır. Kanaatimiz odur ki, burada bir çekişmeli yargı işi söz konusudur ve mahkemenin vereceği karar doğrudan doğruya hadisenin hukukî mahiyetini ve tarafların maddî hukuka dair hak ve borçlarını etkilemektedir. Kaldı ki usul ekonomisi ilkesi de bu yorumu kuvvetlendirir; şöyle ki, müşterek avaryanın mevcudiyetine yönelik itirazların ileri sürülmesini, dispeç faaliyetinin tamamlanarak dispeç raporunun hazırlanmasından sonraki bir döneme bırakılması, zaman, dispeç ve yargılama masrafları bakımından yerinde olmayacaktır.

Dispeçin gerekli olup olmadığının tespiti ve dispeç yaptırılmasına dair talepler, TTK m. 4/1-a'ya göre mutlak ticarî dava mahiyetindedir. Ancak bu talepler, TTK m. 5/A'da zikredilen dava türleri (konusu bir miktar bir paranın ödenmesi olan alacak, tazminat, menfi tespit, itirazın iptali ve istirdat) arasında olmadığı için, dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir.

Mâmâfîh tarafların, yaşanan hadisenin bir müşterek avarya olup olmadığı hususunu, arabuluculuk marifetiyle müzakeresi etmesi mümkündür. Hadisenin ilgilileri, bir başka ifade ile müşterek avarya alacaklıları ve borçluları, ihtiyarî bir arabuluculuk süreci ile meselenin bir müşterek avarya olduğu veya olmadığı hususunda anlaşabileceklerdir. İlgililerin, hakem-bilirkişi veya hakem-dispeççi hususunda anlaşabileceklerini kabul edip, arabuluculuk yoluyla ve tamamen iradî olarak anlaşmalarının mümkün olmadığını ileri sürmek kanaatimizce yerinde olmayacaktır. Bununla birlikte, müşterek avaryanın varlığı veya yokluğu hususundaki anlaşmanın bir eda içermediğini, mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alamayacağını ifade etmek gerekir.

Müşterek avaryanın mevcut olduğuna dair arabuluculuk anlaşması, dispeççi atanması hususunda mahkemeye yapılacak olan başvuruda bir delil niteliğinde olacaktır. Hâkezâ müşterek avarya olmadığına dair arabuluculuk anlaşması da, aynı davada karşı delil olarak ileri sürülebilecektir.

b. Salt Dispeççi Tayini

Türk Ticaret Kanunu'nun 1280'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre dispeççi, ilgililerin oybirliği ile veya mahkeme tarafından tayin edilir. Düzenlemeye göre iki usul vardır; birincisi, dispeççinin, ilgililerin oybirliği ile mahkeme kararı olmaksızın kararlaştırılmasıdır. İkincisi ise oybirliğinin bulunmadığı hâllerde mahkeme tarafından tayin edilmesidir. Hükmün lafzı, TTK m. 1278/2 ve TTK m. 1278/3 hükümlerinde dispeçin yapılmasının gerekip gerekmediği hususunda ve dispeç yaptırılması için mahkemeye başvurulmasının ayrıca düzenlenmiş olması; TTK m. 1280/1 hükmünün sadece dispeççi tayinine münhasır olduğunu gösterir niteliktedir. Bir başka ifade ile burada, ilgililer hadisenin müşterek avarya niteliğinde olduğu ve dispeççi tayin edilmesi gerektiği hususunda hemfikirdirler fakat dispeççinin kim olacağı hakkında bir anlaşmazlık söz konusudur.

İlgililerin oybirliği ile dispeççinin belirlenmesi, hususiyet arz eden bir mesele olmamakla birlikte; uzlaşı ve anlaşma temeline istinat ettiği için bir tür müzakerenin söz konusu olması muhtemeldir. Tabiî olan ve tarafların da tercih etmesi beklenen, bu müzakereden bir netice alınmasıdır; bir başka ifade ile oybirliğinin sağlanmasıdır. Nitekim bu husus için mahkeme yoluna gidilmesi, taraflar için zaman kaybı, mahkeme için ise iş yükü anlamına gelecektir. Dolayısıyla tarafların dispeççi tayini için yapacağı müzakerelerde, "*arabuluculuk yetenekleri*" ile teçhiz edilmiş uzman bir üçüncü kişinin yer alması mümkündür. Fakat bu şekilde bir müzakere ve anlaşma, HUAK kapsamında bir arabuluculuk süreci ve anlaşması olarak değerlendirilemez.

Dispeççinin mahkeme tarafından belirlenmesi ise bir çekişmesiz yargı işidir[73]. Bir dava söz konusu olmadığı için, bu talebin öncesinde arabuluculuğa başvurmak şart değildir.

c. Dispeç Raporunun Onaylanması

Dispeç raporunun onaylanması ve rapora itiraz usulü, TTK m. 1281 ilâ 1284'de tafsilâtlı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre ilgililer dispeçin onaylanmasını mahkemeden isteyebilecekleri gibi, dispeç raporundaki avarya türüne ve hesaplarına da mahkemeye başvurarak itiraz edebilirler (TTK m. 1281/1). Dispeç raporuna, avaryanın türüne veya hesaplarına, en geç ilk celsede olmak üzere itiraz etmek mümkündür (TTK m. 1281/4). İtirazın yerinde olduğu görülür veya başka surette bir anlaşmaya varılırsa dispeç buna göre düzeltilerek onaylanır (TTK m. 1282/1). İtirazın hemen karara bağlanamamasının mümkün olmadığı hâllerde, itiraz kapsamı dışında kalan kısımlar, ayrı bir kararla onaylanır ve itiraz edilen kısım hakkında duruşmaya devam olunur (TTK m. 1282/2). Bir başka ifade ile yeni dispeççinin değiştirilmesi ve sürecin en baştan ele alınması mümkün değildir.

Bu bapta dispeçin onaylanmasının mahiyeti ve dispeç raporunun hukukî niteliği üzerinde durmak icap eder. Dispeç raporunun onaylanması veya dispeç raporuna itiraz için yapılacak başvurunun, Kanun'da tüm ilgililerin çağrılacağı belirtilmesine rağmen, bir çekişmesiz yargı işi olduğu ifade edilmiştir[74]. Nitekim benzer şekilde, dispeççi tayini ve dispeççinin mahkemece tasdikinin, çekişmesiz yargı işi oldu-

---

[73] Hacı Kara, 'Deniz Ticareti Hukukunda Çekişmesiz Yargı İşleri' (2022) 7 İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61, 76.

[74] Bkz. Y. 11. HD., E. 2010/2739 K. 2011/14665 T. 31.10.2011: "*Dispeç ve dispeççi raporuna ilişkin düzenlemeler 6762 Sayılı TTK'nun 1207 ve devamı maddelerinde yer almakta olup, aynı yasanın 1210/4 maddesinde, ilgililerin hepsinin duruşmaya çağırılacağı, davetiyede, dispeç ile müsbit vesikaların mahkeme kaleminde incelenebileceği, çağırılanın daha önce de dispeçe karşı mahkemede itirazda bulunabileceği, muayyen günde gelmediği takdirde dispeçe muvafakat etmiş sayılacağının yazılacağı hususları açıklanmış olup, değinilen düzenlemeden de anlaşılacağı üzere dispeç raporunun tastikinde ilgililerin davanın tarafı olmaları değil duruşmaya çağrılarak varsa itirazlarını sunmalarına imkân sağlanması hali düzenlenmiştir. Bir başka anlatımla, değinilen düzenleme, davanın hasımsız olarak açılmasına bir istisna teşkil etmemekte ve dava hasımlı hale gelmemektedir*" (lexpera.com.tr).

ğundan bahisle dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı ifade edilmiştir[75]. Bununla birlikte kanaatimizce dispeç raporunun tasdiki, bir çekişmeli yargı işidir[76]. Bu talebin de bir çekişmesiz yargı işi olduğu kabul edilecek olursa; dispeçin muhtevasına, maddî hukuka dair hakların ve borçların taksimine hangi safhada itiraz edilecektir[77]? Bir alacaklılık ve borçluluk ilişkisinin, başından sonuna kadar şeklî hukuk tatbikatlarıyla ilerlemesi ve neticelenmesi mümkün değildir. Bu esastan olmak üzere dispeçin tasdikinin, bir dava ve çekişmeli yargı işi olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim dispeç raporunun onaylanması hakkındaki kararın kesinleşmesiyle bu karar, raporda gösterilen alacakların ödetilmesi için verilmiş bir ilam niteliğini kazanır ve bir eda hükmü içerir[78]. Ancak raporun onayına ait ilam, onay istemi üzerine yapılan duruşmaya usulüne göre çağrılmış olmayan ilgililer aleyhine hiçbir sonuç doğurmaz (TTK m. 1284); fakat müşterek avaryanın bölünmezliği ilkesine bağlı olarak, bu kişiler de karardan faydalanırlar[79].

Dispeç raporunun tasdiki, bir çekişmeli yargı işidir ve neticesindeki karar bir eda hükmü içermektedir. Bu noktada, dispeç raporunun tasdikinin, münhasır bir yargısal faaliyet mi olduğu, yoksa ilgililerin TTK m. 1284'de yer alan prosedürü işletmek suretiyle alacaklarını tahsile yarayan bir ilâm tesis etme imkânı veren ihtiyarî bir prosedür olup olmadığını değerlendirmek icap eder[80]. Kanaatimizce Kanun'un lafzına göre, dispeç raporunun tasdiki şart değildir; bu, taraflara TTK m. 1284 hükmünü işletebilmek için verilmiş bir imkândır. Bu esastan olmak üzere, parasal bir eda hükmü içeren ve çekişmeli yargı işi niteliğindeki dispeç raporunun tasdik yargılamasından önce, TTK m. 5/A hükmüne göre arabuluculuğa başvurmak bir dava şartı olarak değerlendirilmelidir.

İkinci mesele olarak; dispeç raporunun hukukî niteliğini ele almak icap eder. Dispeç raporunun, mahiyeti itibariyle bir bilirkişi raporu olduğu ifade edilmekte-

---

75 Aslıhan Erbaş Açıkel, 'Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi' [2019] Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed. Ceyda Sürel Efeçınar ve Mehmet Ertan Yardım) 47.

76 Bkz. aynı yönde Kara (n 73) 76.

77 Doktrinde, dispeçin onaylanması safhasında hadisenin mümşterek avarya niteliğinin tartışmaya açılmaması gerektiği, bu hususun TTK m. 1278/3 hükmüne göre ele alınmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Sözer (n 60) 359–360. Bununla birlikte TTK m. 178/3'e göre davada taraf sıfatı bulunmayan kişiler, TTK m. 1281'e göre davaya dâhil edilmişlerse, bunların hadisenin müşterek avarya niteliğine de itiraz edebileceklerini kabul etmek gerekir. Bkz. Çetingil, Kender and Ünan (n 56) 333; Sözer (n 60) 360.

78 Çetingil, Kender and Ünan (n 56) 281.

79 ibid.

80 Doktrinde *Eminoğlu*, benzer bir değerlendirmeyi 'özel usuli işlemler' başlığı altında anonim şirketler hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk uygulamasını incelediği makalesinde yapmıştır. Bkz. Cafer Eminoğlu, 'Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri' (2021) 7 Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 271, 281–282.

dir[81]. Bilhassa mahkeme tarafından tayin edilen dispeççinin hakem sıfatı ve yetkisi yoktur[82]. Bununla birlikte, çarter partilere veya konişmentolara konulacak kayıtlarla, hakem-dispeççi usulünün kararlaştırılması da mümkündür[83]. Hâkezâ müşterek avaryada ilgililerin, dispeççinin hakem-bilirkişi olarak görev yapmasını kararlaştırmalarında, hazırlanan bu raporu da delil kabul etmelerine bir engel yoktur[84]. Bilirkişi raporu niteliğindeki dispeç raporlarının, TTK m. 1281 ilâ 1284'de yer alan prosedüre göre mahkemece tasdiki gerekirken, hakem-dispeççi kararlarının ise bir hakem kararı niteliğinde olduğu ve tasdiki için ilk derece mahkemesine başvurularak zikredilen prosedürün işletilmesine gerek yoktur[85]. Aynı şekilde hakem-dispeççi kararlarına karşı TTK hükümlerine göre itiraz etmek mümkün değildir; ancak kanun yoluna gidilebilir[86].

Dispeç raporu; tahkim yargılaması kapsamında veya hakem-bilirkişi tarafından tanzim edilebileceğine göre; dispeç raporunun tanzim sürecine tarafların katılması ve müzakere yolu ile iradelerinin bu sürece dâhil edilmesinde bir beis olmamalıdır. Dispeç raporunda, alacaklı ve borçlu kalemler gösterilmekte, ilgililerin de katılımı ile borçlu ve alacaklıların müşahhaslaştırılabileceği, ödemelerin ne şekilde ve ne zaman yapılacağı gibi hususların da kaydedilmesi ile bir "*arabuluculuk anlaşması*" tesis edilmesinin mümkün olabileceği kanaatindeyiz.

---

81 Çetingil, Kender and Ünan (n 56) 278; Sözer (n 60) 338.

82 Güner (n 65) 166; Kula (n 72) 737.

83 Güner (n 65) 169.

84 ibid 173.

85 Y. 11. HD., E. 1983/2666 K. 1983/3428 T. 30.06.1983: "*Konişmentodaki tahkim koşuluna dayalı bulunan ve yerel mahkemece usulî onama açıklamasıyla dairemize gönderilen Hakem-Dispeçci kararının bu nedenle doğrudan temyiz yeteneği bulunmaktadır. Bu yüzden TTK. nun 1210. maddesi hükmü gözetilerek öncelikle yerel mahkemeden dispecin onanması için duruşma açılıp karar oluşturulmasının istenilmesi gerektiği öne sürülemez. Sözü edilen yasa hükmünde öngörülen düzenleme, bilirkişi raporu niteliği bulunan dispeç raporları için söz konusudur. Konişmentodaki tahkim koşuluna dayalı olan ve olaydaki müşterek avarya unsurlarını irdeleyen ve bu niteliği gereği hakem kararı olarak kabulü gereken Hakem-Dispeçciler kararı hakkında TTK. nun 1210. maddesi hükmünün uygulanması olanağı bulunmadığından, temyiz itirazlarının incelenmesi gerekmiştir*" (lexpera.com.tr).

86 Y. 11. HD., E. 1999/3119 K. 1999/6022 T. 29.06.1999: "*Bu prosedür içinde yer alan dispeç raporunun düzenlenmesi aşamasında, tarafların anlaşmaları halinde konişmento veya navlun sözleşmelerine konulan hükümle tahkim şartı getirilerek, dispeçin hakem-dispeçciler aracılığı ve tahkim prosedürü içerisinde düzenlenmesi de mümkün olmaktadır. Bu gibi durumlarda, hakem-dispeçciler tahkim usulü hükümleri çerçevesinde dispeç raporunu dispeç-hakem kararı şeklinde hükme bağlarlar. Bu tür kararlar HUMK.nun 516 vd. maddelerinde öngörülen koşullar çerçevesinde yapılan yargılama sonucunda verilen kaza-i nitelik taşıyan kararlar olduğundan TTK.nun 1210. maddesinde öngörülen itirazı kabil kararlardan olmayıp, HUMK.nun 533. maddesindeki koşullar çerçevesinde temyizi kabil kararlardandır. Bir başka ifade ile bu kararlar, TTK.nun 1210. maddesindeki mahkemece tasdik prosedürüne tabi değildirler*" (lexpera.com.tr). Bkz. ayın yönde Y. 11. HD., E. 2001/10475 K. 2002/2260 T. 12.03.2002.

B. Çatmadan Doğan Uyuşmazlık ve Talepler

1. Çatma Hakkında Genel Malûmat

Çatma, en az iki geminin birbirine temas etmesi veya temas olmaksızın bir manevrayı yapmak veya yapmamak ya da seyir kurallarına uymamak suretiyle bir başka gemiye veya gemide bulunan insanlara veya eşyaya zarar vermesi olarak tarif edilebilir[87]. Nitekim TTK m. 1286/1'de yer alan tarif de esasında aynı yöndedir[88]. Kanun ve doktrindeki görüşlere göre, bir deniz kazasının çatma olarak nitelendirilebilmesi için çarpışmaya karışan cisimlerin gemi vasfında olmaları icap eder. Gemi vasfı bulunmayan veya kurtarılamayacak şekilde battığı için gemi vasfını kaybetmiş[89] araçlar ile rıhtım veya duba gibi sabit cisimlere çarpma çatma olarak değerlendirilemez.

Çatma, mahiyeti itibariyle haksız fiilin özel bir türü olarak[90], TTK m. 1286 ilâ 1297'de düzenlenmiştir; nitekim bu hükümler, Türk Borçlar Kanunu'ndaki haksız fiil hükümlerine nazaran özel hüküm niteliğindedir ve öncelikle uygulama alanı bulacaktır[91]. Çatma, haksız fiilin özel bir türü olduğuna göre çatmaya dair esas ve kaidelerin uygulama alanı bulabilmesi için, çatmaya karışan gemiler arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmaması gerekir. Mesela bir römorkaj sözleşmesiyle bağlanan, biri diğer tarafından yedekte çekilen gemiler arasındaki çarpışmalar çatma olarak nitelendirilemez[92].

Çatmadan doğan sorumluluk, bir kusur sorumluluğudur[93]. Çatma, haksız fiilin bir özel türü olarak tavsif edilmişse de, borçlar hukuku genel teorisindeki kusura dair mülahazalar câri olmaya devam eder[94]. Nitekim çatma, bir kusursuz sorumluluk hâli olarak öngörülmemiştir; kusur yoksa sorumluluk da yoktur. Hâliyle Türk Ticaret Kanunu'nda çatma, kusursuz ve kusurlu çatma olarak iki şekilde tasnif edilmiş; TTK m. 1287'ye göre çatmanın umulmayan bir hâl veya mücbir sebep yüzünden meydana gelmiş veya neden ileri geldiği anlaşılamamış olması hâli, kusursuz çatma olarak nitelendirilerek faile herhangi bir sorumluluk izafe edilmemiştir[95].

---

87 Gültekin (n 2) 612; Göknil (n 57) 320; Haydar Arseven, 'Çatmalar' (1946) 12 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 681, 685; Haydar Arseven, *Deniz Ticareti Hukuku Dersleri* (Menteş Kitabevi 1961) 51; Öğretideki farklı tarifler için bkz. Fevzi Topsoy, *Çatma Hukuku* (Legal 2017) 11.

88 Kanun'da, gemilerin fizikî teması olmaksızın bir başka gemiye veya gemide bulunan insanlara ve eşyaya zarar vermesi olarak atfedilen hükmî (kıyasen) çatma hakkında tafsilatlı bilgi için bkz. Fevzi Fırat Gözüyeşil, 'Hükmî (Kıyasen) Çatma', *Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan*, vol 2 (2022).

89 Sözer (n 60) 367.

90 Topsoy (n 87) 12.

91 ibid.

92 Arseven, *Deniz Ticareti Hukuku Dersleri* (n 87) 53; Herber (n 56) 390; Sözer (n 60) 371; Yazıcıoğlu (n 59) 462; Christine Schmidt and others, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 7: Transportrecht* (5. Auflage, CH Beck 2023) § 570 Rn. 4.

93 Herber (n 56) 390; Schmidt and others (n 92) § 570 Rn. 43.

94 Göknil (n 57 347; Topsoy (n 87) 83.

95 Bkz. Gültekin (n 2) 614; Sözer (n 60) 379; Yazıcıoğlu (n 59) 463.

Çatmadan doğan tazminat taleplerinde bir standart sağlanabilmesi amacıyla, Milletlerarası Denizcilik Komitesi (*Comite Maritime International-CMI*), Lizbon Kuralları (1987) olarak adlandırılan bir dizi kurallar yayımlamıştır; bu kurallar tatbikatta çok önemli bir işlev görmese de yol gösterici mahiyette olmuştur[96]. Mâmâfih kusur ve kusur oranları hususunda, Çatmaya dair IMO'nun 1972 Denizde Çatışmanın Önlenmesine İlişkin Uluslararası Kurallar Hakkında Sözleşme[97] (*Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea-COLREGs*) hükümleri ve Denizde Çatışmayı Önleme Yönetmeliği[98] daha belirleyicidir. Nitekim COLREGs, dünyadaki tonajın % 99'undan fazlası ve dünya kıyı şeridinin ekseriyeti bakımından standartları belirlemektedir[99].

Türk Ticaret Kanunu'nun 935'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre çatmaya müteallik hükümler, ticaret gemileri bakımından uygulama alanı bulacaktır. Ancak TTK m. 935/2-a ve b hükümlerine göre çatma ve kurtarmaya dair TTK hükümleri, yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemilerle münhasıran bir kamu hizmetine tahsis edilen Devlet gemileriyle donanmaya bağlı harp gemilerine ve yardımcı gemilere de uygulanır. Bu esastan olmak üzere bunların da karıştığı veya taraf olduğu davalar ticarî dava olarak nitelendirilecektir[100].

2. Çatmadan Doğan Uyuşmazlık ve Talepler Bakımından Arabuluculuk

Çatma hadisesine, tabiatıyla birden fazla gemi dâhil olur ve tatbikatta çatmaya karışan gemilerden herhangi birinin hiçbir kusurunun bulunmadığı vakalara pek az rastlanır[101]. Çatmada kusur; bedensel zararlar müstesna olmak üzere (TTK m. 1290), haksız fiil genel teorisinden, zararın birden fazla geminin kusurundan kaynaklanması hâlinde müşterek sorumluluk değil, faillerin kusurları oranında sorumluluk esasının kabulüyle ayrılır[102] (bkz. TTK m. 1289/1). Bu sebepten birden fazla geminin kusurlu olduğu çatmalarda uyuşmazlık, taraflar arasındaki kusur ve tazminat taksiminde yoğunlaşır. Çatma neticesinde meydana gelen toplam zarar ne kadar fazla ise, bu taksimat da o derece mühim hâle gelir[103]. Bununla birlikte, TTK m. 1289/1-2. cümleye göre, gemilerin kusur oranının saptanması mümkün olmaz veya tarafların aynı derecede kusurlu olduğu ortaya çıkarsa, taraflar eşit oranda sorumlu tutulurlar.

---

96 Bkz. Herber (n 56) 391; Schmidt and others (n 92) § 570 Rn. 49.

97 R.G.: 29.04.1978 tarih ve 16273 sayı. Sözleşmeye katılmamız ise, 14.5.2013 tarih ve 6479 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur (R.G.: 29.05.2013 tarih ve 28661 sayı).

98 R.G.: 12.03.2024 tarih ve 32487 sayı.

99 Schmidt and others (n 92) § 570 Rn. 24.

100 Erbaş Açıkel (n 75) 44.

101 Schmidt and others (n 92) § 571 Rn. 2.

102 Arseven, *Deniz Ticareti Hukuku Dersleri* (n 87) 74; Herber (n 56) 389.

103 Christopher Hill, *Maritime Law* (Sixth Edition, 2013) 308.

Çatmaya müteallik bu kurallara istinaden, çatmadan doğan uyuşmazlıklarda, kusur oranlarının tespiti ve bunun için hadisenin ne şekilde gerçekleştiğini gösteren maddî vaka ve vakıanın ortaya konulması şarttır. Nitekim çatma hadiselerinde kusur tespiti, bilirkişi incelemesini gerektirir[104]. Çatmadan doğan bir uyuşmazlıkta, kusur ve tazminatın tespit edilebilmesi ve bunun yanı sıra, hadisenin cezaî, idarî ve kamusal yönü olabileceği için, maddî gerçeğin öğrenilmesi son derece önemlidir. Bu esastan olmak üzere, maddî gerçeğin tespitine dair birtakım araştırma ve raporlama gereklilikleri ile imkânları ayrıca düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1098'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, yolculuk esnasında gemiyi ve taşınan eşyayı ilgilendiren, maddî zarara yol açması muhtemel bir kaza sonrasında, kaptan veya ilgililerin talebi üzerine mahkeme veya konsolosluk vasıtasıyla, delil tespiti mahiyetinde bir deniz raporu düzenlenebilir[105]. Deniz raporunun düzenlenmesine dair hükümler, TTK'da düzenlendiği için ticarî çekişmesiz yargı işidir[106]. Bu bakımdan bir dava niteliğinde olmadığından, dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı gibi, ihtiyarî arabuluculuğa dahi elverişli değildir. Nitekim TTK m. 1098/4'e göre deniz raporu düzenleme yetkisi, münhasıran Türk mahkemeleri ve konsolosluklarına tanınmıştır.

Çatma hadiselerinden sonra, gemilerin genellikle olay mahallinden ayrılarak barınma veya varma limanına yanaştığı, tamiratlarının yaptırılarak seferlere devam ettiği; bunun da çatmaya dair delillerin tespiti ve muhafazası noktasında sıkıntılar çıkardığı bilinmektedir[107]. Delil tespiti, esas itibariyle HMK m. 400 ilâ 406'da düzenlenmiş olmasına rağmen, mesele çatmalar bakımından TTK m. 1292'de ayrıca ve özel hüküm niteliğinde düzenlenmiştir[108]. Çatma hadiselerinde davadan önce yapılacak delil tespitinde, asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu yine TTK m. 1292/1'de ifade edilmiştir. Tespit raporunda, çatmaya karışan gemilerin kusur oranları belirtilmez (TTK m. 1292/3). Delil tespiti, bir dava niteliğinde olmadığı gibi, tabiatıyla verilen karar da bir kesin hüküm teşkil etmez[109]. Bu esastan olmak üzere dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı gibi, arabuluculuğa elverişli de değildir.

Deniz kazalarında maddî gerçeği ortaya çıkarmak ve hadisenin meydana geliş şeklini aydınlatmak, birtakım kamusal vazifeleri de zorunlu kılar. Bu bakımdan

---

104 Topsoy (n 87) 106 ve dn. 120. Çatmadan doğan uyuşmazlıklardan bilirkişiliğin önemi ve bilirkişilerin nitelikleri hakkında bkz. Tamer Yalçın, *Çatmalarda Kusur Oranlarının Belirlenmesi, Ulusal ve Uluslararası Düzeyde İncelenerek Bir Model Önerilmesi* (Legal Yayıncılık 2023) 38–39.

105 Topsoy (n 87) 393; Göknil (n 57) 156.

106 Topsoy (n 87) 398–399; Erbaş Açıkel (n 75) 47; Kara (n 73) 72. Bununla birlikte deniz raporu, kesin delil teşkil etmez; mahkeme diğer ispat vasıtlarını da değerlendirebilir. Bkz. Topsoy (n 87) 403.

107 Topsoy (n 87) 407.

108 ibid.

109 Cenk Akil, 'Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti' (2009) 58 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 8–9.

milletlerarası sözleşmelere[110] istinaden, kamu otoritelerine resmî birtakım araştırma ve inceleme yükümlülükleri yüklenmiştir. Ülkemizde de, bu vazife Ulaşım Emniyeti İnceleme Merkezi Başkanlığı tarafından icra edilmektedir[111]. Deniz Kaza ve Olaylarını İnceleme Yönetmeliği[112] m. 8/2 ve Ulaşım Emniyeti İnceleme Merkezi Başkanlığı Yönetmeliği[113] m. 21/3'e göre hazırlanan raporlar, kaza ve olaylardan edinilen tecrübelere dayanılarak ulaşım emniyetinin artırılmasına ve benzer kaza ve olayların önlenmesine yönelik tavsiyeleri içerecek şekilde tanzim olunur. Deniz kazası inceleme raporu; idarî, hukukî ya da cezaî sorumluluk tespiti, raporların konusunu oluşturamaz. Bu bakımdan, kusurluluğu veya sorumluluğun paylaştırılmasına ilişkin bir araştırma değildir[114]. Bununla birlikte, mahkemelerin çatma muhakemesinde bu raporlardan faydalanmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır[115]. Deniz kazası inceleme raporlarının, değerlendirme ve sonuç kısımlarında olayın ne şekilde vuku bulduğu ve bilhassa çatmaya karışan gemilerin hangi kuralları ihlâl ettiği hususları; bu tür maddî gerçeklere dair en önemli deliller arasında yer alır.

Çatmadan doğan tüm uyuşmazlık ve talepler, TTK m. 4/1-a hükmüne göre mutlak ticarî dava veya çekişmesiz yargı işidir. Bu taleplerden, konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat talepleri dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Çatmaya müteallik hükümler, TTK m. 935/2-b hükmüne göre, münhasıran bir kamu hizmetine tahsis edilen Devlet gemileriyle donanmaya bağlı harp gemilerine ve yardımcı gemilere de uygulanacağı için, kural olarak savaş gemilerinin karıştığı çatmalar da, mutlak ticarî dava mahiyetindedir[116]. Binnetice çatmadan doğan tüm tazminat talepleri, dava şartı arabuluculuk kapsamındadır[117].

Çatmadan doğan uyuşmazlıklar, mahiyeti itibariyle müzakere ve arabuluculuk yolu ile çözülmeye müsait uyuşmazlıklardır. Mesela bedensel yaralanmalara dair taleplerde arabuluculuğun oldukça işlevsel olabileceği değerlendirilmiştir[118]. Bununla birlikte hemen yukarıda zikrettiğimiz, deniz raporu, delil tespiti ve deniz inceleme raporları; maddî gerçeğe ve kazanın oluş şekline dair içerdikleri tespit ve

---

110 Bkz. Topsoy (n 87) 416–418; Yalçın (n 104) 25–29.

111 Başkanlık, "Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" başlıklı 27 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine 489/A maddesi ilave edilerek kurulmuştur (R.G.: 10.01.2019 tarih ve 30651 sayı).

112 R.G.: 27.11.2019 tarih ve 30961 sayı.

113 R.G.: 11.05.2019 tarih ve 30771 sayı.

114 Topsoy (n 87) 420.

115 ibid 429; Schmidt and others (n 92) Vor § 570 Rn. 35.

116 Bkz. Rayegân Kender, 'Çatma Hukukunda Harp Gemileri' (1986) 13 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 111, 141; Topsoy (n 87) 444–445.

117 Yabancı unsurlu ve mahkemenin görevinin ayrıca değerlendirilmesi gereken çatmalar ise bu çalışmanın hacmini ve maksadını aşacağı için bu konuda bkz. Topsoy (n 87) 454–463. Bununla birlikte HUAK m. 1/2 hükmüne göre, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından da HUAK hükümlerine göre arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi ve neticelendirilmesi mümkündür.

118 Measter and Skoufalos (n 17) 534.

bilgiler ile taraflarda muhtemel bir davanın neticeleri hakkında kanaat oluşturabilecek mahiyettedir. Dolayısıyla bu belgelerin temin edildiği her safhada, dava şartı olup olmamasına bakılmaksızın kusur ve tazminat talebine dair arabuluculuğa şans tanınması mümkündür.

C. Kurtarma Faaliyetlerinden Doğan Uyuşmazlık ve Talepler

1. Kurtarma Hakkında Genel Malûmat

Denizcilerin ve deniz tacirlerinin sayısız tehlikenin vuku bulabileceği açık denizlerde, milliyet ve sınıf farkı gözetmeksizin aynı tehlikelerle karşılaşma ve zarar görme ihtimâli, denizde kurtarma ve yardım faaliyetlerinin evrensel bir yükümlülük olarak düzenlenmesini beraberinde getirmiştir. Bununla birlikte yükümlülüğün ifası kapsamında katlanılan masrafların karşılanması, yükümlülüğün ifasının teşvik edilmesi ve kurallarının belirlenmesi için, kapsamlı hukukî düzenlemelerin ihdasına ihtiyaç duyulmuştur[119]. Bu esastan olmak üzere mesele, hem TTK'da, hem de milletlerarası sözleşmeler ile düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun kurtarma hükümleri, kanunun yürürlüğe girdiği dönemde taraf olmamamıza rağmen 1989 tarihli Kurtarma Konvansiyonu'nu esas alarak ihdas edilmiştir[120].

Türk Ticaret Kanunu'nun 1298'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre kurtarma faaliyeti, "*seyrüsefere elverişli sularda tehlikeye uğramış bulunan su aracı veya diğer eşyanın kurtarılması için yapılan her fiil veya hareket*" olarak tarif edilmiştir. Kanunî tarife göre kurtarma faaliyetinden söz edebilmek için; i) seyrüsefere elverişli sularda, ii) tehlikeye uğramış bir su aracı veya diğer eşyanın[121], iii) kurtarılması için yapılan bir fiil ve hareketin varlığı icap eder[122]. İnsan kurtarma faaliyetleri ise TTK m. 1317 ve 1318'de ayrıca düzenlenmiştir. Tehlike kavramı geniş yorumlanmalıdır; nitekim deniz tehlikelerinin yanı sıra, haydut saldırısı ve savaş gibi insan kaynaklı tehlikeler de söz konusu olabilir[123].

Kurtarma faaliyeti bir kurtarma sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilebilir[124]. Kurtarma sözleşmesi, TTK m. 1302'ye göre emredici hükümler müstesna olmak

---

119 Bkz. Sözer (n 60) 501–502.

120 14.05.2015 tarihli ve 6480 sayılı Kanun ile sözleşmeye çekince ile katılmamız uygun bulunmuş ve 27.06.2015 tarihinde Sözleşme ülkemiz bakımından yürürlüğe girmiştir.

121 Bkz. Sözer (n 60) 512–525.

122 Kurtarma faaliyetinin deniz hukukuna has bir mefhum olduğu ve bu sebeple klasik borçlar hukuku nazariyeleriyle izahatının mümkün olmadığı hakkında teferruatlı bir değerlendirme için bkz. ibid 502–505.

123 Bkz. ibid 527; Kara (n 59) 342; Yazıcıoğlu (n 59) 473; FD Rose and others, *Kennedy and Rose Law of Salvage* (7th ed, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters 2010) 160; Cansu Çakan Çavuş, *Kurtarma Sözleşmeleri* (2022) 23–25; Halil Emre Gürler, *Deniz Ticareti Hukukunda Kurtarma Ücreti* (Seçkin 2021) 109; Davut Sercan Dağ and Nil Kula, 'Sözleşmeli Kurtarma ve Türk Milli Standart Kurtarma Sözleşmesi Formu Üzerine Bir İnceleme' (2022) 12 Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 191, 195.

124 Kurtarma sözleşmesinin tarifi için bkz. Sözer (n 60) 550.

üzere, sözleşme hürriyeti prensibi dairesinde tarafların hür iradesi ile kurulur. Kurtarma sözleşmesi, tehlike ortaya çıktıktan sonra yapılabileceği gibi, tehlikenin ortaya çıkmasından önce yapılmış bir römorkaj sözleşmesi de tehlikeyle birlikte kurtarma sözleşmesine dönüşebilir[125]. Kurtarma sözleşmeleri, kahir ekseriyetle The Lloyd's Standard Form of Salvage Agreement (LAS/LOF) ve Türk Kıyı Emniyetinin kullandığı Türk Kurtarma Sözleşmesi (TURKS) gibi tip sözleşmeler şeklinde yapılır[126].

Tehlike bazen, geminin kayalığa oturmasında olduğu gibi dışarıdan açıkça anlaşılabileceği gibi; bazen de makinaların bozulması gibi dışarıdan anlaşılamayacak şekilde gelişebilir. Bu hâlde ise yardım taleplerine göre hareket edilmesi icap eder[127]. Nitekim gemi maliki, kaptan veya eşyanın malikinin açık ve mâkûl karşı koymasına rağmen kurtarma faaliyeti gerçekleştirilemez (TTK m. 1398/4-a). Bununla birlikte kurtarma faaliyeti, bir sözleşmeye istinat edebileceği gibi, kurtaran ile kurtarılan arasında herhangi bir sözleşme olmadan da gerçekleştirilebilir. Bazen de durum o derece vahim olabilir ki, kurtarılan adına irade beyanında bulunabilecek kimse dahi olmayabilir[128].

Kurtarma faaliyetinden faydalı bir netice alınmış olursa, bir başka ifade ile kurtarma kısmen dahi başarılı olursa, kurtarma ücretinin takdiri söz konusu olur[129]. Bununla birlikte sadece kurtarmaya teşebbüs edilmiş olması, kural olarak ücrete hak kazandırmaz (*no cure, no pay*)[130]. Ancak bu kural emredici mahiyette olmadığı için, sözleşme ile aksi kararlaştırılabilir[131]. Nitekim LOF (*The Lloyd's Standard Form of Salvage Agreement*)'da yer alan SCOPIC klozu, bu kaidenin istisnasıdır.

Kurtarma ücretinin sözleşmede kararlaştırılmaması veya TTK m. 1301 hükmüne göre uyarlanması gereken hâllerde, TTK m. 1305'de yer alan kıstaslara göre kurtarma ücreti belirlenir. Kurtarma ücretinin borçlusu, TTK m. 1306'ya göre kurtarılan aracın ve diğer eşyanın kurtarma faaliyetinin tamamlandığı andaki malikleridir. Kurtarma ücreti, kurtarılan aracın maliki ve diğer eşyanın malikleri arasında kurtarılan değerler oranında paylaşılır. Kurtarma ücretinin borçluları arasında teselsül yoktur. Hak edilen kurtarma ücreti, birden fazla kurtaran varsa kurtaranlar arasında TTK m. 1309, kurtaranın kaptanı ve gemi adamı arasında ise TTK m. 1301'a göre paylaştırılır. Birden çok kurtaranın, kurtarma faaliyetini aynı anda icrası gerekmez, artarda

---

125 ibid 549.

126 İsmail Demir, 1989 Londra Konvansiyonu Çerçevesinde Kurtarma (2010) 140; Schmidt and others (n 93) Vor § 574 n. 2.

127 Sözer (n 60) 527.

128 ibid 503.

129 Gültekin (n 2) 626–627; Yazıcıoğlu (n 59) 475; Gürler (n 123) 145; Dağ and Kula (n 123) 196.

130 Geoffrey Brice, *Brice on Maritime Law of Salvage* (John Reeder ed, 4th ed, Sweet & Maxwell 2003) 1; Demir (n 126) 38; Rose and others (n 124) 316; Archie Bishop, 'Law of Salvage' [2016] The IMLI Manual on International Maritime Law Vol. II (G. Ed. David Attard.) 474, 483; Gürler (n 123) 190; Çakan Çavuş (n 123) 145.

131 Çakan Çavuş (n 123) 37.

yapılan fiil ve hareketlerle de söz konusu olabilir[132]. Fakat şu hususu bilhassa ifade etmek gerekir ki, kurtarma ücreti ve kurtaranın hakları, sözleşmeden bağımsızdır[133].

2. Kurtarma Faaliyetlerinden Doğan Uyuşmazlık ve Talepler Bakımından Arabuluculuk

Kurtarma faaliyeti, yukarıda zikredildiği gibi, bir sözleşme kapsamında veya sözleşmeden bağımsız olarak gerçekleştirilebilir. Bir kurtarma sözleşmesine istinat etmeyen kurtarma faaliyetlerinden doğan uyuşmazlık ve talepler, kurtarma faaliyetlerinin TTK m. 1298 ilâ 1319 hükümleri arasında düzenlenmesi hasebiyle mutlak ticarî dava veya çekişmesiz yargı işi mahiyetindedir. Bir kurtarma sözleşmesine istinat eden uyuşmazlık ve talepler de aynı değerlendirmeye tâbi tutulacaktır; nitekim kurtarma sözleşmeleri de TTK m. 1300 ilâ 1303'üncü maddelerde düzenlenmiştir[134].

Taraflar, arzu ettikleri takdirde kurtarma sözleşmesine bir arabuluculuk kaydı derç edebilecekleri gibi, kurtarma faaliyetine dair bir uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra da bu uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesini kararlaştırabileceklerdir. Türk Ticaret Kanunu'nda, geminin maliki ve kaptanına, gemide bulunan şeylerin malikleri adına kurtarma sözleşmesi yapmak, bu kapsamda yetkili mahkemeyi veya tahkim kararlaştırmak yetkisi verilmiştir (TTK m. 1300/2). Kanaatimiz odur ki bu kapsama arabuluculuk usulü de dâhildir; ancak müzakerelere katılmak ve anlaşma sağlamak münhasıran ilgili maliklerin yetkisindedir.

Türk Tip (TURKS) ve LOF tip sözleşmelerinde tahkim klozu yer almaktadır. Bu bakımdan, tahkim klozunun varlığı hâlinde, tarafların dava şartı arabuluculuk yolunun tüketilmesine gerek yoktur (HUAK m. 18/A-18). Ancak bu hâllerde de taraflar arabuluculuk yoluna başvurabilir. Mesela The Japan Shipping Exchange Standart Kurtarma Sözleşmesi, m. 13'de arabuluculuk zorunlu olmasa da, ihtiyarî bir prosedür olarak öngörülmüştür[135]. Yine LOF 2020'nin eki olan tahkim klozu (LSAC) m. 8.7'de, hakemin önüne gelen dosyada tarafları arabuluculuk konusunda bilgilendirmekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir[136]. Türk Tip kurtarma sözleşmesinde (TURKS)'da, kurtarma alacağı bahsinde, tarafların tahkim yolundan önce "sulh olma"sından söz edilmektedir.

Kıyı Emniyeti Ana Statüsü m. 4'e göre, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün yine aynı hükümde gösterilen deniz alanlarında kurtarma faaliyeti yürütme konusunda tekel hakkı vardır. Bununla birlikte, ticarî amaç güdülmeden, tehlikede kalan bir gemiye yardımda bulunmak, Yargıtay'a göre tekel hakkının ihlâli anlamına gelme-

132 Schmidt and others (n 92) § 582 n. 5.

133 Rose and others (n 124) 15; Herber (n 56) 397; Bishop (n 130) 477.

134 Çakan Çavuş (n 123) 262.

135 ibid 264.

136 Bkz. https://assets.lloyds.com/assets/pdf-fixed-cost-arbitration-procedure-fcap-lsac-2020/1/LSAC-2020.pdf (Erişim: 20.03.2024).

yecektir[137]. Kurtarma faaliyetleri, mutlak ticarî dava olduğu için taraflardan birinin Kıyı Emniyeti olması görev ve arabuluculuk konusunda farklı bir değerlendirmeyi gerektirmeyecektir (Ana Statü m. 3/2)[138].

Türk Ticaret Kanunu'nun 1304'üncü maddesine göre, faydalı bir neticenin varlığına bağlı olarak kurtarma ücreti hakkı doğacaktır. Bu düzenlemeye istinaden kurtaran, ücret talebinde bulunabilecek ve tahkim kaydının mevcut olmadığı veya sözleşme olmaksızın gerçekleştirilen kurtarma faaliyetleri için ticaret mahkemelerinde dava açılabilecek, dava açılmadan önce de TTK m. 5/A hükmüne göre arabuluculuğa başvurmak gerekecektir. Aynı değerlendirme, TTK m. 312'de öngörülen özel tazminat için de cârîdir[139].

Türk Ticaret Kanunu'nun 1301'inci maddesinde kurtarma sözleşmesinin yanlış yönlendirme veya tehlikenin etkisi altında yapılmış ve kabul edilen şartlar hak ve nasafet ilkelerine aykırı bulunmuş yahut kurtarma ücreti, yapılan hizmetlerle aşırı derecede oransız bulunmuşsa, istem üzerine sözleşme mahkeme tarafından mevcut şartlara uyarlanabilir yahut iptal olunabileceği ifade edilmiştir[140]. Uyarlama yönündeki talepler, TTK m. 5/A hükmüne göre konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davası mahiyetinde olmadığı için dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Ancak kanaatimiz odur ki sözleşmenin iptali, bir itirazın iptali, menfi tespit veya istirdat davası kapsamında ileri sürülmüşse, TTK m. /A hükmü kapsamında değerlendirilmelidir.

Kurtarma ücreti, kurtarmaya katılan herkes bakımından ayrı ayrı değil; kurtarma faaliyeti bakımından bir bütün olarak ve tek bir kalem şeklinde kararlaştırılır (TTK m. 1308/1)[141]. Bu bakımdan kurtarma ücretinin, birden çok kurtaran (TTK m. 1309) veya gemi adamları arasında (TTK m. 13010) paylaştırılması icap edebilir. Bu amaca yönelik olarak ileri sürülecek taleplerden önce, TTK m. 4/1-a ve TTK m. 5/A hükümlerine göre arabuluculuk yoluna başvurulması gerekir. Bununla birlikte paylaştırma konusunda bir arabuluculuk anlaşması yapılacaksa, bu anlaşmaya ilgili herkesin katılması gerektiği, özellikle anlaşmanın üçüncü kişileri etki etmeyeceği göz önünde bulundurulmalıdır.

---

137 Gürler (n 123) 47 ve dn. 84.

138 T.C. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 01.04.2014 tarih ve 2014 / 315 sayılı karar (uyusmazlik.gov.tr).

139 Özel tazminat hakkında teferruatlı bir değerlendirme için bkz. İsmail Demir, 'Özel Tazminat Koruma ve Tazmin Klozu (SCOPIC)' (2011) 27 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 89; Rose and others (n 124) 190–200.

140 Düzenlemenin teferruatlı eleştirisi için bkz. Sözer (n 60) 570–573. Nitekim kurtarma faaliyetinin tabiatında tehlikenin bulunduğu, bu sebeple hükümdeki 'tehlike' lafzının dar yorumlanması gerektiği hakkında bkz. Schmidt and others (n 92) § 584 n. 8; Çakan Çavuş (n 123) 140.

141 Gürler (n 123) 233.

Kurtarma faaliyetlerinde taraflar, genellikle tekrar karşılaşması muhtemel kişiler olacağından, esasında pazarlığa uygundur[142]. Hâkezâ kurtaran ve adamları bakımından kurtarma ücretinin paylaştırılması da, ekseriyetle geleceğe yönelik bir ilişki değerinin bulunduğu hâller olarak değerlendirilebilir.

SONUÇ

Alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk, son yıllarda modern hukuk çevrelerinde büyük ilgi görmüş ve bilhassa dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri ile birlikte bilinir hâle gelerek tatbikatta yerini almıştır. Mâmâfih deniz ticareti sahasında, uyuşmazlıkları devlet yargısı dışında çözmeye dair esaslı ve köklü bir tarihî tecrübe mevcut olmasına rağmen, diğer sahalarda gördüğü rağbeti görmemiştir. Oysa ki müzakere ve pazarlığın günlük rutinin bir parçası olduğu sahada, arabuluculuk uygulama alanı bulabilecek bir müessesedir[143]. Mesela deniz ticareti sözleşmelerinde görev alan brokerlar aynı zamanda profesyonel bir müzakerecilerdir[144].

Deniz ticareti sözleşmelerinin ekseriyetinde bir tahkim şartı vardır, bu sebeple bunlardan doğan uyuşmazlıklar, devlet yargısında görülmediği için HUAK m. 18/A/18 hükmüne göre dava şartı arabuluculuğa tâbi değildir. Bu ise deniz ticareti sahasında hem kamu otoritesinin tatbikata yön verme imkânını ortadan kaldırmaktadır, hem de sahayı dava şartı arabuluculuk müessesinin kazandırdığı tecrübeden nâkıs bırakmaktadır. Bu esastan olmak üzere, birinci mesele arabuluculuk ile tahkimi ilişkilendiren Med-Arb gibi hibrit yöntemlerin yaygınlaştırılmasıdır. Nitekim deniz ticareti sahasında arabuluculuğa dair faaliyetlerde bulunan kuruluşlar da genellikle tahkim kuruluşlarıdır. Burada tahkim uygulamacılarının, arabuluculuğu samimi olarak desteklemesi ve tavsiye etmesi de son derece önemlidir. Kurumsal tahkim kuruluşları nezdinde, hakemlerin arabuluculuğu teşvik etmeleri öngörülmektedir ancak hakemlerin bu teşvik konusunda istekli olduklarını pek ifade etmek pek mümkün değildir[145].

Arabuluculuk bilhassa Türk doktrini ve tatbikatında, salt bir usul hukuku müessesesi olarak değerlendirilmiş ve inceleme konusu yapılmıştır. Ancak arabuluculukta kural olarak haklı ve haksızı tespite yönelik bir yargılama yapılmaz. Bu bakımdan salt hukukî bir bakış açısından ziyade, deniz ticaretinin telakkilerine hâkim bir zaviyeden meseleler ele alınmalıdır. Nitekim tarafları çoğu zaman yabancı milletlerden olan deniz ticareti uyuşmazlıklarında, kültürel çeşitlilikleri bağdaştırabilecek[146], tarafsız ve profesyonel arabulucuların katkısı önemlidir. Tarafların ayrı milletlerden ve genelde birbirinden fiziken uzak olmasının dezavantajları, çevrimiçi müzake-

[142] Levmore and Verstein (n 55) 51.

[143] Bkz. Measter and Skoufalos (n 17) 525.

[144] Akan (n 17) 151; Measter and Skoufalos (n 17) 516.

[145] Ambrose, Maxwell and Collett (n 15) 38.

[146] Bkz. Measter and Skoufalos (n 17) 533.

re usulü ile tersine çevrilebilir. Hatta bu usul, mahkeme salonunun veya tahkim/arabuluculuk mekânının sahip olabileceği sembolizmin etkisini hafifletebilir; güç dengesizlikleri, dil engelleri ve kültürel baskıları ortadan kaldırma potansiyeline de sahiptir[147].

Arabuluculuk, bilindiği gibi esnek bir süreci ifade eder ancak bu esnekliğin altının doldurulması ve işlevsel hâle gelmesi, arabulucunun bu yönde bir anlayışa sahip olmasına bağlıdır. Ticari arabuluculukta şekil takıntısı olmamalıdır[148]. Arabulucu, süreci uyuşmazlığın mahiyetine ve tarafların ihtiyaçlarına göre uyarlayabilmeli; başta dava şartı arabuluculuk hükümleri olmak üzere kendisini HUAK ile sınırlandırılmış hissetmemelidir. Hâkezâ arabuluculuk konusundaki eğitimler ve tecrübelerle kazandığı arabuluculuk yeteneklerini, gerektiğinde başka bir uyuşmazlık çözüm yöntemi için kullanmaktan imtina etmemelidir. Mesela tarafların iradesi ve yetkinliği elverdiği ölçünde, meseleye tarafsız ön değerlendirme veya vakıaların saptanması zaviyesinden bakabilmeli veya salt bir müzakereci olmakla yetinebilmelidir. Hâkezâ kendi karma yöntemlerini de, emredici hükümler ve taraf iradeleri hilafına olmamak üzere uygulayabilir[149]. Singapur Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, müzakere sürecinin arabuluculuk olarak kabul edilebilmesinde, kullanılan ibare ve yürütülen usulün önemi yoktur. Bir başka ifade ile Singapur Sözleşmesi kapsamına girecek bir arabuluculuk sürecinin, HUAK kapsamında olması da şart değildir[150].

Deniz kazalarından doğan uyuşmazlıklarda, yargılamaya bakan hakem veya hâkimlerin, tarafları sulhe ve arabuluculuğa teşvik etmeleri gerekir. Hakemlerin ise genellikle bu konuda pek istekli olmadıkları ifade edilmiştir[151]. Hâkezâ yargılamaya bakan hâkimlerin de, taraflar ön inceleme safhasına sulh ve arabuluculuğa teşvik etmenin öngörüldüğü HMK m. 137 ve 140 hükümlerini, esasa müteallik olacak surette etkili bir şekilde uygulamaları icap eder.

KAYNAKÇA

Akan P, *Arabuluculuk ve Deniz Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Uygulanması* (2013)

Akil C, 'Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti' (2009) 58 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1

147 Sampani (n 12) 15.

148 Bkz. Measter and Skoufalos (n 17) 545.

149 Hibrit ve karma yöntemler hakkında bkz. Brain A Pappas, 'Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution' (2015) 20 157, 157; Kıyak (n 4) 29; Berk Demirkol and Ural Aküzüm, *Türkiye'de Med-Arb (Arabuluculuk - Tahkim)* (2020). Özbay (n 7) 469; Ildır (n 4) 102; Patterson and Seabolt (n 7) 161–162; Serkan Kaya, 'Uyuşmazlıkların Çözümünde Hibrit Yöntem: Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb)' (2021) 17 Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi 225.

150 Kaya (n 35) 989; Erkan (n 36) 105–106.

151 Ambrose, Maxwell and Collett (n 15) 38.

Akman A, 'İslâm-Osmanlı ve Modern Türk Hukuku'nda Sulh Sözleşmesi ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Mukayeseli Bir Bakış' (2021) 20 Hitit İlahiyat Dergisi 1030

Alangoya, HY, *Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (1973)

Ambrose C, Maxwell K and Collett M, *London Maritime Arbitration* (Bruce Harris ed, Fourth Edition, informa law from Routledge 2018)

Arseven H, 'Çatmalar' (1946) 12 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 681

— —, *Deniz Ticareti Hukuku Dersleri* (Menteş Kitabevi 1961)

Baughen S, *Shipping Law* (Sixth edition, Routlege 2015)

Bishop A, 'Law of Salvage' [2016] The IMLI Manual on International Maritime Law Vol. II (G. Ed. David Attard.) 474

Brice G, *Brice on Maritime Law of Salvage* (John Reeder ed, 4th ed, Sweet & Maxwell 2003)

Bulur A, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi' (2007) 65 Ankara Barosu Dergisi 30

Çağa T, *Deniz Ticareti Hukuku 1: Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan* (Gözden geçirilmiş 14 bası, 2005)

Çakan Çavuş C, *Kurtarma Sözleşmeleri* (2022)

Çetingil E, Kender R and Ünan S, *Müşterek Avarya Hukuku:* (1. Baskı, XII Levha 2011)

Civir Engin M, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Müşterek Avarya' (2012) 18 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 507

Dağ DS and Kula N, 'Sözleşmeli Kurtarma ve Türk Milli Standart Kurtarma Sözleşmesi Formu Üzerine Bir İnceleme' (2022) 12 Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 191

Demir İ, *1989 Londra Konvansiyonu Çerçevesinde Kurtarma* (2010)

— —, 'Özel Tazminat Koruma ve Tazmin Klozu (SCOPIC)' (2011) 27 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 89

Demirkol B and Aküzüm U, *Türkiye'de Med-Arb (Arabuluculuk - Tahkim)* (2020)

Eminoğlu C, 'Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri' (2021) 7 Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 271

Ener MA, 'Singapur Konvansiyonu: Arabuluculuk Anlaşmalarının New York Konvansiyonu' (2019) 23 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 227

Erbaş Açıkel A, 'Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi' [2019] Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed. Ceyda Sürel Efeçınar ve Mehmet Ertan Yardım)

Erkan M, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi* (2020)

Folberg J and Taylor A, *Mediation, A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation* (1984)

Göknil MN, *Deniz Ticareti Hukuku* (İkinci Tabı, Alaeddin Kıral Basımevi 1942)

Göksu M, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim (Arabuluculuk-Uzlaştırma)* (Güncellenmiş 4 Bası, 2022)

Goodman A, *Preparing for Mediation: A Guide for Consumers* (Mediation Publishing 2016)

Gözüyeşil FF, 'Hükmî (Kıyasen) Çatma', *Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan*, vol 2 (2022)

Gültekin G, 'Deniz Hukuku. Çatma, Kurtarma ve Yardım', *Cemil Bilsel'e Armağan* (1939)

Güner MD, 'Türk Hukukunda Dispeçin Hazırlanması ve Uygulanması' (2000) 58 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 149

Gürler HE, *Deniz Ticareti Hukukunda Kurtarma Ücreti* (Seçkin 2021)

Hanks M, 'Perspectives on Mandatory Mediation' (2012) 35 UNSW Law Journal 929

Herber R, *Seehandelsrecht: systematische Darstellung* (2. neu bearbeitete Auflage, De Gruyter 2016)

Hill C, *Maritime Law* (Sixth Edition, 2013)

Hirsch G, 'Die „alternative Streitbeilegung" Hat Konjunktur' [2012] Zeitschrift für Rechtspolitik

Ildır G, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü:* (Seçkin 2003)

Kaplan Y, 'Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış' (2011) 28 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 115

Kara H, *Deniz Ticareti Hukuku* (On İki Levha 2020)

— —, 'Deniz Ticareti Hukukunda Çekişmesiz Yargı İşleri' (2022) 7 İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61

Kaya K and Talas M, 'Karacadağ Türkmen Aşireti'nde Arabuluculuk: Siverek Örneği' (2016) 1 Sosyolojik Düşün 1

Kaya S, 'Uyuşmazlıkların Çözümünde Hibrit Yöntem: Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb)' (2021) 17 Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi 225

Kaya T, 'Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi' (2019) 25 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 979

Kıyak E, *Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk İle Uyumlaştırılması* (2018)

Koçyiğit İ and Bulur A, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını 2019)

Kula N, 'Türk Ticaret Kanunu Ile York Anvers 2016 Kuralları Uyarınca Müşterek Avaryaya Uygulanacak Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Özellikle "Zamanaşımı" Hususu' (2019) 27 Selcuk Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi 727

Levmore S and Verstein A, 'Sharing Where Bargains Are Impossible' (2024) 5 Corporate and Business Law Journal 24

Mandaraka-Sheppard A, *Modern Maritime Law, Volume 2: Managing Risks And Liabilities* (Third Edition, 2013)

Matteucci G, 'Enforceability of International Commercial Mediation Agreements, the Singapore Convention Enforceability of International Commercial Mediation Agreements, the Singapore Convention' (2020) 2 Asian Pacific Mediation Journal 11

Measter CL and Skoufalos P, 'The Increasing Role of Mediation in Resolving Shipping Disputes' (2002) 26 Tulane Maritime Law Journal 515

Memiş AB, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü* (2020)

Okay S, 'Müşterek Avarya Hukukunun Kısa Tarihçesi' (1959) 24 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 289

Öksüz M, 'Arabuluculuk Müessesesinin Dede Korkut Hikâyelerindeki İzleri' (2022) 1 Culture and Civilization 50

Özbay İ, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri' (2006) 10 Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 459

Özbek MS, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2022)

Pappas BA, 'Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution' (2015) 20 157

Patterson SR and Seabolt DG, *Essentials of Alternative Dispute Resolution* (2nd ed, Pearson Publications Co 2001)

Potter GS, 'The Sources, Growth and Development of the Law Maritime' (1902) 11 The Yale Law Journal 143

Rayegân Kender, 'Çatma Hukukunda Harp Gemileri' (1986) 13 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 111

Rose FD and others, *Kennedy and Rose Law of Salvage* (7th ed, Sweet & Maxwell/ Thomson Reuters 2010)

Rosen S, 'The Origin and Development of the Modern Maritime Law' (1934) 6 Law Society Journal 240

Sampani C, 'The Impact of Culture in Online Dispute Resolution for Maritime Disputes' [2013] Cambrian Law Review 6

Schmidt C and others, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 7: Transportrecht* (5. Auflage, CH Beck 2023)

Söğüt İS, 'A Synoptic Overview of the Lex Rhodia De Iactu' (2017) 23 Marmara Üniversitesi Hukuk AraştırmalarıDergisi 209

Sözer B, *Deniz Ticareti Hukuku - II* (Vedat Kitapçılık 2016)

Taşpolat Tuğsavul M, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin 2012)

Tekil F, *Deniz Ticareti Hukuku* (İkinci Baskı, 1977)

Topsoy F, *Çatma Hukuku* (Legal 2017)

Ware SJ, *Priciples of Alternative Dispute Resolution* (2. ed, Thomson 2007)

Yalçın T, *Çatmalarda Kusur Oranlarının Belirlenmesi, Ulusal ve Uluslararası Düzeyde İncelenerek Bir Model Önerilmesi* (Legal Yayıncılık 2023)

Yarar G, *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk* (1. Baskı, On İki Levha 2019)

Yazıcıoğlu E, *Deniz Ticareti Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş On Beşinci Baskı, Filiz Kitabevi 2020)

Yıldırım F, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık* (Güncellenmiş 2 Baskı, 2023)

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1515080

LİMİTED ŞİRKETLERDE PAYIN MİRAS YOLUYLA GEÇİŞİNİN MİRAS HUKUKU VE ŞİRKETLER HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI

Consequences of Inheritance of Shares in Limited Liability Companies in Terms of Inheritance Law and Company Law

Aytekin ÇELİK*

Özet

Ortağın ölümü miras hukukunun dışında şirketler hukuku açısından da önem taşır. Miras hukuku hükümleri çerçevesinde ölen ortağın payları, mirasa dahil olan diğer unsurlar gibi kendiliğinden mirasçılara geçer. Ancak ölen ortağın payının kendiliğinden mirasçılara geçişinin ortaya çıkartabileceği bazı olumsuz sonuçlardan dolayı şirketler hukukunda ortağın ölümü, her şirket türü açısından özel olarak düzenleme konusu yapılmıştır.

Şahıs şirketlerinde ortağın ölümü halinde payın kendiliğinden mirasçılara geçişi kabul edilmemiş, ortağın ölümü şirketi kendiliğinden sona erdiren sebepler içerisinde düzenlenmiştir. Sermaye şirketlerinde ise aksine payın ortağın ölümüyle birlikte kendiliğinden mirasçılara geçişi kural olarak kabul edilmiş ancak miras hukuku hükümlerinden farklı olarak şirkete alım hakkını kullanarak mirasçıları onaylamayı reddetme imkânı tanınmıştır. Ancak sermaye şirketlerinde miras hukuku ve şirketler hukuku hükümleri çerçevesinde karma bir çözüm yolunun tercih edilmesi mirasçıların onaylanıp onaylanmayacaklarının belirli olacağı ana kadar özel düzenlemelerin yapılması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Özellikle payların mirasçılara kendiliğinden geçişinin miras ortaklığına ilişkin hükümler çerçevesinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, mirasçıların kullanabilecekleri hakların kapsamı, onaylamanın reddi konusunda hangi organın yetkili olduğu konusunda anonim ve limited şirketler açısından farklı düzenlemelere yer verilmiştir.

Dolayısıyla limited şirketlerde payın miras yoluyla geçişi hem miras hukuku hükümlerinden hem de anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerden farklı şekilde gerçekleşmektedir. Ayrıca limited şirketler açısından mirasçıların şirketin alım hakkının kullanılmasına ilişkin genel kurul kararında oy kullanıp kullanamayacakları, birden fazla mirasçının bulunduğu durumlarda alım hakkının mirasçılardan bir kısmına ilişkin olarak kullanılıp kullanılamayacağı ve mirasçıların mirası reddetmeleri halinde bu hususun şirketler hukuku açısından sonuçları üzerinde de durulması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Limited şirket, miras, alım hakkı, bozucu şart, oydan yoksunluk

---

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 24.04.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Dr. Öğr. Üyesi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, aytekin.celik@karatay.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-4943-8156.

Abstract

In addition to inheritance law, the death of a shareholder is also important in terms of corporate law. Within the framework of the provisions of inheritance law, the shares of the deceased shareholder automatically pass to the heirs like the other elements included in the inheritance. However, due to some negative consequences that may arise from the automatic transfer of the deceased shareholder's share to the heirs, the death of the shareholder in company law is regulated specifically for each type of company.

In private companies, the automatic transfer of the share to the heirs upon the death of the shareholder is not accepted, and the death of the shareholder is regulated within the reasons that automatically terminate the company. In capital companies, on the contrary, the automatic transfer of the shares to the heirs upon the death of the shareholder is accepted as a rule, but unlike the provisions of the inheritance law, the company is given the opportunity to refuse to approve the heirs by exercising the right of purchase. However, the preference for a mixed solution in capital companies within the framework of the provisions of inheritance law and corporate law has led to the necessity of making special arrangements until the moment when it is determined whether the heirs will be approved or not. However, there are different regulations for joint stock companies and limited liability companies, especially on whether the automatic transfer of the shares to the heirs will take place within the framework of the provisions regarding the inheritance partnership, the scope of the rights that the heirs can use, and which body is authorized to refuse the approval.

Therefore, the inheritance of shares in limited liability companies is different from both the provisions of inheritance law and the regulations regarding joint stock companies. In addition, in terms of limited liability companies, it is necessary to focus on whether the heirs can vote in the general assembly decision regarding the purchase decision of the company, whether the right of purchase can be exercised against some of the heirs in cases where there is more than one heir, and the consequences of this issue in terms of corporate law in case the heirs reject the inheritance.

Key Words: Limited company, inheritance, right to purchase, breaking clause, lack of vote

GİRİŞ

Ortağın ölümü, miras hukukunu ilgilendirdiği gibi şirketler hukukunu da yakından ilgilendirir. Ortağın ölümü, her şirket türünde aynı şekilde etki doğurmaz. Ortağın ölümünün şirket üzerindeki etkisi şirketin şahıs veya sermaye şirketi niteliğinde olmasına göre farklılık gösterir.

Ortağın ölümü halinde geride kalan ortaklar ile mirasçılar arasındaki ilişki üç şekilde sona erdirilebilir. Bu konuda en olağan çözüm yolu ölen ortağın payının miras hukuku hükümleri çerçevesinde mirasçılara geçmesidir. Söz konusu çözüm yolu, miras hukukuna uygun olmakla beraber bütün şirketler açısından sorunsuz bir şekilde uygulanma imkanına sahip değildir. Özellikle kişisel unsurların ön planda olduğu şirketlerde söz konusu yöntemin kabul edilmesi şirketler hukuku açısından önemli sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Bu konuda kullanılabilecek diğer bir çözüm yolu da ölen ortağın payının değerinin mirasçılara ödenmesidir. Söz konusu çözüm yolu miras hukuku ilkelerine uygun olmadığı gibi şirkete söz konusu payların değerini ödeme yükümlülüğünün getirilmesi şirketin finansal durumunu da olumsuz bir yönde etkileyebilecektir. Ortağın ölümü halinde uygulanabilecek diğer bir çözüm yolu da ortağın ölümünün şirketi kendiliğinden sona erdirmesidir. Bu durumda mirasçıların miras hakkı, ortağa düşen tasfiye payı üzerinde devam edecektir. Söz konusu çözüm yolunun da özellikle kişisel unsurların ikinci planda yer

aldığı sermaye şirketlerinde uygulanması ciddi sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Dolayısıyla ortağın ölümünün şirketler hukuku açısından ortaya çıkartabileceği sorunların her şirket açısından geçerli olabilecek tek bir çözüm yolu bulunmamaktadır. Bu sebeple ortağın ölümü konusu her şirket türü açısından farklı şekilde düzenlenmiştir. Adi, kollektif ve komandit şirketlerde (komandite) ortağın ölümü, kural olarak şirketi sona erdirir. Ancak şirket sözleşmesine hüküm konarak şirketin mirasçılarla devam etmesine imkân tanınabilir (TBK[1] m. 639/2, TTK[2] m. 253, 328). Bu durumda da şirketin mirasçılarla devam edip etmeyeceği mirasçıların tavrına göre belirlenir. Buna karşılık anonim ve limited şirketlerde ortağın ölümünün şirketi kendiliğinden sona erdirmesi mümkün değildir. Özellikle anonim şirketler açısından söz konusu çözüm yolunun tercih edilmesi oldukça önemli sorunlara sebep olabilecektir. Bu yüzden söz konusu şirketlerde şahıs şirketlerinden farklı olarak ortağın ölümüyle birlikte ortağa ait payların kendiliğinden mirasçılara geçeceği kabul edilmiştir. Ancak bu düzenlemenin şirket ve geride kalan ortaklar açısından bazı sorunlara sebep olabileceğini öngören kanun koyucu şirkete, miras yoluyla geçen payları ilişkin alım hakkı tanımıştır. Bu şekilde şirketin mirasçıların ortaklık sıfatını geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırabilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu durumda şirkete biraz evvel bahsettiğimiz iki çözüm yolundan birisini tercih etme imkânı tanınmıştır. Şirket, payın kendiliğinden mirasçılara geçişi ile payın gerçek değerini ödeme konusunda bir tercih yapabilecektir.

Anonim ve limited şirketlerde şahıs şirketlerinden farklı olarak ortağın ölümünden sonra payların akıbeti konusunda karma bir yöntemin tercih edilmesi, bu sürecin hem miras hukuku hem de şirketler hukuku hükümlerini dikkate alarak özel olarak düzenlenmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Hem anonim hem de limited şirketlerde karma bir çözüm yolu benimsenmiş olmasına rağmen özellikle ölen ortağın payının mirasçılara geçişinin miras ortaklığı hükümleri çerçevesinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, mirasçılar tarafından kullanılabilecek hakların kapsamı, onaylamanın reddi kararının hangi organ tarafından alınacağı konularında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Dolayısıyla limited şirketlerde payın miras yoluyla geçişi hem miras hukuku hükümlerinden hem de anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerden farklı şekilde gerçekleşmektedir.

Bu çalışmada limited şirketlere ilişkin farklılıkların dışında mirasçıların genel kurulun onayın reddine ilişkin kararının alınmasında oy kullanıp kullanamayacakları, birden fazla mirasçının bulunduğu durumlarda mirasçıların bazılarına ilişkin olarak onayın reddi kararı alınıp alınmayacağı ve mirasçıların mirası reddetmeleri halinde bu hususun şirketler hukuku açısından sonuçları üzerinde durulacaktır.

Limited şirketler, sermaye şirketleri içerisinde yer almalarına rağmen şahıs şirketlerine özgü pek çok özelliği de bünyelerinde barındırmaktadır. Limited şir-

---

1 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

2 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

ketlerde kişisel unsurlara daha fazla yer verilmesi, söz konusu şirketlerde bazı hususların anonim şirketlerden farklı şekilde düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Söz konusu farklılıklardan birisi de payın devri ve payın kanun gereği iktisabında karşımıza çıkmaktadır.

Limited şirketlerde payın devri, anonim şirketlerden farklı olarak hem nitelikli bir yazılı şekle hem de genel kurul onayına bağlanmıştır. Anonim şirketlerde ise payın devri konusunda özel bir şekil öngörülmediği gibi bu konuda genel kurul onayı da aranmamıştır. Her iki şirket arasındaki bu konudaki diğer bir farklılık da limited şirketlerde anonim şirketlerin aksine payın devrinin yasaklanabilmesidir (TTK m. 595/4).

Anonim ve limited şirketler arasındaki payın iradi olarak devri konusundaki farklılıklar payın miras, cebri icra ve eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesinde kanun gereği iktisap edildiği durumlarda da karşımıza çıkmaktadır. Aslında her iki şirkette de payın kanun gereği iktisap edildiği durumlarda iradi devirden farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Zira söz konusu durumda payın iradi olarak devrindeki şartların aranması bazı olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir[3]. Payın kanun gereği iktisap edildiği durumlarda şirketler hukuku hükümlerinin dışında miras, aile ve icra hukuku hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu sebeple kanun koyucu payın iradi olarak devredildiği durumlarla (TTK m. 595) kanun gereği iktisap edildiği durumları (TTK m. 596) farklı şekilde düzenlemiştir. Bu şekilde payın geçişi konusunda şirketler hukukuna ilişkin düzenlemeler ile miras, icra ve aile hukukuna ilişkin hükümler uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır[4]. TTK m. 596'da payın sadece miras[5], cebri icra ve eşler arasındaki mal rejimi

---

3 Payın kanun gereğince iktisap edildiği durumlarda payın devrinden farklı kuralların uygulanması gerektiği hususunda bkz. Oruç Hami Şener, Limited Ortaklıklar Hukuku (Seçkin 2017) 338; Oruç Hami Şener, Ortaklıklar Hukuku (5. Baskı, Seçkin 2022) 703.

4 Bu konuda özel düzenlemelerin yapılmasının temel sebebinin ortaklık haklarının ve borçlarının sahipsiz kalmasına engel olunmak istenmesi olduğu hususunda bkz. Şener, Limited (n 3) 338; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, Şirketler Hukuku, C. III (On İki Levha 2022) 186; Şener, Ortaklıklar (n 3) 704; Tamer Bozkurt, 'Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Devri, Devir Sınırlamaları ve Özellikle Yasal İntikallerde Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunlar' in Emek Toraman Çolgar ve Abdurrahman Kayıklık (eds), Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar (On İki Levha 2021) 363, 395; H. Ali Dural, 'Limited Şirket Esas Sermaye Payının Miras, Eşler Arası Mal Rejimi ve İcra Yoluyla Edinilmesine İlişkin TTK m. 596 Düzenlemesi Üzerine Düşünceler ve Eleştiriler' (2018) 6 (1) KHÜHFD 111, 115; Sinan H. Yüksel, 'Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu)' (2013) 2 GÜHFD 159, 181. Bu konuda yapılan özel düzenlemelerle payın geçişi konusunda şirketler hukuku hükümleri yerine miras hukuku hükümlerine üstünlük tanınmıştır. Miras hukuku hükümleri çerçevesinde mirasın kendiliğinden geçişinin kabul edilmesinin amacı, terekeye dahil olan hakların sahipsiz kalmasının engellenmesidir. Mirasçıların mirası reddetmeleri halinde de miras sahipsiz kalmaz. Bu ihtimalde de reddedilen miras, kendiliğinden diğer mirasçılara geçer. Bkz. Rona Serozan/Baki İlkay Engin, Miras Hukuku (8. Baskı, Seçkin 2022) 68, 483.

5 Alman hukukunda miras kavramının dar yorumlanması gerektiği, vasiyet alacaklısı, miras sözleşmesi, mirasın taksiminde pay iktisap edenlerin bu kapsamda değerlendirilmediği, buna karşılık İsviçre hukukunda söz konusu kişilerin de miras kavramı içerisinde değerlendirildiği hususunda

hükümleri çerçevesinde geçişi düzenleme konusu yapılmış, ticaret şirketlerinin birleşmesi, rehnedilen payların paraya çevrilmesi gibi payın kanun gereği iktisap edildiği diğer durumlardan söz edilmemiştir. Ancak payın kanun gereği geçtiği söz konusu durumların da TTK m. 596 kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir[6].

I. MİRASÇILARIN ORTAKLIK SIFATINI KAZANMASI

A. Genel Olarak

Limited şirketlerde payın tarafların iradesiyle devre konu olduğu durumlarda devralanın ortaklık sıfatını kazanabilmesi için devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması, sözleşmedeki imzaların noter tarafından onaylanması ve devrin genel kurul tarafından onaylanması[7] gerekmektedir (TTK m. 595). Aksi halde payın devredilebilmesi mümkün değildir. Ancak payın miras yoluyla geçişinde devirden farklı olarak payın geçişi tarafların iradesine değil bir kanun hükmüne dayanmaktadır. Bu durumda iradi bir geçiş söz konusu olmadığından yazılı bir sözleşmenin yapılması ve imzaların noter tarafından onaylanması mümkün değildir. Ayrıca payın devrinden farklı olarak, miras yoluyla geçişte genel kurul onayının alınması da gerekli değildir[8]. Ancak TTK m. 596/2'de limited şirketin payın miras yoluyla geçişini onaylamayı reddedebileceği şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemenin kaleme alınış şekli, bu hususta genel kurul onayının gerekli olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Oysa TTK m. 596/1'de bu hususta genel kurul ona-

bkz. Şükrü Yıldız ve İbrahim Özbay, 'Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418 f. 4'te Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı' Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (BTHAE 2007) 7, 18. Miras paylaşımı, anonim şirketlerde payın miras yoluyla geçişinde kapsam içerisinde yer almasına rağmen (TTK m. 493/4) bu hususa limited şirketlerde yer verilmemiştir. Miras paylaşımının da hükmün kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği hususunda Dural (n 4) 112. Miras kavramının geniş yorumlanması gerektiği hususunda bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku, C.2 (13. Baskı, Vedat 2017) N.1672; Halil Arslanlı ve Hayri Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III (Temel 1989) 281; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C.2 (2. Baskı, Adalet 2015) 2230. Bu hususta ayrıca bkz. Yargıtay 11 HD, 18.02.1999, 9387/1050 (Lexpera, 10.05.2024).

6 Payın iktisap edilebileceği özel durumların miras, eşler arasındaki mal rejimi ve icra yoluyla sınırlı olmadığı, ticaret şirketlerinin birleşmesi, rehnedilen payın paraya çevrilmesi gibi diğer benzer durumlarda da bu konudaki özel düzenlemelerin uygulanacağı hususunda bkz. Şener, Limited (n 3) 337; Kendigelen ve Kırca (n 4) 185; Şener, Ortaklıklar (n 3) 703. İsviçre hukukunda da bu sayımın tahdidi olmadığının kabul edildiği hususunda bkz. Kendigelen ve Kırca (n 4) 185; Yüksel (n 4) 182; Bozkurt, Sorunlar (n 4) 396. Anonim şirketlere ilişkin TTK m. 493 gerekçesinde madde metninde belirtilen kanuni geçiş hallerinin tahdidi olmadığı belirtilmiştir. Anonim şirketler açısından sınırlı bir sayım yapılmadığı hususunda ayrıca bkz. Yüksel (n 4) 183; M.Yusuf Akın, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler (Vedat 2014) 122.

7 Şirket sözleşmesine konulacak bir hükümle genel kurul onayından vazgeçilebilmesi mümkündür (TTK m. 595/2).

8 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 5) N.1672; Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (5.Baskı, Vedat 2020) 560; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (4. Baskı, Yetkin 2022), 498 dn 506; Şener, Limited (n 3) 337; Kendigelen ve Kırca (n 4) 184; Dural (n 4) 113. Bu hususta ayrıca bkz. Yargıtay 11 HD, 05.07.1983, 3374/3550 (Lexpera, 10.05.2024).

yına gerek olmadığı açık bir şekilde belirtilmiştir[9]. TTK m. 596/2'deki düzenleme incelendiğinde aslında bu düzenlemenin onaylamanın reddine ilişkin değil, şirketi tanınan bir alım hakkına ilişkin olduğu görülmektedir. Limited şirket, söz konusu düzenleme çerçevesinde alım hakkını kullanarak geçmişe etkili bir şekilde mirasçılara kanun gereği geçen payları tek taraflı olarak satın alabilmektedir. Dolayısıyla söz konusu hususun onaylamanın reddi şeklinde ifade edilmesi isabetli değildir. Zira mirasçıların ortaklık sıfatını kazanmaları şirketin onayına bağlı değildir.

Mirasçıların ortaklık sıfatını kazanmaları için pay defterine kayıt ve ticaret siciline tescil yapılması da gerekli değildir. Bu konuda ticaret siciline yapılacak olan tescil kurucu değil, bildirici etkiye sahiptir[10]. Aynı şekilde pay defterine yapılacak olan kayıt da bildirici niteliktedir[11]. Pay defterine yapılacak kayıt ve ticaret siciline yapılacak olan tescilin hukuki niteliği konusunda payın devriyle, miras yoluyla geçişi arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Payın miras yoluyla geçişinde şirketler hukukuna ilişkin olarak hiçbir şartın aranmaması, geçişin tamamen miras hukuku hükümleri çerçevesinde gerçekleşmesi kanuni geçiş ile iradi geçiş arasındaki en önemli farklılıktır. Payın mirasçılara geçişi ortağın ölümüyle birlikte genel kurul onayı, pay defterine kayıt ve ticaret siciline tescil yapılmasına gerek olmaksızın kendiliğinden gerçekleşir[12]. Dolayısıyla miras yoluyla geçişte miras hukukuna ilişkin düzenlemelerin, şirketler hukukuna ilişkin düzenlemelere tercih edildiği söylenebilir[13].

Miras hukuku hükümleri çerçevesinde mirasın geçişi için teslim, temlik, tescil vb. herhangi bir işlemin yapılması gerekmediği gibi[14]mirasçıların kabul beyanında

---

9 Payın devrinde genel kurulu onayının aranmasının emredici bir düzenleme olmadığı, emredici nitelik taşımayan bir düzenlemenin payın kanun gereği geçişinde uygulanmasının olumsuz sonuçlar doğurabileceği hususunda bkz. TTK m. 596 Gerekçesi.

10 Tekinalp (n 8) 562; Şükrü Yıldız, Limited Şirketler Hukuku (Arıkan 2007) 135; Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3. Baskı, On İki Levha 2016) 507; Şener, Limited (n 3) 326; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 8) 498; Bozkurt, Sorunlar (n 4) 412; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku (13. Baskı, Beta 2019) 456; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku (9. Baskı, Dora 2013) 754; Şener, Ortaklıklar (n 3) 700.

11 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 5) N.1665a; Şener, Limited (n 3) 325; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 8) 497; Bozkurt, Sorunlar (n 4) 413; Pulaşlı, Şerh (n 5) 2225; Bahtiyar (n 10) 456; Şener, Ortaklıklar (n 3) 700.

12 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 5) N.1672; Tekinalp (n 8) 560; Kendigelen ve Kırca (n 4) 184; Gönen Eriş, Ticari İşletme ve Şirketler (3. Baskı, Seçkin 2017) 2972; Pulaşlı, Şerh (n 5) 2230-2231; Şener, Limited (n 3) 337-338; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 8) 498; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (3. Baskı, Adalet 2015) 759; Bilgili ve Demirkapı (n 10) 756.

13 Payın kendiliğinden geçişi mirasçıların murisin külli halefi olmalarından kaynaklanmaktadır. Miras hukukunda geçerli olan külli halefiyet ilkesi gereğince terekeye dahil olan hakların mirasçılara geçişi için ayrı ayrı işlem yapılması gerekli değildir. Haklar ve borçlar, ölümle birlikte kendiliğinden mirasçılara geçer. Kendiliğinden geçiş yasal mirasçıların dışında atanmış mirasçılar ve vasiyet alacaklıları açısından da söz konusu olur. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan ve Engin (n 4) 481, 484.

14 Mirasın herhangi bir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın mirasçılara geçişinin hayatın gerçekleri ve menfaatler dengesine uygun bir çözüm olduğu hususunda bkz. Serozan ve Engin (n 4) 484.

bulunmaları da gerekmez[15]. Limited şirketlerde de mirasçıların kabul beyanı bulunmasa bile murisin ortaklık payı kendiliğinden mirasçılara geçer. Hatta mirasçıların mirasçı oldukları hususunda bilgi sahibi olmamaları halinde de ortaklık sıfatı ortağın ölümüyle birlikte kendiliğinden kazanılır[16]. Mirasçıların ortaklık haklarının kendilerine geçişini engelleyebilecekleri tek durum, mirasın reddedilmesidir. Mirasçılar ölümü öğrendikleri tarihten itibaren üç ay içerisinde mirası reddedebilir (TMK[17] m. 606/1). Mirasçıların mirası reddetmeleri halinde ortaklık sıfatını kendiliğinden kazanabilmeleri mümkün değildir. Bu durumda mirası reddeden kişinin ortaklık payı kendiliğinden diğer mirasçılara geçer[18]. Mirasçıların tamamının mirası reddetmesi halinde ise içerisinde ortaklık payının da yer aldığı terekenin iflas hükümleri çerçevesinde tasfiye edilmesi gerekir (TMK m. 573/2). Mirasçılar tarafından mirasın reddedilmesi halinde tıpkı şirketin TTK m. 596/2'de düzenlenen alım hakkını kullanmasında olduğu gibi bozucu şartın gerçekleşmesi söz konusu olur[19]. Mirasın reddi geçmişe etkili bir sonuç doğurur[20]. Bu durumda mirasçı en baştan (ortağın ölümünden itibaren) ortaklık sıfatını hiç kazanmamış olur. Buna karşılık mirasçıların kanunda öngörülen üç aylık süre içerisinde mirası reddetmemeleri halinde bozucu şart gerçekleşmediğinden mirasçıların ortaklık sıfatı kesinlik kazanır. Aynı şekilde üç aylık süre içerisinde mirasın reddi hakkından feragat edilmesi halinde de ortaklık sıfatı kesinleşir. Mirasın reddi hakkının kullanılmasından feragat açıkça yapılabileceği gibi örtülü bir şekilde de yapılabilir. Mirasçıların mirası kabul ettiklerini bildirmeleri, red hakkından feragat edildiği anlamına gelir[21]. Ayrıca mirasçıların mirası kabul ettikleri anlamına gelecek davranışlar içerisinde bulunmaları da söz konusu haktan örtülü bir şekilde feragat edildiği sonucunu doğurur[22]. Bu durumda da mirasçıların ortaklık sıfatı kesinleşir. Örneğin mirasçıların mirasçılık belgesi çıkartmaları[23], şirket genel kuruluna ortak sıfatıyla katılmaları, oy kullanmaları, kâr payı almaları, ortaklılığın tespiti için dava açmaları, pay defterine kayıt veya ticaret

---

15 Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, Miras Hukuku (12. Baskı, Seçkin 2024) 508; Serozan ve Engin (n 4) 68, 504; Gökhan Antalya, Miras Hukuku, C. III (5. Baskı, Seçkin 2021) 92.

16 İnan, Ertaş ve Albaş (n 15) 508; Serozan ve Engin (n 4) 68; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku (Yetkin 2019) 19.

17 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

18 Mirasın reddi halinde miras hakkının diğer mirasçılara geçeceği hususunda bkz. İnan, Ertaş ve Albaş (n 15) 522; Serozan ve Engin (n 4) 505; Antalya (n 15) 443.

19 Mirasın reddinin bozucu şartın gerçeklemesi anlamına geldiği hususunda bkz. Serozan ve Engin (n 4) 483.

20 Serozan ve Engin (n 4) 505; Antalya (n 15)444.

21 Mirasın kazanılması için kabul beyanı kurucu bir etkiye sahip olmamasından dolayı mirasın kabul edilmesi sadece red hakkından feragat edildiği sonucunu doğurur. Bkz. Serozan ve Engin (n 4) 504; Antalya (n 15) 441; Eren ve Aktürk (n 16) 510.

22 İnan, Ertaş ve Albaş (n 15) 520; Serozan ve Engin (n 4) 514; Antalya (n 15) 441; Eren ve Aktürk (n 16) 511.

23 İnan, Ertaş ve Albaş (n 15) 521; Antalya (n 15) 441; Eren ve Aktürk (n 16) 511. Aksi yönde bkz. Serozan ve Engin (n 4) 514.

siciline tescil edilmeleri konusunda talepte bulunmaları mirasın reddi hakkından feragat edildiği anlamına gelir[24]. Ancak süresi içerisinde mirasın reddedilmemesi veya mirasın reddi hakkından açık veya örtülü bir şekilde feragat edilmesi ortaklık sıfatının sadece mirasçılar açısından kesinleştiği anlamına gelir. Zira şirket tüzel kişiliği miras reddedilmese bile, alım hakkını kullanarak, mirasçıların ortaklık sıfatını ortağın ölümünden itibaren geçerli olacak şekilde ortadan kaldırabilir (TTK m. 596/2). Mirasçıların mirası reddetme hakkını kullanıp kullanmamaları ölen ortağın borçlarının mirasçılara geçişi açısından da önem taşır. Zira mirasçıların mirası kabul veya reddetmemeleri halinde üç aylık sürenin sonuna kadar mirasçılara icra takibi yapılması mümkün değildir (İİK m. 53).

Ortaklık haklarının mirasçılara miras hukuku hükümleri çerçevesinde geçişi ile şirketler hukuku hükümleri çerçevesinde geçişi arasında çok önemli bir farklılık bulunmaktadır. Miras hukuku hükümlerince miras taksim edilmediği sürece tereke içerisinde yer alan ortaklık haklarının, mirasçılara payları oranında geçebilmesi mümkün değildir. Zira miras hukuku hükümleri çerçevesinde mirasçılar tereke üzerinde elbirliği şeklinde mülkiyet hakkına sahiptir. Elbirliği mülkiyeti de tek kişinin mülkiyetinden ve paylı mülkiyetten farklı olarak fiili veya fikri bir bölünmeye elverişli değildir[25]. Buna karşılık şirketler hukuku hükümleri çerçevesinde tereke içerisinde yer alan ortaklık hakları miras payları oranında kendiliğinden mirasçılara geçmektedir[26]. Bu kapsamda mirasçılar, ortaklık payının kendilerine isabet eden kısmında doğrudan mülkiyet hakkını kazanmaktadır.

Payın miras yoluyla geçişine ilişkin Kanun'daki söz konusu düzenlemelerin şirket sözleşmesiyle ağırlaştırılması veya yasaklanabilmesi mümkün değildir[27]. Ayrıca payın devrine ilişkin bağlam hükümleri de payın miras yoluyla geçişinde uygulanamaz[28]. Buna karşılık payın devrinde bağlam hükümleri uygulanacağı gibi şirket sözleşmesiyle payın devrinin sınırlandırılması veya yasaklanabilmesi de mümkündür (TTK m. 577/1/a, 595/4).

---

24 Buna karşılık mirasçıların bu konuda herhangi bir talepleri olmamasına rağmen müdürlerin mirasçıları pay defterine kaydetmeleri veya ticaret sicilinde tescil için talepte bulunmaları, mirasçıların genel kurul toplantısına davet edilmeleri mirasçıların mirasın reddi hakkından feragat ettikleri anlamına gelmez.

25 Serozan ve Engin (n 4) 87

26 Yargıtay 11 HD, 8781/10235, 17.05.2013; İstanbul BAM 17 HD, 17.12.2020, 2161/2191; İstanbul BAM 14 HD, 1432/1425, 07.11.2019 (Lexpera, 10.05.2024).

27 Kendigelen ve Kırca (n 4) 184; Şener, Limited (n 3) 341. Şirket sözleşmesine payın miras yoluyla geçişinde genel kurul onayının aranacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilemeyeceği hususunda bkz. Tekinalp (n 8) 560; Hasan Pulaşlı, 'Limited Şirketler Hukukundaki Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar' (2009) 15(2) Batider 37, 42; Pulaşlı, Şerh (n 5) 2231. Ayrıca emredici hükümler ilkesi de bu konuda şirket sözleşmesinde düzenleme yapılmasını engellemektedir. Alman hukukunda da payın kanunen geçişinin zorlaştırılması veya yasaklanması mümkün değildir. Bkz. Şener, Limited (n 3) 340.

28 Şener, Limited (n 3) 341. Alman hukukunda da bağlam hükümlerinin payın kanunen geçişinde uygulanmayacağı hususunda bkz. Şener, Limited (n 3) 340.

Ayrıca payın devriyle kanunen geçişi arasındaki diğer bir farklılık da payın miras yoluyla geçişinde iradi geçişten farklı olarak şirketin mirasçılardan teminat talep edememesidir. TTK m. 595/6'ya göre şirket sözleşmesinde ek ödeme veya yan edim yükümlülüklerine yer verilmesi halinde şirket, devralan kişiden teminat isteyebilir. Söz konusu teminatın verilmemesi halinde şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasa bile genel kurulun devre onay vermekten kaçınabilmesi mümkündür. Ancak şirketin payın miras yoluyla geçişinde bu gerekçeyle devre onay vermekten kaçınabilmesi mümkün değildir[29].

B. Mirasçıların Ortaklık Haklarının Kapsamı

Ortağın ölümü halinde payların mülkiyeti hem anonim şirketlerde hem de limited şirketlerde kendiliğinden mirasçılara geçer. Bu hususta her iki şirkette de yetkili organın onayı, pay defterine kayıt ve ticaret siciline tescil yapılması gerekli değildir. Ancak paya bağlı hakların mirasçılara geçişi limited şirketlerde, anonim şirketlerden farklı şekilde düzenlenmiştir. Payın sahibine sağladığı haklar malvarlıksal haklar ve yönetimsel haklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Anonim şirketlerde malvarlıksal ve yönetimsel hakların mirasçılar tarafından kullanılması konusunda bir ayrım yapılmıştır. TTK m. 494/2'ye göre ortağın ölümü halinde paya bağlı olan malvarlıksal haklar payın mülkiyet hakkıyla birlikte kendiliğinden mirasçılara geçer. Buna karşılık yönetimsel hakların mirasçılara geçebilmesi için şirketin onayı gerekir. Limited şirketlerde ise ortağın ölümüyle birlikte paya bağlı tüm hak ve borçlar kendiliğinden mirasçılara geçer. Bu konuda malvarlıksal haklar ile yönetimsel haklar açısından bir farklılık söz konusu değildir. Bu çerçevede kâr payı hakkı, tasfiye payı hakkı, genel kurula katılma hakkı, oy hakkı[30] vb. ortaklık haklarının tamamı kendiliğinden mirasçılara geçer (TTK m. 596/1). Ancak ortağın ölümüyle birlikte mirasçılara kendiliğinden geçebilecek haklar, ortaklık haklarıyla sınırlıdır. Ortağın şahsına tanınmış olan hakların[31] (ön alım, geri alım, alım, veto hakkı vb) ortağın ölümüyle birlikte kendiliğinden mirasçılara geçmesi mümkün değildir[32]. Parayla ölçülemeyen kişisel değerlerin miras hukuku hükümleri çerçe-

---

29 Kendigelen ve Kırca (n 4) 184.

30 Payların mirasçılara genel kurula katılma ve oy hakkıyla geçtiği hususunda ayrıca bkz. Tekinalp (n 8) 561; Dural (n 4) 115, 116; Bozkurt, Sorunlar (n 4) 397; Kendigelen ve Kırca (n 4) 186; Şener, Limited (n 3) 339. Aksi yönde bkz. Fatih Bilgili ve Fatih Cengil, Limited Şirket Genel Kurulunda Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu (2017) (1) GÜHFD 69, 80; Eriş (n 12) 2972-2973. Söz konusu düzenlemeye yönelik eleştiriler için bkz. Kendigelen ve Kırca (n 4) 186-187; Pulaşlı, Sorunlar (n 27) 43; Pulaşlı, Şerh (n 5) 2231 vd. Bu hususta ayrıca bkz. Yargıtay 11 HD, 8468/6135, 21.09.2022 (Lexpera, 10.05.2024).

31 Kişisel özellikleri ağır basan değerlerin mirasa konu olamayacağı hususunda bkz. Serozan ve Engin (n 4) 109.

32 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 5) N.1672; Şener, Limited (n 3) 338; Dural (n 4) 114-115; Bozkurt, Sorunlar (n 4) 395. Ortağa şirket sözleşmesi çerçevesinde tanınan genel kurulu toplantıya çağırma hakkı ve veto hakkının da kendiliğinden mirasçılara geçmeyeceği hususunda bkz. Şener, Limited (n 3) 338-339.

vesinde de mirasçılara geçebilmesi mümkün değildir[33].

İsviçre ve Alman hukukunda da limited şirket ortağının ölümü halinde paya bağlı olan tüm hak ve borçlar kendiliğinden mirasçılara geçer[34]. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nda söz konusu durumda oy hakkı ve buna bağlı hakların[35] şirketin onayı olmaksızın kullanılamayacağı kabul edilmiştir (İBK m. 788/2). Bu sebeple İsviçre hukukunda genel kurula katılma hakkı ve oy hakkı ancak genel kurulun mirasçıları onaylaması halinde kullanılabilir[36] (İBK m. 788/2). Söz konusu düzenleme Türk hukukundaki düzenlemeden farklıdır. Ancak Türk hukuku ile İsviçre hukukundaki bu konudaki farklılık genel kurula katılma ve oy hakkının mirasçılara geçiş anına ilişkin olmayıp söz konusu hakların kullanım anına ilişkindir[37]. Bir başka ifadeyle hem Türk hukukunda hem de İsviçre hukukunda ortağın ölümüyle birlikte genel kurula katılma ve oy kullanma hakkı mirasçılara geçer. Ancak İsviçre hukukunda Türk hukukundan farklı olarak mirasçıların ortağın ölümüyle birlikte kendiliğinden iktisap ettikleri genel kurula katılma ve oy hakkını kullanabilmeleri için genel kurulun onayı gerekir[38]. Genel kurul onayı söz konusu hakların iktisabı için değil kullanılması için aranır[39]. Söz konusu düzenleme, payı kanun gereği iktisap eden kişilerin korunmasını güçleştireceği gerekçesiyle[40] Türk hukukuna alınmamış, genel kurula katılma ve oy hakkının da diğer haklar gibi genel kurul onayı olmaksızın kullanılabileceği kabul edilmiştir[41].

---

33 Serozan ve Engin (n 4) 108; Eren ve Aktürk (n 16) 6.

34 Şener, Limited (n 3) 339-340; Pulaşlı, Şerh (n 5) 2234.

35 Oy hakkıyla bağlantılı haklarla bilgi alma ve inceleme hakkının kastedildiği hususunda bkz. Şener, Limited (n 3) 339 dn 202.

36 Tekinalp (n 8) 561; Pulaşlı, Genel Esaslar (n 12) 1027; Dural (n 4) 115; Şener, Limited (n 3) 339; Pulaşlı, Şerh (n 5) 2231. Bu hususta TTK m. 596 gerekçesinde yer alan "...paylara bağlı hak ve borçların tümünün kazanan kişiye ipso iure geçmesine rağmen, bu kişinin oy haklarını kullanabilmesi için şirket tarafından oy kullanmaya yetkili ortak olarak tanınması gerekir. Böylece oy hakkı diğer haklardan ayrılmakta, yani kanuni bağlam bu hakta varlığını sürdürmektedir..." şeklindeki ifade Türk hukukuna ilişkin olmayıp mehaz İsviçre Öntasarısı'nın TTK'ya alındıktan sonra İsviçre Parlamentosu tarafından değişikliğe uğradığını ifade etmektedir.

37 Bu konuda İsviçre hukukundan farklı bir yaklaşımın benimsenmesi konusundaki eleştiriler için bkz. Kendigelen ve Kırca (n 4) 186-187; Pulaşlı, Şerh (n 5) 2231-2232; Melike Yılmaz ve Muhammed Sulu, 'Limited Şirketlerde Payın Haczi', in Abuzer Kendigelen (ed), Prof.Dr.Türkân Rado'nun Anısına Armağan (On İki Levha 2020) 799, 827; Bozkurt, Sorunlar (n 4) 396 vd..

38 Söz konusu onay verilene kadar oy hakkının donacağı hususunda bkz. Tekinalp (n 8) 561; Şener, Limited (n 3) 339.

39 Söz konusu hakların geçişine ilişkin Türk hukuku ve İsviçre hukukundaki düzenlemelerin birbirileriyle uyumlu olduğu hususunda bkz. Şener, Limited (n 3) 339.

40 Bu hususta bkz. TTK m. 596 gerekçesi.

41 TTK m. 596'daki düzenlemenin mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelerden ayrıldığı, İsviçre hukukunda payın oy hakkı dışında mirasçılara geçtiği, İsviçre hukukunda oy haklarının askıda olduğu, ancak Türk hukuku açısından oy hakkının askıda olmasının önceki olumsuz tecrübelerden dolayı uygun görülemeyeceği, bu sebeple 6102 Sayılı TTK'da oy hakkının da geçmesi çözümünün kabul edildiği hususunda bkz. Tekinalp (n 8) 561.

Alman hukukunda ise İsviçre hukukundaki düzenlemelerin aksine genel kurula katılma ve oy hakkının kullanılması konusunda genel kurul onayı aranmamıştır[42]. Dolayısıyla Alman hukukunda Türk hukukunda olduğu gibi ortağın ölümüyle birlikte genel kurula katılma hakkı ve oy kullanma hakkının da mirasçılar tarafından kullanılabilmesi mümkündür.

Mirasçıların genel kurula katılma ve oy hakkına sahip olmalarının sonucu olarak söz konusu kişilerin genel kurulda yapılacak oylamalarda karar nisabında hesaba katılmaları gerekir. Aksi halde mirasçıların olumlu oyu olmaksızın karar nisabının sağlanamayacağı durumlarda genel kurulda alınan kararlar yok hükmünde olacaktır. Bunun dışında yapılacak olan genel kurul toplantılarına mirasçıların da çağrılmaları gerekir. Ayrıca diğer ortakların mirasçıların katılımı olmaksızın çağrısız genel kurul toplantısı yapabilmeleri de mümkün değildir. Zira çağrısız genel kurul toplantısı yapılabilmesi için mirasçıların da içerisinde bulunduğu bütün ortakların hazır bulunması ve hiçbir ortağın toplantı yapılmasına itiraz etmemesi gerekir (TTK m. 617/3, 416/1). Aksi halde genel kurul toplantısında alınan kararlar yok hükmündedir[43].

Limited şirketlerde anonim şirketlerden farklı olarak mirasçıların genel kurula katılma ve oy hakkına sahip olmaları, özellikle söz konusu kişilerin paylarının şirket tarafından gerçek değerinin önerilerek satın alınması halinde çeşitli sorunlara sebep olabilir. Zira şirkete bu durumda alım hakkı tanınmasının sebebi, şirket tarafından uygun bulunmayan kişilerin ortaklık sıfatını kazanmalarına engel olunmasıdır. Alım hakkının kullanılması geçmişe etkili bir şekilde sonuç doğurmasına rağmen mirasçıların katıldıkları genel kurul toplantısında alınan kararlar bu konuda kapsam dışında bırakılmıştır. Bu sebeple şirketçe "uygun bulunmayan" kişilerin söz konusu dönemde şirketle ilgili kararların alınmasında söz sahibi olabilmeleri mümkündür. Bu açıdan söz konusu düzenleme eleştirilebilir[44]. Ancak şirketin bir an evvel alım hakkını kullanarak söz konusu sonucun ortaya çıkmasını engelleyebilmesi mümkündür.

C. Mirasçılar Tarafından Ortaklık Haklarının Kullanılması

Ölümle birlikte ortağın payı, miras hukuku hükümleri çerçevesinde mirasçılara geçer. Miras şirketine dahil olan malvarlığı unsurları üzerinde mirasçıların ne şekilde hak ve borç sahibi olacakları hususu miras hukuku hükümlerine göre belirlenir. Bu çerçevede miras şirketine dahil olan malvarlığı unsurları üzerinde mirasçıların elbirliği şeklinde mülkiyet hakkı söz konusu olur[45] (TMK m. 640). Bu sebeple mi-

---

42 Şener, Limited (n 3) 340.

43 Yargıtay 11 HD, 21.09.2022, 8468/6135 (Lexpera, 15.05.2024). Aynı yönde bkz. İzmir BAM 11 HD, 02.12.2021, 356/1452 (Lexpera, 15.05.2024).

44 Bu konudaki eleştiriler için bkz. Dural (n 4) 121 vd.; Bozkurt, Sorunlar (n 4) 407.

45 İnan, Ertaş ve Albaş (n 15) 68; Serozan ve Engin (n 2) 85-86; Eren ve Aktürk (n 16) 20. Ancak mirasçıların talebi halinde mahkeme tarafından terekeye dahil malların tamamı veya bir kısmı üzerinde elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete çevrilebilir (TMK m. 644/1).

rasçıların miras taksim edilmeden miras şirketine dahil olan malvarlığı unsurları üzerinde tek başına tasarrufta bulunabilmeleri mümkün değildir[46]. Ancak TTK m. 596/1'de ortağın ölümüyle birlikte tüm hak ve borçların kendiliğinden payı iktisap eden kişiye geçeceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeden dolayı ölen ortağın birden fazla mirasçısının bulunduğu durumlarda ortaklık haklarının kullanılması için bir temsilci belirlenmesi gerekmez[47]. Limited şirketlerde payın miras yoluyla edinilmesinde mirasçılar, ortaklık sıfatını kendiliğinden kazanırlar[48]. Terekeye dahil olan diğer hususlardan farklı olarak ortaklık payı mirasçılara miras payları oranında kendiliğinden geçer[49]. Alman hukukunda ise limited şirket ortağının birden fazla mirasçısının bulunması halinde ortaklığa bağlı hakların bütün mirasçılar tarafından müştereken kullanılması gerekmektedir[50].

Söz konusu düzenleme ortaklık haklarının kullanılması konusunda limited şirketleri anonim şirketlerden farklılaştırmaktadır. Anonim şirketlerde birden fazla mirasçının söz konusu olduğu durumlarda ortaklık haklarının kullanılabilmesi için

---

46 İnan, Ertaş ve Albaş (n 15) 559; Serozan ve Engin (n 4) 86; Eren ve Aktürk (n 16) 20.

47 "Somut uyuşmazlıkta, murisin ölümü üzerine payları, hiçbir işleme gerek kalmaksızın mirasçılarına intikal ettiğinden iştirak hükümlerinin uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. Bu itibarla, mahkemece temsilci atanmasına ilişkin talebin reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle, davalılar yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir." Bkz. Yargıtay 11 HD, 04.07.2012, 5967/11962 (Lexpera, 120.05.2024). "Mirasta pay bölünmesi de kendiliğinden gerçekleşir. Miras ile payın intikalinde pay, kendiliğinden kanuni miras paylarına göre bölünerek mirasçılara geçer". Bkz. Yargıtay 11 HD, 20.12.2011, 5905/17291 (Lexpera, 120.05.2024) "… murisin ölümü ile başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın murise ait pay mirasçılarına intikal eder. Bu itibarla mahkemenin dava dışı mirasçının davaya muvafakatının sağlanılması veya bu mirasçıya ait vekalet sunulması veyahut da terekeye temsilci atanması gerektiği görüşüne itibar edilemez." Bkz. Yargıtay 11 HD, 17.05.2013, 8781/10235 (Lexpera, 10.05.2024). "Limited Şirketlerde murisin ölümü üzerine payları, hiçbir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden kanuni miras paylarına göre bölünerek mirasçılarına intikal ettiğinden, iştirak hükümlerinin uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. Bu durumda ilk derece mahkemesince şirket hissesine müşterek temsilci atanması yönündeki davanın hukuki yarar yokluğundan reddine ilişkin verilen kararda bir isabetsizlik görülmemiştir." Bkz. İstanbul BAM 12 HD, 17.01.2019, 2122/52 (Lexpera, 10.05.2024). Aynı yönde bkz. İstanbul BAM 12 HD, 21.02.2019, 704/226 (Lexpera, 10.05.2024). Aynı yönde bkz. Yargıtay 11 HD, 22.10.2001, 5027/8156 (Lexpera, 10.05.2024). Yargıtay, bir kararında da ortakların hakların kullanılması konusunda temsilci atanması konusunda hukuki yararlarının bulunmadığı yönünde karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 11 HD, 16.12.2019, 1597/8206 ((Lexpera, 10.05.2024). Aksi yönde bkz. Pulaşlı, Sorunlar (n 27) 42; Pulaşlı, Şerh (n 5) 2231; Pulaşlı, Genel Esaslar (n 12) 759. "TTK'nın 599, maddesine göre de murisin hissesi iştirak hükümlerine göre temsil edilecektir." Bkz. Ankara BAM 21 HD, 13.03.2019, 2446/284 (Lexpera, 15.05.2024).

48 Tekinalp (n 8) 560; Dural (n 4) 113, 114; Bozkurt, Sorunlar (n 4) 394. Bu konuda ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, 19.09.2012, 6623/13748. (Lexpera, 10.05.2024).

49 Yargıtay 11 HD, 17.05.2013, 8781/10235; 22.10.2001, 5027/8156. Aynı yönde bkz. İstanbul BAM, 17 HD, 17.12.2020, 2161 /2191; İstanbul BAM 14 HD, 07.11.2019, 1432/1425. (Lexpera, 15.05.2024).

50 Şener, Limited (n 3) 340. Türk hukukunda da birden fazla mirasçının haklarını ancak temsilci vasıtasıyla kullanabileceği hususunda bkz. Pulaşlı, Şerh (n 5) 2231.

bir temsilci belirlenmesi gerekir[51]. Anonim şirketlerde payın miras yoluyla intikali halinde paylar bir bütün olarak kabul edilir. Bu durumda mirasçılar elbirliğiyle söz konusu pay üzerinde mülkiyet hakkına sahip olur[52]. Bir başka ifadeyle söz konusu durumda miras ortaklığı devam ettiği sürece mirasçıların bağımsız payları ve pay üzerinde bağımsız tasarruf hakkı söz konusu olmaz (TMK m. 640, 702/1)[53]. Dolayısıyla ölüm olayının gerçekleşmesinden mirasın paylaşılmasına kadar geçen sürede mirasçılardan hiçbiri tek başına mirasa konu olan paylar üzerinde mülkiyet hakkını kazanamaz[54]. Bu durumda elbirliği şeklindeki mülkiyet hakkı, mirasçılık paylarının tamamının mirasçılardan birine veya üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde sona erer[55].

II. LİMİTED ŞİRKETİN ALIM HAKKINI KULLANARAK MİRASÇILARI ONAYLAMAYI REDDETMESİ

A. Genel Olarak

Limited şirketlerde payın ortağın ölümüyle birlikte kendiliğinden mirasçılara geçmesi, miras hukuku açısından yerinde bir düzenleme olmasına rağmen şirketler hukuku açısından bazı sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilecek niteliktedir. Limited şirketler sermaye şirketleri içerisinde yer almalarına rağmen kişisel unsurlar bu şirketlerde anonim şirketlere nazaran çok daha fazla önem taşımaktadır[56]. Ayrıca

---

51 Yargıtay 11 HD, 25.06.2009, 14112/7804 (Lexpera, 15.05.2024). "Anonim şirketlerde ise paylar, paydaşın ölümü halinde, limited şirketlerin aksine, kendiliğinden mirasçılara intikal etmez.". Bkz. Yargıtay 11 HD, 20.12.2011, 5905/17291 (Lexpera, 10.05.2024).

52 Hayri Bozgeyik, 'Bağlı Nama Yazılı Payların Miras Yoluyla İntikalinde Satın Alma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar' (2009) 25(2) Batider 211, 214; Ertan Demirkapı, 'Limited Ortaklıkta Payın Devri' (Doktora Tezi, DEÜ SBE 2008), 26. Bu hususta ayrıca bkz. Yargıtay 11 HD, 13.6.2022, 1080/ 4810 (Lexpera, 15.05.2024).

53 Miras şirketinin devam ettiği sürece (miras taksim edilmeden) mirasçıların terekeye dahil olan mal ve haklar üzerinde bağımsız paylarının ve tasarruf haklarının bulunmadığı hususunda bkz. Yargıtay 11 HD, 27.03.1995, 1248/2596 ((Lexpera, 15.05.2024). Mirasçıların bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf etmeleri gerektiği ve mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu, bu sebeple bütün mirasçıların davaya katılımının sağlanması gerektiği veya terekeye temsilci atanması gerektiği hususunda bkz. Yargıtay 11 HD, 08.04.2015, 3193/4916 (Lexpera, 18.05.2024). "Tereke üzerinde ortaklık devam ettiği sürece mirasçıların somut ve bağımsız payları mevcut değildir." Bkz. Yargıtay 11 HD, 23.02.2007, 990/3317 (Lexpera, 17.05.2024).

54 Yargıtay 11 HD, 24.05.2010, 2144/5730 (Lexpera, 15.05.2024). Bu hususta ayrıca bkz. İstanbul BAM 13 HD, 31.12.2020, 945/1578 (Lexpera, 15.05.2024).

55 Demirkapı (n 52) 26. Bu durumda mirasçılardan birisinin miras payını diğer mirasçıya devretmesi halinde payın devrine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı hususunda bkz. Yargıtay 11 HD, 18. 02. 1999, 9387/1050 (Kazancı, 18.05.2024). Ancak bu durumda mirasçılık payının kanuna uygun bir şekilde devredilmesi gerekir.

56 Limited şirketler de tıpkı anonim şirketler gibi sermaye şirketleri içerisinde yer almaktadır. Sermaye şirketleri sermayenin kişisel unsurlara nazaran daha ön planda olduğu şirketlerdir. Ancak bu durum sermaye şirketlerinde kişisel unsurların hiçbir önem taşımadığı anlamına gelmemektedir. Özellikle limited şirketler, anonim şirketlere göre bünyesinde çok daha fazla kişisel unsurlara yer vermektedir. Ayrıca aile şirketi niteliğindeki anonim ve limited şirketlerde şahsi unsurlar çok daha

bir ortağın mirasçısı da olsa diğer ortaklara yabancı olan kişilerin miras hukuku hükümleri çerçevesinde kendiliğinden ortaklık sıfatını kazanmaları hem anonim hem de limited şirketlerde diğer ortaklar açısından bazı olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Bu sebeple payın miras yoluyla geçişinde bir taraftan mirasçıların miras hukuku çerçevesinde hakları korunurken diğer taraftan da şirketin ve diğer ortakların menfaatlerinin korunması gerekmektedir[57]. Söz konusu durumu dikkate alan kanun koyucu hem anonim şirketlerde hem de limited şirketlerde şirkete mirasa konu olan ortaklık payı üzerinde alım hakkı tanıyarak mirasçıları onaylamayı reddetme imkânı getirmiştir[58] (TTK m. 493/4, 596/2).

TTK m. 596/2'de her ne kadar "onayın reddinden" söz edilse de esasında söz konusu düzenleme limited şirketin alım hakkının kullanılmasına ilişkindir. Zira TTK m. 596/1'de de açıkça belirtildiği üzere mirasçıların ortaklık sıfatını kazanmaları genel kurul onayına, pay defterine kayda ve ticaret siciline tescile bağlı değildir. Dolayısıyla söz konusu hükmü, ölen ortağın payının mirasçılara geçişini engelleyen bir düzenleme olarak nitelendirmek doğru değildir[59]. Ortağın ölümüyle birlikte payların mirasçılara geçişi kendiliğinden gerçekleşmektedir[60]. Onayın reddedilip reddedilmemesi, ortağın ölümüyle kendiliğinden gerçekleşen geçici durumun kesinlik kazanıp kazanmayacağı açısından önem taşır. Şirketin onaylamayı reddetme yolunu kullanmaması halinde söz konusu geçici durum kesinleşir. Şirketin onayın reddine karar vermesi halinde ise ortaklık sıfatı başlangıçtan itibaren ortadan kalkar. Dolayısıyla limited şirketlerde mirasçıların ortaklık sıfatını kazanmaları konusunda kanun koyucu bir sürece yer vermiştir. Payın ortağın ölümüyle birlikte kendiliğinden mirasçılara geçişi ilk aşamayı oluşturmaktadır[61]. Şirketin alım hakkını kullanmaması ise bu açıdan ikinci ve son aşamadır.

Şirketin onayın reddine karar verebilmesi ancak alım hakkının kullanılması halinde söz konusu olabilir. Alım hakkı kullanılmaksızın payların mirasçılara geçişinin onaylanmasının reddedilmesi mümkün değildir. Aksi halde bu konuda alınan genel kurul kararı batıldır (TTK m. 622, 447). Buna karşılık payın iradi bir şekilde devredildiği durumlarda genel kurul sebep göstermeksizin onay vermeyi reddedebilir (TTK m. 595/3). Ancak söz konusu durumda onay kavramı gerçek anlamında kullanılmıştır. Genel kurul onayı olmaksızın iradi olarak payı devralan kişinin ortaklık sıfatını kazanabilmesi mümkün değildir.

---

fazla önem taşımaktadır. Bu sebeple limited şirketlerde bir ortağın ölümünden sonra mirasçıların kendiliğinden ortaklık sıfatını kazanmalarının diğer ortaklar açısından hiçbir olumsuz sonuç doğurmayacağını ileri sürmek mümkün değildir.

57 Şener, Limited (n 3) 341.

58 Limited şirketlerde söz konusu düzenlemenin şirketin menfaatinin korunmasını ön plana çıkarttığı hususunda bkz. Bozkurt, Sorunlar (n 4) 399.

59 Aksi yönde bkz. Şener, Limited (n 3) 341.

60 Bu sebeple TTK m. 596/2'de "onay" ifadesinin kullanılmasının isabetli olmadığı hususunda bkz. Kendigelen ve Kırca (n 4) 190; Dural (n 4) 119; Yıldız (n 10) 146.

61 Şener, Limited (n 3) 341

Limited şirketin alım hakkı kanunla düzenlendiğinden, söz konusu hakkın kullanılabilmesi için ayrıca şirket sözleşmesinde bu yönde bir düzenlemenin bulunması gerekmez[62]. Şirket sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunmasa bile şirket, alım hakkını kullanarak mirasçıların ortaklık sıfatını geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırılabilir[63].

Alım hakkının kullanılması sırasında mutlaka payın kim tarafından satın alınacağı hususuna açık bir şekilde yer verilmesi gerekir[64]. Şirket payları kendi adına ve hesabına, ortak veya ortaklar hesabına veya bir üçüncü kişi hesabına devralabilir[65]. Ancak payların şirket tarafından devralınması halinde şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin Kanun'daki sınırlamalara uyulması gerekir[66].

TTK m. 596/2'de limited şirkete tek taraflı olarak kullanabileceği bir alım hakkı tanınmasına rağmen, mirasçılara kendilerine miras yoluyla geçen payları satma hakkı tanınmamıştır. Bir başka ifadeyle şirketin alım hakkını kullanmadığı durumlarda mirasçıların ortaklık payı yerine payın gerçek değerini talep etme konusunda bir hakları bulunmamaktadır[67]. Ancak mirasçıların söz konusu payları, payın devrine ilişkin hükümler çerçevesinde başkasına devredebilmeleri mümkündür.

TTK m. 596/2 çerçevesinde şirkete tanınan alım hakkının şirket sözleşmesiyle sınırlandırılması veya ortadan kaldırılmasının mümkün olup olmadığı hususunda TTK'da açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir[68]. Payın miras yoluyla geçişinde şirkete alım hakkı tanınmasının sebebi, şirkete ortak olmaları uygun görülmeyen kişilerin ortaklık sıfatının kazanmalarına engel olma imkanının tanınmasıdır[69]. Nitekim payın iradi olarak devrinde de şirket açısından uygun görülmeyen kişilerin ortak olmalarının önüne geçebilmek açısından genel kurul onayı aranmaktadır. Ancak payı kanunen veya iradi olarak iktisap edecek kişilerin kişiliğinin şirket açısından önem taşımadığı durumlar söz konusu olabilir. Bu çerçevede payın iradi olarak geçişinde şirket sözleşmesiyle genel kurul onayının kaldırılabilmesine imkân tanınmıştır. Payın iradi olarak devrinde dahi genel kurul onayının kaldırılmasına izin veren kanun koyucunun payın kanun gereği geçişinde şirketin alım hakkından

---

62 Alman hukukunda şirketin alım hakkının kanunda düzenlenmediği, ancak söz konusu hakkın şirket sözleşmesiyle düzenlenebileceği hususunda bkz. Şener, Limited (n 3) 341-342.

63 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 5) N. 1153.

64 Tekinalp (n 8) 560-561; Yılmaz ve Sulu (n 37) 825; Şener, Limited (n 3) 342.

65 Payların satın alınması önerisi kimin hesabına yapılırsa yapılsın mirasçıların bu konudaki muhatabı limited şirket tüzel kişiliğidir. Bkz. Kendigelen ve Kırca (n 4) 189. Anonim şirketler açısından aynı yönde bkz. Yüksel (n 4) 195.

66 Şener, Limited (n 3) 343; Kendigelen ve Kırca (n 4) 189.

67 Aynı yönde bkz. Şener, Limited (n 3) 342.

68 İsviçre hukukunda şirketin onaylamayı red hakkının şirket sözleşmesiyle kaldırılabileceğine ilişkin açık hüküm bulunduğu hususunda bkz. Dural (n 4) 120.

69 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 5) N.1673; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 8) 498; Nihat Taşdelen, Limited Ortaklıklarda Çıkma, Çıkarılma ve Fesih (Yetkin 2012) 130; Şener, Ortaklıklar (n 3) 704; Kendigelen ve Kırca (n 4) 189.

feragat etmesine ilişkin bir düzenleme yapılmasına izin vermemesi düşünülemez. Dolayısıyla şirket sözleşmesine hüküm konularak şirketin söz konusu alım hakkını kullanılmasının engellenebilmesi mümkündür[70] (TTK m. 577/1/a).

TTK m. 596/2'de aslında şirketin alım hakkını kullanarak mirasçıların geçmişe etkili bir şekilde ortaklık sıfatını kazanmalarının engellenmesi hususu düzenlenmiş olmasına rağmen kanun koyucu tarafından bu durum onayın reddedilmesi olarak ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemeden dolaylı olarak şirketin alım hakkını sadece payın devrinin genel kurul onayına bağlı olduğu durumlarda kullanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira genel kurul onayı, payın iradi olarak devredilmesinde ancak şirket sözleşmesiyle bu hususun kaldırılmamış olması halinde aranabilir. Şirket sözleşmesiyle payın devrinde genel kurul onayının kaldırılması, payı iradi olarak veya kanun gereği iktisap edecek kişinin kişisel özelliklerinin şirket açısından bir önemimin bulunmadığı anlamına gelir. Bu sebeple söz konusu durumda şirketin miras yoluyla payı iktisap eden kişileri onaylamayı reddetmesi mümkün değildir. Zira iradi geçişte dahi aranmayan bir şartın payların miras yoluyla devrinde aranması isabetli bir yaklaşım olmayacaktır[71]. Dolayısıyla söz konusu durumda şirketin alım hakkının kullanılmasının yasaklanması veya sınırlandırılmasına ilişkin şirket sözleşmesinde bir hüküm bulunmasa bile şirketin mirasçılara karşı alım hakkını kullanamayacağının kabul edilmesi gerekir[72].

TTK m. 596/2'deki söz konusu düzenlemenin amacı şirketçe uygun görülmeyen kişilerin ortaklık sıfatını kazanmasını engellemek olduğundan[73] mirasçıların aynı zamanda şirket ortağı olduğu durumlarda limited şirketin alım hakkını kullanarak payların miras yoluyla geçişine engel olabilmesi mümkün değildir[74].

B. Alım hakkının Hukuki Niteliği

Limited şirketin payın miras yoluyla geçişine onay vermekten kaçınabilmesi için mirasçılara karşı TTK m. 596/2'de düzenlenen alım hakkını kullanması gerekir. Söz konusu hakkın kullanılması için şirketin tek taraflı bir irade açıklaması

---

70 Aynı yönde bkz. Kendigelen ve Kırca (n 4) 188; Dural (n 4) 120. Aksi yönde bkz. Şener, Limited (n 3) 341.

71 Kendigelen ve Kırca (n 4) 188.

72 Tekinalp (n 8) 560; Kendigelen ve Kırca (n 4) 188; Dural (n 4) 120.

73 Söz konusu husus TTK m. 596'nın madde gerekçesinde payın kanunen geçtiği kişilerin şirket açısından uygun olmayabilecekleri şeklinde ifade edilmiştir. Şirketin mevcut ortaklarının bir başka ortağa ait payı kanun gereği iktisap etmeleri halinde "şirket açısından uygun olmama" durumunun gerçekleşmesi mümkün değildir. Aynı yönde bkz. Yılmaz ve Sulu (n 37) 824, 827. Anonim şirketlerde devri sınırlandıran düzenlemelerin amacının şirkete yabancı kişilerin ortak olarak girmesinin engellemesi olduğu, bu sebeple payı devralan kişinin mevcut ortaklardan birisi olduğu durumlarda söz konusu sınırlamaların uygulanamayacağı hususunda bkz. Yargıtay 11 HD, 11.07.2003, 1075/423 (Lexpera, 15.05.2024).

74 Payın haczedilmesinden sonra açık artırmada bir ortak tarafından satın alınması halinde şirketin alım hakkını kullanarak payı cebri icra yoluyla iktisap eden kişiyi onaylamayı reddedemeyeceği hususunda bkz. Yılmaz ve Sulu (n 37) 824.

yeterli olup ayrıca mirasçıların kabul beyanına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle burada yenilik doğuran bir hakkın kullanılması[75] söz konusu olmaktadır[76].

Limited şirketlerde payın miras yoluyla geçişinde şirkete geçmişe etkili bir şekilde sonuç doğuracak bir alım hakkı tanınmasından dolayı ortaklık sıfatına bağlı malvarlıksal ve yönetimsel haklar, bozucu şarta bağlı olarak mirasçılara geçer[77]. Anonim şirketlerde ise yönetimsel hakların mirasçılara geçişi konusunda şirketin onayı gerektiğinden malvarlığı haklarının geçişi bozucu şarta, genel kurula katılma ve oy hakkı ise geciktirici şarta bağlanmıştır. Bozucu şartın söz konusu olduğu durumlarda şirketin payın mirasçılara geçişine onay vermeyi reddetmesi halinde red kararı geçmişe etkili olarak yani devrin gerçekleştiği tarihten itibaren hüküm ve sonuç doğurur.

TTK m. 596/2'deki "payın geçtiği kişiye önermesi şarttır" şeklindeki ifade söz konusu hakkın mirasçıların kabulüne bağlı olduğu izlenimini uyandırmasına rağmen burada şirkete yasal bir alım hakkı tanınmaktadır[78]. Zira TTK m. 596/2'de yer alan "öneri" hakkın kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin olmayıp payların satın alınma bedeline ilişkindir. Mirasçıların şirket tarafından önerilen miktarı kabul etmemeleri halinde şirketin veya mirasçıların başvurusu üzerine payların gerçek değeri mahkeme tarafından belirlenir. Dolayısıyla TTK m. 596/2'de "öneri" kavramı kullanılmasına rağmen mirasçıların şirket alım hakkını kullanmasına engel olabilmeleri mümkün

---

75 Yenilik doğuran haklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Andreas Furrer, Markus Muller-Chen ve Bilgehan Çetiner, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (On İki Levha 2021) 30-31; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (21. Baskı, Yetkin 2017) 61 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (26. Baskı, Turhan 2022) 33-35.

76 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 5) N.1673; Bilgili ve Demirkapı (n 10) 756; Yılmaz ve Sulu (n 37) 824; Dural (n 4) 121. Aksi yönde bkz. Bozkurt, Sorunlar (n 4) 411. Anonim şirketler açısından alım hakkının kullanılması halinde yenilik doğurucu bir haktan söz edilemeyeceği hususunda bkz. Esra Cenkci, 'Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Kaçış Klozuna Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması' (2021) 79 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 379, 386; Yüksel (n 4) 196.

77 Tekinalp (n 8) 560; Pulaşlı, Sorunlar (n 27) 42; Pulaşlı, Şerh (n 5) 2231. Buna karşılık Kendigelen ve Yılmaz/Sulu, söz konusu durumu "bozulabilir geçerlilik" şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Kendigelen (n 10) 504 dn 47; Yılmaz ve Sulu (n 37) 823; Kendigelen ve Kırca (n 4) 190.

78 Doktrinde bazı yazarlar bu hakkı, yasal önalım hakkı olarak ifade etmektedir. Bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 5) N.1673; Yılmaz ve Sulu (n 37) 824. Kanaatimizce söz konusu hakkı bir önalım hakkı olarak nitelendirmek isabetli değildir. Zira söz konusu durumda önalım hakkı ancak payların mirasçılar tarafından bir başkasına devredilmesi halinde kullanılabilir. Buna karşılık alım hakkının kullanılabilmesi için mirasçıların paylarını bir başkasına devretmeleri gerekli değildir. Önalım ve alım hakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. Eren (n. 75) 329; Kılıçoğlu, Borçlar (n. 75) 33; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve S. Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, (25. Baskı, Filiz 2023) 612; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (11. Baskı, Beta 2022) 285 vd; Ahmet Kılıçoğlu, Eşya Hukuku, (Turhan 2021) 403, 412; Nagehan Kırkbeşoğlu, Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım hakkı (On İki Levha 2020) 44; H. Mirsad Günday, Alım hakkı, (Adalet 2021) 102 vd. TTK m. 596/2'de mirasçıların paylarının satın alınabilmesi için payların mirasçılar tarafından bir başkasına devredilmesi şartı aranmamıştır. Dolayısıyla TTK m. 596/2 çerçevesinde şirkete tanınan hak, niteliği itibarıyla yasal bir alım hakkıdır. Aksi yönde bkz. Bozkurt, Sorunlar (n 4) 411.

değildir. Mirasçıların bu konuda sadece kendilerine önerilen satış bedelinin gerçek değeri yansıtmadığı hususunda bir itirazları söz konusu olabilir[79]. Bu durumda da alım hakkının bulunup bulunmadığı değil satış bedelinin gerçek değeri yansıtıp yansıtmadığı tartışma konusu olacaktır.

C. Alım hakkı Kullanılarak Mirasçıların Onaylanmasının Reddedilmesi

Payın kanun gereği geçişini düzenleyen TTK m. 596'da alım hakkının kullanılması ve onayın reddine ilişkin kararın alınmasında yetkili organ konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir[80]. Ancak payın iradi olarak geçişini düzenleyen TTK m. 595'te devrin onaylanması konusunda yetkili organın genel kurul olduğu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Aynı şekilde payların miras yoluyla geçişini düzenleyen TTK m. 596/1'de de "..tüm haklar ve borçlar, genel kurul onayına gerek olmaksızın esas sermaye payını iktisap eden kişiye geçer" şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek dolaylı olarak onaylamanın reddi konusunda da yetkili organın genel kurul olduğu ortaya konulmuştur. Ayrıca Yargıtay da bir kararında bu konuda yetkili organın genel kurul olduğuna ilişkin bölge adliye mahkemesi kararını onamıştır[81]. Doktrinde de limited şirketlerde sermaye payının miras yoluyla geçişişinde TTK m. 596/2 çerçevesinde alım hakkının kullanılması ve onaylamanın reddi konusunda yetkili organın genel kurul olduğu çoğunlukla kabul edilmektedir[82]. Genel kurulun bu yetkisini bir başka kişi veya organa devredebilmesi mümkün değildir[83] (TTK m. 616/1/g).

TTK m. 596'2'de alım hakkının kullanılması ve onaylamanın reddi şeklinde iki ayrı aşamadan söz edilmektedir. Dolayısıyla burada yetkili organ konusunda iki ayrı aşamanın da ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak onaylamanın reddi ancak satın alma hakkının kullanılmasıyla gerçekleşebilir. Bu sebeple alım hakkının kullanılması ile onaylamanın reddi konusunda farklı organların yetkili olduğunun söylenebilmesi mümkün değildir. Onayın reddi, alım hakkının kullanılmasına bağlı olduğundan her iki aşamanın yerine getirilmesi konusunda da yetkili organ genel kuruldur[84].

---

79 Aynı yönde bkz. Bilgili ve Demirkapı (n 10) 756.

80 Türk hukukunun aksine İsviçre hukukunda yetkili organın genel kurul olduğu hususunun açık bir şekilde düzenlendiği hususunda bkz. Şener, Limited (n 3) 342.

81 Yargıtay 11 HD, 21.09.2022, 8468/6135 (Lexpera, 12.05.2024). Ayrıca bkz. İzmir BAM 11 HD, 02.12.2021, 356/1452 (Lexpera, 14.05.2024).

82 Tekinalp (n 8) 486; Pulaşlı, Genel Esaslar (n 12) 1036; Şener, Ortaklıklar (n 3) 704; Bilgili ve Demirkapı (n 10) 756; Dural (n 4) 120; Şener, Limited (n 3) 342-343; Kendigelen ve Kırca (n 4) 188. Doktrinde tespit edebildiğimiz kadarıyla sadece Çamoğlu bu konuda yetkili organın müdürler kurulu olduğunu ileri sürmektedir Yazara göre bu konuda genel kurulun yetkili olabilmesi için limited şirket esas sözleşmesinde önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının kullanılmasının bir genel kurul kararına bağlanmış olması gerekir. Bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 5) N. 1673a.

83 Kendigelen ve Kırca (n 4) 189.

84 Bu konuda alım hakkının kullanılması konusunda müdür veya müdürler kurulunun onayın reddedilmesi konusunda da genel kurulun yetkili olduğu hususu ileri sürülebilir. Ancak onaylamanın

Müdürlerin veya müdürler kurulunun alım hakkının kullanılması konusunda bir yetkisi bulunmadığından mirasçıların pay defterine kaydedilmesi ve/veya ticaret sicilinde tescil edilmesi genel kurulun alım hakkının kullanılmasından feragat ettiği anlamına gelmez[85]. Zira mirasçılar ortağın ölümüyle birlikte kendiliğinden ortaklık sıfatını kazandıklarından müdür veya müdürler kurulu tarafından mirasçıların pay defterine kaydedilmeleri ve ticaret sicilinde tescil edilmeleri gerekir. Söz konusu işlemlerin yapılması sadece fiili durum ile pay defterinde ve ticaret sicilindeki kayıtların uyumlu hale getirilmesini sağlar. Aynı şekilde TTK m. 596/2'de düzenlenen alım hakkının kullanılmasından önce mirasçıların genel kurul toplantılarına davet edilmesi ve mirasçıların toplantıda oy kullanmaları da şirketin alım hakkının kullanılması konusunda bir engel teşkil etmez. Zira genel kurula katılma ve oy kullanma hakkı ortağın ölümüyle birlikte kendiliğinden mirasçılara geçeceğinden söz konusu hakların kullandırılması şirketin alım hakkından feragat ettiği şeklinde yorumlanamaz[86]. Ancak genel kurulun üç aylık süre dolmadan önce söz konusu hakkın kullanılmasından feragat edebilmesi mümkündür[87]. Üç aylık süre içerisinde yapılan bir genel kurul toplantısında mirasçıların onaylanması, alım hakkının kullanılmasından feragat edildiği anlamına gelir.

Anonim şirketlerde ise alım hakkı, limited şirketlerden farklı olarak yönetim kurulu tarafından kullanılır. Dolayısıyla anonim şirketlerde alım hakkının kullanılması konusunda ortakların genel kurulda sahip oldukları oy sayısı herhangi bir öneme sahip değildir. Örneğin üç kişiden oluşan bir yönetim kurulunda şirketin %90 oranında payına sahip olan bir yönetim kurulu üyesinin ölümü halinde, geride kalan iki yönetim kurulu üyesinin alım hakkının kullanılmasına ilişkin yönetim kurulu kararı alarak, toplamda şirket paylarının %90'ına sahip olan mirasçılara payların geçişini onaylamayı reddedebilmeleri mümkündür. Limited şirketlerde ise aynı örnekte alım hakkının ölen ortağın mirasçılarının da katılabileceği genel kurul tarafından kullanılması gerekir. Buna karşılık geride kalan müdürlerin bu konuda bir müdürler kurulu kararı alarak alım hakkını kullanabilmeleri mümkün değildir.

TTK m. 596'da genel kurulun bu konuda alacağı karar açısından bir nisap düzenlenmemiştir. Bu sebeple söz konusu kararın olağan nisapla alınabilmesi mümkündür[88]. Ayrıca TTK m. 596/4'te payın geçişinin açıkça ve yazılı bir şekilde reddedil-

---

reddedilmesi ancak alım hakkının kullanılmasıyla mümkün olduğundan her iki aşamanın yerine getirilmesi konusunda farklı organların yetkili olduğunun ileri sürülmesi söz konusu hakkın kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştırır.

85 Kendigelen ve Kırca (n 4) 192; Dural (n 4) 117-118; Yıldız (n 10) 147. Aksi yönde bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 5) N.1673b; Yılmaz ve Sulu (n 37) 825. Çamoğlu'na göre göre pay defterine mirasçıların kaydedilmeyip açıklama kısmına payların miras yoluyla intikal ettiği bilgisinin yazılması halinde ise şirketin alım hakkı ortadan kalkmaz. Bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 5) N.1673b.

86 Aksi görüş için bkz. Pulaşlı, Şerh (n 5) 2234; Pulaşlı, Sorunlar (n 27) 47.

87 Şener, Limited (n 3) 344.

88 Aynı yönde bkz. Şener, Limited (n 3) 343; Kendigelen ve Kırca (n 4) 189; Şener, Ortaklıklar (n

mesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak söz konusu kararın alınmasında yetkili organın genel kurul olduğu düşünüldüğünde kararın yazılı olmaması mümkün değildir.

Limited şirketlerde payın miras yoluyla geçişi konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise onaylamanın reddine (alım hakkının kullanılmasına) ilişkin gündem maddesinin görüşüleceği genel kurul toplantısında mirasçıların oy hakkına sahip olup olmadığıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere limited şirketlerde ortağın ölümü halinde hem malvarlıksal hem de yönetimsel haklar kendiliğinden mirasçılara geçer. Ayrıca anonim şirketlerden farklı olarak limited şirketlerde yönetimsel hakların kullanılabilmesi için şirketin onayı da gerekli değildir. Dolayısıyla limited şirketlerde mirasçıların ortağın ölümünde sonra yapılacak olan genel kurul toplantılarına katılmaları ve oy kullanmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Bu konuda tartışılması gereken esas sorun, mirasçıların söz konusu haklara sahip olup olmadığı değil, payın kendilerine geçişinin onaylanmasının reddine ilişkin genel kurul toplantısında oy haklarını kullanıp kullanamayacaklarıdır. Limited şirketlerde ortakların oy hakkından yoksun olduğu haller TTK m. 619'da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede şirket yönetimine katılan kişilerin müdürlerin ibralarında oy kullanamayacağı, payın şirket tarafından iktisap edilmesi halinde payı devreden kişinin oy kullanamayacağı ve bağlılık yükümü veya rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunulmasını onaylayan kararlarda ilgili ortağın oy kullanamayacağı belirtilmiştir. Limited şirketlerde oydan yoksunluk halleri, TTK m. 619'da sınırlı sayıda sayılmıştır. Oydan yoksunluk halleri istisnai nitelikte olduklarından dar yorumlanmaları gerekir[89]. Bu sebeple şirket sözleşmesinde söz konusu hususların dışında oydan yoksunluk sebepleri düzenlenemez. Doktrinde de TTK m. 619'da düzenlenen hususların dışında esas sözleşmeyle oydan yoksunluk hallerinin düzenlenemeyeceği hususu genel olarak kabul edilmektedir[90]. Dolayısıyla limited şirketlerde oydan yoksunluk sebepleri anonim şirketlere nazaran daha dar kapsamlıdır[91].

3) 704. Bu hususta ayrıca bkz. İzmir BAM 11 HD, 02.12.2021, 356/1452 (Lexpera, 15.05.2024). İsviçre hukukunda bu kararın ağırlaştırılmış nisapla alındığı, Türk hukukunda bu yönde bir düzenleme yapılmamış olmasının önemli bir eksiklik olduğu hususunda bkz. Şener, Limited (n 3) 343. Söz konusu kararın ağırlaştırılmış nisapla alınması gerektiği hususunda bkz. Taşdelen (n 69) 131.

89 İsmail Kırca ve Murat Gürel, 'Limited Şirket Ortağının Kendisini Çıkarmaya Yönelik Genel Kurul Kararının Alınmasında Oy Hakkına Sahip Olup Olmadığı Sorunu', in Murat Gürel, Ufuk Tekin ve İbrahim Bektaş (eds), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı (BTHAE 2015) 197, 218; F.Pelin Tokcan, Limited Ortaklıkta Oy Hakkından Yoksunluk (On İki Levha 2018) 23.

90 Kendigelen ve Kırca (n 4) 67; Şener, Limited (n 3) 587-588; Şener, Ortaklıklar (n 3) 745; Tokcan (n 89) 22-23 Levent Biçer ve Esra Hamamcıoğlu, 'Limited Şirket Genel Kurulunda Yetersayılar' (2017) 16 (2) İKÜHFD 343, 377. Bu görüşte olan diğer yazarlar için bkz. Bilgili ve Cengil (n 30) 94; Tokcan (n 89) 21 dn 20. Aksi yönde bkz. Bilgili ve Cengil (n 30) 94; Yıldız (n 10) 225.

91 Tokcan (n 89) 18; Bilgili ve Cengil (n 30) 82; Kırca ve Gürel (n 89) 217-218; Yıldız (n 10) 225; Ozan Can, 'Bilgi Alma ve İnceleme Talebi Müdürler Tarafından Reddedilen Limited Şirket Ortağının Genel Kurulda Oy Kullanıp Kullanamayacağı Sorusu Üzerine Düşünceler' (2015) 2 ABD 45, 51, 52.

Anonim şirketlerde ortakların şirketle arasındaki kişisel nitelikteki[92] bir iş, işlem veya davaya ilişkin oylamalarda oy hakkını kullanabilmeleri mümkün değildir (TTK m. 436/1). Ancak limited şirketlerde benzer bir düzenlemeye yer verilmediği gibi bu hususta anonim şirketlere ilişkin hükümlere de atıf yapılmamıştır[93]. Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin limited şirketlerde uygulanabilmesi mümkün değildir[94].

Bunun dışında limited şirketlerde payın miras yoluyla geçişine benzer diğer bazı durumlarda da genel kurul kararına konu olan ortakların oy hakkından yoksun olacaklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Örneğin payın devrinin onaylanmasına ilişkin genel kurul kararında payını devreden[95] ortağın da oy kullanabilmesi mümkündür[96]. Aynı şekilde bir ortağın şirket sözleşmesinde yazılı olan sebeplerden dolayı ortaklıktan çıkarılmasına ilişkin genel kurul kararında da çıkarılmak istenen ortak açısından bir oydan yoksunluk hali düzenlenmemiştir. Bu kararın alınmasında çıkarılmak istenen ortağın da oy kullanabilmesi mümkündür[97]. Kanaatimizce söz konusu hususlar da dikkate alındığında mirasçıların payın miras yoluyla geçtiği kişilerin onaylanmasının reddine ilişkin genel kurul toplantılarına katılmaları ve oy kullanmalarının önünde de bir engel bulunmamaktadır[98].

---

92 Anonim şirketlerde söz konusu düzenlemedeki "kişisel nitelik" ifadesiyle pay sahibinin şirketle herhangi bir üçüncü kişi gibi karşı karşıya gelmesi halinin kastedildiği hususunda bkz. Ömer Teoman, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu (BTHAE 1983) 87.

93 Bu hususun eleştirisi için bkz. Kendigelen ve Kırca (n 4) 67; Yıldız (n 10) 225; Bilgili ve Demirkapı (n 10) 667-668. Ayrıca mirasçıların iktisap ettiği payların satın alınmasına ilişkin genel kurul kararında söz konusu kişilerin oy hakkından yoksun olup olmadığı değerlendirilirken payların diğer ortaklar tarafından satın alınması halinde aynı tartışmanın payları devralan diğer ortaklar açısından da yapılması gerekir. Dolayısıyla payları satın alan kişinin oy kullandığı bir genel kurul toplantısında payları alım hakkına konu edilen ortakların oy hakkından yoksun oldukları ileri sürülemez.

94 Aynı yönde bkz. Biçer ve Hamamcıoğlu (n 90) 377; Kırca ve Gürel (n 89) 217 vd..

95 Devralan kişinin de aynı zamanda limite şirket ortağı olması durumunda oy kullanabileceği hususunda bkz. Umut Karakaya, 'Limited Şirket Pay Devrinin Onaylandığı Genel Kurulda Devreden Ortağın Kullandığı Oyların Geçerliliği' (2023) 8(3) Regesta 363, 377.

96 Bilgili ve Cengil (n 30) 102; Kendigelen ve Kırca (n 4) 186; Karakaya (n 95) 377. Aksi yönde bkz. Pulaşlı, Sorunlar (n 27) 47-48; Pulaşlı, Şerh (n 5) 2235.

97 Tekinalp (n 8) 569; Bilgili ve Cengil (n 30) 103; Şener, Limited (n 3) 770; Bilgili ve Demirkapı (n 10) 771; Tuğba Özdoğan Daloğlu, Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkarılma (On İki Levha 2020), 110. Aksi yönde bkz. Ersin Çamoğlu, 'Limited Ortaklıktan Çıkarılmak İstenen Ortak Genel Kurul Kararında Oy Kullanabilir mi?, Mehmet Özdamar, Hayrettin Çağlar, Kürşat Göktürk, Mehmet Çelebi Can, Esra Kaşak, Fevzi Fırat Gözüyeşil ve Bilge Aytuğar (eds) Prof.Dr. Rıza Ayhan'a Armağan (Yetkin 2022) 175, 181. Alman hukukunda doktrin ve mahkeme kararlarında çıkarılmak istenen ortağın oy hakkının bulunmadığı konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Bkz. Çamoğlu (n 97) 183. Oydan yoksunluğun söz konusu olduğu durumlarda ortağın genel kurul toplantısına katılabilmesi mümkündür. Bir başka ifadeyle oydan yoksunluk, genel kurul toplantısına katılma hakkını ortadan kaldırmaz. Bkz. Can (n 91) 51; Bilgili ve Cengil (n 30) 82; Ernst Hırsch, Ticaret Hukuku Dersleri (3. Bası, Hak 1948) 292; Teoman (n 92) 173; Bilgili ve Demirkapı (n 10) 664; Şener, Limited (n 3) 591.

98 Kendigelen ve Kırca (n 4) 187; Kendigelen (n 10) 504; Kırca ve Gürel (n 89) 221. Aksi yönde bkz. Pulaşlı, Şerh (n 5) 2235; Pulaşlı, Sorunlar (n 27) 48. Mirasçıların paylarının şirket tarafından satın alınması halinde TTK m. 619/2 çerçevesinde oydan yoksunluğun söz konusu olacağı hususunda

Genel kurulda bu hususta yapılacak olan oylamanın konusu mirasçıların ortaklık sıfatının onaylanması değildir. Zira TTK m. 596/1'e göre mirasçılara payın geçişi genel kurulun onayına bağlanmamıştır. Söz konusu düzenlemeyle limited şirkete geçmişe yönelik sonuç doğuracak şekilde alım hakkı tanınmıştır. Söz konusu durum TTK m. 596 gerekçesinde "geçişin askıda olduğu" şeklinde ifade edilmiştir. Ancak söz konusu oylama sonucuna kadar mirasçıların ortaklık sıfatı ve ortaklık haklarının askıda olduğunun söylenebilmesi mümkün değildir[99]. Daha önce de ifade edildiği üzere mirasçılar, ortağın ölüm tarihi itibarıyla diğer haklar gibi genel kurula katılma ve oy kullanma hakkını da kazanmıştır. Gerekçede yer alan "askıda" ifadesi alım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı hususunda belirsizliğin bulunduğu üç aylık süreçte ortaklık haklarının geçişinin kesin değil geçici olduğunu ifade etmektedir. Nitekim miras hukuku açısından da mirasın reddedilip reddedilmeyeceğinin belirsiz olduğu dönemde mirasın geçişinin geçici bir nitelik taşıdığını belirtmek için "askıda" ifadesi kullanılmaktadır.[100].

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer husus da şirketin onaylamanın reddi kararında herhangi bir sebep göstermesinin gerekli olup olmadığıdır. Onaylamanın reddine ilişkin TTK m. 596/2'de şirketin bu kararı alabilmesi için haklı bir sebebinin bulunması gerektiği konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple limited şirketin onaylamayı reddedebilmesi için bir sebep göstermesi gerekmez[101]. Ancak bu konuda bir sebep gösterilmesinin gerekmemesi, şirketin keyfi bir şekilde onaylamayı reddedebileceği anlamına gelmez. Eşit işlem ilkesi ve dürüstlük kuralına aykırı genel kurul kararlarının iptaline ilişkin düzenlemeler, anonim şirketlerde ve limited şirketlerde yönetim organının ve genel kurulun ortaklara keyfi bir şekilde davranmalarını engellemektedir. Limited şirketlerde onaylamanın reddi konusunda genel kurulun yetkili olduğu dikkate alındığında dürüstlük kuralına aykırı olarak alınan onaylamanın reddi kararlarının iptali gündeme gelecektir. Özellikle şirketin mirasçıların bir kısmına payların geçişini onaylayıp, diğerlerini onaylamayı reddetmesi dürüstlük kuralı çerçevesinde mahkemelerin denetimine tabi olacaktır[102]. Limited şirketlerde de genel kurul kararlarının dürüstlük kuralına

bkz. Bilgili ve Demirkapı (n 10) 757. Mirasçıların söz konusu kararın alınmasında oy kullanabilmesine yönelik eleştiriler için bkz. Kendigelen (n 10) 504; Kendigelen ve Kırca (n 4) 187.

99 Ancak TTK m. 596'nın madde gerekçesinin son cümlesinde hatalı bir şekilde "geçişin askıda olduğu" açıklamasına yer verilmiştir. Söz konusu ifade gerekçede yer alan diğer değerlendirmelerle de çelişmektedir. Aslında söz konusu ifade ile payın mirasçılara geçişinin "kesin" olmadığı anlatılmak istenmektedir. Bu konudaki haklı eleştiriler için bkz. Pulaşlı, Şerh (n 5) 2232-2233; Bozkurt, Sorunlar (n 4) 402-405; Dural (n 4) 118-119.

100 Mirasın geçişi konusunda aynı kavramı kullanan yazarlar için bkz. Serozan ve Engin (n 4) 68.

101 Anonim şirketlerdeki alım hakkının kullanılması konusunda aynı yönde bkz. Setenay Yağmur, Anonim Şirketlerde Eşit işlem İlkesi (On İki Levha 2020) 95; Yüksel (n 4) 165; Akın (n 6) 74.

102 Anonim şirketler açısından aynı yönde bkz. Yağmur (n 101) 96-97; Tamer Bozkurt, 'Yargıtay Kararları Ekseninde Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Paylarla İlgili Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri', in Yasin Barış Özelci, İbrahim Bektaş (eds), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (BTHAE 2021) 112, 133; Ali Paslı, 'Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirket

aykırı olması anonim şirketlerde olduğu gibi genel kurul kararının iptalini gerektirir (TTK m. 622, 445). İptal sebepleri mahkemeler tarafından resen dikkate alınamayacağından bu hususta ortaklar tarafından mutlaka genel kurul kararının alındığı tarihten itibaren üç aylık süre içerisinde iptal davası açılması gerekir.

D. Alım Hakkı Kullanılarak Mirasçıları Onaylamanın Reddedilebileceği Süre

TTK m. 596/2'de düzenlenen alım hakkının payın mirasçılara geçişinin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde[103] kullanılması gerekir[104]. Bu sürenin şirket sözleşmesiyle değiştirilmesi mümkün değildir[105]. Red kararının üç aylık süre içerisinde alınması yeterlidir. Söz konusu kararın üç aylık süre içerisinde mirasçılara tebliğ edilmesi gerekli değildir[106]. Üç aylık süre hak düşürücü niteliktedir. Dolayısıyla üç aylık süre içerisinde limited şirketin onay vermekten kaçınmaya ilişkin bir genel kurul kararı almaması halinde, mirasçılara onay verilmiş sayılır. Söz konusu husus TK m. 596/4'te de açıkça ifade edilmiştir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise şirketin alım hakkını kullanabilmesi için mirasçılar tarafından kendisine bu konuda bir başvuru yapılmasının gerekli olup olmadığıdır. Kanaatimizce limited şirketin alım hakkını kullanabilmesi için mirasçılar tarafından genel kurul onayı, pay defterine kayıt veya ticaret sicilline tescil konusunda şirketten bir talepte bulunulması gerekli değildir. Zira mirasçıların miras yoluyla kendilerine intikal eden ortaklık haklarını kullanabilmeleri, söz konusu işlemlerin yapılmasına bağlı değildir. Dolayısıyla söz konusu işlemler yapılmamış olsa bile mirasçılar kendiliğinden ortaklık haklarına sahip olur. Bu sebeple alım hakkının kullanılabilmesi için mirasçıların ortaklığa kabul konusunda bir başvuruda bulunmalarının beklenmesi doğru değildir.

Pay (Hisse) Devri', in Abuzer Kendigelen, Müge Evlek, Nurgül Yıldız, Necdet Uzel, İsmail Cem Soykan (eds), Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (On İki Levha 2018)71, 137; Gülşah Yılmaz, Pay Sahipleri Sözleşmesinden Doğan Birlikte Satma Hakkı ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı (On İki Levha 2018) 227; Tamer Bozkurt, Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)-Die Vinkulierung (On İki Levha 2016) 134; İdil Nur Gürbüz Gökberk, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Bakımından Eşit İşlem İlkesi (On İki Levha 2020) 108; Cenkci (n 76) 387-388, 394 vd.; Akın (n 6) 79-80.

103 6762 sayılı TTK m. 521/2'de söz konusu süre bir ay olarak düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda ise bu süre altı ay olarak belirlenmiştir. Bkz. Şener, Limited (n 3) 343 dn 214; Kendigelen ve Kırca (n 4) 189; Bozkurt, Sorunlar (n 4) 406. Payın devri halinde şirketin alım hakkını kullanabileceği üç aylık süre ise bu konuda şirkete yapılacak olan başvurudan itibaren işlemeye başlamaktadır (TTK m. 595/7).

104 Söz konusu süre anonim şirketlerde mirasçıların pay defterine kaydedilme konusundaki taleplerinden itibaren işlemeye başlar (TTK m. 494/3). İsviçre hukukunda da süre, şirkete yapılacak başvuru tarihinden itibaren başlamaktadır. Bkz. Bozkurt, Sorunlar (n 4) 407.

105 Şener, Limited (n 3) 343-344

106 Bakırköy 3 Asliye Ticaret Mahkemesi, 20.2.2020, 161/166 (Lexpera, 12.05.2024). Aynı yönde bkz. Pulaşlı, Sorunlar (n 27) 49-50; Pulaşlı, Şerh (n 5) 2236. Aksi yönde bkz. Şener, Limited (n 3) 344.

E. Alım Hakkı Kullanılarak Mirasçıların Onaylanmasının Reddedilmesi Halinde Mirasçılara Ödenecek Bedelin Tespiti

Limited şirketlerde payın miras yoluyla geçişine genel kurul tarafından onay verilmemesi için şirket tarafından payların gerçek değeriyle[107] satın alınmasının önerilmesi gerekir. Alım hakkının kullanılması sırasında önerilen bedelin mirasçılar tarafından kabul edilmemesi halinde payların gerçek değeri mirasçıların veya şirketin başvurusu üzerine mahkeme tarafından belirlenir[108] (TTK m. 597/1). TTK m. 596/2'de alım önerisinin şirket, ortaklar veya üçüncü bir kişi hesabına yapılabileceği düzenlenmiş olmasına rağmen gerçek değerin belirlenmesi konusunda mahkemeye başvurma hakkı sadece mirasçılara ve şirkete tanınmıştır[109]. Bu konuda şirket ortaklarının veya üçüncü kişilerin mahkemeye başvurabilmeleri mümkün değildir. Mirasçılar[110] tarafından açılan davada şirketin, şirket tarafından açılacak olan davalarda da mirasçıların davalı olarak gösterilmesi gerekir[111]. Bedelin mahkeme tarafından belirlendiği durumlarda yargılama ve değer belirleme giderleri mahkeme tarafından paylaştırılır[112] (TTK m. 597/2)

Gerçek değer belirlenirken şirketin tasfiye değeri değil yaşayan işletme değeri dikkate alınır. Bir başka ifadeyle gerçek değerin işletmenin devamlılığı esasına göre belirlenmesi gerekir. Bu çerçevede payların değeri belirlenirken işletme değeri, sınai hakların piyasa değeri ve şirketin izleyen faaliyet dönemlerindeki kâr ihtimallerinin de dikkate alınması gerekir[113]. Mahkemenin gerçek değere ilişkin kararı kesindir (TTK m. 597/2). Gerçek değerin belirlenmesi konusunda anonim ve limited şirketler arasında önemli bir farklılığa yer verilmiştir. Anonim şirketlere ilişkin TTK m. 493/5'te mahkemenin şirketin karar tarihine en yakın tarihteki değerini dikkate alacağı belirtilmesine rağmen limited şirketlere ilişkin TTK m. 597'de benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir[114]. Ayrıca anonim şirketlerde limited şirketlerden

---

107 Şirket sözleşmesinde bu konuda başka bir hesaplama yönteminin belirlenemeyeceği hususunda bkz Tekinalp (n 8) 561.

108 Gerçek değerin belirlenmesi konusunda taraflar arasında tahkim sözleşmesi yapılabileceği veya tarafların gerçek değerin belirlenmesi yöntemini belirleyebilecekleri hususunda bkz. Şener, Limited (n 3) 347. Bu hususta ayrıca bkz. Akın (n 6) 103-107.

109 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 5) N.1674. Bu davanın niteliği itibarıyla bir tespit davası olduğu hususunda bkz. Şener, Limited (n 3) 347-348.

110 Miras ortaklığında miras paylaşılana kadar terekeyle ilgili davaların mirasçılar tarafından birlikte açılması gerekir. Bkz. İnan, Ertaş ve Albaş (n 15) 560. Ancak limited şirket payı mirasçılara miras payları oranında kendiliğinden geçtiğinden mirasçılardan her birinin bu davayı açabilmesi mümkündür.

111 Şener, Limited (n 3) 348.

112 Mahkemenin özel bir durum olmadığı sürece söz konusu giderleri şirkete yüklemesi gerektiği hususunda bkz. Şener, Limited (n 3) 351. Buna karşılık anonim şirketlerde ise söz konusu giderler şirketin üzerinde bırakılmıştır (TTK m. 493/5).

113 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 5) N.1674, N. 1153; Tekinalp (n 8) 561-562; Şener, Limited (n 3) 349; Taşdelen (n 69) 131-132.

114 TTK m. 493/5'teki düzenlemenin kıyasen limited şirketlerde de uygulanacağı hususunda bkz.

farklı olarak mirasçıların şirket tarafından önerilen bedeli bir ay içerisinde reddetmemeleri halinde şirketin devralma önerisini kabul etmiş sayılacakları düzenlenmiştir (TTK m. 493/6). Buna karşılık limited şirketlerde benzer bir düzenlemeye yer verilmediği gibi bu hususta anonim şirketlere ilişkin hükümlere de atıf yapılmamıştır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer durum da alım hakkının kullanılmasından sonra payların değerinin mirasçılara ödenmemesinin alım hakkı üzerindeki etkisidir. TTK m. 596/2'ye göre alım hakkının kullanılması ancak payların gerçek değerinin ödenmesi halinde mümkündür. Bu sebeple alım hakkına konu olan payların bedelinin ödenmemesi halinde mirasçılar borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere (TBK m. 117 vd.) başvurabilecekleri gibi karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt haline ilişkin seçimlik hakları (TBK m. 125) da kullanabilir[115].

F. Alım Hakkı Kullanılarak Mirasçıların Onaylanmasının Reddedilmesinin Sonuçları

TTK m. 596/2'de düzenlenen alım hakkı, limited şirkete tanınmış bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. Söz konusu hakkın kullanılmasıyla birlikte ortağın ölümüyle birlikte kendiliğinden mirasçılara geçen ortaklık payı şirkete, şirketin ortağına veya üçüncü bir kişiye geçer. Ancak söz konusu düzenleme çerçevesinde alım hakkının kullanılması diğer yenilik doğurucu haklardan farklı olarak hakkın kullanılmasıyla birlikte değil, geçmişe etkili bir şekilde yani devrin gerçekleştiği günden (ortağın ölümünden) itibaren etkili olur. Dolayısıyla TTK m. 596/2 çerçevesinde alım hakkını kullanması halinde mirasçıların kendiliğinden kazandıkları ortaklık sıfatı geçmişe etkili bir şekilde sona erer (TTK m. 596/3).

Payın miras yoluyla geçişinde ortaklık sıfatına bağlı haklar bozucu şarta bağlı olarak mirasçılara geçer[116]. Bozucu şart, genel kurul tarafından alım hakkı kullanılarak mirasçıların onaylanmasının reddedilmesi halinde gerçekleşmiş olur. Söz konusu durum TTK m. 596/3'ün madde gerekçesinde geçişin askıda olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Ancak geçişin askıda olması ile ortaklık sıfatına bağlı hakların bozucu şarta bağlı olarak mirasçılara geçmesi birbirinden farklıdır. Bu sebeple şirketin alım hakkının kullanılıp kullanmayacağının belirli olmadığı dönemde geçişin askıda olduğunun ileri sürülmesi isabetli değildir. Zira ortaklık sıfatına bağlı tüm hak ve borçlar zaten ortağın ölümüyle birlikte kendiliğinden mirasçılara geçmiştir.

Limited şirket tarafından payın geçişine onay verilmesinin reddedilmesi halinde söz konusu red kararı geçmişe etkili bir şekilde etkili olacağından mirasçıların malvarlıksal haklar çerçevesinde limited şirketten aldıkları ödemeleri iade

---

Şener, Limited (n 3) 346, 351. Limited şirketlerde de bu konuda karar tarihine en yakın tarihi dikkate alınacağı hususunda bkz. Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n 8) 499.

115 Alım hakkının kullanıldığı durumlarda bedelin ödenmemesi halinde temerrüde ilişkin hükümlerin veya TBK m. 125'te düzenlenen seçimlik hakların kullanılabileceği hususunda bkz. Günday (n 78) 392.

116 Tekinalp (n 8) 560; Pulaşlı, Şerh (n 5) 2231.

etmeleri gerekir[117]. Bu sebeple red kararının verilmesinden önce ortaklık paylarını miras yoluyla iktisap eden kişilere kâr payı dağıtılmışsa, bunların limited şirkete iade edilmesi gerekir[118]. Söz konusu sorunun ortaya çıkmasının engellenmesi için bu dönemde kâr payı veya bedelsiz pay dağıtımı yapılması halinde bunların şirket tarafından emanet hesabına alınması, söz konusu paylara ilişkin rüçhan haklarının (red kararı verilmemesi halinde mirasçılara devredilmek şartıyla) şirket tarafından kullanılması, miras yoluyla iktisap edilen payların devrinin alım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı hususunun ortaya çıkacağı tarihe kadar ertelenmesi gerekir[119].

Red kararının geçmişe etkili olarak sonuç doğurması, mirasçıların ortaklık payını iktisap ettikleri tarih ile red kararının verildiği tarih arasında yapılan genel kurul toplantılarında alınan kararların geçerli olup olmayacağı sorununu karşımıza çıkarır. Zira anonim şirketlerden farklı olarak limited şirketlerde mirasçılar genel kurul onayına gerek olmaksızın yönetimsel hakları da kullanabilir. Bu kapsamda ortaklık payını miras yoluyla iktisap eden kişilerin genel kurulun red kararından önce yapılan genel kurul toplantılarına katılma ve oy kullanma hakları da bulunmaktadır. Red kararının verilmesinden sonra söz konusu genel kurul toplantılarında alınan kararların da geçersiz olduğunun kabul edilmesi genel kurulda alınan kararların akıbeti açısından ciddi sorunlara sebep olabilir[120]. Bu yüzden kanun koyucu red kararının geçmişe etkili bir şekilde sonuç doğuracağını kabul etmekle birlikte, red kararından önce yapılan genel kurul toplantılarında alınan kararlar açısından bu hususta bir istisna getirmiştir. TTK m. 596/3'e göre red kararının geçmişe etkili olması, bu kararın alınmasından önceki genel kurul kararlarının geçerliliğini etkilemez[121]. Ancak burada kastedilen geçersizlik genel kurul toplantılarına mirasçıların katılması ve oy kullanmasından kaynaklanan sebeplere ilişkindir. Yoksa söz konusu kararlara ilişkin başka geçersizlik sebepleri gerçekleşmişse bunların ileri sürülmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bunun dışında yönetimsel haklar açısından sadece genel kurulda alınan kararların geçerliliği konusunda bir istisnaya yer verildiğinden diğer yönetimsel haklar da red kararıyla birlikte geçmişe yönelik olarak ortadan kalkar. Bu çerçevede mirasçılar tarafından ortak sıfatıyla açılan genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü, sorumluluk vb. davalar varsa söz konusu davaların da red kararından olumsuz bir şekilde etkilenmesi gerekir. Bu yüzden söz konusu dönemde açılan

---

117 Yapılan ödemelerin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade edilmesi gerektiği hususunda bkz. Yılmaz ve Sulu (n 37) 826-827.

118 Bu ödemelerin, mirasçılara ödenmesi gereken bedelden mahsup edilebileceği hususunda bkz. Kendigelen ve Kırca (n 4) 190. Bu düzenlemeye yönelik eleştiriler için bkz. Pulaşlı, Sorunlar (n 27) 49.

119 Tekinalp (n 8) 561; Bilgili ve Demirkapı (n 10) 757.

120 Söz konusu sorunun ortaya çıkmasının engellenebilmesi için ortağın ölümünden sonra yapılacak ilk genel kurul toplantısında öncelikle mirasçıların ortaklığının onaylanıp onaylanmayacağı gündem maddesinin görüşülmesi gerektiğine ilişkin bir yasal düzenlemenin yapılması gerektiği hususunda bkz. Pulaşlı, Sorunlar (n 27) 49.

121 Bu düzenlemeye ilişkin eleştiriler için bkz. Pulaşlı, Sorunlar (n 27) 44-46

davaların red kararından olumsuz bir şekilde etkileneceği düşünülerek mahkemeler tarafından genel kurul tarafından red kararı verilip verilmeyeceği hususu açıklığa kavuşana kadar, davaların görülmesine başlanılmaması gerekir[122].

SONUÇ

Limited şirketlerde ortağın ölümüyle birlikte ortaklık sıfatına bağlı hak ve yükümlülüklerin tamamı genel kurul onayı, pay defterine kayıt ve ticaret sicilinde tescil yapılmasına gerek kalmaksızın kendiliğinden mirasçılara geçer.

Limited şirketlerde payın miras yoluyla geçişi payın iradi olarak geçişinden ve anonim şirketlerde payın miras yoluyla geçişine ilişkin hükümlerden farklı şekilde düzenlenmiştir. Mirasçılar, ortağın ölümüyle birlikte ortaklık sıfatına bağlı tüm hak ve borçları kendiliğinden kazanır. Mirasçılar anonim şirketlerden farklı olarak yönetimsel hakları da kullanabilir. Bu konudaki en önemli farklılık birden fazla mirasçının bulunması halinde ölen ortağın payının miras payları oranında kendiliğinden mirasçılara geçmesidir. Bu sebeple anonim şirketlerden farklı olarak ortaklık haklarının kullanılması konusunda bir temsilci atanması gerekli değildir. Mirasçılardan her biri söz konusu ortaklık payları üzerinde diğerlerinden bağımsız bir şekilde tasarruf edebilir.

Payın miras yoluyla geçişinin kendiliğinden gerçekleşmesi, şirketin bu konuda bir fonksiyonunun bulunmaması ortak olmaları arzu edilmeyen birtakım kişilerin ortaklık sıfatını kazanmalarına sebep olabilir. Bu sebeple kanun koyucu anonim şirketlerde olduğu gibi şirkete alım hakkını kullanarak mirasçıları onaylamayı reddetme hakkı tanımıştır. Söz konusu hakkın kullanılmasında yetkili organ genel kuruldur. Bu konuda ağırlaştırılmış bir nisap düzenlenmediğinden söz konusu kararın olağan nisapla alınabilmesi mümkündür. Mirasçılar ortağın ölümüyle birlikte genel kurula katılma ve oy hakkını kazandıklarından bu konunun görüşüleceği genel kurul toplantılarına katılabilir ve oy kullanabilirler. Mirasçıların söz konusu kararın alınmasında oy kullanmaları, limited şirketlerde oydan yoksunluk sebepleri içerisinde düzenlenmemiştir.

Limited şirket tarafından alım hakkının kullanılması, mirasçıların ortaklık sıfatını geçmişe etkili bir şekilde (en baştan itibaren) ortadan kaldırır. Bu sebeple mirasçılara ortak sıfatıyla yapılmış kâr payı vb. ödemeler varsa bunların şirkete iade edilmesi gerekir. Alım hakkının kullanılması mirasçılar tarafından kullanılan yönetimsel hakları da olumsuz yönde etkiler. Alım hakkının geçmişe etkili bir şekilde sonuç doğurması özellikle mirasçıların da katıldığı ve oy kullandıkları genel kurul toplantılarında alınan kararların geçerliliğini tartışmalı hale getirir. Bu sebeple kanun koyucu tarafından söz konusu hususta istisnai bir düzenleme yer verilmiştir. TTK m. 596/3'e göre onaylamanın reddi kararı, red kararının verilmesine kadarki sürede alınan genel kurul kararlarının geçerliliğini olumsuz yönde etkilemeyecektir. Ancak

[122] Şener, Ortaklıklar (n 3) 705; Şener, Limited (n 3) 344

onaylamanın reddi kararıyla şirkete ortak olarak katılmaları arzu edilmeyen kişilerin bu süreçte oy kullanmaları şirket açısından bazı olumsuzluklara sebep olabilir. Bu sebeple limited şirketin mirasçıların genel kurul toplantılarında oy kullanmalarından dolayı ortaya çıkabilecek söz konusu sorunları engellemek için en kısa sürede alım hakkını kullanarak mirasçıları onaylamayı reddetmesi gerekir.

Ortağın ölümü halinde alım hakkının kullanılması sadece şirket açısından söz konusu olur. Mirasçıların mirasın reddi dışında ortağın ölümüyle birlikte kendiliğinden sahip oldukları payları şirkete satma hakları bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle mirasçıların murisin ortaklık payı yerine, şirketten payın gerçek değerinin kendilerine ödenmesini talep etme hakları bulunmamaktadır. Ancak mirasçıların payın devrine ilişkin hükümler çerçevesinde diğer ortaklar gibi paylarını devredebilmeleri mümkündür.

Mirasçılar tarafından mirasın reddedilmesi halinde red hakkını kullanan mirasçının payı kendiliğinden diğer mirasçılara geçer. Tüm mirasçıların mirası reddetmeleri halinde ise içerisinde ortaklık payının da yer aldığı terekenin iflas hükümleri çerçevesinde tasfiye edilmesi gerekir. Mirası reddetme hakkından açıkça veya örtülü bir şekilde feragat eden mirasçıların, miras hakkını reddedebilmeleri mümkün değildir. Bu kapsamda ortağın ölümünden sonra yapılan genel kurul toplantılarına katılan, oy kullanan, şirketle ortak sıfatıyla işlem yapan mirasçıların örtülü bir şekilde mirası reddetme hakkından feragat ettiklerinin kabul edilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

Akın MY, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler (Vedat 2014).

Antalya G, Miras Hukuku, C. III (5. Baskı, Seçkin 2021).

Arslanlı H ve Domaniç H, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III (Temel 1989).

Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (4. Baskı, Yetkin 2022).

Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku (13. Baskı, Beta 2019).

Biçer L ve Hamamcıoğlu E, 'Limited Şirket Genel Kurulunda Yetersayılar' (2017) 16 (2) İKÜHFD 343-381.

Bilgili F ve Cengil F, Limited Şirket Genel Kurulunda Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu (2017) (1) GÜHFD 69-121.

— — ve Demirkapı E, Şirketler Hukuku (9. Baskı, Dora 2013).

Bozgeyik H, 'Bağlı Nama Yazılı Payların Miras Yoluyla İntikalinde Satın Alma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar' (2009) 25(2) Batider 211-226.

Bozkurt T, 'Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Devri, Devir Sınırlamaları ve Özellikle Yasal İntikallerde Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunlar' in Emek Toraman Çolgar ve Abdurrahman Kayıklık (eds), Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar (Konferans Serisi No. 10) (On İki Levha 2021) 363-422 (Anılış: Sorunlar).

— — 'Yargıtay Kararları Ekseninde Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Paylarla İlgili Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri', in Yasin Barış Özelci, İbrahim Bektaş (eds), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (BTHAE 2021) 119-216 (Anılış: Öneriler).

— —, Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)-Die Vinkulierung (On İki Levha 2016) (Anılış: Bağlam).

Can O, 'Bilgi Alma ve İnceleme Talebi Müdürler Tarafından Reddedilen Limited Şirket Ortağının Genel Kurulda Oy Kullanıp Kullanamayacağı Sorusu Üzerine Düşünceler' (2015) 2, ABD 45-66.

Cenkci E, 'Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Kaçış Klozuna Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması' (2021) 79 (2) İHM 379-408.

Çamoğlu E, 'Limited Ortaklıktan Çıkarılmak İstenen Ortak Genel Kurul Kararında Oy Kullanabilir mi?, in Mehmet Özdamar, Hayrettin Çağlar, Kürşat Göktürk, Mehmet Çelebi Can, Esra Kaşak, Fevzi Fırat Gözüyeşil, Bilge Aytuğar (eds) Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan (Yetkin 2022), 175-185.

Daloğlu TÖ, Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkarılma (On İki Levha 2020).

Demirkapı E, 'Limited Ortaklıkta Payın Devri' (Doktora Tezi, DEÜ SBE 2008).

Dural HA, 'Limited Şirket Esas Sermaye Payının Miras, Eşler Arası Mal Rejimi ve İcra Yoluyla Edinilmesine İlişkin TTK m. 596 Düzenlemesi Üzerine Düşünceler ve Eleştiriler' (2018) 6 (1) KHÜHFD 111-124.

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (21. Baskı, Yetkin 2017).

— — ve Yücer Aktürk İ, Türk Miras Hukuku (Yetkin 2019).

Eriş G, Ticari İşletme ve Şirketler (3. Baskı, Seçkin 2017).

Furrer A, Muller-Chen M ve Çetiner B, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (On İki Levha 2021).

Gökberk İ.N.G, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Bakımından Eşit İşlem İlkesi (On İki Levha 2020).

Günday HM, Alım hakkı, (Adalet 2021).

Hırsch E, Ticaret Hukuku Dersleri (3. Bası, Hak 1948).

İnan AN, Ertaş Ş ve Albaş H, Miras Hukuk (12. Baskı, Seçkin 2024).

Karakaya U, 'Limited Şirket Pay Devrinin Onaylandığı Genel Kurulda Devreden Ortağın Kullandığı Oyların Geçerliliği' (2023) 8(3) Regesta, 363-400.

Kendigelen A ve Kırca İ, Şirketler Hukuku, C. III (On İki Levha 2022).

— —, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3. Baskı, On İki Levha 2016).

Kılıçoğlu A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (26. Baskı, Turhan 2022) (Anılış: Borçlar).

— —, Eşya Hukuku (Turhan 2021) (Anılış: Eşya).

Kırca İ ve Gürel M, 'Limited Şirket Ortağının Kendisini Çıkarmaya Yönelik Genel Kurul Kararının Alınmasında Oy Hakkına Sahip Olup Olmadığı Sorunu', in Murat Gürel, Ufuk Tekin ve İbrahim Bektaş (eds), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı (BTHAE 2015) 197-224.

Kırkbeşoğlu N, Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım hakkı (On İki Levha 2020).

Oğuzman M.K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku, (25. Baskı, Filiz 2023).

Paslı A, 'Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirket Pay (Hisse) Devri', in Abuzer Kendigelen, Müge Evlek, Nurgül Yıldız, Necdet Uzel, İsmail Cem Soykan (eds), Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (On İki Levha 2018) 71-139.

Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku, C.2 (13. Baskı, Vedat 2017).

Pulaşlı H, 'Limited Şirketler Hukukundaki Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar' (2009) 15(2) Batider, 37-54.

— —, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (3. Baskı, Adalet 2015).

— — H, Şirketler Hukuku Şerhi, C.2 (2. Baskı, Adalet 2015).

Serozan R ve İlkay Engin B, Miras Hukuku (8. Baskı, Seçkin 2022).

Şener OH, Limited Ortaklıklar Hukuku (Seçkin 2017).

— —, Ortaklıklar Hukuku (5. Baskı, Seçkin 2022).

Taşdelen N, Limited Ortaklıklarda Çıkma, Çıkarılma ve Fesih (Yetkin 2012)

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (5.Baskı, Vedat 2020).

Teoman Ö, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu (BTHAE 1983).

Tokcan FP, Limited Ortaklıkta Oy Hakkından Yoksunluk (On İki Levha 2018).

Yağmur S, Anonim Şirketlerde Eşit işlem İlkesi (On İki Levha 2020).

Yavuz C, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (11. Baskı, Beta 2022).

Yıldız Ş ve Özbay İ, 'Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418 f. 4'te Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı' Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (BTHAE 2007) 7-40.

Yıldız Ş, Limited Şirketler Hukuku (Arıkan 2007).

Yılmaz G, Pay Sahipleri Sözleşmesinden Doğan Birlikte Satma Hakkı ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı (On İki Levha 2018).

Yılmaz M ve Sulu M, 'Limited Şirketlerde Payın Haczi', in Abuzer Kendigelen (ed), Prof. Dr. Türkân Rado'nun Anısına Armağan (On İki Levha 2020) 799-831.

Yüksel SH, 'Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu)' (2013) 2 GÜHFD 159-217.

TAAD Yıl 15 . Sayı 59 . Temmuz 2024
ISSN 1309-6826
Araştırma Makalesi/Research Article DOI: 10.54049/taad.1515082

SİYASİ PARTİLERİN İL VE İLÇE TEŞKİLAT KADEMELERİNDE ÇALIŞAN İŞÇİLERİN İŞVERENİNİN TESPİTİ VE İŞ HUKUKU BAKIMINDAN SONUÇLARI

Determination of the Employer of the Workers Employed in the Provincial and District Organisational Levels of Political Parties and the Consequences in Terms of Labour Law

Ayşegül EKİN*

Özet

Siyasi Partiler Kanunu m. 71'de siyasi partilerin mali sorumlulukları bakımından yapacakları giderler, sözleşmeler ve girişecekleri yükümlülükler bakımından il ve ilçe teşkilatlarında yapılan işlemlerde sorumluluğun merkez karar ve yönetim kurulunca önceden yazılı yetki verilmediği veya sonradan onaylanmadığı takdirde il ve ilçe teşkilat kademelerinin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Parti tüzel kişiliği tarafından yetki alınmadan veya sonrasında onaylanmayan her türlü sözleşmeden parti tüzel kişiliğinin sorumlu olmayacağı, sorumluluğun sözleşmeyi yapan veya yükümlülük altına giren kişi veya kişilere ait olacağı düzenlenmiştir.

2016 yılında söz konusu kanun hükmüne eklenen "hizmet sözleşmeleri de dahil her türlü" ibaresi ile iş hukuku bağlamında yapılacak iş sözleşmesinin işvereninin tespiti ve sorumluluğun belirlenmesi önem arz etmektedir. Siyasi partinin il veya ilçe teşkilatlarında çalışan işçilerin çalıştıkları dönemde şayet parti tüzel kişiliği tarafından yetki alınmadan iş sözleşmeleri yapılmış ve devam etmişse, aynı siyasi parti teşkilatında çalışan işçi bakımından il ve ilçe teşkilat kademelerinin değişmesi nedeniyle işverenlerinde değişiklik söz konusu olacaktır. Çalışmamızda siyasi parti il veya ilçe teşkilatında iş sözleşmesi ile çalışan ancak bu iş sözleşmesinin yapılması için parti tüzel kişiliğinden yetki alınmadığı veya sonradan onay verilmediği durumlarda işçinin işverenlerinin tespiti, işverenlerin sorumlulukları tüm yönleriyle ulusal mevzuat çerçevesinde değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hizmet Sözleşmesi, Siyasi Partiler Kanunu m. 71, İşveren, İşyeri Devri, Mali Sorumluluk, İş Sözleşmesi

Abstract

Article 71 of the Law on Political Parties stipulates that the provincial and district organisational levels shall be responsible for the expenses, contracts and obligations to be incurred by political parties in terms of their financial responsibilities, unless the central decision-making and executive board of the party is authorised in writing in advance or subsequently approved. It is regulated that the party legal entity shall not be responsible for any kind of contract that is not authorised or subsequently approved by the party legal entity, and the responsibility shall belong to the person or persons who make the contract or enter into an obligation.

- *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*
- *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 03.06.2024*
- *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024*

* Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aysegul.ekin@erdogan.edu.tr, https://orcid.org/0000-0002-0659-6648.

In 2016, the phrase 'all kinds, including service contracts' was added to the provision of the law in question, and it is important to determine the employer of the employment contract to be made in the context of labour law and to determine the responsibility. If the employment contracts of the workers working in the provincial or district organisations of the political party were made and continued during the period of their employment without the authorisation of the party legal entity, there will be a change in their employers due to the change of provincial and district organisational levels in terms of the worker working in the same political party organisation. In our study, the determination of the employers of the employees working in the provincial or district organisation of a political party with an employment contract, but in cases where the party legal entity has not been authorised or subsequently approved for the execution of this employment contract, the responsibilities of the employers will be evaluated in all aspects within the framework of national legislation.

Key Words: Service Agreement, Art. 71 of the Law on Political Parties, Employer, Transfer of Workplace, Financial Liability, Employment Contract

GİRİŞ

Siyasi partilerin mali sorumlulukları bakımından yapacakları giderler, sözleşmeler ve girişecekleri yükümlülükler bakımından Siyasi Partiler Kanunu[1] m. 71'de il ve ilçe teşkilatlarında yapılan işlemlerde sorumluluğun merkez karar ve yönetim kurulunca önceden yazılı yetki verilmediği veya sonradan onaylanmadığı takdirde il ve ilçe teşkilat kademelerinin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Sorumluluğun sözleşmeyi yapan veya yükümlülük altına giren kişi veya kişilere ait olacağı belirtilerek parti tüzelkişiliği tarafından yetki alınmadan veya sonrasında onaylanmayan her türlü sözleşmeden parti tüzelkişiliğinin sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. 03.08.2016 tarihli ve 6736 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle, "hizmet sözleşmeleri de dahil her türlü" ibaresi eklenerek siyasi parti teşkilatlarında iş sözleşmesi ile çalışanları ilgilendiren önemli bir değişiklik söz konusu olmuştur. Yapılan iş sözleşmesinin işveren tarafının tespit noktasında uygulamada sorunların çıktığı bilinmektedir. Parti tüzelkişiliğinden yetki alınmadan imzalanan veya sonradan onaylanmayan bir iş sözleşmesinin işveren tarafını oluşturan kişi ya da kişilerin tespiti özellikle iş sözleşmesinden kaynaklanan davalarda husumetin tespiti açısından ve sonrasında sorumluluklar bakımından oldukça önemlidir.

Çalışmamızda genel hatları ile siyasi partilerin mali sorumluluğundan söz edilecek olup, kanunun bu maddesinin amacı, uygulamadaki durumu irdelenecektir. Sonrasında ise iş hukuku bakımından söz konusu iş sözleşmelerinde işverenin tespiti ve sorumluluğuna değinilecektir. Özellikle işçilerin ve iş sözleşmesini imzalayan kişilerin aralarındaki iş ilişkisi sona erdikten sonra işçilerin haklarına kavuşmalarında husumet sorunları ile karşılaşılmaması için önerilere yer verilecektir.

I. SİYASİ PARTİLERİN MALİ SORUMLULUĞU

Siyasi partiler kuruldukları ülkelerde toplumsal açıdan önemli rol üstlenmektedirler. Siyasal ideolojileri doğrultusunda ülkenin yönetiminde söz sahibi olmak

[1] Kanun numarası:2820, Kabul Tarihi:22.04.1983, RG 24.04.1983/18027.

adına merkezi ve yerel örgütleri ile faaliyet göstermektedirler. Siyasi partilerin gelirlerinin kaynağının ve elde edilen gelirlerin ne şekilde harcandığının bilinmesi demokratik siyasi hayat bakımından önemlidir[2]. Hukuk devleti ilkesinin mevcut olduğu ülkelerde demokratik sistemin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için siyasi partilerin finansmanı ve mali denetimi büyük önem arz etmektedir[3]. Demokrasinin açıklık ve şeffaflık ilkeleri gereğince siyasi partilerin faaliyetlerini sürdürmelerini sağlayan gelirlerinin ve buna bağlı olarak giderlerinin kamuoyuna sunularak bilgilendirme yapılması gerekmektedir[4].

Siyasi Partiler Kanunu'nun 71. maddesi, siyasi partilerin yapacakları giderler, sözleşmeler ve girişecekleri yükümlülükler; genel merkezde parti tüzel kişiliği adına, illerde il yönetim kurulu adına ve ilçelerde ilçe yönetim kurulu adına yetkili kılınan kişi veya kurulca yapılacağı düzenlenmiştir. Siyasi partilerin teşkilatı merkez organları ile il, ilçe ve belde teşkilatlarından, Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu ile il genel meclisi ve belediye meclisi gruplarından oluşmaktadır. Belde teşkilatı il veya ilçe merkezleri dışında belediye teşkilatı olan yerlerde kurulmaktadır. Siyasi partilerin il teşkilatı, il kongresi, il başkanı, il yönetim kurulu ve il disiplin kurulundan oluşmaktadır.

Siyasi Partiler Kanununun 71. maddesinde düzenlendiği üzere, siyasi parti il veya ilçe teşkilatları tarafından yapılan sözleşmeler, merkez karar ve yönetim kurulu tarafından izin veya onay verilmediği sürece siyasi parti tüzel kişiliğini bağlamamaktadır. 2016 yılında Kanunda yapılan değişiklikle "hizmet sözleşmeleri de dahil" ibaresi eklenmiştir. Bu değişiklikle birlikte iş sözleşmelerinin her türlü sonuçlarından siyasi parti tüzel kişiliğinin sorumlu olabilmesi için merkez karar ve yönetim kurulu tarafından izin ve onay şartı kesin olarak hüküm altına alınmıştır. İl veya ilçe teşkilatlarında çalıştırılan işçiler bakımından sorumluluk, genel merkez tarafından izin ve onay olmaksızın çalıştırılmaları halinde sözleşmeyi yapan ve yükümlülük altına giren kişi veya kişilere ait olacaktır. Siyasi partilerin yapacakları giderler, sözleşmeler ve girişecekleri yükümlülükler; genel merkezde parti tüzelkişiliği adına, illerde il yönetim kurulu adına ve ilçelerde ilçe yönetim kurulu adına yetkili kılınan kişi veya kurulca yapılacaktır.

Siyasi Partiler Kanunu 74. maddede belirtildiği üzere, siyasi partilerin mali denetimi Anayasa Mahkemesince yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi siyasi partilerin parti gelir ve giderlerinin, mal edimlerinin kanuna uygun olup olmadığının tespitini

---

2 Rıfat Karakoç, 'Türkiye'de Siyasi Partilerin Mali Denetimi' (2018) 109 Sayıştay Dergisi, 81; Özlem Çelik, "Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Gelir ve Giderlerinin Mali Denetimi" (2010) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1304.

3 Cem Duran Uzun, "Anayasa Önerilerinde Siyasi Partilerin Finansmanı ve Yeni Bir Öneri" (2011) 94, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 237; Zehra Odyakmaz, Serkan Çınarlı ve Cem Özcan, "Fransa'da ve Türkiye'de Seçim Kampanyalarının ve Siyasi Partilerin Finansmanın Denetimi" (2012) 20(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7.

4 Karakoç (n 2) 82.

gerçekleştirmektedir[5]. Siyasi partiler amaçlarına ulaşmak için gerekli gördükleri siyasi faaliyetleri kapsamında her türlü harcamayı yapabileceği kanunda düzenlenmiştir. Siyasi partiler ücreti mukabilinde geçici veya sürekli olarak çalıştırdıkları kişilere ödedikleri ayni ve nakdi sağlık ve sosyal yardım giderleri ile amaçlarına ulaşmak için görevlendirdikleri kişiler tarafından yapılan yurt içi ve yurt dışı seyahatlere ilişkin konaklama, yol masrafları ve diğer zorunlu harcamaları gider olarak kaydedebilirler[6].

Partiler varlıklarını sürdürebilmek için faaliyet gösterdikleri binaların kiraları, çalışanların ücretleri, faturalar gibi düzenli ödenmelerle birtakım yükümlülükler altına girmektedirler[7]. Siyasi partiler il veya ilçe teşkilatlarında bazı hizmetlerin görülmesi için işçi çalıştırabilirler. Günümüzde çay, kahve servisi, temizlik, yemek, güvenlik, mali işler gibi konularda çalıştırılmak üzere işçi temini yapıldığı bilinmektedir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin kapatılması sonrasında, 9. Hukuk Dairesi ile Dairelerin kararlarında uyuşmazlık konusu konular görüşülmüştür. 9. Hukuk Dairesinin içtihat farklılıklarının görüşülmesi neticesinde yayınladığı görüşlerde de genel merkezin onayının olmadığı iş sözleşmelerinden sözleşmeyi yapan ve yükümlülük altına giren kişinin sorumlu olacağı kanaati bildirilmiştir.

II. SİYASİ PARTİLERİN İL VE İLÇE TEŞKİLATLARINDA HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE ÇALIŞMALAR

A. Genel Olarak

Siyasi Partiler Kanunu m. 71'de belirtilen hizmet sözleşmesinin kapsamı, tarafları ve sonuçları bakımından konuyu incelediğimizde, öncelikle "hizmet sözleşmesi" ifadesinin Türk Borçlar Kanunu'nun[8] altıncı bölümünün "hizmet sözleşmeleri" başlığı altında düzenlendiği görülmektedir. Borçlar Kanunu 393. maddede "*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*" şeklinde tanımlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun[9] 8/1 maddesinde ise "*İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işverene) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir*" olarak ta-

---

5 Siyasi partilerin kamu kurumu olmadığı, dolayısıyla mali denetimlerin devlet kurumlarının denetiminde olduğu gibi, Sayıştay tarafından yapılmasının yerinde olmayacağı görüşüne dair bkz. Çelik (n 2) 1350; Hazineden mali yardım almayan siyasi partiler de siyasi partilerin bir bütün olarak değerlendirilmesi nedeniyle mali denetime tabidir. Recai Akyel, "Türkiye'de Siyasi Partilerin Hukuksal Konumları ve Denetimleri" (2018) 6(12) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 152.

6 Parti adına yapılacak harcamalarda yetki verilmesi zorunlu olup, bu yetki harcama yapılmadan önce verilebileceği gibi, harcama yapıldıktan sonra onaylama şeklinde de olabilmektedir. Hüseyin Özcan ve Murat Yanık, Siyasi Partiler Hukuku, (Der Yayınları 2007) 103-104.

7 Çelik (n 2) 1340; Karakoç (n 2) 80.

8 Kanun numarası:6098, Kabul Tarihi:11.01.2011, RG 04.12.2011/27836.

9 Kanun numarası:4857, Kabul Tarihi:22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

nımlanmıştır. İş Kanunu'nda iş sözleşmesi ve Borçlar Kanunu'nda hizmet sözleşmesi kavramlarının arasında hiçbir fark olmayıp, aynı hukuki kurumun kanunlarda farklı ifade edilmesinden kaynaklanmaktadır"[10]. Çalışmamızda her ne kadar Siyasi Partiler Kanunu'nda "hizmet sözleşmesi" ifadesi yer alsa da İş Kanunu'nda "iş sözleşmesi" ifadesi yer aldığından kavram bütünlüğünü sağlamak adına iş sözleşmesi kavramı kullanılacaktır.

Gerek İş Kanunu'nda gerekse Borçlar Kanunu'nda iş görme, ücret ödeme ve bağımlılık unsurlarının yer aldığı sözleşmeler iş sözleşmesi olarak kabul edilmektedir[11]. İş Kanunu'nun amaç ve kapsamını düzenleyen 1. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında, Kanunun amacının işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarının düzenlendiği olduğu, 4. maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağı belirtilmiştir[12]. Siyasi partilerin il ve ilçe teşkilatlarında

---

10 Sarper Süzek, *İş Hukuku* (21. Baskı, Beta Yayınları 2021) 233; Aynı şekilde Basın İş Kanunu'nda "iş akdi", Deniz İş Kanunu'nda "hizmet akdi" kavramları kullanılmıştır. Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (Güncelleştirilmiş 7. Baskı Lykeıon Yayıncılık 2022) 321 vd.

11 Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 36. Baskı Beta Yayınları 2023) 173 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 326 vd; Münir Ekonomi, İş Hukuku Cilt I, Ferdi İş Hukuku (İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası 1976) 61; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, (9. Baskı Gazi Kitabevi 2018) 81-82; Turhan Esener, *İş Hukuku*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sevinç Matbaası 1978) 127; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku (26. Baskı Seçkin Yayıncılık 2022) 37; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, (9. Baskı Beta Yayınevi 2018) 69; Ercan Güven ve Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, (6. Baskı Nisan Kitabevi 2020) 95; Zaman unsurunun bağımsız bir unsur olmayıp, bağımlılık unsurunun saptanmasında yardımcı ölçüt olduğu yönünde bkz. Süzek (n 10) 233.

12 MADDE 1. - Bu Kanunun amacı işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemektir. Bu Kanun, 4 üncü maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.
MADDE 4.- Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz;
a) Deniz ve hava taşıma işlerinde,
b) 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde,
c) Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri,
d) Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde,
e) Ev hizmetlerinde,
f) çıraklar hakkında,
g) Sporcular hakkında,
h) Rehabilite edilenler hakkında,
ı) 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde.
Şu kadar ki;
a) Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri,

iş gören, karşılığında ücret alan ve taraflar arasında bağımlılık unsurunun olduğu iş sözleşmelerinin İş Kanunu'na tabi olduğu açıktır.

İş görme edimi, bir gerçek kişinin ekonomik bakımdan değeri olan her türlü bedensel, düşünsel, teknik, sanatsal ve bilimsel çalışması olarak kabul edilebilecektir[13]. Partilerin teşkilatlarında çalışan temizlik, çay servisi, yemek pişirilmesi, sekretarya hizmeti, muhasebe görevlisi gibi hizmetlerin yanı sıra, reklam çalışmaları, logo, grafik vs. tasarım faaliyetleri, organizasyon ile ilgili görevli kişilerin de diğer unsurların varlığı halinde işçi sıfatıyla iş sözleşmesi kapsamında çalışabileceği kanaatindeyiz.

İş görme unsurunun karşılığında işverenin temel borcu olan ücret ödeme unsuru iş sözleşmesinin vazgeçilemez unsurudur[14]. Ücret unsurunda açık net bir şekilde miktar belirtmesinden veya yazılı şekilde olmasından ziyade taraflar arasında kararlaştırılmış olması esastır. Tarafların miktarı belirlemediği hallerde asgari ücretten az olmamak üzere bir ücret belirlenebilecektir[15]. Önemle üzerinde durulması gereken husus, hatır için veya ahlaki amaçla ücretsiz şekilde yapılan çalışmaların iş sözleşmesi olarak İş Kanunu kapsamında değerlendirilemeyeceğidir[16]. Çalışma öncesi yaptığımız araştırmada, bazı siyasi partilerin teşkilatlarında gönüllülük esasına göre, çay servisi, temizlik yapılması, sekreterlik hizmeti vs. yapıldığı görülmüştür. Bu çalışmalar gönüllü olarak ve ücretsiz şekilde yapıldığından taraflar arasında başka bir ifade ile çalışan kişi ile il ve ilçe teşkilatı arasında iş sözleşmesinin olduğu söylenemeyecektir.

İş sözleşmesinin diğer birçok sözleşmeden ayrılmasını sağlayan bağımlılık unsurunun kişisel ve hukuki bağımlılık olarak değerlendirilmesi gerekmektedir[17]. İşverenin otoritesi altında çalışan, emir ve talimatları işverenden alarak iş göre işçinin bağımlılığından anlaşılması gereken kişisel/hukuki bağımlılıktır. İşçinin işgücü kişiliğinin bir unsuru olup, işçi işgücünü işverenin yararlanmasına sunmak-

b) Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler,
c) Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işler,
d) Tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri,
e) Halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri,
f) Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler,
Bu Kanun hükümlerine tabidir.

13 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 329; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 11) 173; Süzek (n 10) 233.

14 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 11) 173; Süzek (n 10) 234; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 333.

15 YİBK, 18.11.1964, 2/4, RG, 27.11.1964. (www.kazancihukuk.com)

16 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 11) 174.

17 Bağımlılık unsuruna ilişkin detaylı bilgi için bkz. Sevil Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru* (1. Baskı Seçkin Yayıncılık 2016) 98 vd; Süzek (n 10) 235; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 339.

tadır[18]. Belirttiğimiz üzere parti teşkilatlarında gönüllü olarak çalışan, hatır için iş yapan ve karşılığında ücret almayan kişilerin çalışmalarında bağımlılık unsuru da bulunmamaktadır.

B. İşverenin Tespiti

İş Kanunu 2/1'e göre "*İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren .... denir"*. Tüzel kişi işverenler bir özel hukuk tüzel kişisi olarak şirket, vakıf, dernek vs. veya kamu hukuku tüzel kişisi olarak KİT, üniversite, belediye olabilecektir[19]. Öte yandan tüzel kişiliği olmayan ancak işçi çalıştıran kurum ve kuruluşlar da Kanun hükmü gereği işveren olabileceklerdir.

Çalışmamızın konusu olan siyasi partilerin tüzel kişiliğinin olduğu Siyasi Partiler Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan tanım başlığı altında açıkça düzenlenmiştir[20]. İş sözleşmesinin tarafı olarak işveren, genel merkezde siyasi parti tüzelkişiliği, illerde il yönetim kurulu ve ilçelerde ilçe yönetim kurulu adına yetkili kılınan kişi veya kurulu olabilecektir.

Siyasi partilerin mali sorumluluğunun tespitinde siyasi partilerin il ve ilçelerdeki teşkilat kademeleri tarafından imzalanan ancak merkez karar ve yönetim kurulunca önceden yazılı yetki verilmemişse veya sonradan bir kararla onaylanmamışsa, işverenin parti tüzel kişiliği olmadığı, sorumluluğun sözleşmeyi yapan ve yükümlülük altına giren kişi veya kişilere ait olacağı ilgili kanun hükmünde düzenlenmiştir. Bu durumda partilerin il veya ilçe teşkilatlarında çalışan işçilerin işvereninin tespitinde iki durum söz konusu olabilecektir. İlk olarak iş sözleşmesi imzalamak için parti merkez karar ve yönetim kurulunca yazılı yetki alınmışsa ya da iş sözleşmesi sonradan onaylanmışsa işverenin parti tüzelkişiliği olacağı kuşkusuzdur.

İşverenin parti tüzelkişiliği olacağı durumlarda il veya ilçe başkanlarının işveren vekili olduğu düşünülebilecektir. Nitekim işveren vekilleri işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere denilmektedir[21]. İşveren tarafından belli bir konuda doğrudan doğruya temsil yetkisi verilmişse, bu kimse işveren adına hareket edebilecek, işveren vekili olarak yaptığı hukuki işlemler başkaca işleme gerek kalmaksızın hüküm ve sonuç doğuracak-

---

18 Süzek (n 10) 235.

19 Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (7. Baskı Seçkin Yayıncılık 2019) 6; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 10) 185.

20 Madde 3 – Siyasi partiler, Anayasa ve kanunlara uygun olarak; Cumhurbaşkanı, milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanan tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır.

21 Süzek (n 10) 188 vd; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 11) 97; İşveren vekili ve üst düzey yönetici kavramlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Canan Ünal Adanır, *İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler*, (2 Baskı On İki Levha Yayınları 2023) 11 vd; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 10) 235.

tır[22]. İşveren vekili genellikle işverene iş sözleşmesi ile bağlı olmakla birlikte, bu temsil ilişkisinin temeli vekalet akdi, şirket sözleşmesi veya statü hukukundan da kaynaklanabilmektedir[23]. Ancak il veya ilçe başkanlarının böyle bir durumda işçi sıfatına sahip olmadıkları tartışmasızdır. İşveren vekili çift görünümlü şekilde işverene karşı işçi, işçilere karşı işveren olduğundan ve parti tüzel kişiliği ile il veya ilçe yönetimi arasında iş ilişkisi olmadığı için il veya ilçe yöneticisinin iş hukuku anlamında işveren vekili olmayacağı açıktır.

Buradaki temsil ilişkisinin kaynağı parti genel merkez ve yönetim kurulunca alınan karar ve yetkilendirmeden kaynaklanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu 40/1'de "Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar" hükmü de dikkate alındığında iş sözleşmesinin yapılmasında yetki alan il veya ilçe yöneticisinin yaptığı bu hukuki işlemden parti genel merkezi sorumlu olacaktır.

İkinci olarak parti il ve ilçe teşkilatlarının merkez karar ve yönetim kurulunun izni ve sonrasında onayı olmadan işçi çalıştırması başka bir ifade ile iş sözleşmesi imzalaması halinde, işverenin tespiti önem kazanmaktadır. Siyasi partilerin il ve ilçe teşkilatlarının il yönetim kurulu veya ilçe yönetim kurulu tarafından yetkili kılınan kişi veya kurulca yapılacağı belirtilmiştir. Uygulamada genellikle il veya ilçe başkanlarının yetkili kılınan kişi olduğu bilinmektedir. Siyasi Partiler Kanununun 19. ve 20. maddesinde belirtildiği üzere, il ve ilçe başkanlarının en çok üç yıl için seçileceği veya el çektirilebileceği düzenlemeleri karşısında iş sözleşmesini imzalayan, parti merkez ve yürütme kurulundan yetki veya onay almayan bir il veya ilçe başkanı işveren olarak sorumlu olabilecektir[24]. Bir sözleşme kural olarak sözleşmeyi imzalayanlar bakımından hüküm ve sonuç doğurur. Taraflardan birinin değişmesi halinde sözleşmenin de sona ermesi söz konudur. İşverenin böyle bir durumda değişmesi halinde iş sözleşmesinin sona erdiğinin kabul iş hukuku gereklerine aykırı olacağından modern iş hukuku işveren değişikliği için uygun bir çözüm sunmuştur[25]. İşyeri devri müessesesi ile işçiye iş güvencesi sağlanması amaçlanmıştır. Belirttiğimiz üzere parti genel merkezinden yetki veya sonradan onay alınmaksızın yapılan iş sözleşmelerinde, yetkili parti il veya ilçe başkanının değişmesi halinde, iş hukuku bakımından işçinin aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği ancak işverenlerin değiştiği "işyerinin devri" müessesesinden söz edilebileceği kanaatindeyiz.

İş yargılaması bakımından incelendiğinde ise, işçi tarafından açılan bir davada davalı olarak siyasi parti genel merkezinin gösterilmesi halinde, yargılama esnasında mahkeme tarafından açık kanun hükmü gereğince resen parti merkez ve yönetim

22 Süzek (n 10) 189.

23 Süzek (n 10) 190; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 10) 237.

24 Nazlı Erdem, "Siyasi Partilerin Finansmanı ve Mali Denetimi" (2017) 19(Özel sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan 3122; Karakoç (n 2) 87.

25 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 199.

kurulu tarafından verilen bir yetki veya onay olup olmadığı incelenmelidir[26]. Görülmekte olan bir davada mahkeme parti il ve ilçe teşkilatlarının merkez karar ve yönetim kurulunun izni ve sonrasında onayı olmadığının tespiti halinde husumet yönünden (sıfat yokluğundan) davanın reddine karar vermelidir[27]. Hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin dava niteliğinde olması sebebiyle parti il veya ilçe teşkilatında iş sözleşmesinin tarafı olan şahıs/şahıslara karşı husumet yöneltilmesi için davacıya süre tanınması, davaya dahili sağlandıktan sonra esasa ilişkin inceleme yapılması gerekmektedir[28].

İş mevzuatından kaynaklanan alacaklarda dava şartı arabuluculuk zorunluluğu nedeni ile yetki veya onay alınmadan imzalanan iş sözleşmesinin varlığı halinde işveren olarak il veya ilçe teşkilatındaki sorumlu kişinin karşı taraf olarak gösterilmesi gerekirken, siyasi parti genel merkezinin gösterilmesi halinde, arabuluculuk sürecinde taraf değişikliğine gidilebileceği kanaatindeyiz.

Ancak arabuluculuk aşamasında siyasi parti genel merkezi ile arabuluculuk toplantıları tamamlanıp, siyasi parti merkezine yönelik dava açıldıktan sonra taraf değişikliğinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu[29] 124 hükümlerine göre değişikliğinin yapılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim taraf değişikliği ile taraf sıfatına haiz olan il veya ilçe teşkilatındaki sorumlu kişi ile arabuluculuk görüşmeleri yapılmamış olup, dava şartı olan arabuluculuk sürecinin tüketilmemiş olduğu açıktır[30]. Böyle bir durumda mahkemenin davanın husumet nedeniyle reddine karar vermesi uygun olacaktır[31].

---

26 "Davacının çalışmalarıyla ilgili davalı partinin genel merkezinden verilen herhangi bir yetki, onay veya bir kaydın bulunup bulunmadığının araştırılıp, şayet böyle bir izin veya onaylama işlemi bulunmamakta ise, partinin teşkilat kademelerinin yaptıkları hizmet sözleşmeleri de dâhil her türlü sözleşme ve girişilen yükümlülüklerden dolayı, parti tüzel kişiliğinin hiçbir suretle sorumlu olmayacağı ve bu takdirde sorumluluğun sözleşmeyi yapan veya yükümlülük altına giren kişi veya kişilere ait olacağı gözetilerek husumetin doğru davalıya yöneltilmesi ve ilgili sorumlunun usulüne uygun bir biçimde davaya katılımının sağlanması ve elde edilecek sonuç değerlendirilmek suretiyle karar verilmesi gerekmektedir." Y10HD. E. 2023/6015 K. 2023/6247 T. 1.6.2023. (www.kazancihukuk.com)

27 Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (6 Baskı Yetkin Yayınları 2021) 119; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku (Güncellenmiş 7. Baskı Yetkin Yayınları 2021)272 vd.

28 Y10HD. 2022/9890 E. 2022/15972, 14.12.2022; Y10HD. 2022/10533 E., 2022/12984 K., 25.10.2022. (www.kazancihukuk.com)

29 Kanun numarası:6100, Kabul Tarihi:12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

30 Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde, davanın usulden reddedilmesi yerine HMK 115/2 hükmünde olduğu gibi eksik olan dava şartının tamamlanması için taraflara süre verilmesinin daha isabetli olacağı yönünde bkz. Ali Güzel, *İş Yargılamasına Yeni Bir Sistem: "Zorunlu" Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım-I)*, (2019 On İki Levha Yayıncılık) 21-22; Dava şartı noksanlığının mahkemece davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve hüküm anında bu noksanlık giderilmişse başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü dava usulden reddedilemeyeceği yönünde İstanbul BAM 16. HD, 10.12.2019 2740/2702; Aynı yönde İstanbul BAM 12. HD, 31.12.2019 2152/1681. (www.kazancihukuk.com)

31 "Bu esaslara aykırı olarak yahut siyasi partilerin tüzüklerine göre merkez karar ve yönetim kuru-

2016 yılında söz konusu kanun hükmüne eklenen "hizmet sözleşmeleri de dahil her türlü" ibaresi gelmeden önce karar verilen Hukuk Genel Kurulu bir kararında husumet konusunda aksi yönde karar vermiştir. Söz konusu kararda yerel mahkeme iş sözleşmesinin parti genel merkezi tarafından onaylanmadığı gerekçesiyle husumet yokluğu nedeni ile davanın reddine karar vermiş, temyiz incelemesinde özel daire işçinin davalı parti bünyesinde eylemli bir çalışması olduğunu, bu hizmetinden ilçe başkanlığı ve buna bağlı olarak parti genel merkezinin de yararlandığını, bu durumda işin esasına girilmesi gerekirken davanın husumet yokluğu nedeni ile reddinin hatalı olduğuna karar vermiştir. Yerel mahkemenin direnme kararı üzerine Hukuk Genel Kurulu Siyasi Partiler Kanunu 71. Maddesinin işçi işveren ilişkisinde uygulanabilirliğinin bulunmadığı gerekçesi ile direnme kararının bozulmasına karar vermiştir[32].

C. İşyeri Devri

İşyerinin devri, İş Kanunu 6/1 maddesinde "*İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer*" şeklinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 428. maddesinde de işyeri devri ve buna bağlı hukuki sonuçları İş Kanunu 6. madde ile paraleldir. Dolayısıyla işyeri devri hükümleri diğer iş kanunları ve Türk Borçlar Kanunu'na tabi tüm iş ilişkileri için geçerlidir[33]. İşyeri devrinden söz edebilmek için işyerinde yürütülen faaliyetin devralan tarafından devam ettirilmesi gerekmektedir[34].

---

lunca önceden yazılı yetki verilmediği veya sonradan bir kararla onaylanmadığı takdirde, partinin teşkilat kademelerinin yaptıkları hizmet sözleşmeleri de dâhil her türlü sözleşme ve giriştikleri yükümlülüklerden dolayı, parti tüzel kişiliği hiçbir suretle sorumlu tutulamaz; merkez karar ve yönetim kurulu veya genel başkan veya parti tüzel kişiliği aleyhine takipte bulunulamaz. Bu takdirde sorumluluk, sözleşmeyi yapan veya yükümlülük altına giren kişi veya kişilere ait olur. Eldeki davada, davacının murisinin çalışmalarıyla ilgili davalı partinin genel merkezinden verilen herhangi bir yetki, onay veya bir kaydın bulunmadığı belirgin olup, mahkemece yapılacak iş; sorumluluğun sözleşmeyi yapan veya yükümlülük altına giren kişi veya kişilere ait olacağı gözetilerek, davanın kamu düzenine ilişkin niteliği gereği HMK. 124. maddesi dikkate alınmak suretiyle, adı geçen şahıs/şahıslara karşı husumet yöneltmesi için davacıya mehil verilmeli, davaya dahil edilen şahıs/şahısların göstereceği tüm deliller toplandıktan sonra yapılacak değerlendirme ile oluşacak sonuca göre bir karar verilmelidir." Yargıtay kararında kamu düzenini gözeterek davacı tarafa husumet değişikliği için süre verilmesini belirtmişse de bu dava hizmet tespitine ilişkin olduğundan ve arabuluculuk süreci bulunmadığından arabuluculuk süreci tartışılmamıştır. Y10. HD E. 2022/10533 K. 2022/129842 T. 25.10.2022. (www.kazancihukuk.com)

32 HGK, 10.04.2013, 2012/1134 E., 2013/467 K. (www.kazancihukuk.com)

33 Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (2. Baskı On İki Levha Yayınları 2020) 228; Süzek (n 10) 207.

34 Fevzi Şahlanan, "İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları" (Kasım 2000-Şubat 2001)16 (4-5) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 16; Ali Cengiz Köseoğlu, "İşyerinin Kapanması" (2006) IV(4) Sicil İş Hukuku Dergisi 64; Ali Güzel, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi (Kazancı Hukuk Yayınları 1987) 82; Pınar Uzun, "İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri, Sonuçları ve Diğer Üçlü İş İlişkileriyle Karşılaştırılması", (2013)

İşyerinin devrinde işçinin tüm yasal hak ve borçları devralana geçtiği için, söz konusu devir esaslı bir değişiklik olmayıp kural olarak da işçinin rızasına bağlı değildir[35]. Böylelikle işin sürekliliğinin ve iş ilişkisinin devamının sağlanması, buna bağlı olarak işçinin geçerli veya haklı bir neden olmaksızın iş sözleşmesinin sona erdirilememesi iş hukukunun amaçlarına uygun olacaktır[36]. Kanunda devir tarihi iş sözleşmelerinin devralan işverene geçtiği tarih olarak belirtilmiştir. Öğretide taraflar devir tarihi belirlemişlerse belirlenen tarih, belirlememişlerse fiili devir tarihi, o tespit edilemiyorsa hukuki işlem tarihi devir tarihi olarak kabul edilebilecektir[37].

Aynı maddenin 2. fıkrasında, "Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür." düzenlenmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, devir ile devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile devralana geçmektedir. Bu durumda devralan işveren işçinin çalışma süresinin dikkate alındığı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti gibi haklarının tespitinde ve hesaplanmasında işçinin devreden işverenin yanında işe başladığı tarihi esas alacaktır[38]. "Mevcut olan iş sözleşmeleri" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, işyeri devrinden önce sona ermiş olan iş sözleşmelerinden doğan işçilik alacaklarından devralan işverenin sorumlu tutulması beklenilemez[39]. Aynı şekilde devreden işverenin de kendi çalıştırdığı dönem dışından sorumlu olması mümkün olmayacaktır.

Aynı maddenin 3. fıkrasında ise, "Yukarıda hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işvere-

---

17(1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 290; Gülsevil Alpagut, *İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı*, (Beta Yayınları 2010) 2.

35 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 264; Süzek (n 10) 204; Seracettin Göktaş, "İşveren Değişikliğinin İşçiye İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesih İmkanını Verip Vermeyeceği Sorunu" (2006) (2) Sicil İş Hukuku Dergisi, 72; Uzun (n 34) 290, 292, 293.

36 Sarper Süzek, "İşyerinin Devri ve Hukuki Sonucu" (2014) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan 312; Süzek (n 10) 203; Alpagut (n 34) 2; Göktaş (n 35) 72

37 İştar Urhanoğlu, "İşyeri Devrinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar", (2022) 30(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 128; Devir anından hukuki işlemin tarihi değil, işyerinin bu işleme dayalı olarak fiilen devredildiği, yönetim yetkisinin yeni işverene geçtiği tarihin anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 265.

38 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 267; Ercüment Özkaraca, "İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk Karar İncelemesi" (2009) (20) Çalışma ve Toplum Dergisi, 142-143; Uzun (n 34) 300; Göktaş (n 35) 72.

39 Uzun (n 34) 298; Göktaş (n 35) 72; Sümer (n 19) 89; Kanuna karşı bir hile söz konusu olmadığı sürece devreden işveren işçi alacaklarından tek başına sorumlu olacaktır. Süzek, İşyeri Devri (n 36) 317; Aksi yönde işçinin iş sözleşmesinin feshinden sonra işyerinin devredilmesi halinde müteselsilen sorumluluğa yönelik karar incelemesi, M. Polat Soyer, İş Sözleşmesinin Feshinden Sonra İşyerini Devralan İşverenin Sorumluluğu, (2010) 5(17) SİCİL 107-110, Y9HD, 03.04.2008, 15619/7304. (www.kazancihukuk.com)

nin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır." düzenlemesi ile de işyeri devrine kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden devreden işverenin iki yıl sorumluluğu olacaktır[40]. Kanun hükmünde belirtilen her iki işverenin birlikte sorumluluğu TBK m.61 kapsamında müşterek ve müteselsil sorumluluk olarak anlaşılmalıdır. İşverenlerin kendi aralarında devir sözleşmesiyle farklı bir düzenleme yapmaları sadece kendileri açısından bağlayıcı olup, işçiler için hüküm ifade etmeyecektir[41]. Hükmün nispi emredici olduğu düşüncesiyle işçi lehine devreden işverenin sorumluluğuna ilişkin sürenin uzatılması gibi farklı düzenlemeler yapılabilecektir[42]. İşyeri devri uygulamasında iş sözleşmeleri feshedilmeden devralan yeni işveren ile iş ilişkisi aynen devam ettiği için feshe bağlı kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin alacağı gibi haklar doğmayacaktır[43]. İşyeri devri ile doğmayan bu haklar bakımından devreden işverenin müteselsil sorumluluğu da olmayacaktır. Ayrıca salt işyeri devri nedeniyle, çalışma koşullarında esaslı değişiklik gerekçe gösterilerek işçiye iş sözleşmesini fesih hakkı sağlamayacaktır[44].

D. İşverenin Sorumlulukları

1. Genel Olarak

Siyasi partilerin merkez ve yönetim kurulundan yetki veya onay alınarak imzalanan bir iş sözleşmesinde, işveren siyasi parti genel merkezi olup sözleşmenin tarafı olarak görülen parti il veya ilçe teşkilatının yetkili kişisi-genellikle başkan-işveren vekili olarak kabul edilebilecektir. Bir işletmenin genel müdürlüğünün işveren, il veya ilçedeki şubelerinin müdürlüklerinin işveren vekili olduğu duruma

---

40 Ulaş Baysal, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinin Devri Halinde Devredenin Birlikte Sorumluluğu" (2012) 25 Sicil İş Hukuku Dergisi, 55; Özkaraca (n 38) 143, 149; Uzun (n 34) 299; Aynı yönde Borçlar Kanunu madde 428 de "İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır. Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır." şeklinde düzenlenmiştir. İşçilik alacaklarının sorumluluğuna ilişkin, Y9HD, 11.03.2010, 21713/6562; Y9HD, 15.10.2010, 37729/29226(www.kazancihukuk.com); İki yıllık süre zamanaşımı süresi değil hak düşürücü süre olup, hâkim tarafından resen gözetilmesi gerekmektedir. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 273.

41 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 273.

42 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 273.

43 Y22HD, 6.7.2017, 32126/16203, Y22HD, 16.11.2017,43366/25657. (www.kazancihukuk.com); Süzek (n 10) 208; Sümer (n 19) 300; Uzun (n 34) 300; (Tankut Centel "İşyerinin Devri Halinde Hizmet Sözleşmesinin Devri" (2002) 273 Tekstil İşveren, 34 vd.

44 Ancak devirden sonra çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması, örneğin muhasebeci olarak çalışan bir işçinin gece bekçisi yapılması İş Kanunu 22. Maddesi uyarınca çalışma koşullarında değişiklik kabul edilerek işçiye fesih hakkı sağlayacaktır. Sümer (n 19).

benzer bir sistem olarak düşünülebilecektir. Siyasi partilerin merkez ve yönetim kurulundan yetki veya onay alınmadan imzalanan bir iş sözleşmesinde ise parti il veya ilçe teşkilatının sözleşme yapmaya yetkili kıldığı kişi-genellikle başkan- bu kez bizzat işveren konumunda olacaktır.

Çalışmamızın bu bölümünde işveren sorumluluğu incelenirken, siyasi partilerin merkez ve yönetim kurulundan yetki veya onay alınmadan imzalanan iş sözleşmesinden doğan sorumluluklar incelenecektir. Nitekim siyasi partilerin merkez ve yönetim kurulundan yetki veya onay alınması halinde işveren siyasi parti genel merkezi olacağından iş hukuku bakımından genel anlamda işveren sorumluluklarına tabi olacaktır.

Siyasi parti il ve ilçe teşkilatlarının iş sözleşmesinde işveren sıfatına sahip olmaları halinde yukarıda açıkladığımız üzere işyeri devri esasına göre değerlendirme yapılması kanaatindeyiz. Bu bakımdan işverenin sorumluluklarını inceleyeceğiz.

2. İşçilik Alacakları Bakımından Sorumluluk

a. Kıdem Tazminatı

1475 sayılı Eski İş Kanunun[45] halen yürürlükte olan 14. maddesinde, belirtilen durumların varlığı halinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren iş sözleşmesinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödeneceği düzenlenmiştir[46]. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılacaktır[47]. Kıdem tazminatının hesaplanmasında işinin fiilen işe başladığı tarih dikkate alınır[48]. Bir yıllık sürenin hesaplanmasında ise is-

---

45 Kanun numarası:1475, Kabul Tarihi:25.08.1971, RG 01.09.2071/13943. (www.kazancihukuk.com)

46 Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin:
1. İşveren tarafından bu Kanunun 17 nci maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,
2. İşçi tarafından bu Kanunun 16 ncı maddesi uyarınca,
3. Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,
4. Bağlı bulundukları kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla;
5. 506 Sayılı Kanun'un 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle,
Feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.

47 Bir yıldan az çalışan işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz, çalıştığı süreyle orantılı ödeme yapılmaz ancak bir yıllık süre nispi emredici hüküm olup işçi lehine azaltılabileceğine ilişkin bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 722.

48 Y22HD., 20.01.2020, 2016/28518 E. 2020/650 K; Y7HD., 13.10.2014, 11960/18676. (www.kazancihukuk.com)

tirahat[49], izin ve diğer nedenlerle iş sözleşmesinin askıda kaldığı durumların dahil edilmesi gerekmektedir[50].

Aynı madde devamında işyerlerinin devri ve intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdeminin, işyeri veya işyerlerindeki iş sözleşmelerinin toplamı üzerinden hesaplanacağı düzenlenmiştir. Ayrıca işyeri devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işverenin sorumlu olduğu, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlı olduğu belirtilmiştir[51].

Kanun hükmü dikkate alındığında, işçi devreden ve devralan işverenlerin yanında geçirdiği tüm çalışma süresi üzerinden hesaplanacak kıdem tazminatı alacağını devralan işverenden talep edebilecektir. Devralan işveren ödediği kıdem tazminatının, işçinin devreden işveren yanında çalıştığı sürelerle ve devri esnasındaki ücret seviyesiyle sınırlı olmak üzere hesaplanan kısmını devreden işverene Borçlar Kanunu genel hükümlerine göre rücu edebilecektir[52]. Söz konusu rücuda 2 yıllık süre işlemeyecektir[53]. Devreden işverenin sorumluluğu sadece işçiyi çalıştırdığı süreyle ve ücretle sınırlı olduğundan, işverenler arasında müteselsil sorumluluk olduğundan söz edilemeyecektir[54].

Kıdem tazminatına hak kazanılmasına ilişkin ise, salt işyeri devrinin yapılmış olması işçi bakımından kıdem tazminatına hak kazandıran bir durum değildir[55]. İşyeri devri ile doğrudan yeni işverenle işçinin iş sözleşmesi devam ettiği için, iş sözleşmesi sona ermeyecek ve kıdem tazminatı hakkı doğmayacaktır[56].

b. İhbar Tazminatı, Yıllık İzin Ücreti, İş Arama İzni Ücreti

İş Kanunu 17. maddesinde belirsiz süreli iş sözleşmelerinde fesihten önce durumun diğer tarafa bildirilmesinin gerektiği düzenlenmiştir. Süreli fesih bildirimi belirsiz süreli iş sözleşmesinin belirli bir sürenin geçmesi neticesinde sona erdiren bir irade beyanıdır. Fesih bildirimin karşı tarafın himayesine ulaşması ile sonuçları doğacak olup, bu sürede işçi ve işverenin yükümlülükleri devam edecektir[57]. Gerek

---

49 Yargıtaya göre kıdeme dikkate alınmayacak istirahat süresi bir defada ihbar önelini altı hafta aşan süredir. Y9HD. 10.03.2015, 2014/3367 E. 2015/9766 K. (www.kazancihukuk.com)

50 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 10) 722. Grev ve Lokavt süreleri hesaplamada kanunun açık hükmü gereğince dikkate alınmaz.

51 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 272; Süzek (n 10) 208; Baysal (n 40) 55.

52 Y22HD, 16.11.2017, 43366/25657. (www.kazancihukuk.com)

53 Y9HD. 2011/7529 E., 2013/12802 K., 29.04.2013. (www.kazancihukuk.com)

54 Ercan Akyiğit *Kıdem Tazminatı* (B.2 Seçkin Yayıncılık 2010) 641; Süzek (n 10) 199; Y9HD, 28.04.2009, 2008/16007 E., 2009/11809 K. (www.kazancihukuk.com)

55 Sümer (n 19) ; Göktaş (n 35) 72.

56 Süzek (n 10) 781.

57 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 10) 485; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 10) 934, 946.

işçinin gerek işverenin belirsiz süreli iş sözleşmelerini feshetmelerinden önce bildirim sürelerine uyma zorunluluğu bulunmaktadır[58]. Süreli yapılacak fesih ile, tarafların menfaatleri dengelenip, işçinin yeni iş arayıp, işverenin de yeni işçi bulması sağlanacaktır[59]. Aynı maddede işçinin çalışma sürelerine göre bildirim süreleri öngörülmüştür. Bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak işçinin işi altı aydan az sürmüş ise iki hafta, altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş ise dört hafta, birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş ise altı hafta, üç yıldan fazla sürmüş işe sekiz hafta olacağı düzenlenmiştir. İşveren bildirim süreleri içinde işçiyi çalıştırmak istemezse bu sürelere ilişkin ücreti peşin ödemek suretiyle de iş sözleşmesini feshedebilecektir.

Fesih bildirimi, karşı tarafın himayesine ulaşmakla başka bir ifade ile iş sözleşmesini feshetmek isteyen tarafın iradesinin karşı tarafa bildirilmesi ile başlamış olmaktadır. İş sözleşmesi herhangi bir sebeple askıya alınırsa, askı hali boyunca bildirim süreleri işlemeyecektir[60].

Belirsiz süreli iş sözleşmesi taraflarca bildirim süresi verilmeksizin veya eksik verilerek feshedilmiş ya da peşin ödenerek bildirim sürelerine ilişkin ücret ödenmemişse usulsüz fesihten söz edilecektir[61]. İhbar tazminatı usulsüz fesih halinde, tarafların birbirlerine ödemek durumlarında oldukları tazminat olduğundan, iş sözleşmesi devreden işverence sona erdirilmediği sürece devreden işverenin ihbar tazminatından sorumluluğu söz konusu olmayacaktır[62]. Devreden işveren tarafından yapılan bildirimli fesih süresinde işyeri devri gerçekleşmişse, bildirim süreleri içinde iş sözleşmesinin hüküm ve sonuçları devam edeceğinden devralan işverenin sorumluluğu söz konusu olacaktır[63].

Dinlenme hakkı kapsamında yıllık ücretli izin hakkı, işçinin işyerinde fiilen işe başladığı tarihten itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere en az bir yıl çalışılması halinde sağlanan ücretli izin süresidir. Yıllık izin haklarının işçilere kullandırılmaması halinde iş ilişkisi devam ederken işçiler izin sürelerinin karşılığının ücret olarak ödenmesini talep edemezler[64]. Yıllık ücretli iznin amacının işçilerin dinlenmesi

---

58 Bildirim süresi içinde haklı nedenle fesih nedeni ortaya çıkarsa sürenin sonu beklenmeden iş sözleşmesi derhal feshedilebilir. Y9HD, 10.10.2003, 2003/4302 E. 2003/16781 K. (www.kazancihukuk.com)

59 Süzek (n 10) 544.

60 Sümer (n 19) 280-281; Süzek (n 10) 544; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 10) 945.

61 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 10) 955; Süzek (n 10) 555; Sümer (n 19) 301.

62 Özkaraca (n 38) 153; Süzek İşyeri Devri (n 36) 318; Kübra Demir, "İşyeri Devrinde Devreden ve Devralan İşverenin Sorumluluğu" (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı 666.

63 Bildirim süresinin sona ermesi ile fesih hükmü doğacağından ve devir bu tarihten önce yapıldığından devreden işveren feshe bağlı alacaklardan kıdem tazminatı hariç sorumlu olacaktır. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 270.

64 Böyle bir durumda işçi sırf para alabilmek için izin hakkından vazgeçme olanağına sahip olursa dinlenme hakkına aykırılık teşkil eder. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 827.Aksi yönde Y7HD.10.02.2014, 2013/20246 E. 2014/3500 K. (www.kazancihukuk.com)

olduğundan izin yerine ücret ödenmesi mümkün değildir. İş sözleşmesi sona erdikten sonra artık yıllık ücretli izin haklarının kullanılabilmesinin mümkün olmadığı hallerde yıllık izin süreleri ücrete dönüşebilecektir. Böyle bir durumda devreden işveren döneminde doğmuş bir işçi alacağından da söz edilemeyecektir[65]. Nitekim devreden işveren devirden sonra doğan alacaklardan sorumlu tutulamayacaktır[66].

İş arama izni iş sözleşmesinin feshi ile bildirim süresi içinde hem çalışıp hem de iş aramanın zor olacağı düşüncesiyle ihtiyaç üzerine işçiye tanınmış bir haktır. İş arama izin süresi günde iki saatten az olamaz. İş arama izni işyeri devri bakımından irdelendiğinde, devralan işverenin bildirim süresinde işçiye kullandırılması gereken bu izinlerden sorumlu olacaktır. Şayet bildirim süresi içinde işçiye yeni iş arama izni verilmezse, işçiye ödenmesi gereken zamlı ücretten devralan işveren sorumlu olacaktır[67]. İşçinin bildirim süresi devam ederken işyerinin devri söz konusu olduğunda, bildirim süresi devam ederken iş sözleşmesi devam ettiğinden ve devir sonrası bildirim süresi sona erdiğinden, devreden işverenin ihbar tazminatından ve iş arama izninden sorumluluğu olmayacaktır[68]. Nihayetinde iş sözleşmesi devralan işveren döneminde başka bir ifadeyle devir sonrası sona ermiş olacaktır.

c. Ücret, Fazla Çalışma Ücreti, Ulusal Bayram Genel Tatil Ücreti, Hafta Tatili Ücreti vb. İşçilik Alacakları

Devreden ve devralan işverenlerin sorumluluğu ücret alacakları bakımından İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş olması sebebiyle birlikte sorumluluktur[69]. İşyerinin devrinden önce doğmuş bulunan ve muaccel olan ücret alacakları için hem devreden hem de devralan işverenlerden talep edebilecektir. Devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren 2 yıl ile sınırlı olup, bu süre hak düşürücü süredir. Müteselsil sorumluluk gereğince devirden önce doğmuş bulunan işçilik alacaklarından devralan işveren bu alacakların kendi döneminde doğmadığını ileri sürerek bu alacakların ödenmesi sorumluluğundan kurtulamayacaktır[70].

3. İş Sözleşmesinin Feshi Bakımından Sorumluluk

İş Kanunu 6/5. maddesinde "Devreden ve devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli

65 Süzek İşyeri Devri (n 36) 319.

66 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 271; Özkaraca (n 38) 154.

67 İş arama izninin kullandırılmaması halinde, izin süresine ilişkin ücret yüzde yüz zamlı şekilde ödenir. Demir (n 62) 667.

68 Demir (n 62) 666.

69 Ercüment Özkaraca, "İşyeri Devri Halinde İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu" (2009) İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Kadir Has Üniversitesi Sempozyumu; Süzek (n 8) 198.

70 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 271; Demir (n 62) 664; Y9HD. 29.06.2020, 2017/15826 E. 2020/6618 K. (www.kazancihukuk.com)

kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır." şeklinde fesih hakkı sınırlandırılmıştır[71].

Kanun metninden açıkça anlaşıldığı üzere ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli olduğu haller dışında, işyerinin devri gerek devreden gerekse devralan işveren için bildirimli fesih nedeni olamayacaktır. İşçi bakımından da salt işyeri devri tek başına haklı nedenle fesih sebebi de kabul edilemeyecektir[72]. Ancak işçinin bildirim süreleri uymak suretiyle iş sözleşmesini devirden önce veya sonra feshetmesinde sorun bulunmamaktadır[73].

Kanun koyucu söz konusu madde ile mutlak bir fesih yasağı öngörerek tüm işçileri kapsayacak şekilde bir iş güvencesi sağlama amacı taşınmaktadır. İşverenlerin devir nedeniyle iş sözleşmelerini feshedemeyecek olması iş güvencesine tabi olup olmamasına bakılmaksızın tüm işçiler için geçerli olacak, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi halinde ise fesih hükümsüz olup, işverenin iş görme edimini haklı neden olmaksızın kabulden kaçındığı olarak kabul edilecektir[74]. Ancak devir tarihinden önce sona erdirilmiş iş sözleşmelerinden doğan işçilik alacaklarından devralan işveren sorumlu olmayacaktır[75].

İş Kanunu'nda düzenlenen işyeri devrine ilişkin hükümlerde işçiye itiraz hakkı tanınmamıştır[76]. İşverenlerin değişmesinin işçi bakımından esaslı değişiklik olarak kabul edilemeyeceği nedeniyle itiraz hakkı bulunmamaktadır. Ancak işyeri devri ile işçinin çalışma koşullarında işçinin rızası olmaksızın esaslı değişiklik yapılmışsa, yapılan bu tek taraflı değişiklik nedeni ile işçinin İş Kanunu 22. madde uyarınca fesih hakkı doğacaktır[77].

---

71 Alpagut (n 34) 117-118; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 268. İşyerini devreden işverenin, işçi çıkarabilmek için işyeri devri dışında bir neden göstermeye zorlanmasının Anayasada yer alan ekonomik özgürlük ile sözleşme ve çalışma özgürlüğüne uygun düşmediği, işyerini devretmek isteyen işverenin, işyerini mutlaka işçileri ile birlikte devretmeye zorlamanın ekonomik özgürlüğe aykırı olduğu, bu konuda tercihin bir ekonomik neden olduğundan işyerini kapatan bir işveren ekonomik sebep göstermek zorunda değilse işyeri devrinde ekonomik neden aranmaması dair hükmün eleştirisi için bkz. Güven ve Aydın (n 11) 5.

72 Göktaş (n 35) 72; Hükmün lafzının işverenlerin işçilerin kişiliği ile ilgili nedenlerde süreli fesih haklarını kullanamayacakları yönünde bir yorumu olanaklı kılıyorsa da kişiliğine ilişkin nedenlerle süreli fesih haklarının kısıtlanması, bu nedenlerin gerçekte var olması halinde makul görülemeyeceği görüşü için bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 269.

73 Demir (n 62) 677; Göktaş (n 35) 73; Süzek (n 10) 210; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 10)

74 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 270; Fesih yasağına rağmen işverenin iş sözleşmesini feshetmesi halinde fesih hakkının kötüye kullanıldığı kabul edilip, fesih muhatabı olan işçinin kötüniyet tazminatına hak kazanacağı görüşü için bkz. Devrim Ulucan "İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni ile Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları" (2009) 14 Sicil İş Hukuku Dergisi.

75 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 10) 271.

76 Demir (n 62) 655; Sümer (n 19) 97; İtiraz hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Muhittin Astarlı, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı" (2013) 1 Çalışma ve Toplum Dergisi 69 vd.

77 Süzek İşyeri Devri (n 36) 321; Göktaş (n 35) 79.

4. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na Göre İşyeri Devrinden Kaynaklanan Sorumluluk

Sosyal güvenlik hukuku kapsamında, işverenlerin prim ödeme, işçiyi bildirme, iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı koruma ve bunlar söz konusu olduğunda ilgili yerlere bildirme şeklinde yükümlülükleri bulunmaktadır. İşveren Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı bu ödevleri yerine getirmek ile sorumludur. Kanundan kaynaklanan söz konusu borçların yerine getirilmesinde birden fazla kişi varsa, Kurumun hak sahiplerine ödeme yaparken maddi zarara uğramaması, yapılan ödemelerin işverenlerden tahsil edilmesini güvence altına almak amacıyla aralarındaki sorumluluk müteselsil sorumluluktur[78]. Müteselsil sorumluluğun kapsamı sınırlı şekilde devreden işverenin Sosyal Güvenlik Kurumuna olan kesinleşmiş prim, gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer fer'iler olup, idari para cezası, kira borcu, iş kazası ya da meslek hastalığından kaynaklanan rücu davaları sonucu ortaya çıkan Sosyal Güvenlik Kurumu alacaklarından sorumluluğu bulunmamaktadır[79].

Yeni bir işveren tarafından bir işyeri devralındığında eski işverenin Kuruma olan prim borcu ve cezaları, gecikme zammı gibi borçlardan da devreden ve devralan işveren müşterek ve müteselsil sorumludur. İş Kanunu'nda yer alan müteselsil sorumluluk için 2 yıllık bir sınırlama düzenlenmişken, 5510 sayılı Kanun bakımından süre sınırlaması bulunmadığından 10 yıllık zamanaşımı söz konusudur[80]. Sosyal güvenlik hukukunda prim borçlarından kurtulmak amacıyla muvazaalı şekilde işyeri devri yapmanın önüne geçmek için prim borçlarından halefiyet söz konusudur[81]. Yargıtay prim borçlarından kaynaklanan müteselsil sorumluluk konusunda 2018 yılından sonra kararlarında görüş değişikliğine gitmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararda, sadece ilk devreden ve devralan işveren arasında sınırlı olarak kabul etmiştir[82]. 2018 yılında verilen bir kararda ise, "*Anılan yasa maddelerinin uygulanması bakımından, belirtilmelidir ki, bir işyerinin birden fazla devrolması mümkündür. Bu hallerde, Borçlar Kanunu'nun dışında, özel hüküm niteliği ile uygulama önceliği bulunan 5510 sayılı Yasanın 89. maddesi gereği, yeni işveren sıfatı ile son işverenin, eski işverenlerin Kuruma ödenmemiş kamu borçlarından dolayı sorumlu tutulması gerekir. Aksi düşünce, zincirleme devir yolu (iki ve daha fazla devretme hali) ile eski işveren ile birlikte (bir sonraki) yeni işvereni sorumluluktan kurtarma*

78 Demir (n 62) 660.

79 Murat Gürel ve Orhan Ersun Civan, "İşyerinin Birden Fazla Devri Halinde Son Devralanın İlk Devredenin Ödenmemiş Sosyal Güvenlik Prim Borçlarından Dolayı Sorumluluğu" (2022) 8(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 95.

80 Demir (n 62) 660; Gülsüm Tatar, "Sosyal Güvenlik Hukukunda Müteselsil Sorumluluk" (2017) 4(55) Çalışma ve Toplum Dergisi 2134; Zamanaşımı süresinin başlangıcı ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başıdır Gürel ve Civan (n 59) 96.

81 Bünyamin Esen ve Fikret Dekdaş, "İşyerinin Devri Halinde Sosyal Güvenlik Hukuku Yönünden Prim Borçlarından Doğan Hukuki Sorumluluk" (2014) 9 (94) Terazi Hukuk Dergisi 45 vd.

82 YHGK, 1991/566 E., 1992/21 K. 29.01.1992, aynı yönde Yargıtay 10. HD. 13.04.1993, 11117/3693. (www.kazancihukuk.com)

sonucunu doğurabilecektir. Bu durum ise, yasanın amacına ve Kamu alacaklarının imtiyazlı olup, öncelikle tahsil edilmeleri gereğine aykırı olacağı gibi, fıkranın ikinci cümlesindeki emredici düzenleme ile yer alan, sözleşme ile sorumluluktan kurtulma yasağına aykırılık teşkil edecektir." Açıklaması ile önceki görüşten vazgeçilmiş, son işverenin eski işverenlerin Kuruma ödenmemiş kamu borçlarından dolayı sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir[83]. Öğretide ise işyeri devirlerinde halefiyetin sadece devir sözleşmesinin tarafları arasında olduğu için son devralanın sadece kendisine devreden borçlarından sorumlu olduğu düşüncesi olmakla birlikte[84] borcun devreden veya devralan işverenlerin kişiliği değil, devir konusu işyeri ile ilgili olması nedeniyle sorumluluğun sınırlı olmaması gerektiğini belirtmişlerdir[85].

SONUÇ

Siyasi partilerin mali sorumluluğunun tespitinde siyasi partilerin il ve ilçelerdeki teşkilat kademeleri tarafından imzalanan ancak merkez karar ve yönetim kurulunca önceden yazılı yetki verilmemişse veya sonradan bir kararla onaylanmamışsa, işverenin parti tüzel kişiliği olmadığı, sorumluluğun sözleşmeyi yapan ve yükümlülük altına giren kişi veya kişilere ait olacağı ilgili kanun hükmünde düzenlenmiştir. Siyasi partilerin il veya ilçe teşkilatlarında iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin işverenin tespitinde somut durumlarda yargılama aşamasında birtakım sorunlarla karşılaşılmaktadır. İşverenin siyasi parti genel merkezi mi siyasi partilerin il ve ilçelerdeki teşkilatı mı sorusunun cevabı için yapılan iş sözleşmesi için parti genel merkezinden yetki veya sonradan olay alınıp alınmadığının incelenmesi gerekmektedir. Yetki veya sonradan onay alındığında parti genel merkezi işveren olacağı için tartışma bulunmamaktadır. Ancak yetki veya sonradan onay alınmadan yapılan bir iş sözleşmesi ile çalışan işçinin işveren olarak muhatabı il ve ilçelerdeki teşkilatlarında yetkili kişi veya kişiler olacaktır. Siyasi partilerin mali denetimi kapsamında, parti teşkilatları tarafından yapılacak borçlandırıcı, sorumluluk altına sokan tüm işlemlerde siyasi parti tüzel kişiliği başka bir ifade ile genel merkezin yetkilendirmesi veya işlem yapılmışsa sonradan onaylanması siyasi partinin varlığını sürdürmesi için önem arz etmektedir.

Bir siyasi partinin nezdinde çalışan ve işverenin siyasi parti genel merkezi olduğunu düşünen bir işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra talep edebileceği işçilik alacaklarında husumet sorunu olacağı açıktır. Çünkü işçi fesihten

---

83 Y10HD, 2018/4676 E., 2018/10781 K, 18.12.2018, aynı yönde Y10HD, 2019/3879 E., 2020/4779 K. 23.09.2020. (www.kazancihukuk.com)

84 Resul Aslanköylü, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi* (Birinci Cilt Bilge Yayınevi 2015) 2099.

85 Müjdat Şakar, "Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi" (1995) Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, MESS Yayını 194-195; Mahmut Kabakcı, *Sosyal Sigorta Prim Borçlarından Şahsi Sorumluluk* (Beta Yayınları 2019) 42-43; Bu konuda şayet birden fazla devir halinde sorumluluğun sınırlandırılması isteniyorsa kanun düzenlemesi yapılmasına ilişkin Gürel ve Civan (n 59) 111.

sonra işverenin siyasi parti tüzel kişiliği olduğu düşüncesi ile hareket edecek, arabuluculuğa başvurabilecek ve akabinde anlaşma sağlanmazsa dava açabilecektir. Nitekim işçinin yetki veya sonradan onay alınması ile ilgili durumu bilebilecek bir konumu bulunmamaktadır.

Arabuluculuk aşamasında husumetin siyasi parti genel merkezine yöneltilmiş olması halinde, taraf değişikliğine arabuluculuk sistemi üzerinde taraf ekle/çıkar işlemi yapılabilmektedir. Ancak arabuluculuk aşamasından sonra husumetin yanlış tarafa yönetilmesi halinde davanın usulden reddi söz konusu olacaktır.

İşverenin tespiti konusu da yetki ve sonradan onay alınmadan yapılan iş sözleşmelerinde siyasi partilerin il ve ilçelerdeki teşkilat yönetimindeki yetkili kişi sorumlu olacaktır. Uygulamada genellikle il ve ilçe başkanları yetkili pozisyonda oldukları için başkanların işveren olarak sorumlulukları söz konusu olacaktır. Değişen il veya ilçe başkanları arasındaki işveren ilişkisi ise, özellikle işçilerin haklarının korunması için işyeri devri olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. İşyeri devri hükümlerine göre de işverenlerin müteselsil sorumlulukları olacaktır.

KAYNAKÇA

Akyel R, "Türkiye'de Siyasi Partilerin Hukuksal Konumları ve Denetimleri" (2018) 6(12) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 115-154.

Akyiğit E, *Kıdem Tazminatı* (B.2 Seçkin Yayıncılık 2010)

Alpagut G, *İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı*, (Beta Yayınları 2010)

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar AS ve Hanağası E, Medeni Usul Hukuku (Güncellenmiş 7. Baskı Yetkin Yayınları 2021)

Aslanköylü R, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi* (Birinci Cilt Bilge Yayınevi 2015)

Astarlı M, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı" (2013) 1 Çalışma ve Toplum Dergisi, 69-106.

Baysal U, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinin Devri Halinde Devredenin Birlikte Sorumluluğu" (2012) (25) Sicil İş Hukuku Dergisi, 54-59.

Centel T, "İşyerinin Devri Halinde Hizmet Sözleşmesinin Devri" (2002) Tekstil İşveren

Çelik N, Caniklioğlu Nurşen, Canbolat Talat, Özkaraca Ercüment, *İş Hukuku Dersleri* (Yenilenmiş 36. Baskı Beta Yayınları 2023)

Çelik Ö, "Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Gelir ve Giderlerinin Mali Denetimi" (2010) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1303-1362.

Demir K, "İşyeri Devrinde Devreden ve Devralan İşverenin Sorumluluğu" (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı 653-681.

Doğan S, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru* (1. Baskı Seçkin Yayıncılık 2016)

Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (2. Baskı On İki Levha Yayınları 2020)

Erdem N, "Siyasi Partilerin Finansmanı ve Mali Denetimi" (2017) 19(Özel sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 3105-3145.

Esen B ve Dekdaş F, "İşyerinin Devri Halinde Sosyal Güvenlik Hukuku Yönünden Prim Borçlarından Doğan Hukuki Sorumluluk" (2014) 9 (94) Terazi Hukuk Dergisi, 45-50.

Esener T*, İş Hukuku*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sevinç Matbaası 1978)

Göktaş S, "İşveren Değişikliğinin İşçiye İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesih İmkanını Verip Vermeyeceği Sorunu" (2006) (2) Sicil İş Hukuku Dergisi, 66-81

Gürel M ve Civan OE, "İşyerinin Birden Fazla Devri Halinde Son Devralanın İlk Devredenin Ödenmemiş Sosyal Güvenlik Prim Borçlarından Dolayı Sorumluluğu" (2022) 8(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 91-113.

Güven E ve Aydın U, *Bireysel İş Hukuku* (6. Baskı Nisan Kitabevi 2020)

Güzel A, *İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi* (Kazancı Hukuk Yayınları 1987)

— —, *İş Yargılamasına Yeni Bir Sistem: "Zorunlu" Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım-I)*, (2019 On İki Levha Yayıncılık)

Kabakcı M, *Sosyal Sigorta Prim Borçlarından Şahsi Sorumluluk* (Beta Yayınları 2019)

Karakoç R, 'Türkiye'de Siyasi Partilerin Mali Denetimi' (2018) 109 Sayıştay Dergisi, 79-102.

Köseoğlu AC, "İşyerinin Kapanması" (2006) IV(4) Sicil İş Hukuku Dergisi 43-68.

Kuru B ve Aydın B, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (6 Baskı Yetkin Yayınları 2021)

Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* (Güncelleştirilmiş 7. Baskı Lykeıon Yayıncılık 2022)

Ekonomi M, İş Hukuku Cilt I, Ferdi İş Hukuku (İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası 1976)

Odyakmaz Z, Çınarlı S ve Özcan C, "Fransa'da ve Türkiye'de Seçim Kampanyalarının ve Siyasi Partilerin Finansmanın Denetimi" (2012) 20(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,7-26.

Özcan H ve Yanık M, Siyasi Partiler Hukuku, (Der Yayınları 2007)

Özkaraca E, "İşyeri Devri Halinde İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu" (2009) İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Kadir Has Üniversitesi Sempozyumu 169-226.

— —, "İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk Karar İncelemesi" (2009) (20) Çalışma ve Toplum Dergisi, 131-162.

Senyen Kaplan ET, *Bireysel İş Hukuku* (9. Baskı Gazi Kitabevi 2018)

Soyer MP, İş Sözleşmesinin Feshinden Sonra İşyerini Devralan İşverenin Sorumluluğu, (2010) 5(17) SİCİL 107-110.

Sümer HH, *İş Hukuku* (26. Baskı Seçkin Yayıncılık 2022)

— —, *İş Hukuku Uygulamaları* (7. Baskı Seçkin Yayıncılık 2019)

Süzek S, "İşyerinin Devri ve Hukuki Sonucu" (2014) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, 311-330.

— —, *İş Hukuku* (21. Baskı, Beta Yayınları 2021)

Şahlanan F, "İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları" (Kasım 2000 Şubat 2001)16 (4-5) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 14-24.

Şakar M, "Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi" (1995) Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, MESS Yayını,185-202.

Tatar G, "Sosyal Güvenlik Hukukunda Müteselsil Sorumluluk" (2017) 4(55) Çalışma ve Toplum Dergisi, 2119-2156.

Tunçomağ K ve Centel T, *İş Hukukunun Esasları* (9. Baskı Beta Yayınevi 2018)

Ulucan D, "İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni ile Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları" (2009) 14 Sicil İş Hukuku Dergisi, 34-45.

Urhanoğlu İ, "İşyeri Devrinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar", (2022) 30(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123-159.

Uzun CD, "Anayasa Önerilerinde Siyasi Partilerin Finansmanı ve Yeni Bir Öneri" (2011) 94, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 235-258.

Uzun P, "İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri, Sonuçları ve Diğer Üçlü İş İlişkileriyle Karşılaştırılması", (2013) 17(1-2), Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 285-311.

Ünal Adanır C, *İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler*, (2 Baskı On İki Levha Yayınları 2023)

KAMU HUKUKU

1. **ECOWAS MÜDAHALELERİNİN BM ŞARTI MADDE 53 KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**
   Evaluation of ECOWAS Interventions Under the Article 53 of the UN Charter
   Naim DEMİREL
2. **ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI KAPSAMINDA BİLGİLENDİRİLME HAKKI (AİHS M. 5/2)**
   Right to be Informed within the Scope of the Right to Liberty and Security(Art. 5/2 ECHR)
   Erdal YERDELEN; Dilek Özge ERDEM
3. **ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARLARININ YÜRÜRLÜĞÜNÜN ERTELENMESİ KURUMU VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNDE GÖRÜNÜMÜ**
   Constitutional Court's Authority on the Suspension of Annulment Decisions and Its Practice Regarding Presidential Decrees
   Taylan BARIN; Muhammet Tayyib USLU
4. **YASAMA ORGANLARININ "BİLGİLENİM (HEARING)" YETKİSİ VE TBMM'NİN GÜÇLENDİRİLMESİ İÇİN YENİ ÖNERİLER**
   "Hearing" Power of Legislative Bodies and New Suggestions for Strengthening The GNAT
   Şeref İBA; Sinem ŞİRİN
5. **DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA 2547 SAYILI YÜKSEKÖĞRETİM KANUNU KAPSAMINDA YÜRÜTÜLEN CEZA SORUŞTURMALARINA İLİŞKİN UYGULAMADA GÖRÜLEN EKSİKLİKLER**
   Deficiencies of Criminal Investigations Under the Higher Education Law No. 2547 in the Light of Council of State Decisions
   Kemal UÇACAK
6. **AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN HAMAMATSU KARARI: YARGISAL AKTİVİZM AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME**
   Hamamatsu Judgement of the European Court of Justice: An Evaluation in Terms of Judicial Activism
   Hamit YUMUK
7. **YENİ DEVLETLERİN ULUSLARARASI ÖRGÜT ÜYELİĞİNE HALEFİYETİ: TEORİK BİR DEĞERLENDİRME**
   Succession of New States to Membership in International Organizations: A Theoretical Assessment
   Oğuz Kaan PEHLİVAN
8. **DÖNÜŞTÜRÜCÜ ANAYASACILIK: ORTAYA ÇIKIŞI VE EVRİMİ**
   Transformative Constitutionalism: Its Emergence and Evolution
   Mehmet Nuri GÜZEL
9. **HAKİME YARDIMCI YAPAY ZEKÂ**
   Artificial Intelligence Assisting the Judge
   Şermin BİRTANE
10. **ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇUNDA MAĞDURUN KİM OLDUĞU SORUNU VE CENİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**
    The Problem of Who is the Victim in the Offence of Miscarriage and the Legal Nature of the Foetus
    Fulya KORKMAZ

ÖZEL HUKUK

11. **BOŞANMADA ORTAK (BİRLİKTE) VELAYETİN KABULÜ SONRASI TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM ÜZERİNE ELEŞTİREL BİR DEĞERLENDİRME**
    A Critical Evaluation of the Situationin Turkish Law After the Acceptance of Joint Custody in Divorce
    Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU
12. **DİPLOMATİK KORUMA VE KONSOLOSLUK YARDIMINDA ÇOKLU VATANDAŞLIK**
    Diplomatic Protection and Consular Assistance in Multiple Nationality
    Bilge ERSON ASAR; Gizem ERSEN PERÇİN
13. **ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARI DOĞRULTUSUNDAFİİLİ AYRILIK NEDENİYLE BOŞANMADA YASAL DÜZENLEME İHTİYACI**
    The Need for Legal Regulation in Divorce due to de Facto Separation in Accordance with the Annulment Decision of The Constitutional Court
    Gamze TURAN BAŞARA
14. **DENİZ KAZALARINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIK VE TALEPLERDE ARABULUCULUK**
    Mediation In Disputes And Claims Arising From Marine Accidents
    Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL
15. **LİMİTED ŞİRKETLERDE PAYIN MİRAS YOLUYLA GEÇİŞİNİN MİRAS HUKUKU VE ŞİRKETLER HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI**
    Consequences of Inheritance of Shares in Limited Liability Companies in Terms of Inheritance Law and Company Law
    Aytekin ÇELİK
16. **SİYASİ PARTİLERİN İL VE İLÇE TEŞKİLAT KADEMELERİNDE ÇALIŞAN İŞÇİLERİN İŞVERENİNİN TESPİTİ VE İŞ HUKUKU BAKIMINDAN SONUÇLARI**
    Determination of the Employer of the Workers Employed in the Provincial and District Organisational Levels of Political Parties and the Consequences in Terms of Labour Law
    Ayşegül EKİN

Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
06095 Çankaya/ANKARA - TÜRKİYE
T. +90 (312) 489 81 80 • F. +90 (312) 489 81 01
yayin.taa.gov.tr
ISSN:1309-6826